



---

**Universidad de Valladolid**

**FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL  
E HISTORIA Y TEORÍA DEL DERECHO**

TESIS DOCTORAL:

**LOS DELITOS CONTRA EL HONOR  
EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL  
Y EN EL DERECHO COMPARADO**

Presentada por D. Alejandro de Pablo Serrano para optar al grado  
de Doctor por la Universidad de Valladolid

Dirigida por:  
Dra. D<sup>a</sup>. Mercedes Alonso Álamo









---

**Universidad de Valladolid**

**LOS DELITOS CONTRA EL HONOR  
EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL  
Y EN EL DERECHO COMPARADO**

TESIS PRESENTADA POR D. ALEJANDRO DE PABLO SERRANO

Beneficiario del Programa de Formación del Profesorado Universitario, del Ministerio de Educación FPU (concedida por Orden EDU/2622/2010, de 1 de octubre, por la que se conceden ayudas para becas y contratos del programa de Formación de Profesorado Universitario, en el marco del Estatuto del personal investigador en formación)

Dirigida por:

Prof<sup>ª</sup>. Dra. D<sup>ª</sup>. MERCEDES ALONSO ÁLAMO,  
Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid

Valladolid, 2014









# ÍNDICE SISTEMÁTICO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>ENLEITUNG</b> .....	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO I. EL HONOR EN LA HISTORIA.</b>	
<b>SU DECISIVA INFLUENCIA INVISIBLE</b> .....	<b>31</b>
<b>1. El honor en la Antigüedad clásica: sociedad, filosofía y literatura</b> .....	<b>33</b>
<b>1.1 Los poemas clásicos. La estética del honor. Homero y Eurípides</b> .....	<b>34</b>
1.1.1 Homero .....	35
1.1.2 Eurípides .....	38
<b>1.2 El honor en el pensamiento clásico griego. Platón y Aristóteles</b> .....	<b>39</b>
1.2.1 Platón .....	39
1.2.2 Aristóteles .....	42
<b>1.3 El honor latino. Cicerón, Seneca y Marco Aurelio</b> .....	<b>44</b>
1.3.1 Cicerón .....	45
1.3.2 Séneca .....	47
1.3.3 Marco Aurelio .....	49
<b>2. El honor en el Derecho romano a través de la <i>iniuria</i> y la <i>actio iniuriarum</i></b> .....	<b>50</b>
2.1 La <i>iniuria</i> en la Ley de las XII Tablas .....	50
2.2 Época Clásica .....	55
2.3 Época Imperial .....	59
2.4 ¿Qué era el honor en Roma? .....	60
<b>3. El honor en la Edad Media</b> .....	<b>62</b>
<b>3.1 El honor en la sociedad medieval</b> .....	<b>64</b>
3.1.1 Privilegio y Nobleza .....	64
3.1.2 El fenómeno perturbador de la “limpieza de sangre” .....	68
3.1.3 Un hito en la historia del honor: su propio código .....	70
3.1.4 En el campo de batalla germinaba el honor. La guerra y el honor ....	75
<b>3.2 El honor en la legislación medieval</b> .....	<b>77</b>

3.2.1 <i>Liber Iudicium</i> .....	79
3.2.2 Fuero Juzgo .....	80
3.2.3 Fueros municipales .....	82
3.2.4 El Fuero Real y las Leyes de Estilo .....	84
3.2.5 El Código de las Siete Partidas .....	85
3.2.6 La regulación del duelo .....	90
<b>3.3 El honor tras el tamiz de la filosofía cristiana. San Agustín y Santo Tomás de Aquino .....</b>	<b>92</b>
<b>4. Siglos XVI y XVII. Esplendor y ocaso de la idea de honor .....</b>	<b>95</b>
<b>4.1 El honor en la sociedad .....</b>	<b>97</b>
4.1.1 Valores en transición. El concepto de nobleza en entredicho: ¿sangre? .....	98
4.1.1.1 El debate en torno al concepto de nobleza .....	98
4.1.1.2 La nobleza y la guerra. Una relación distinta pero permanente .....	101
4.1.2 El Rey como cabeza del honor. El honor que merodeaba en la Corte y en la Administración y que brotaba a espaldas .....	103
4.1.2.1 El rey, ser honrador .....	103
4.1.2.2. A la búsqueda de honores en la Corte y en la Administración. La inflación nobiliaria .....	103
4.1.3 Las consecuencias de la funesta “limpieza de sangre” .....	108
4.1.3.1 Ámbito cultural y profesional: las ciencias, artes y oficios .....	109
4.1.3.2 Ámbito institucional. Los Estatutos de limpieza de sangre .....	109
4.1.3.3 Ámbito social: Antihidalguismo y elevación del labriego cristiano viejo .....	111
4.1.3.4 El instrumento del mal: el Tribunal de la Santa Inquisición .....	112
4.1.4. Las dos perspectivas jurídicas del concepto de honor. El honor como privilegio: el corporativismo de los Fueros, y el honor como duelo: un delito muy sugerente .....	114
<b>4.2 El honor como gloria: entre el renacimiento de los valores y el rechazo del humanismo .....</b>	<b>118</b>
<b>4.3 El honor en el teatro español de la época dorada .....</b>	<b>121</b>
<b>5. El siglo XVIII. La Ilustración: algunas “luces” en el honor .....</b>	<b>126</b>

<b>5.1 La sociedad dieciochesca: nobleza, honor y oficios viles .....</b>	<b>126</b>
5.1.1 Vestigios del pasado .....	126
5.1.2 La ociosa nobleza y la pujante burguesía .....	129
<b>5.2 El pensamiento ilustrado y el honor .....</b>	<b>134</b>
<b>5.3 El honor ilustrado en el Derecho .....</b>	<b>138</b>
<b>6. Conclusión. El nacimiento de la identidad moderna y el final del honor</b>	
<b>estamental. Un concepto en ascenso: el reconocimiento .....</b>	<b>146</b>
<b>6.1 El trabajo como factor constitutivo de la identidad moderna .....</b>	<b>148</b>
<b>6.2 El honor como reconocimiento de la identidad moderna .....</b>	<b>151</b>
6.2.1 Orígenes del concepto de “reconocimiento” .....	151
6.2.2 El “reconocimiento” en la filosofía de HEGEL .....	154

## **CAPÍTULO II. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES ..... 157**

<b>1. Introducción .....</b>	<b>159</b>
<b>2. El Plan de Código Criminal de 1787. La influencia del Proyecto</b>	
<b>de Filangieri .....</b>	<b>160</b>
<b>3. El Código Penal de 1822 .....</b>	<b>164</b>
<b>3.1 Aspectos generales .....</b>	<b>164</b>
<b>3.2 Delitos contra el honor .....</b>	<b>167</b>
3.2.1 Calumnias .....	168
3.2.2 Injurias .....	169
3.2.3 <i>Exceptio veritatis</i> .....	171
3.2.4 Intención de injuriar .....	172
3.2.5 La pena de infamia .....	174
<b>4. Los años 30: la década de los proyectos de Código Penal .....</b>	<b>179</b>
<b>4.1 El Proyecto de Código Penal de 1830 .....</b>	<b>179</b>
<b>4.2 El Proyecto de Código Penal de 1831, de Sainz de Andino .....</b>	<b>184</b>
<b>4.3 El Proyecto del Código Penal de 1834 .....</b>	<b>189</b>
<b>4.4 El Proyecto de Código Penal de 1839 .....</b>	<b>192</b>
<b>5. La Comisión General de Codificación y el Código Penal de 1848 .....</b>	<b>193</b>
<b>5.1 Aspectos generales .....</b>	<b>193</b>

<b>5.2 Los delitos contra el honor .....</b>	<b>197</b>
5.2.1 Calumnias .....	198
5.2.2 Injurias .....	200
<b>5.3 La reforma del Código Penal de 1850 .....</b>	<b>203</b>
5.3.1 Aspectos generales .....	203
5.3.2 Repercusión de la reforma de 1850 sobre los delitos contra el honor .....	204
<b>6. El Código Penal de 1870 .....</b>	<b>210</b>
<b>6.1 Aspectos generales: contexto histórico, autoría, inspiración doctrinal y política .....</b>	<b>210</b>
<b>6.2 Los delitos contra el honor .....</b>	<b>213</b>
6.2.1 Calumnias .....	215
6.2.2 Injurias .....	219
6.2.3 La Ley de Imprenta de 1883 .....	224
<b>7. El vertiginoso proceso de codificación penal de finales del siglo XIX y principios del siglo XX .....</b>	<b>226</b>
<b>8. El Código Penal de 1928 o “Código Penal gubernativo” .....</b>	<b>229</b>
<b>8.1 Aspectos generales .....</b>	<b>229</b>
<b>8.2 Los delitos contra el honor .....</b>	<b>233</b>
8.2.1 Calumnias .....	234
8.2.2 Injurias .....	235
8.2.3 Difamaciones .....	237
<b>9. Código Penal republicano de 1932 .....</b>	<b>239</b>
<b>9.1 Aspectos generales .....</b>	<b>239</b>
<b>9.2 Los delitos contra el honor .....</b>	<b>243</b>
9.2.1 Calumnias .....	246
9.2.2 Injurias .....	246
<b>10. Código Penal o Texto Refundido de 1944 .....</b>	<b>249</b>
<b>10.1 La necesidad de una reforma total y los proyectos parciales previos al Código franquista .....</b>	<b>249</b>
<b>10.2 El Texto Refundido de 1944 .....</b>	<b>252</b>
10.1.1 Aspectos generales .....	252
10.1.2 Los delitos contra el honor .....	255

10.1.3 Calumnias .....	257
10.1.4 Injurias .....	260
<b>10.3 Las reformas del Código Penal de 1963 y de 1973, y la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 .....</b>	<b>265</b>
10.3.1 El Texto revisado de 1963 .....	265
10.3.2 La Ley de Prensa e Imprenta de 1966 .....	268
10.3.3 El Texto refundido de 1973 .....	270
<b>11. Las reformas previas al Código Penal de 1995. Un proyecto: el regreso del frustrado delito de difamación en 1992 .....</b>	<b>271</b>
11. 1 Una reforma desapercibida de los delitos contra el honor .....	271
11.2 Las reformas de 1983 y 1989 .....	275
<b>11.3 El Proyecto de Código Penal de 1992. De nuevo el delito de difamación .....</b>	<b>281</b>
11.3.1 Calumnias .....	282
11.3.2 Difamaciones .....	285
11.3.3. Injurias .....	291
<b>12. Recapitulación .....</b>	<b>295</b>

## **CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN DEL HONOR EN EL DERECHO EUROPEO .....**

<b>1. Introducción .....</b>	<b>307</b>
<b>2. Marco normativo: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea .....</b>	<b>308</b>
<b>3. La relación entre la reputación y la libertad de expresión e información, fundamento de la sociedad democrática europea .....</b>	<b>316</b>
3.1 Posición de la libertad de expresión e información en el sistema europeo de derechos y libertades .....	322
<b>3.2 La protección de la reputación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un límite a la libertad de expresión e información .....</b>	<b>322</b>
3.2.1 El concepto de “reputación” .....	322
3.2.2 Reputación y vida privada .....	325

<b>4. Titulares del derecho a la protección de la reputación .....</b>	<b>329</b>
<b>5. Conflicto entre la libertad de expresión e información y la reputación ...</b>	<b>334</b>
<b>5.1 Interés público .....</b>	<b>336</b>
<b>5.2 Animus .....</b>	<b>337</b>
<b>5.3 Veracidad .....</b>	<b>339</b>
<b>6. Conclusiones .....</b>	<b>344</b>

## **CAPÍTULO IV. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO COMPARADO .....347**

<b>1. Introducción: método y objetivo .....</b>	<b>349</b>
<b>2. El sistema germano-austriaco .....</b>	<b>352</b>
<b>2.1 Introducción .....</b>	<b>352</b>
<b>2.2 Alemania .....</b>	<b>354</b>
2.2.1 Libertad de expresión y derecho al honor personal .....	354
2.2.1.1 El encaje del derecho al honor en el ordenamiento jurídico alemán. Su reconocimiento constitucional como límite a la libertad de expresión (“ <i>Äußerungsfreiheit</i> ”) .....	354
2.2.1.2 Libertad de expresión: concepto, contenido y proyecciones .....	357
2.2.2 El bien jurídico “ <i>Ehre</i> ” .....	361
2.2.2.1 La autonomía del honor como bien jurídico constitucional .....	361
2.2.2.2 Contenido del bien jurídico honor .....	365
2.2.3 Sujetos pasivos .....	385
2.2.4 Delitos contra el honor .....	389
2.2.4.1 “ <i>Beleidigung</i> ” .....	390
2.2.4.2 “ <i>Üble Nachrede</i> ” .....	394
2.2.4.3 “ <i>Verleumdung</i> ” .....	402
2.2.4.4 “ <i>Formalbeleidigung</i> ” .....	405
2.2.4.5 “ <i>Wahrnehmung berechtigter Interessen</i> ”: protección de intereses legítimos, del art. 193 StGB. El difícil equilibrio entre la libertad de expresión y los delitos contra el honor .....	408

<b>2.3 Austria</b> .....	<b>422</b>
2.3.1 La libertad de expresión en el sistema constitucional austríaco .....	422
2.3.2 El bien jurídico honor (“ <i>Ehre</i> ”) .....	428
2.3.3 Sujetos pasivos .....	433
2.3.4 Delitos contra el honor .....	436
2.3.4.1 “ <i>Üble Nachrede</i> ” .....	437
2.3.4.2 “ <i>Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung</i> ” .....	444
2.3.4.3 “ <i>Beleidigung</i> ” .....	446
2.3.4.4 “ <i>Straflosigkeit</i> ” .....	452
<b>3. Portugal</b> .....	<b>456</b>
<b>3.1 Bien jurídico “<i>honra ou consideração</i>”</b> .....	<b>457</b>
<b>3.2 Sujetos pasivos</b> .....	<b>460</b>
<b>3.3 Delitos contra el honor</b> .....	<b>463</b>
3.3.1 “ <i>Difamação</i> ” .....	463
3.3.2 “ <i>Injúria</i> ” .....	469
3.3.3 “ <i>Calunia</i> ” .....	472
<b>4. Italia</b> .....	<b>473</b>
<b>4.1 El bien jurídico “<i>onore</i>”</b> .....	<b>473</b>
<b>4.2 Sujetos pasivos</b> .....	<b>484</b>
<b>4.3 Delitos contra el honor</b> .....	<b>487</b>
4.3.1 “ <i>Inguiria</i> ” .....	488
4.3.2 “ <i>Diffamazione</i> ” .....	500
<b>5. El sistema franco-belga</b> .....	<b>507</b>
<b>5.1 Introducción</b> .....	<b>507</b>
<b>5.2 Francia</b> .....	<b>508</b>
5.2.1 La Ley de Libertad de Prensa de 1881 .....	508
5.2.2 Bien jurídico protegido “ <i>honneur ou considération</i> ” .....	510
5.2.3 Sujetos pasivos .....	518
5.2.4 Delitos contra el honor. El caso particular del “ <i>délit de chantage</i> ” ..	522
5.2.4.1 “ <i>Diffamation</i> ” .....	525
5.2.4.2 “ <i>Injure</i> ” .....	531
5.2.4.3 “ <i>Délit de chantage</i> ” .....	533

<b>5.3 Bélgica</b> .....	<b>534</b>
5.3.1 El bien jurídico “ <i>l’honneur ou la considération</i> ” .....	535
5.3.2 Sujetos pasivos .....	540
5.3.3 Delitos contra el honor .....	542
5.3.3.1 “ <i>Calomnie</i> ” y “ <i>diffamation</i> ” .....	542
5.3.3.2 “ <i>Divulgation méchante</i> ” .....	548
5.3.3.3 “ <i>Injure</i> ” .....	549
<b>6. “Common Law”: Inglaterra y estados Unidos</b> .....	<b>551</b>
<b>6.1 Introducción</b> .....	<b>551</b>
6.1.1 Marco jurídico .....	551
6.1.1.1 La difamación como daño (“ <i>tort</i> ”) .....	551
6.1.1.2 La difamación como delito: el libelo criminal .....	553
6.1.1.3 La influencia de la raíz jurisprudencial del “ <i>Common Law</i> ” en el “ <i>defamation law</i> ” .....	557
6.1.2 La reputación (“ <i>reputation</i> ”), el interés protegido .....	559
6.1.2.1 Concepciones doctrinales .....	559
6.1.2.2 Otras aportaciones .....	571
6.1.2.3 Solución: se desplaza la atención de la reputación a lo difamatorio .....	573
6.1.3 La doctrina de la libertad de expresión (“ <i>free speech doctrine</i> ”) .....	576
6.1.3.1 Límite al poder público .....	576
6.1.3.2 Autonomía del individuo. Igual dignidad .....	580
6.1.3.3 Participación del ciudadano para la profundización del sistema democrático .....	583
6.1.4 El difícil equilibrio entre la reputación y la libertad de expresión ....	586
6.1.5 La reputación y el derecho a la vida privada (“ <i>right to privacy</i> ”).....	590
<b>6.2 Régimen jurídico de las acciones por difamación. Posición original común</b> .....	<b>593</b>
6.2.1 Acciones por difamación: “ <i>libel</i> ” y “ <i>slander</i> ”. Las acciones por falsedad maliciosa (“ <i>malicious falsehood</i> ”) .....	594
6.2.2 Legitimados para ejercer la acción por difamación (“ <i>right to sue</i> ”) .....	601
6.2.3 Requisitos para el ejercicio de una acción por difamación .....	608
6.2.3.1 Identificación del demandante: la doctrina “ <i>of and concerning</i> ”	



y las difamaciones no intencionadas .....	608
6.2.3.2 Significado difamatorio de la declaración .....	616
6.2.3.3 Publicación .....	621
6.2.4 Defensas del demandado .....	624
6.2.4.1 Verdad (“ <i>truth</i> ”, “ <i>veritas</i> ”) .....	624
6.2.4.2 Comentario justo (“ <i>fair comment</i> ”) .....	628
6.2.4.3 Privilegios absolutos o cualificados (“ <i>absolute or qualified</i> <i>privilege</i> ”) .....	631
6.2.5 Otros medios de defensa .....	634
6.2.6 Remedios (“ <i>remedies</i> ”): “ <i>injuction</i> ”, “ <i>damages</i> ”, “ <i>imprisonment</i> ” ..	636
<b>6.3 Recientes desarrollos legislativos y jurisprudenciales.</b>	
<b>Las particularidades en Inglaterra y Estados Unidos .....</b>	<b>640</b>
6.3.1 Inglaterra .....	640
6.3.1.1 El caso <i>Reynolds v. Times Newspapers Ltd</i> y el periodismo responsable .....	640
6.3.1.2 “ <i>Defamation Act</i> “de 2013 .....	645
6.3.2 Estados Unidos .....	651
6.3.2.1 La reputación y la I Enmienda .....	653
6.3.2.2 La reputación y la XIV Enmienda .....	674
6.3.2.3 Propuestas de reforma. “Propuesta <i>Annenberg</i> de Reforma del Libelo” de 1988 y “ <i>Speech Act 2010</i> ” .....	676
<b>7. Recapitulación. Modelos estatales de protección jurídico-penal del honor</b>	<b>682</b>
<b>7.1 Bien jurídico .....</b>	<b>684</b>
<b>7.2 Sujetos pasivos .....</b>	<b>690</b>
<b>7.3 Régimen jurídico de los ataques contra el honor .....</b>	<b>695</b>
7.3.1 El modelo germano-austriaco .....	695
7.3.2 Italia y Portugal .....	700
7.3.3 El modelo franco-belga .....	703
7.3.4 “ <i>Common Law</i> ” .....	706

**CAPÍTULO V. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN  
EL DERECHO PENAL ESPAÑOL .....** **713**

<b>1. El bien jurídico honor .....</b>	<b>716</b>
<b>1.1 El concepto de bien jurídico .....</b>	<b>716</b>
1.1.1 Introducción. Necesidad del debate .....	716
1.1.2 El concepto de delito como lesión de derechos subjetivos, de bienes jurídicos, de deberes ético-sociales y de estados o situaciones valiosas .....	720
1.1.3 Concepciones del bien jurídico .....	725
1.1.3.1 Teorías constitucionalistas del bien jurídico .....	725
1.1.3.2 Funcionalismo .....	730
1.1.3.3 Derecho penal mínimo y derechos humanos .....	758
1.1.3.4 Contrarios al principio del bien jurídico .....	765
1.1.4 Crítica de las concepciones de bien jurídico. Toma de posición .....	768
<b>1.2 El honor como derecho fundamental y la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social .....</b>	<b>781</b>
<b>1.3 Concepciones del bien jurídico honor .....</b>	<b>790</b>
1.3.1 Concepciones fácticas .....	793
1.3.2 Concepciones normativo-fácticas o mixtas .....	793
1.3.3 Concepciones normativas .....	805
1.3.4 Concepciones jurídico-constitucionalmente orientadas .....	817
<b>1.4 Toma de posición .....</b>	<b>820</b>
1.4.1 <i>Excursus</i> . El “reconocimiento” en la filosofía contemporánea .....	820
1.4.1.1 El reconocimiento de las identidades culturales, de TAYLOR. La ciudadanía multicultural de KYMLICKA .....	823
1.4.1.2 Los movimientos sociales: el reconocimiento de la diferencia. El feminismo de YOUNG y de FRASER .....	830
1.4.1.3 El reconocimiento en la Teoría de la Crítica Social de la Escuela de Frankfurt. La Teoría de la acción comunicativa de HABERMAS y la Teoría del reconocimiento de HONNETH .....	834
1.4.2 Propuesta de bien jurídico honor .....	844
1.4.2.1 Marco filosófico .....	846
1.4.2.2 Marco jurídico .....	859
1.4.2.3 Marco jurídico-penal .....	885
<b>2. Sujetos pasivos .....</b>	<b>914</b>

<b>2.1 Menores de edad, sujetos inimputables y fallecidos .....</b>	<b>915</b>
<b>2.2 Personas jurídicas .....</b>	<b>918</b>
2.2.1 El honor es un valor referible sólo a las personas físicas .....	918
2.2.2 El honor puede predicarse también de las personas jurídicas .....	925
<b>2.3 Grupos y entes sin personalidad jurídica .....</b>	<b>936</b>
<b>2.4 Toma de posición .....</b>	<b>943</b>
2.4.1 Menores de edad, sujetos inimputables y fallecidos .....	943
2.4.2 Personas jurídicas .....	944
2.4.3 Grupos y entes sin personalidad jurídica. El honor de los colectivos .....	950
<b>3. Los delitos contra el honor .....</b>	<b>968</b>
<b>3.1 Estructura de los delitos contra el honor .....</b>	<b>968</b>
3.1.1 Delitos contra el honor como delitos de lesión .....	969
3.1.2 Delitos contra el honor como delitos de resultado .....	982
<b>3.2 Conflicto “honor vs. libertad de expresión e información” .....</b>	<b>989</b>
3.2.1 Solución del “conflicto” con exclusión de la tipicidad. Propuestas doctrinales: delimitación de derechos, adecuación social y <i>animus iniuriandi</i> . Crítica .....	991
3.2.2 Solución del conflicto con exclusión de la antijuridicidad. Propuesta doctrinal y jurisprudencial: la causa de justificación del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información .....	1004
3.2.3 Crítica y toma de posición .....	1017
<b>3.3 Injuria .....</b>	<b>1025</b>
3.3.1 Tipicidad .....	1026
3.3.1.1 Tipo objetivo .....	1027
3.3.1.2 Tipo subjetivo. Dolo y “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” .....	1039
3.3.1.2.1 <i>Toma de posición</i> .....	1048
3.3.2 Antijuridicidad .....	1060
3.3.3 <i>Exceptio veritatis</i> .....	1066
3.3.3.1 Naturaleza jurídica: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la pena .....	1068
3.3.3.1.1 <i>Toma de posición. La exceptio veritatis y la inviolabilidad</i>	

<i>parlamentaria como causas de exclusión de la pena</i> .....	1072
3.3.3.2 Alcance de la prueba de la verdad .....	1077
3.3.4 Formas especiales de aparición del delito de injuria .....	1082
3.3.4.1 <i>Iter criminis</i> .....	1082
3.3.4.2 Autoría y participación .....	1084
3.3.5 Concursos .....	1087
<b>3.4 Calumnia</b> .....	<b>1090</b>
3.4.1 Tipicidad .....	1091
3.4.1.1 Tipo objetivo .....	1091
3.4.1.2 Tipo subjetivo. Dolo y “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” .....	1095
3.4.2 Antijuridicidad .....	1100
3.4.3 <i>Exceptio veritatis</i> .....	1101
3.4.3.1 Naturaleza jurídica: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la pena. Toma de posición .....	1101
3.4.3.2 Objeto y efectos de la <i>exceptio veritatis</i> .....	1104
3.4.4 Formas especiales de aparición del delito de calumnias .....	1105
3.4.5 Concursos .....	1106
<b>3.5 Disposiciones comunes a las injurias y las calumnias</b> .....	<b>1106</b>
3.5.1 Publicidad (art. 211). Responsabilidad civil (arts. 212 y 216) .....	1107
3.5.2 Circunstancias relativas a la penalidad: la agravante del “precio, recompensa o promesa” (art. 213), y la atenuante de la “retractación” (art. 214) .....	1112
3.5.3 Perseguibilidad (art. 215. 1 y 2) .....	1116
3.5.4 Perdón del ofendido (art. 215.3) .....	1118
 <b>CONCLUSIONES FINALES</b> .....	 <b>1123</b>
<b>ENDGÜLTIGE SCHLUSSFOLGERUNGEN</b> .....	<b>1141</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	 <b>1161</b>





## INTRODUCCIÓN

### 1. Interés científico de la investigación

El derecho al honor es una de las cuestiones que en más ocasiones ha atraído el interés de la doctrina, particularmente de la española, pues este país, antaño enredado como ningún otro en “duelos”, por razones históricas y socio-culturales ha guardado una relación especial con el derecho al honor. El tiempo no pasa en balde y actualmente el honor goza de una posición destacada como derecho fundamental, reconocido en el artículo 18 de la Constitución. Y aunque esta circunstancia no sea exclusiva del ordenamiento jurídico estatal, sino que es compartida por otras normas fundamentales (como la Ley Fundamental de Bonn, cuyo artículo 5 consagra el derecho al honor personal), es cierto que en nuestro caso, además de la consagración constitucional, es también la invocación del honor con cierta naturalidad en las relaciones sociales lo que nos diferencia, en este ámbito, de otras sociedades.

La inmaterialidad y la intangibilidad del derecho al honor han sido fuente inagotable de estudios y debates. Razón de lo anterior quizá sea que el derecho al honor está rodeado de un “halo” especial, de un cierto “misterio” en torno a su definición y a su significado. “El bien jurídico honor es el más sutil, el más difícil de aprehender con los torpes guantes del Derecho penal y, por ello, el bien jurídico que goza de la protección menos eficaz de nuestro sistema de Derecho penal”<sup>1</sup>. Por más veces que se haya repetido, la célebre cita de MAURACH no pierde su actualidad y vigor. La investigación que abordamos en las siguientes páginas, titulada “*Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*”, pretende adentrarse en esta ciénaga y arrojar algo de luz sobre la situación que atraviesa el bien jurídico honor en la sociedad actual de los medios de información, de los *mass media*, en la que las actuaciones susceptibles de constituir ataques a este derecho crecen exponencialmente, al tiempo que se exige de los jueces y tribunales la más exquisita distinción entre estos ataques y el ejercicio de una libertad de expresión quizá exagerada, provocativa e irónica, pero libertad legítima, al fin y al cabo.

---

<sup>1</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWAND: *Strafrecht. Besonderer Teil (Teilband 1)*, 7 Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 215: “*Die Ehre ist das subtilste, mit den hölzernen handschuhen des Strafrechts am schwersten zu erfassende und daher am wenigsten wirksam geschützte Rechtsgut unseres Strafrechtssystems*”.

La eclosión de la *sociedad de la información*, de la mano de novedosos medios de comunicación como Internet y las nuevas tecnologías, avoca a una potencial vulnerabilidad de los derechos de la personalidad, con especial atención para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (consagrados en el artículo 18.1 de la Constitución), o el derecho a la protección de datos de carácter personal (contenido en el art. 18.4, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)<sup>2</sup>. En la medida en que los canales de la comunicación se multiplican y se abren nuevos espacios para el ejercicio de la libertad de expresión, lo cual representa sin duda un acierto y un triunfo, surgen nuevas amenazas en el horizonte de derechos tan personales como el honor, la intimidad y la propia imagen. De hecho, la historia de los avances siempre ha sido así: nuevas oportunidades que esconden riesgos. El progreso lleva inserto en su corazón la tensión dialéctica. Este equilibrio inestable ha provocado tradicionalmente desajustes de la maquinaria legislativa y judicial, arrojando una situación acertadamente ilustrada por las palabras de MUÑOZ MACHADO: “el sistema no funciona porque los excesos en el uso libre de la información no resultan corregidos, la protección del honor y la dignidad de las personas no tienen cauces satisfactorios y, en fin, el equilibrio teórico del sistema está hecho trizas en la práctica”<sup>3</sup>. Con un entorno social como el descrito y advertidas las dificultades y deficiencias del sistema para dar respuesta satisfactoria a tales amenazas, el *interés científico* de una investigación sobre el bien jurídico honor y la regulación legal de los delitos contra el honor se comprende sin sobreesfuerzos.

Es cierto que la profundización teórica en el régimen jurídico-penal del honor y sus relaciones con otros derechos y libertades fundamentales no es una cuestión novedosa. Tiempo atrás se viene reclamando desde distintas disciplinas jurídicas un replanteamiento del estado de la cuestión. Se invoca la necesidad de afrontar el complejo entramado de la libertad de expresión e información, por un lado, y los derechos de la personalidad, particularmente el derecho al honor, por otro, desde una

---

<sup>2</sup> Así, ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: “Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet”, BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (coords.): *El Derecho en la Sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 553.

<sup>3</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: “Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 72, 1992, p. 171; también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Prólogo”, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21.



nueva perspectiva acorde con las pautas de la modernidad y de un mundo trepidante, globalizado, veloz (casi efímero) e interconectado. Las voces doctrinales que han recorrido esta senda temática han concluido, de forma mayoritaria, que los renglones torcidos que rigen las conflictivas relaciones entre las libertades informativas y el honor deben enderezarse, rompiendo el equilibrio a favor de la libertad de expresión, al tiempo que elevan su grito favorable a una despenalización de mayor o menor intensidad de los delitos contra el honor<sup>4</sup>. En este sentido, se invoca el modelo del “*Common Law*” como ejemplo de sistema generoso con la libertad de expresión. Eminentes profesores de diversas disciplinas<sup>5</sup> vienen apuntando las virtudes del régimen jurídico de persecución de las difamaciones en aquellos países, que, a su juicio, logran un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, honor y libertad de información, sin necesidad de recurrir a la vía penal. Todas estas circunstancias hacen, a su juicio, que sea la jurisprudencia estadounidense la que más decididamente defiende la libertad de expresión y la libertad de la prensa de todo el entorno de países occidentales.

---

<sup>4</sup> Con insistencia se reclama por parte de destacados penalistas. Entre otros, MORALES PRATS, F.: “Adecuación Social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, *Cuadernos de Política Criminal*, 36 (1998), pp. 699 a 725; QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones”, *Poder Judicial*, número especial XIII (1990), pp. 80 a 83; los dos últimos autores también han defendido la despenalización parcial de los delitos contra el honor y la consiguiente intensificación de la persecución de las ofensas contra el honor a través de medios civiles en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9ª ed., p. 522. También, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 171; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995”, *Cuadernos de derecho Judicial*, 1 (1998), p. 310.

<sup>5</sup> En el ámbito del Derecho Administrativo es importante el trabajo de MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988. En Derecho Constitucional ha abordado el complicado equilibrio de las libertades informativas con otras libertades y derechos colindantes, llegando a la conclusión de que la libertad de expresión e información no disfruta del espacio que por su posición en el sistema democrático merecería, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992. Mostrando gran admiración por el modelo del “*Common Law*”, el civilista SALVADOR CODERCH ha dirigido reconocidas obras *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987, y *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990) y grupos de investigación orientados a la importación al régimen jurídico español de las mejores soluciones originadas al otro lado del Atlántico.

Finalmente, en el orden penal se deja sentir con fuerza la influencia del “*Common Law*” en la materia que nos ocupa. El profesor VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995 [y del mismo, también, VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad de expresión y derecho al honor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor J. A. Sainz Cantero (II)*, 13 (2º cuatrimestre, 1987), y VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad de expresión e información: límites penales”, AA.VV.: *El derecho a la información. Teoría y práctica (presentación de RAMÍREZ, M.)*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995], apoyándose en la jurisprudencia estadounidense, ha defendido una concepción del honor que ha alcanzado notable éxito en la doctrina española, y ha propuesto un desplazamiento hacia las penas pecuniarias del régimen sancionador, siguiendo la estela de los Estados Unidos.

Con las notas ofrecidas hemos intentado dar cuenta de una determinada posición de parte de la doctrina jurídica en el tema que nos ocupa, y que comparte la preocupación por un régimen obsoleto que ahoga las libertades informativas y potencia exacerbadamente el derecho al honor como límite al ejercicio de aquellas. Sin embargo, nuestro análisis de la situación de partida atiende preferentemente al otro plato de la balanza libertad de expresión – honor. Creemos que en el entorno público de las actividades de interés general y cuando se hayan involucradas personas de relevancia o notoriedad pública, y sobre todo en al ámbito privado y en las relaciones entre particulares, se ha producido una progresiva degradación del bien jurídico honor al tiempo que la libertad de expresión ha experimentado un proceso de exaltación que ha superado las cotas de lo razonable, especialmente palpable cuando algunas de sus proyecciones han degenerado hasta no ser ni la sombra del noble contenido de la dimensión pública, objetiva e institucional de las libertades comunicativas e informativas. Casi podría decirse que “se gastó la libertad de expresión de tanto usarla”.

Es posible que en los primeros años de vigencia de la Constitución, cuando comenzaron a desplegarse los primeros esfuerzos para elaborar, desarrollar y aplicar el incipiente cuerpo jurisprudencial construido por los Tribunales sobre el conflicto entre libertades comunicativas y derechos de la personalidad, la falta de acervo y práctica judicial en esta materia pudiera conducir a una situación de desequilibrio a favor de los derechos de la personalidad<sup>6</sup>, aunque la verdadera causa latente bajo esa coartada fuera la censura y el mantenimiento férreo e imperturbable de un cierto *statu quo* político e institucional. No en vano, esos operadores jurídicos eran herederos de un régimen dictatorial que había mutilado las libertades de la prensa bajo la amenaza de la censura implacable, y las libertades individuales de expresión e información desde el prisma gris tirando a negro de una determinada concepción del orden público. Y, en todo caso, todavía no se tenía conciencia de la dimensión objetiva de las libertades comunicativas y su contribución a “la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática”<sup>7</sup>. En este

---

<sup>6</sup> Esta fue, de hecho, la dirección dominante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una primera etapa, como afirma ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: “Derecho penal y libertades ..., *op. cit.*, p. 559.

<sup>7</sup> STC 59/1986, de 16 de diciembre, f. j. 6º.

sentido, se ha constatado que en esos primeros años la jurisprudencia admitía, como no podía ser menos, que el honor no podía prevalecer sin más cuando concurría con las libertades de expresión e información, dado que éstas eran también un derecho fundamental que debía ser debidamente valorado y ponderado; sin embargo, acto seguido, esos mismos tribunales luego de reconocer dicha realidad, procedían a levantar acta de ello consolidando nuevamente la preferencia por el honor sobre las libertades comunicativas<sup>8</sup>.

Pues bien, mucho tiempo ha pasado de aquello, tanto como para que la situación se haya invertido por completo, a nuestro juicio. Igual que antes pero en dirección contraria, ahora puede constatarse un desequilibrio claramente favorable a los profesionales de la comunicación, e igualmente en el transcurrir diario de las relaciones sociales entre particulares. Podría decirse que los Tribunales se limitan a recordar que los derechos de la personalidad, y particularmente, el honor, son derechos fundamentales, para, una vez advertida esta evidencia, cargar las tintas sobre el honor y privilegiar la libertad de información, aun cuando el modo de ejercer esta libertad, los asuntos sobre los que recaiga o las personas que tome como protagonistas, priven a estas libertades de su perfil objetivo e institucional al servicio del sistema democrático. Se ha entrado en una inmensa ola que lo arrasa todo, en la que la libertad de expresión todo lo puede, y esta tendencia es peligrosa porque tan importante es proteger la libertad de expresión como respetarla no pervirtiendo su contenido esencial. Las libertades informativas se hallan, sin duda, en el corazón del sistema democrático, pero precisamente por ello poseen una *vis atractiva* y una fuerza expansiva que termina por convertir en meras comparsas a los demás derechos y libertades que deberían ejercer frente a los nuevos vientos como sólidos contrafuertes.

Fruto de este proceso, es visible la desprotección jurisdiccional que sufren muchas personas no pertenecientes a la clase periodística. Resulta difícil, en este sentido, encontrar una querrela por vulneración del derecho al honor en la vía penal que termine con éxito<sup>9</sup>. Se ha llegado a decir, y creemos que con acierto, que cuando la

---

<sup>8</sup> Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad ...*, op. cit., p. 33.

<sup>9</sup> Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Introducción al debate jurídico sobre la libertad de prensa", BARBERO SANTOS, M. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M<sup>a</sup>. R. (coords.): *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal. VII jornadas Greco-latinas de Defensa Social*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, p. 34.

tensión entre la libertad de expresión y el honor se analiza desde la perspectiva del ciudadano que recibe información, se observa que los ciudadanos no tienen un derecho público subjetivo a recibir información verdadera, sino falsa, siempre que el periodista que la suministra crea que es verdadera<sup>10</sup>. Así las cosas, para algunos no nos cabe duda de que el sistema no funciona<sup>11</sup>.

Además, da la sensación de que este es un tema zanjado, con un cuerpo jurisprudencial sólido, incluso petrificado, que ya no es preciso actualizar o mejorar, porque responde acertadamente a los típicos problemas que pueden plantearse en el orden de los conflictos entre derechos de la personalidad y las libertades informativas. Y sin embargo, también desde la jurisprudencia constitucional se han alzado algunas voces alertando del riesgo de sacrificar el honor y arrojarlo a los pies de la todopoderosa libertad de expresión e información. Así, el magistrado DÍAZ EIMIL formuló un voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1989, de 3 de julio, que contiene algunas reflexiones muy sugerentes y que miran a la dirección que nosotros también defendemos: *“creo sinceramente que [...] existe el riesgo de que se minimice el derecho al honor -que también está constitucionalmente protegido y es límite primordial de dichas libertades- y, a consecuencia de ello, se conceda a ese valor prevalente [el de las libertades de expresión e información] una excesiva eficacia que vaya más allá del tratamiento que ambos derechos fundamentales merecen”*. Además, reclamando que cada asunto debe ser tratado sin perder de vista la armonía y la idiosincrasia de la sociedad española, el magistrado alertaba frente al peligro de *“trasladar automáticamente a nuestro Derecho Constitucional, doctrinas imperantes en otras sociedades, en las cuales puede estar justificada una excepcional prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor por la estimación que de estos valores se tenga en dichas sociedades, [pero] que puede ser distinta de la que es propia de la cultura y sentimiento del pueblo español, en cuyo sistema axiológico destaca, en lugar muy elevado el honor personal”*<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Prólogo”, *op. cit.*, p. 19; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, julio-septiembre (2006), p. 101.

<sup>11</sup> Así, nuevamente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Prólogo”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>12</sup> Voto particular del Magistrado DÍAZ EIMIL a la STC 121/1989, de 3 de julio.

Sin prejuzgar esta situación, creemos que esto es cierto. Pero prejuzgando esta situación, creemos que tal realidad representa un error y un problema que hay que reconducir. Habría que cuestionar el estado actual de la doctrina jurisprudencial en esta materia, a la vista de una concepción más ajustada al contenido e importancia del bien jurídico honor. Sin duda, si se mantiene la comprensión intelectual de la libertades informativas tal y como está vigente hoy y se mantiene, también la comprensión del honor conforme a las líneas doctrinales dominantes actualmente, la jurisprudencia dictada en esta materia no merece ningún cambio porque es adecuada. Pero es ahí donde debemos preguntarnos si la comprensión de estos bienes jurídicos debería ser actualizada o revisada. Respetando, sin ningún género de dudas, la posición de la libertad de expresión en el entramado constitucional de derechos y libertades, entendemos que es pertinente retomar una línea doctrinal que *revitalice el bien jurídico honor. Es urgente un replanteamiento de su contenido y su significado*. En este mundo de los *mass media*, de la información mercantilizada, de la desnaturalización y casi prostitución de las valiosísimas libertades comunicativas, del comercio de los derechos de la personalidad<sup>13</sup> ... el bien jurídico honor se ha convertido en un saco de boxeo que los poderosos y omnipresentes medios de comunicación zarandean y golpean (casi) impunemente a su antojo. Los medios de comunicación de masas han invadido todo y han absorbido el músculo de la sociedad civil, que como un títere manipulable, sigue ciegamente a esos que se hacen llamar *creadores de opinión*. Los medios se dirigen “*a todo el mundo en todas partes*”, y, en este sentido, “los límites han desaparecido”<sup>14</sup>. El mito del informador público entregado en cuerpo y alma a la loable tarea de ofrecer la verdad a la comunidad para que ésta resplandezca, se ha convertido ya en leyenda<sup>15</sup>. Y lo que es peor: esa situación de superioridad de las libertades comunicativas sobre el honor ha penetrado también en las relaciones privadas en las que la reivindicación del honor individual se ha vuelto una reminiscencia calderoniana que produce risa. Quien reivindica su honor como escudo frente al ataques honor es un “apestado”.

---

<sup>13</sup> Dice con acierto VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad ...*, op. cit., p. 405, que el “mercado libre” de las ideas y opiniones se rige conforme a los principios de una economía capitalista, en el que las opiniones e informaciones “no son sino simples mercancías, sometidas, como tales, a los principios de minimalización de los costes, optimización de las ventas y maximización del beneficio”

<sup>14</sup> Así, VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad ...*, op. cit., p. 404.

<sup>15</sup> Así también PANTALEÓN PRIETO, F.: “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, 2 (1996), p. 1691.

La necesidad y la conveniencia de esta investigación se fundamentan, en conclusión, en el siguiente diagnóstico: se ha producido una devaluación social del honor, con repercusiones en el ámbito jurídico, en tanto que sociedad y derecho son sistemas conectados, y dado que no basta con saber y afirmar que el honor es un bien jurídico personalísimo, de primera importancia, que goza de reconocimiento constitucional en el art. 18.1 de la norma fundamental, sino que hay que creérselo y actuar en consecuencia, hemos considerado que había que poner en valor la utilidad de la tutela por la vía penal del bien jurídico honor en el bien entendido de que existen agresiones y menoscabos del honor lo suficientemente intolerables como para que sea preciso articular su persecución desde el derecho penal, aun concibiendo a éste, como no puede ser de otra forma, como el último recurso que ofrece el Ordenamiento jurídico para reprimir esas conductas, en consonancia con el principio de *ultima ratio*<sup>16</sup>. Por todo ello, el esfuerzo revitalizador del bien jurídico honor a que apelamos y que nos proponemos en esta investigación, aspira a limpiar el honor de la pompa y la grandilocuencia de otros tiempos, sin que ello signifique degradarlo ni rebajarlo, porque en la sociedad actual plural, diversa, obligadamente tolerante y respetuosa con la diferencia, esto es, en la “*sociedad del reconocimiento*” (en terminología del filósofo alemán Axel HONNETH<sup>17</sup>), el honor juega un papel fundamental. Pretendemos profundizar en la función del honor como *presupuesto para la comunicación intersubjetiva*<sup>18</sup>, como una carta de presentación del ciudadano en comunidad, que le permita entablar las relaciones de reconocimiento con los demás individuos en una posición de igualdad y de respeto compartido. Porque no debe olvidarse en ningún momento que, si bien los medios de comunicación y todo su entramado constituyen una fuente de problemas para el normal disfrute del derecho al honor, el ataque al honor es,

---

<sup>16</sup> Todo ello sin perjuicio, por supuesto, de las necesarias modificaciones que deban introducirse en las figuras penales que protegen el bien jurídico honor, concretadas sobre todo en un mejor descripción típica de las conductas punibles. Así, entre otros, HUERTA TOCILDO, S.: “El derecho fundamental al honor y el llamado contraamparo”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E. *et al.*: CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1028; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. L.: “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, AA.VV: *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 71.

<sup>17</sup> El “reconocimiento” constituye el *leit motiv* de la obra filosófica de este pensador, desde la publicación de su valioso trabajo *La lucha por el reconocimiento, Por una gramática moral de los conflictos sociales* (traducción castellana de BALLESTERO, M.), Crítica, Barcelona, 1997.

<sup>18</sup> Vid. AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrebegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 31.

al fin y al cabo, una negación del respeto que todo ciudadano merece. Las nuevas tecnologías no pueden eclipsar el hecho de que el honor entronca con el reconocimiento individual, por lo que su respeto, y en caso de violación, su tutela, se convierten en presupuestos indispensables para la vida social en igualdad de condiciones. Más que de las nuevas tecnologías, las auténticas amenazas para la convivencia armónica y el respeto de los derechos, incluido el honor, provienen de las circunstancias cambiantes de las sociedades modernas que, en continua expansión cultural, arrojan enfrentamientos, desprecios, negaciones de reconocimiento y ataques intolerables contra el honor y la dignidad del que es diferente. Este es el gran reto de la humanidad del siglo XXI, integrar al diferente y tratarlo como un igual merecedor de respeto, y en ese futuro, que ya es presente, una correcta intelección del honor y la articulación de un régimen jurídico-penal satisfactorio de tutela pueden representar un papel destacado.

## **2. Estructura y método**

El presente estudio se construye, como método de trabajo, desde una perspectiva múltiple, pues sólo teniendo en cuenta las aportaciones de las distintas ciencias sociales es posible dar solución al objetivo de la investigación, cual es la *formulación de una satisfactoria concepción del bien jurídico honor y el examen del régimen jurídico-penal actualmente vigente, teniendo presente el concepto de honor elaborado, desde la perspectiva de lege data, acompañado todo ello con propuestas de reforma, desde una perspectiva de lege ferenda, bien sea del propio texto de la ley o de la interpretación del sentido de los conceptos.*

En consonancia con lo anterior, cada una de las perspectivas desde las que se ha trabajado [histórica (filosófica-social)], comparativa, interpretativa y propositiva<sup>19</sup>) encuentra su perfecto reflejo en la estructura de esta investigación, dividida en tres partes principales: introducción, capitulado (con 5 capítulos) y conclusiones.

---

<sup>19</sup> Siguiendo la metodología de trabajo de WITKER, J.: *Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 95 y 96.

La perspectiva histórica sobrevuela en los dos primeros Capítulos. El trabajo comienza con el *Capítulo I* que, bajo la rúbrica de “el honor en la historia; su decisiva influencia invisible”, ofrece una panorámica sobre la importancia destacada, incluso podría decirse trascendental, del honor en las sociedades antiguas. Se trata de mostrar cómo el honor, el bien valioso por excelencia, se convirtió en el eje estructurador de las sociedades, conforme al cual (a) las personas eran ubicadas en una u otra categoría social (honor estamental -nobleza y campesinado-), (b) los hombres valerosos que se jugaban su vida en la batalla para cumplir los sueños territoriales de sus príncipes, recibían méritos y alabanzas (honor militar), y (c) las mujeres eran decentes en tanto guardaran su virginidad y pureza (honor femenino). Sobre estas proyecciones del honor teorizaban los filósofos y ellas mismas también encontraban en las manifestaciones artísticas más populares (teatro y poesía) su reflejo con un toque cómico, dramático o crítico. Este primer Capítulo permite comprender el elevado nivel de tutela jurídica que las leyes dispensaban a ese concepto, hoy desfasado de honor, que dominaba en la sociedad española.

En el *Capítulo II*, “los delitos contra el honor en los códigos penales españoles”, se afronta una tarea fundamental en todo trabajo de investigación jurídica: los fundamentos históricos del derecho, de la norma o de la institución que atraiga la atención del investigador. En nuestro caso, ese examen toma como fecha de inicio 1822, año del primero Código Penal del proceso de codificación penal en España. Desde entonces, los delitos contra el honor han sido una constante en todos los cuerpos punitivos, si bien la regulación legal concreta que preveía cada uno de ellos ha modulado en varios aspectos, como la estructura bipartita o tripartita (injurias y calumnias, y, eventualmente, difamaciones), así como en la extensión del instituto de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*. El Código Penal de 1995, en materia de delitos contra el honor, sin duda es hijo de la tradición histórica de este proceso de codificación y muchas de sus características encuentran su germen en los textos legales pretéritos, cuyo estudio, por consiguiente, es ineludible.

A continuación, los Capítulos III y IV sirven a la finalidad de la perspectiva comparada de la investigación. En el *Capítulo III*, “la protección del honor en el derecho europeo”, se analiza el régimen jurídico del derecho al honor en el ordenamiento europeo, entendiendo por este último el edificado alrededor del Convenio



Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El citado Convenio consagra en el artículo 10.1 la libertad de expresión e información y, a continuación, contempla, como fines legítimos, una serie de intereses superiores que justificarían una eventual restricción o, en terminología del Tribunal, injerencia en el ejercicio de esta libertad. Entre ellos, “la protección de la reputación ajena”, es decir, el honor (con algunas salvedades que serán expresadas en el estudio). En este sentido, la investigación se propone analizar la influencia del Tribunal de Estrasburgo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se trata de examinar hasta qué punto dicha jurisprudencia está “empapada” de criterios europeos y cuál es el grado de penetración del “canon o estándar europeo” en esta materia a través de la cláusula de apertura del ordenamiento jurídico español, prevista en el artículo 10.2 de la Constitución española.

Bajo el título “los delitos contra el honor en el derecho comparado”, el *Capítulo IV* lleva hasta sus últimas consecuencias el análisis comparativo de esta investigación. Los delitos contra el honor no sólo representan una constante en la historia de la codificación penal española, sino que son protagonistas privilegiados en los Códigos Penales de nuestro entorno. Con el estudio científico del derecho comparado pretendemos no sólo alcanzar el fin en sí mismo de su conocimiento, sino que afrontamos este trabajo con la perspectiva de la obtención de resultados posteriores<sup>20</sup>, importando aquellas soluciones que sean acertadas y se adapten a las características del modelo español. A tales efectos, se examinan los delitos contra el honor en Alemania y en Austria (modelo germano-austriaco), en Portugal, en Italia, y en Francia y Bélgica (modelo franco-belga), siguiendo una estructura similar, que permita hacer aflorar más visiblemente las similitudes y diferencias: el bien jurídico honor, los sujetos pasivos y las concretas figuras delictivas. En el subepígrafe “*Common Law*” se analiza el régimen jurídico de las acciones por difamación en Estados Unidos e Inglaterra; el modelo angloamericano es sustancialmente distinto al régimen de los delitos contra el honor en la Europa continental, por lo que la inclusión de este sistema resulta sumamente interesante desde una perspectiva comparada, máxime si tenemos en consideración que

---

<sup>20</sup> FORNASARI, G.: “Conquiste e Sfide della Comparazione penalistica”, DOLCINI, E., y PALIERO, C. E.: *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 277.

algunas cláusulas legales presentes en nuestro Código Penal en la tipificación de las injurias y las calumnias respiran una innegable influencia angloamericana.

Finalmente, con todo el esfuerzo que nos precede, el *Capítulo V*, “los delitos contra el honor en el derecho penal español”, representa el estadio final de esta investigación, en el que se combinan diversas perspectivas de trabajo: la interpretativa, en el sentido de extraer la interpretación de los conceptos legales empleados para la tipificación de los delitos contra el honor (calumnias -artículos 205 a 207- e injurias - arts. 208 a 210-), y la propositiva, toda vez que al hilo de las reflexiones que evoque el estudio de la regulación legal, se suministrarán las oportunas consideraciones de reforma del texto de la ley, o los cambios que sean pertinentes en la interpretación consolidada de ciertos conceptos. Este Capítulo sigue la misma estructura que la empleada en cada uno de los regímenes jurídico-penales estatales estudiados en el Capítulo IV, por lógicas razones de coherencia interna: bien jurídico, sujetos pasivos y delitos contra el honor. Como novedad, y dado el necesario componente de aportación original que es inherente a toda investigación científica, en cada uno de esos tres apartados no sea hace sólo un estudio descriptivo del estado de la cuestión, sino que se profundiza ampliamente y se vierten las propuestas personales que aportamos al debate científico y doctrinal sobre los delitos contra el honor. Así, en relación con el bien jurídico, se aborda primeramente el debate general mantenido en la doctrina penalista del viejo continente sobre el concepto mismo de bien jurídico (y las teorías formuladas al respecto, desde el funcionalismo y hasta las tesis constitucionalistas, pasando por el derecho penal mínimo, e incluso por los detractores de la categoría del bien jurídico). Respecto del sujeto pasivo, el nudo gordiano será la eventual titularidad del honor por las personas jurídicas y los colectivos. Finalmente, es el momento del análisis dogmático de las distintas categorías o elementos de la estructura de los delitos contra el honor, orientadas algunas de ellas (particularmente la tipicidad y la antijuridicidad) a la resolución del conflicto (por excelencia) entre el honor y la libertad de expresión. Este último Capítulo sintetiza mejor que ninguno el esquema tripartito tradicional para la elaboración de investigaciones jurídicas: “interpretación, sistema y crítica”<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción de RODRÍGUEZ MOLINERO), Ariel, Barcelona, 1980, p. 309.

### 3. Fuentes

En un intento por dotarle de la mayor seriedad y rigor científicos, las *fuentes de trabajo*, repartidas entre *documentación bibliográfica* y *jurisprudencia*, son amplias y multidisciplinares, en coherencia con la estructura y las diversas perspectivas desde las que se ha abordado el estudio. Así, el reconocimiento constitucional del honor en el ordenamiento estatal y en otros sistemas jurídicos (directamente en el alemán, pero indirectamente también en el portugués, italiano o en el modelo angloamericano) y la previsión del conflicto entre el honor y las libertades informativas en la propia norma fundamental, tienen su reflejo en esta investigación en la abundante doctrina constitucional manejada. Así mismo, la consideración del honor como un bien susceptible de protección por la vía civil justifica que también la doctrina civilista haya tomado parte en el estudio del régimen jurídico legal del honor con trabajos de gran repercusión, por ejemplo, en el ámbito del honor de las personas jurídicas y de los sistemas de reparación e indemnización. El Derecho Internacional público y el Derecho comunitario (de la Unión Europea) han sido manejados en el capítulo dedicado al estudio del régimen jurídico de la reputación emanado del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y aun con todo lo anterior, es lógico que la principal fuente de información haya sido la literatura penal para el estudio del régimen jurídico de los delitos contra el honor, tanto en derecho español como en derecho comparado, así como para el examen de los delitos contra el honor en cada uno de los cuerpos legales punitivos del proceso de codificación penal española, desde el primer Código Penal de 1822, hasta el que ha sido llamado “Código Penal de la democracia”, de 1995.

Por otro lado, una investigación como la que tenemos en nuestras manos, que pretende formular una concepción del bien jurídico honor en el marco de la sociedad actual, presa de sus patologías y sujeta a las amenazas de la modernidad, no puede abordar tamaña empresa sin recurrir a las corrientes dominantes de la filosofía contemporánea, como las que nacen al calor de la sociedad multicultural y las que se desarrollan alrededor de la Escuela Crítica de Frankfurt, siendo éstas últimas una referencia indiscutible para nosotros, en tanto retoman y actualizan las aportaciones de la filosofía del siglo XVIII de Hegel, filósofo que puso los cimientos para la teorización de las relaciones de reconocimiento. Como tampoco puede este estudio prescindir de las aportaciones que desde la Antigüedad grecolatina se han formulado por las mentes

preclaras de los filósofos griegos (Platón, Aristóteles) y romanos (Cicerón, Seneca, y Marco Aurelio), así como los Padres de la Iglesia (San Agustín y Santo Tomás), en torno a los ideales del honor, la honorabilidad, la honra, el valor, la magnanimidad o la vanagloria. La filosofía, en este sentido, no hacía sino captar las preocupaciones de la sociedad y teorizar sobre ellas, algo que también ha sido tarea de otros géneros artísticos, como la poesía o el teatro, algunas de cuyas obras que versan sobre el honor han sido fuente de valiosa información para comprender el valor atribuido a este bien por la sociedad española en la historia. El enfoque multidisciplinar se completa con el amplio abanico de obras historiográficas de estudio de la Edad Media y la Edad Moderna, cuya consulta resulta indispensable en la medida en que el honor ha sido un bien querido por las clases campesinas y populares, y ansiado y repartido entre las clases nobles y poderosas, realidad de la que hemos querido dejar la debida constancia en esta investigación.

Junto a las referencias doctrinales, el trabajo cuenta con el apoyo de un sólido fondo jurisprudencial emanado del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de otros Tribunal inferiores, así como de las Cortes Europeas (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea) y de las principales autoridades judiciales de los Estados cuyos Códigos Penales han sido examinados en el ámbito del Derecho comparado.

## EINLEITUNG

### 1. Das wissenschaftliche Interesse an der Forschungsarbeit

Das Recht auf Ehre ist eine der Fragestellungen, die am häufigsten das Interesse der Rechtslehre, im Besonderen der spanischen, erweckten. In Spanien fanden in früheren Epochen so viele Duelle wie in keinem anderen Land statt. Infolge historischer und soziokultureller Ursachen wurde eine besondere Beziehung zum Recht auf Ehre gewährt. Die Zeit vergeht nicht umsonst und heute nimmt die Ehre eine herausragende Stellung als fundamentales, in Art. 18 der spanischen Verfassung anerkanntes Grundrecht ein. Obwohl dieser Umstand nicht ausschließlich der staatlichen Ordnung Spaniens zugerechnet werden kann, sondern auch von anderen Grundrechten geteilt wird – an dieser Stelle wird auf das Bonner Grundgesetz hingewiesen, in dessen Art. 5 das Recht auf persönliche Ehre bekräftigt wird - ist es bemerkenswert, dass in unserem Fall, hinausgehend über die verfassungsrechtliche Festlegung, die Bezugnahme auf Ehre in gesellschaftlichen Beziehungen mit einer gewissen Natürlichkeit geschieht. In diesem Aspekt unterscheidet sich Spanien von anderen Gesellschaften.

Die Immaterialität und Unberührtheit des Rechts auf Ehre gab Anlass zu unzähligen Studien und Debatten. Ein Grund dafür könnte vielleicht im besonderen Reiz, dem gewissen Zauber des Rechts auf Ehre bezüglich seiner Definition und seiner Bedeutung liegen. „Die Ehre ist das subtilste, mit den hölzernen Handschuhen des Strafrechts am schwersten zu erfassende und daher am wenigsten wirksam geschützte Rechtsgut unseres Strafrechtssystems“<sup>1</sup>. Trotz unermüdlichen Zitierens büßte das bekannte Zitat von MAURACH bis heute nichts von seiner Aktualität und Kraft ein. Mit der auf den nachstehenden Seiten ausgeführten Forschungsarbeit mit dem Titel „*Delikte gegen die Ehre im spanischen Strafrecht und in der Rechtsvergleichung*“ wird versucht, in dieses Dickicht einzudringen und Licht in die Situation zu bringen, in der sich das Rechtsgut Ehre in der heutigen Informationsgesellschaft, der Gesellschaft der *Massenmedien*, befindet, in denen die Vorgänge, die Angriffe auf dieses Recht darstellen könnten, exponentiell ansteigen. Gleichzeitig wird von Richtern und

---

<sup>1</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWAND: *Strafrecht. Besonderer Teil (Teilband 1)*, 7. Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, S. 215: „Die Ehre ist das subtilste, mit den hölzernen Handschuhen des Strafrechts am schwersten zu erfassende und daher am wenigsten wirksam geschützte Rechtsgut unseres Strafrechtssystems“.

Gerichten eine sorgfältige Unterscheidung zwischen diesen Angriffen und der Ausübung eines unter Umständen übertriebenen, provokativen und ironischen, jedoch letzten Endes legitimen Rechts auf Meinungsfreiheit verlangt.

Das Aufblühen der *Informationsgesellschaft* durch moderne Medien wie Internet und neue Technologien verleitet zu einer potentiellen Verletzbarkeit der Persönlichkeitsrechte. In dem Maße, in dem sich die Kommunikationswege vervielfältigen, öffnen sich neuer Räume für die Ausübung der Meinungsfreiheit. Dies ist zweifellos ein Triumph - am Horizont tauchen jedoch neue Bedrohungen für die Persönlichkeitsrechte wie Ehre, Privatsphäre und das Recht am eigenen Bild auf. Die Geschichte des Fortschritts ist jedoch jederzeit so: neue Möglichkeiten bergen Risiken. Der Fortschritt trägt in seinem Inneren immer eine dialektische Spannung. Dieses instabile Gleichgewicht verursachte traditionsgemäß Missverhältnisse in der Gesetzgebung und im Gerichtswesen. Dieser Zustand wird treffend mit den Worten von MUÑOZ MACHADO beschrieben: „Das System funktioniert nicht, denn der übermäßig freie Gebrauch der Information wird nicht eingeschränkt, der Schutz der Ehre und der Würde des Menschen wird nicht zufriedenstellend umgesetzt und schließlich stehen wir in der Praxis vor dem Scherbenhaufen des theoretischen Gleichgewichts des Rechtssystems.“<sup>2</sup> In einer gesellschaftlichen Situation wie der beschriebenen und nachdem auf die Schwierigkeiten und Mängel des Systems bei einer zufriedenstellenden Lösung dieser Bedrohungen hingewiesen wurde, ist das *wissenschaftliche Interesse* einer Forschungsarbeit über das Rechtsgut der Ehre und die gesetzliche Regelung der Delikte gegen die Ehre sehr gut zu verstehen.

Es ist richtig, eine tiefgreifende theoretische Untersuchung der strafrechtlichen Regelungen der Ehre und ihre Beziehung zu anderen Grundrechten und Freiheiten stellt keine neue Fragestellung dar. Seit Langem wird von den verschiedenen juristischen Disziplinen eine Umgestaltung dieser Situation verlangt. Es wird die Notwendigkeit geltend gemacht, die komplexe Verstrickung der Meinungs- und Informationsfreiheit einerseits und andererseits der Persönlichkeitsrechte, im Besonderen des Rechts auf

---

<sup>2</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: „Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio“, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 72, 1992, S. 171; auch GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: „Prólogo“, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, S. 21.

Ehre, aus einer neuen Perspektive gemäß der Regelungen der Moderne und gemäß einer spannungsreichen, globalen, schnellen (fast flüchtigen) und vernetzten Welt zu beleuchten und zu entwirren. Die mit diesem Themengebiet beschäftigten Lehrmeinungen, kamen größtenteils zu dem Schluss, die verworrenen Regelungen, durch die die gespannten Beziehungen zwischen der Informationsfreiheit und der Ehre geregelt werden, müssten gelichtet werden, indem das Gleichgewicht zu Gunsten der Meinungsfreiheit aufgelöst werden solle, wobei gleichzeitig die Stimme zu Gunsten einer mehr oder weniger starken Entkriminalisierung der Delikte gegen die Ehre erhoben wird<sup>3</sup>. In diesem Sinne wird das Modell des „*Common Law*“ als Beispiel für ein großzügiges System bezüglich der Meinungsfreiheit angeführt. Bedeutende Professoren aus verschiedenen Disziplinen<sup>4</sup> weisen auf die Vorzüge eines Rechtsrahmens für die Verfolgung von Verleumdungen in den Ländern hin, in denen ihrer Meinung nach, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den betroffenen Interessen, Ehre und Informationsfreiheit, besteht, ohne dass auf das Strafrecht zurückgegriffen werden müsste. Aufgrund dieser Umstände ist Ihrer Meinung nach die

---

<sup>3</sup> Darauf wird von etablierten Strafrechtlern gedrängt, u. a. von MORALES PRATS, F.: „Adecuación Social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora“, *Cuadernos de Política Criminal*, 36 (1998), S. 699 bis 725; QUINTERO OLIVARES, G.: „La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones“, *Poder Judicial*, Sondernummer XIII (1990), S. 80 bis 83. Von den beiden letzten Autoren wurde auch die teilweise Entkriminalisierung der Delikte gegen die Ehre verteidigt sowie die sich daraus ergebende verstärkte Verfolgung von Beleidigungen gegen die Ehre mittels zivilrechtlicher Maßnahmen, in QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: „Título XI. Delitos contra el honor“, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9. Ag., S. 522. Siehe auch u. a. CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, S. 171; TASENDE CALVO, J.: „La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995“, *Cuadernos de derecho Judicial*, 1 (1998), S. 310.

<sup>4</sup> Im Bereich des Verwaltungsgerichts ist die Arbeit von MUÑOZ MACHADO, S.: „*Libertad de prensa y procesos por difamación*“, Ariel, Barcelona, 1988, von Bedeutung. Im Verfassungsrecht wurde eine Abwägung des komplizierten Gleichgewichts zwischen der Informationsfreiheit und anderen nahestehenden Freiheiten und Rechten vorgenommen. Man kam zum Schluss, die Meinungs- und Informationsfreiheit nimmt nicht den Raum ein, die ihr aufgrund ihrer Stellung im demokratischen System zukommt. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: „*La libertad de expresión*“, Marcial Pons, Madrid, 1992. Große Bewunderung für das Modell des „*Common Law*“ hegt der Zivilrechtler SALVADOR CODERCH, unter dessen Leitung bekannte Werke entstanden: „*¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*“, Civitas, Madrid, 1987, und „*El mercado de las ideas*“, Centro de Estudios Constitucionales, 1990) sowie Forschungsgruppen, die die Übernahme von Lösungen jenseits des Atlantik in das spanische Rechtssystem untersuchten.

Im Strafrecht schließlich spürt man einen mächtigen Einfluss des „*Common Law*“ in dem hier behandelten Bereich. Universitätsprofessor VIVES ANTÓN, T. S.: „*La libertad como pretexto*“, Tirant lo Blanch, Valencia 1995 [dergleiche Autor VIVES ANTÓN, T. S.: „*Libertad de expresión y derecho al honor*“, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor J. A. Sainz Cantero (II)*, 13 (2. Quartal, 1987), auch VIVES ANTÓN, T. S.: „*Libertad de expresión e información: límites penales*“, AA.VV.: „*El derecho a la información. Teoría y práctica (vorgestellt von RAMÍREZ, M.)*“, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995], in Anlehnung an die US-amerikanische Rechtsprechung wird ein Ehrbegriff vertreten, der einen bemerkenswerten Erfolg in der spanischen Lehre hatte; vorgeschlagen wird, gemäß der in den USA vorgegebenen Richtung, eine Verlagerung zu Geldbußen im Sanktionssystem.

US-amerikanische Rechtsprechung diejenige, die unter allen westlichen Ländern eindeutig am besten die Meinungs- und Pressefreiheit vertritt.

Anhand der obigen Ausführungen wurde versucht, eine bestimmte Position in einem Teil der Rechtslehre bezüglich des hier behandelten Themas darzustellen. Dort wird die Sorge über einen veralteten gesetzlichen Rahmen geteilt, in dem die Informationsfreiheiten unterdrückt und das Recht auf Ehre als Beschränkung für die Ausübung dieser Rechte auf übertriebener Weise gestärkt wird. Unsere Untersuchung der Ausgangssituation richtet sich jedoch vornehmlich auf die andere Schale der Waage: Meinungsfreiheit – Ehre. Wir gehen davon aus, im öffentlichen Umfeld der im allgemeinen Interesse liegenden Tätigkeiten findet, sobald wichtige bzw. öffentliche Personen beteiligt sind, und vor allem im privaten Bereich und den Beziehungen zwischen Privatpersonen, eine schrittweise Zurückstufung des Rechtsguts der Ehre statt bei gleichzeitiger Überhöhung der Meinungsfreiheit, die die vernünftigen Grenzen überschritten hat. Das zeigt sich besonders deutlich an der Degeneration einiger ihrer Auswirkungen, so dass diese nicht einmal mehr ein schwaches Abbild des früheren edlen Gegenstandes in der öffentlichen, objektiven und institutionellen Begrifflichkeit der Kommunikations- und Informationsfreiheit darstellen. Man könnte fast sagen, „die Meinungsfreiheit wurde durch ihren häufigen Gebrauch verschlissen“.

Es ist durchaus möglich, dass in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Verfassung, als von den Gerichten die ersten Anstrengungen zur Erstellung, Ausarbeitung und Umsetzung der noch jungen Rechtsprechung über den Konflikt zwischen der Pressefreiheit und den Persönlichkeitsrechten unternommen wurden, eine fehlende Rechtsprechungspraxis in diesem justiziellen Bereich zu einem Ungleichgewicht zu Gunsten der Persönlichkeitsrechte geführt haben könnte. Die tatsächliche, latent vorhandene Ursache dafür wäre auch in der Zensur und im eisernen und unerschütterlichen Aufrechterhalten eines gewissen politischen und institutionellen *Status quo* zu sehen. Die damaligen juristischen Akteure waren nicht ohne Grund die Erben einer Diktatur, in der die Pressefreiheit unter der ständigen Bedrohung einer unerbittlichen Zensur verstümmelt und die persönlichen Freiheitsrechte auf Meinungsäußerung und Information unter einer dunkelgrauen Perspektive einer ganz bestimmten Einschätzung der öffentlichen Ordnung stand. In jedem Fall existierte noch kein Bewusstsein für die objektive Dimension der Pressefreiheit und für ihren Beitrag



zur „Bildung und dem Vorhandensein einer freien öffentlichen Meinung, deren Garantie als besonders bedeutsam erachtet werden muss, da es sich bei ihr um eine erforderliche Voraussetzung für die Ausübung anderer, mit der Funktionsweise eines demokratischen Systems verbundener Rechte handelt, und die damit zu einer der Säulen für eine freie und demokratische Gesellschaft wird.“<sup>5</sup> In diesem Sinne konnte in den ersten Jahren eine Anerkennung in der Rechtsprechung festgestellt werden – wie konnte es auch anders sein – dass der Ehre nicht ohne Weiteres Vorrang zu geben sei, solange die Presse- und Meinungsfreiheit beteiligt sei, da es sich bei dieser ebenfalls um ein angemessen zu bewertendes und abzuwägendes Grundrecht handle. Nichtsdestotrotz, unmittelbar im Anschluss an die Billigung dieses Umstandes, bestätigten die gleichen Gerichte erneut den Vorrang der Ehre vor der Meinungs- und Pressefreiheit<sup>6</sup>.

Seitdem ist jedoch viel Zeit vergangen und seit damals kam es meiner Ansicht nach zu einer völligen Umkehr der Situation. Wie früher herrscht auch heute ein Ungleichgewicht – jedoch ein umgekehrtes, bei dem die Pressevertreter eine klare Bevorzugung genießen. Das gleiche gilt für die sozialen Beziehungen zwischen Privatpersonen. Man könnte sagen, die Gerichte beschränkten sich darauf, die Persönlichkeitsrechte und im Besonderen die Ehre als Grundrechte anzuerkennen, um nach einem Hinweis auf dieses Offensichtliche, noch auf die Ehre aufzusatteln und die Informationsfreiheit zu bevorzugen, selbst wenn bei der Ausübung dieser Freiheit, durch die davon betroffenen Angelegenheiten und die Hauptdarsteller, dieser Freiheit ihr objektives und institutionelles Wesen im Dienste des demokratischen Systems vorenthalten wird. Wir befinden uns derzeit angesichts einer riesigen Welle, die alles fortspült, in der der Meinungsfreiheit freie Hand gegeben ist. Diese Entwicklung birgt eine Gefahr, denn es ist gleichermaßen wichtig, die Meinungsfreiheit zu schützen als sie auch zu respektieren und ihr Wesen nicht verkommen zu lassen. Die Informationsfreiheit steht zweifellos im Zentrum des demokratischen Systems, aber gerade deshalb besitzt sie eine *vis atractiva* und Ausdehnungskräfte, durch die die übrigen Rechte und Freiheiten, die gegenüber neuer Tendenzen als starke Gegenwehr ausgeübt werden müssen, nur mehr zu reinen Komparsen verkommen.

---

<sup>5</sup> STC 59/1986, 16. Dezember, f. j. 6..

<sup>6</sup> Siehe MUÑOZ MACHADO, S.: „*Libertad ...*“, op. cit., S. 33.

Das Ergebnis dieses Prozesses ist eine deutlich sichtbare Schutzlosigkeit der Menschen, die nicht dem Journalismus angehören. Es wurde sogar verlautbart – meiner Ansicht nach mit Berechtigung – sobald die Spannung zwischen der Meinungsfreiheit und der Ehre aus der Perspektive des Bürgers, des Informationsempfängers, analysiert wird, zu beobachten ist, dass die Bürger kein subjektives, öffentliches Recht auf den Erhalt einer wahren - sondern einer falschen - Information besitzen, solange diese von dem für ihre Veröffentlichung verantwortlichen Journalisten als wahr eingeschätzt wird<sup>7</sup>. In Anbetracht dieser Lage besteht kein Zweifel mehr am mangelhaften Funktionieren des Systems<sup>8</sup>.

Ferner entsteht der Eindruck, es handele sich hier um ein abgeschlossenes Thema in einer festgefahrenen, ja versteinerten Justiz, das keiner Erneuerung oder Verbesserung bedarf, da es die beste Lösung für typische, sich aus Konflikten zwischen Persönlichkeitsrechten und der Meinungsfreiheit ergebende Probleme darstellt. Dennoch erhoben sich auch bei der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung einige Stimmen, die vor dem Risiko warnten, die Ehre zu opfern und sie der allmächtigen Informationsfreiheit vor die Füße zu schleudern. In diesem Sinne wurde vom Richter DÍAZ EIMIL eine abweichende Meinung auf das Verfassungsgerichtsurteil 121/1989, vom 3. Juli formuliert, in dem einige sehr interessante Überlegungen in der auch hier von mir vertretenen Richtung angestellt werden: *„Ich glaube ernsthaft, dass [...] eine Gefahr für die Schmälerung des Rechts auf Ehre besteht - welches auch verfassungsrechtlich geschützt ist, und die vorrangige Grenze für alle Freiheitsrechte darstellt – folglich wird diesem vorrangigen Wert [der Meinungs- und Pressefreiheit] eine übermäßige Bedeutung zugestanden, die weit über die verdiente Behandlung beider Grundrechte hinausgeht“*. Darüber hinaus wird verlangt, jede Angelegenheit so zu behandeln, dass die Harmonie und das besondere Wesen der spanischen Gesellschaft gewahrt bleiben. Der Richter warnt vor der Gefahr *“in anderen Gesellschaften herrschende Lehren automatisch in das spanische Verfassungsrecht aufzunehmen. Dort kann eine als Ausnahme geltende Vorrangstellung der Meinungsfreiheit vor dem Recht der Ehre aufgrund der Einschätzung, die diese Werte in den entsprechenden Gesellschaften besitzen, berechtigt sein , [aber] diese kann völlig verschieden von der*

---

<sup>7</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: „Prólogo”, *op. cit.*, S. 19; OTERO GONZÁLEZ, P.: „La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, Juli - September (2006), S. 101.

<sup>8</sup> Und erneut GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: „Prólogo”, *op. cit.*, S. 19.

*besonderen spanischen Kultur und ihrem Gefühl sein, in deren Wertesystem die persönliche Ehre eine besonders hohe Stellung einnimmt.”<sup>9</sup>*

Ohne der Situation vorgreifen zu wollen, gehen wir von der Richtigkeit dieser Annahme aus. Wenn wir ihr jedoch vorgreifen, glauben wir, diese Wirklichkeit weist einen Fehler auf und stellt ein Problem dar, die behoben werden müssen. Der aktuelle Stand der Rechtsprechung müsste zugunsten einer Einschätzung, die der Begrifflichkeit und der Bedeutung des Rechtsguts der Ehre besser gerecht wird, infrage gestellt werden. Bei Beibehaltung des intellektuellen Verständnisses der Pressefreiheit so wie diese heute gilt und wenn gleichermaßen das Ehrverständnis gemäß der aktuellen vorherrschenden Strömungen in der Lehre aufrechterhalten wird, ist in der Rechtsprechung in dieser Angelegenheit keine Änderung vonnöten, da sie zweifellos angemessen ist. An dieser Stelle muss man sich jedoch fragen, ob das Verständnis dieser Rechtsgüter noch zeitgemäß ist oder überprüft werden sollte. Die Stellung der Meinungsfreiheit innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens von Rechten und Freiheiten ist zweifellos zu respektieren. Wir gehen jedoch von einer dringend notwendigen Wiederaufnahme einer Lehrmeinung aus, die *das Rechtsgut der Ehre belebt. Ein neuer Ansatz ihres Gegenstands und ihre Bedeutung sind vonnöten*. In der Welt der *Medien*, der Kommerzialisierung der Information, der Entstellung und beinahe dem Ausverkauf der wertvollsten Freiheiten der Kommunikation, des Handelns mit den Persönlichkeitsrechten<sup>10</sup> wurde das Rechtsgut der Ehre zum Punchingball, der von den mächtigen und omnipräsente Medien (beinahe) ungestraft nach Gutdünken gebeutel und misshandelt wird. Die Massenmedien sind in jeden Raum eingedrungen und haben die treibende Kraft der Zivilgesellschaft, die ihnen, den so genannten *Meinungsbildnern*, wie eine Marionette blind folgt, aufgesogen. Die Medien wenden sich *„an die ganze Welt überall“* und in diesem Sinne *„wurden die Grenzen aufgehoben.“<sup>11</sup>* Der Mythos einer öffentlichen Information, die mit Körper und Seele die lobenswerte Aufgabe verteidigt, der Gemeinschaften die Wahrheit anzubieten, damit

---

<sup>9</sup> Die abweichende Meinung des Richters DÍAZ EIMIL auf das Verfassungsurteil 121/1989, vom 3. Juli.

<sup>10</sup> Es meint mit Recht VIVES ANTÓN, T. S.: *„La libertad ...“*, op. cit., S. 405, der „freie Markt“ der Ideen und Meinungen richte sich nach den Prinzipien einer kapitalistischen Wirtschaft, in der die Meinungen der Informationen „nur mehr einfache Waren sind, die als solche den Prinzipien der Kostenminimierung, Verkaufsoptimierung und Gewinnmaximierung unterworfen sind.“

<sup>11</sup> In diesem Sinne VIVES ANTÓN, T. S.: *„La libertad ...“*, op. cit., S. 404.

diese erstrahle, ist nur mehr eine Legende<sup>12</sup>. Und was noch schlimmer ist: Diese Überlegenheit der Pressefreiheit über die Ehre fand bereits Eingang in private Beziehungen, in denen der Anspruch auf persönliche Ehre zu einer lachhaften Reminiszenz aus der Epoche Calderons wurde. Wer seine Ehre als Schutzschild gegen Angriffe auf sie fordert, ist ein „Aussätziger“.

Die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Forschungsarbeit basieren also auf der nachstehenden Feststellung: Es hat eine gesellschaftliche Abwertung der Ehre mit Auswirkungen auf die Justiz stattgefunden; denn Gesellschaft und Rechtssystem sind eng miteinander verbunden. Aufgrund der Tatsache, wie unzureichend es ist, zu wissen und zu beteuern, die Ehre sei ein sehr persönliches, äußerst wichtiges Rechtsgut, dessen verfassungsrechtliche Anerkennung nicht nur im Artikel 18.1 der spanischen Verfassung festgehalten ist, darf nicht nur an sie geglaubt, sondern muss auch nach ihr gehandelt werden. Deshalb gehen wir davon aus, dass dem Rechtsgut der Ehre durch die Rechtsaufsicht auf strafrechtlichen Wege Geltung verschafft werden sollte; und zwar unter Berücksichtigung der Tatsache, dass ausreichend inakzeptable Angriffe und Ehrverletzungen vorliegen, die eine Artikulierung ihrer Verfolgung durch das Strafrecht erforderlich machen. Dies wird jedoch als letztes Mittel angesehen, welches der Rechtsordnung zur Unterdrückung solcher Verhaltensweisen gemäß des Prinzips der *ultima ratio*<sup>13</sup> zur Verfügung steht. Deshalb soll durch die hier eingeforderte wiederbelebende Anstrengung zu Gunsten des Einsatzes für das Rechtsgut der Ehre in der vorliegenden Arbeit der Versuch unternommen werden, sie von allem Pathos und der Großsprecherei anderer Zeiten zu befreien, ohne sie zu erniedrigen oder herabzusetzen, denn in der heutigen vielgestaltigen und vielfältigen Gesellschaft, d. h. in der „*Anerkennungsgesellschaft*“ (gemäß des vom deutschen Philosophen Axel

---

<sup>12</sup> Ebenso auch PANTALEÓN PRIETO, F.: „La Constitución, el honor y unos abrigos“, *La Ley*, 2 (1996), S. 1691.

<sup>13</sup> All dies natürlich vorbehaltlich der erforderlichen Änderungen, die zum Schutze des Rechtsguts der Ehre bei den Straftatbeständen eingeführt werden müssen. Vor allem ist eine genauere Straftatbeschreibung strafbarer Handlungen erforderlich. So u. a. HUERTA TOCILDO, S.: „El derecho fundamental al honor y el llamado contraamparo“, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E. et al.: CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E. u. a. (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, S. 1028; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. L.: „Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas“, AA.VV.: *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, S. 71.

HONNETH<sup>14</sup> geprägten Begriffes), muss Unterschieden mit Toleranz und Respekt begegnet werden und dabei spielt die Ehre eine grundlegende Rolle. Die Aufgabe der Ehre als *Kommunikationsvoraussetzung zwischen Individuen*<sup>15</sup>, als Visitenkarte des Bürgers innerhalb einer Gesellschaft, die es ihm ermöglicht, Beziehungen der Anerkennung mit anderen Menschen auf der Ebene gegenseitiger Gleichheit und Respekt einzugehen, soll versucht werden, einer tiefgreifender Betrachtung zu unterziehen. Auch wenn die Medien mit ihrer ganzen Verflechtung eine ständige Problemquelle für die Ausübung des Rechts auf Ehre darstellen, muss jederzeit präsent bleiben, dass es sich hierbei schließlich um das Fehlen einer Respektbezeugung handelt, die der Bürger verdient. Die neuen Technologien können nicht davon ablenken, dass die Ehre mit der Anerkennung des Einzelnen in Zusammenhang steht. Deshalb wird ihre Wahrung bzw. ihr Rechtsschutz im Falle einer Ehrverletzung zu einer unerlässlichen Voraussetzung für das Gemeinschaftsleben unter gleichen Bedingungen für alle. Die tatsächliche Bedrohung für ein harmonisches Zusammenleben und die Wahrung der Rechte, einschließlich der Ehre, ergibt sich jedoch nicht so sehr aus den neuen Technologien, als vielmehr aus den sich wandelnden Umständen moderner Gesellschaften, die sich in einer ständigen kulturellen Ausdehnung befinden und Auseinandersetzungen, Verachtung, Verweigerung der Anerkennung und von Intoleranz geprägte Angriffe gegen die Ehre und Würde gegenüber dem Andersartigen mit sich bringen. In der Integration des Fremden und seiner Behandlung als Menschen, dem ebenfalls Respekt gebührt, besteht die große Herausforderung der Menschheit im 21. Jahrhundert. In dieser bereits begonnenen Zukunft spielen das richtige Verständnis der Ehre und seine Festlegung in einem strafrechtlichen Rahmen, der einen ausreichenden Schutz gewährt, eine herausragende Rolle.

## 2. Struktur und Methode

Die Arbeitsweise der vorliegenden Studie geschieht aus vielfältiger Perspektive, da allein unter Berücksichtigung der Beiträge aus den einzelnen Sozialwissenschaften dem Forschungsgegenstand eine Lösung gegeben werden kann. Sie besteht in der

---

<sup>14</sup> Die „Anerkennung“ ist das *Leitmotiv* des philosophischen Werkes dieses Denkers seit der Veröffentlichung seiner wertvollen Arbeit *„Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte.“* (spanische Übersetzung von BALLESTERO, M.), Crítica, Barcelona, 1997.

<sup>15</sup> Vid. AMELUNG, K.: *„Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht“*, Nomos, Baden-Baden, 2002, S. 31.

*Formulierung einer zufriedenstellenden Auffassung des Rechtsguts der Ehre und der Prüfung des derzeit geltenden strafrechtlichen Rahmens unter Berücksichtigung des erarbeiteten Ehrbegriffs aus der Perspektive der lege data. Begleitet werden diese Ausführungen mit Reformvorschlägen aus Sicht der lege ferenda - entweder aus dem Gesetzestext selbst oder der Auslegung der einzelnen Straftatbestände.*

Gemäß oben stehender Ausführungen wird jede der als Ansatz für diese Arbeit dienenden Ansichten [die historische (sozialphilosophische)], vergleichende, auslegende, interpretative und vorschlagende<sup>16)</sup> im Aufbau dieser Forschungsarbeit umfassend wiedergegeben. Die Arbeit besteht aus drei Hauptteilen, einer aus fünf Kapiteln bestehenden Einleitung und einer Schlussfolgerung.

In den beiden ersten Kapiteln überwiegt die historische Perspektive. Die Arbeit beginnt mit dem *1. Kapitel*, welches unter der Überschrift „Die Ehre in der Geschichte; ihr entscheidender unsichtbarer Einfluss“, einen Überblick über die besondere - man könnte sogar sagen transzendente - Bedeutung der Ehre in antiken Gesellschaften bietet. Es soll gezeigt werden, wie sich die Ehre, das wertvolle Gut par excellence, zu einer Strukturachse der Gesellschaft entwickelte. Gemäß dieser Achse (a) wurden die Menschen der einen oder anderen sozialen Schicht zugeordnet (Standesehre - Adelschicht und Bauernstand), (b) tapfere Männer, die ihr Leben im Kampf für die Erfüllung territorialer Wunschträume ihrer Herrscher auf Spiel setzten, erhielten Auszeichnungen und Ehrungen (militärische Ehre) und (c) Frauen waren anständig, solange sie ihre Jungfräulichkeit und Reinheit (weibliche Ehre) bewahrten. Über diese Ehreinschätzungen wurden philosophische Abhandlungen geschrieben, ferner fanden sie ihren Ausdruck in volksnahen Kunstrichtungen (Theater und Poesie), in die sie als komische, dramatische oder kritische Widerspiegelung Eingang fanden. Anhand des ersten Kapitels lässt sich das hohe Niveau des herrschenden Rechtsschutzes vonseiten der Gesetzgebung innerhalb der spanischen Gesellschaft für dieses heute veraltete Konzept der Ehre verstehen.

---

<sup>16)</sup> Befolgt wurde die Arbeitsmethode von WITKER, J.: „*Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*“, Civitas, Madrid, 1991, S. 95 und 96.

Im 2. *Kapitel* „Delikte gegen die Ehre in den spanischen Strafgesetzbüchern“ wurde eine grundlegende Aufgabe einer jeden juristischen Forschungsarbeit vorgenommen, die historische Grundlagen des Rechts, der Vorschriften oder der Institution, die die Aufmerksamkeit des Forschers erweckte, zu untersuchen. Im hier vorliegenden Fall beginnt diese Prüfung 1822, im Erscheinungsjahr des ersten Strafgesetzbuches während der Erstellung der Strafgesetzbücher in Spanien. Seit diesem Zeitpunkt waren Delikte gegen die Ehre in allen Strafrechtsbüchern ständig präsent. Die besonderen gesetzlichen Regelungen in den einzelnen Gesetzesbüchern wurden im Verlauf der Zeit in verschiedenen Aspekten geändert. Betroffen waren davon die Begriffsstruktur mit zwei bzw. drei Komponenten (Beleidigungen und Verleumdungen und eventuell Verunglimpfungen) sowie die Ausweitung auf den Bereich der Wahrheitsprüfung bzw. der *exceptio veritatis*. Das Strafgesetzbuch von 1995 ist im Bereich der Delikte gegen die Ehre zweifellos das Ergebnis einer langen geschichtlichen Tradition im Gesetzgebungsverfahren. Viele Besonderheiten sind stark geprägt von früheren Fassungen einzelner Gesetzbücher, deren Studium somit unvermeidbar war.

Das anschließende dritte und vierte Kapitel dient dem Zweck einer vergleichenden Perspektive der Forschungsansätze. Im 3. *Kapitel* „Der Schutz der Ehre im europäischen Recht“ werden die rechtlichen Regelungen des Rechts auf Ehre im europäischen Recht untersucht. Verstanden wird unter Letzterem der rechtliche Rahmen um die europäische Menschenrechtskonvention sowie die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die Menschenrechtskonvention legt im Artikel 10.1 die Meinungs- und Informationsfreiheit fest und sieht im Anschluss als legitime Zwecke eine Reihe von höheren Interessen vor, die eine eventuelle Einschränkung oder - gemäß des Wortlauts des Gerichtes - einen Eingriff in die Ausübung dieser Freiheiten rechtfertigen würden. Zu diesen gehört unter anderem „der Schutz des guten Rufes anderer“ d.h. die Ehre (mit einigen Vorbehalten, die in der Untersuchung näher ausgeführt werden). In diesem Sinne erhebt die Forschungsarbeit den Anspruch, den Einfluss des Straßburger Gerichts auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zu untersuchen. Es soll geprüft werden, in welchem Maße diese Rechtsprechung von europäischen Kriterien durchdrungen ist und wie stark der europäische Standard bzw. Kanon anhand der Öffnungsklausel der spanischen

Rechtsordnung gemäß Artikel 10.2 der spanischen Verfassung in diesen Bereich eingedrungen ist.

Unter der Überschrift „Delikte gegen die Ehre in der Rechtsvergleichung“, wird im 4. *Kapitel* dieser Forschungsarbeit eine erschöpfende vergleichende Analyse durchgeführt. Die Delikte gegen die Ehre sind nicht nur eine Konstante in der Geschichte der spanischen Strafgesetzgebung, sondern auch privilegierte Hauptdarsteller in den Strafgesetzen der angrenzenden Länder. Anhand einer wissenschaftlichen rechtsvergleichenden Untersuchung soll nicht nur versucht werden, den Zweck an sich, d. h. die reine Kenntnis, zu erreichen, sondern auch die Arbeit aus der Perspektive des Erhalts spätere Ergebnisse<sup>17</sup>, anzugehen, in dem diejenigen gelungenen und vielleicht an das spanische Rechtssystem anpassungsfähige Möglichkeiten aufgenommen werden könnten. Zu diesem Zweck wurde die Behandlung der Delikte gegen die Ehre in Deutschland und Österreich (das deutsch-österreichische Modell), Portugal, Italien und Frankreich und Belgien (das französisch-belgische Modell), das einer ähnlichen Struktur folgt, untersucht. Ähnlichkeiten und Unterschiede treten so deutlicher zu Tage, das Rechtsgut der Ehre, der Gegenstand sowie die konkreten Straftatbestände. Im Unterpunkt „*Common Law*“ wird eine Untersuchung des Rechtssystems bezüglich der Verleumdungshandlungen in den vereinigten Staaten und England vorgenommen. Das angloamerikanische Modell weicht wesentlich von den Delikten gegen die Ehre in Kontinentaleuropa ab. Deshalb erscheint die Aufnahme dieses Rechtssystems aus vergleichender Perspektive besonders interessant, vor allem, unter Berücksichtigung dessen, dass einige gesetzliche Bestimmungen aus unserem Strafgesetzbuch, die Straftatbestände der Beleidigung und Verleumdung, einen nicht zu leugnenden angloamerikanischen Einfluss aufweisen.

Schließlich zeigt aufgrund der gesamten vorangegangenen Anstrengung, das 5. *Kapitel* „Delikte gegen die Ehre im spanischen Strafgesetz“, den abschließende Zustand dieser Forschungsarbeit durch die Verbindung verschiedener Arbeitsperspektiven. Diese sind zunächst die Auslegung, im Sinne eines Extrahierens der Auslegung der rechtlichen Konzepte, die der Tatbestandfestlegung der Delikte gegen die Ehre

---

<sup>17</sup> FORNASARI, G.: „Conquiste e Sfide della Comparazione penalistica“, DOLCINI, E., und PALIERO, C. E.: *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006, S. 277.



(Verleumdungen, Artikel 205 bis 207, Beleidigung, Artikel 208 bis 210), zugrunde gelegt wurden, und der Vorschlag, da aufgrund der durch das Studium der gesetzlichen Regelungen wachgerufenen Überlegungen, die entsprechenden Betrachtungen einer Neufassung des Gesetzestextes bzw. der Änderungen mit einer verstärkten Auslegung gewisser Konzepte, geliefert werden. In diesem Kapitel wurde zur Beibehaltung einer logischen internen Kohärenz die gleiche Struktur verfolgt, die auch bei den einzelnen, im vierten Kapitel untersuchten staatlichen Strafgesetzsystemen angewandt wurde, das Rechtsgut, die Person sowie die Straftatbestände gegen die Ehre. Neu ist hier jedoch aufgrund des für jede wissenschaftliche Forschungsarbeit erforderlichen Aspektes eines neuen Beitrags, dass bei jedem dieser drei Abschnitte nicht nur eine beschreibende Zustandsuntersuchung des betreffenden Gegenstandes stattfindet, sondern eine umfassende und tiefgreifende Betrachtung mit den entsprechenden persönlichen Vorschlägen für eine wissenschaftliche Debatte im Rahmen der Lehre bezüglich der Delikte gegen die Ehre vorgenommen wird. In diesem Sinne wird zunächst bezüglich des Rechtsguts der allgemeine Forschungsstand in der Strafrechtslehre auf dem alten Kontinent über die entsprechende Begrifflichkeit des Rechtsguts (und die bestehenden Theorien vom Funktionalismus bis zu den Thesen der Konstitutionalisten über die strafrechtliche Minimalschiene, einschließlich der Gegner einer Kategorie des Rechtsguts) dargelegt. Bezüglich der Person, die Gegenstand ist, besteht der gordische Knoten in einer möglichen Inhaberschaft der Ehre durch juristische Personen und Gruppen. Schließlich ist auch der Zeitpunkt für eine dogmatische Analyse der einzelnen Kategorien bzw. Strukturelemente der Delikte gegen die Ehre gekommen, von denen einige (im Besonderen die Strafbarkeit und Unrechtmäßigkeit) auf die Lösung des Konflikts (*par excellence*) zwischen Ehre und Meinungsfreiheit gerichtet sind. Im letzten Kapitel wird besser als in keinem anderen das traditionelle Schema der Dreiheit der Konzepte für die Erstellung juristischer Forschungsarbeiten, „Auslegung, System und Kritik“<sup>18</sup> resümiert.

### 3. Die Quellen

In einem Versuch wurden aufgrund einer äußerst strengen und ernsthaften Wissenschaftlichkeit beim Studium der gesetzlichen Regelungen, die *Arbeitsquellen* in

---

<sup>18</sup> LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (spanische Übersetzung von RODRÍGUEZ MOLINERO), Ariel, Barcelona, 1980, S. 309.

*Literaturangaben und Jurisprudenz* unterteilt und sind gemäß des Aufbaus und der unterschiedlichen Perspektiven, aus denen die Arbeit durchgeführt wurde, umfassend und multidisziplinär. So wurde die verfassungsrechtliche Anerkennung der Ehre in der staatlichen Ordnung und anderen Rechtssystemen (auf direkte Weise im deutschen, aber indirekt auch im portugiesischen, italienischen und im angloamerikanischen Modell) sowie die Berücksichtigung des Konflikts zwischen Ehre und Informationsfreiheit in der Verfassung selbst, in dieser Forschungsarbeit unter der umfassenden bearbeiteten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts beleuchtet. Ferner wurde die Betrachtung der Ehre als ein auf zivilrechtlichem Wege schützenswertes Rechtsgut durchgeführt und rechtfertigt, dass auch die Zivilrechtslehre Eingang in die Untersuchung des Rechtssystems der Ehre mit Arbeiten fand, die große Auswirkung zeigten, beispielsweise im Bereich der Ehre juristischer Personen und bei den Wiedergutmachungs- und Entschädigungssystemen. Das internationale öffentliche Recht und das Gemeinschaftsrecht (der europäischen Union) wurden im Kapitel über die Untersuchung der rechtlichen Regelungen des Ansehens, die aus der europäischen Menschenrechtskonvention stammt, behandelt. Trotz vorstehender Überlegungen ergibt sich natürlich, dass die Hauptinformationsquelle für die Untersuchung des rechtlichen Rahmens der Delikte gegen die Ehre aus der Strafgesetzliteratur bestand; und zwar sowohl des spanischen Rechts als auch der Rechtsvergleichung sowie ferner für die Prüfung der Delikte gegen die Ehre in jedem einzelnen der Strafgesetze im Erstellungsprozess der spanische Strafgesetzbücher ab dem ersten Strafgesetz aus dem Jahr 1822 bis zum so genannten „Strafgesetz der Demokratie“ aus dem Jahr 1995.

Andererseits kann in einer wie der hier vorliegenden Forschungsarbeit, in der eine Einschätzung des Rechtsgut der Ehre in der heutigen, an verschiedenen Schwächen krankenden und unter der Bedrohung der Modernität stehenden Gesellschaft nicht auf das Thema in vollem Umfang eingegangen werden, ohne die herrschenden Strömungen der zeitgenössischen Philosophie zumindest zu erwähnen. Diese entstanden in einer multikulturellen Gesellschaft und entwickelten sich im Umfeld der kritischen Theorie der Frankfurter Schule - Letztere ist zweifellos eine Referenz für uns – da dort die aus dem 18. Jahrhundert stammenden philosophischen Beiträge Hegels, der die Grundlage für die theoretischen Überlegungen der Anerkennungsbeziehungen schuf, aufgegriffen und aktualisiert werden. Die vorliegende Arbeit konnte auch nicht ohne die Werke aus der griechisch römischen Antike verfasst werden. Ihnen gehörten weitsichtige

griechische Philosophen, Platon und Aristoteles, und römische Denker, Cicero, Seneca und Marc Aurel, sowie Kirchenväter, Augustinus und Thomas von Aquin, an, von denen Abhandlungen über die Ideale der Ehre, der Ehrbarkeit, der Ehre, des Mutes, des Edelmutes und der Eitelkeit verfasst wurden. Die Philosophie spiegelt in diesem Sinne die Sorgen einer Gesellschaft wieder und verleiht ihnen ein theoretisches Gerüst. Die gleichen Themen wurden auch in anderen Kunstrichtungen, beispielsweise der Poesie und dem Theater, aufgenommen. Einige Theaterstücke, in denen die Thematik der Ehre behandelt wird, waren eine wertvolle Informationsquelle für das Verständnis des Ehrbegriffes, der in früheren Zeiten diesem Gut in der spanischen Gesellschaft zugeschrieben wurde. Die multidisziplinäre Betrachtungsweise wird abgerundet durch ein breitgefächertes Fundament historiographischer Studien aus dem Mittelalter und der Neuzeit, die unerlässliche Nachschlagewerke für das Ausmaß der Ehre als angestrebtes Rechtsgut im Bauernstand und dem Volk darstellten. Ehre war beim Adelsstand und den Mächtigen begehrt und stand nur diesen zu. Diesem Umstand soll in der vorliegenden Forschungsarbeit die entsprechende Aufmerksamkeit gezollt werden.

Neben den Referenzen aus der Lehre entstand die vorliegende Arbeit mit Unterstützung einer soliden Grundlage aus der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, des Obersten Gerichtshof und anderer Gerichte niederer Instanzen sowie der europäischen Gerichtshöfe (dem Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft) und der wichtigsten Justizbehörden der Länder, deren Strafgesetzbücher im Rahmen einer Rechtsvergleichung geprüft wurden.



**CAPÍTULO I.**  
**EL HONOR EN LA HISTORIA. SU**  
**DECISIVA INFLUENCIA**  
**INVISIBLE**

-El honor en la historia. Su decisiva influencia invisible -

## **CAPÍTULO I. EL HONOR EN LA HISTORIA. SU DECISIVA INFLUENCIA INVISIBLE**

### **1. EL HONOR EN LA ANTIGÜEDAD CLÁSICA: SOCIEDAD, FILOSOFÍA Y LITERATURA**

El honor operaba en el mundo clásico, en términos generales, como un principio estructural de la sociedad, como un valor que reglamentaba a su alrededor las conductas individuales, que las orientaba y las definía. Ya desde los principios del devenir histórico contemplamos el perfil poliédrico del honor, su doble proyección en los hombres de la sociedad grecolatina, como un sentimiento interno de satisfacción personal por la conducción conforme a un código moral virtuoso y como un reflejo ante la comunidad de la condición de honorable de quien lo poseía. La dualidad del honor a la que antes nos hemos referido goza de su propia terminología y significado, esto es, cada una de las vertientes del valor “honor” (interna y social) poseen un campo semántico particular: “*αἰδώς*” (aidós, castellanizado) es el sentimiento de inhibición personal basado en la percepción que uno tiene de la propia imagen; y “*τιμῆ*” (timé) es la reputación de uno mismo y la proyección de su imagen ante los demás<sup>1</sup>.

En esta dicotomía, no hay duda de que prevalecía la perspectiva social del honor. Debe tenerse en cuenta, a tales efectos, lo profundamente arraigado que estaba en el subconsciente clásico el sentimiento de pertenencia del hombre al grupo, a la comunidad, al entorno, lo que explica la importancia que recibía la opinión pública, la moral y el patrón de comportamiento dictado por ésta. El hombre grecolatino se definía por su pertenencia a la polis, a la comunidad y sólo quien formase activamente parte de la misma podía disfrutar de una posición o un estatus social digno de honores, honorable; aquel que no se integrara servicialmente en la sociedad no era digno de

---

<sup>1</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 432 y 433; “*αἰδώς*” y “*τιμῆ*” son las dos vertientes del honor en la sociedad de la antigüedad clásica, especialmente visibles en el mundo griego, y de las que nos ofrece un profundo estudio CAIRNS, trazando la evolución de estos conceptos en la ética y la psicología de la Antigua Grecia.

honores y quedaba excluido de ella<sup>2</sup>. Toma forma, por tanto, una visión del hombre no como un todo, sino como una parte del conjunto.

En conexión con lo anterior, podemos utilizar como punto de partida la siguiente realidad incuestionable: la opinión popular (el qué dirán, “*what people will say*”) marcaba los márgenes por los que debía transitar la conducta humana; es la opinión de la polis, que prevalece sobre el fuero interno<sup>3</sup>, la que aprueba o desaprueba las actitudes de los hombres, la que honra o deshonra al individuo, al padre de familia, al guerrero, a la mujer, al cargo público. Dado que el pensamiento popular es la mayor fuente de motivación y dado que es más importante lo que la gente piense de uno mismo que la valoración individual que cada uno tenga sobre sí, ya que la mirada de los otros es la que determina la posición del hombre en sociedad, la que le confiere su estatus, sus privilegios, en definitiva, su lugar en la sociedad, se erige sobre los hombres un temor, un monstruo inflexible e incompasivo: la desaprobación popular, la reprobación social: “*Νέμεσις*” (en castellano, *némesis*).

A continuación abordaremos la investigación del honor en el mundo grecolatino desde una metodología multidisciplinar de triple fuente: filosofía, sociología y literatura. El objetivo es ofrecer una imagen todo lo concisa posible (a pesar de la inabarcabilidad del concepto y de sus ramificaciones) del honor como un fenómeno inserto en la sociedad y en la mentalidad de los hombres griegos y romanos, modulado por la precisión de sus filósofos y plasmado (incluso dotado de vida) por la imaginación de sus poetas, a los que recurrimos desde la consideración de la poesía no como un simple recurso estético o estilístico, sino como fuente de información sociológica.

### **1.1 Los poemas clásicos. La estética del honor. Homero y Eurípides**

---

<sup>2</sup> GARCÍA VALDECASAS, A.: *El Hidalgo y el Honor*, Revista de Occidente, Madrid, 1958, pp. 131 a 133.

<sup>3</sup> PITARCH, J. L.: *El honor y el honor militar*, Ediciones Grijalbo, Barcelona-Buenos Aires-Méjico D.F, 1984, p. 73.



### 1.1.1 Homero

La sociedad griega era una sociedad impregnada por el valor del honor, una directriz inclusiva que alcanzaba a todas las personas y que nadie mejor que HOMERO (siglo VIII a.C) supo dramatizar, elevando el honor a su máxima expresión en la sociedad aristocrática como ideal guerrero y caballeresco. Como ya adelantamos, el honor tiene en el entramado social una presencia casi omnicomprendiva. Existe una obsesión por la opinión de la gente, por conocer cuál es la posición del individuo a los ojos de los demás<sup>4</sup>. Lograr honor y ser digno de la virtud (“*αρετή*”, areté) eran las máximas aspiraciones a juicio de la comunidad<sup>5</sup>.

HOMERO condensó la influencia del valor del honor, de manera destacada, en el campo bélico, en relación con los guerreros, a los que la civilización griega, especialmente en la época arcaica, convirtió en héroes<sup>6</sup>. La presencia del honor del guerrero en los poemas homéricos es evidente: el héroe es un hombre libre especialmente dotado para la guerra, de un gran valor y fortaleza, a cambio de los cuales recibe compensaciones como el prestigio, los honores, el poder, incluso, las mujeres. Este héroe guerrero se caracteriza por el valor o la fortaleza de espíritu, la virilidad y la destreza en el manejo de las armas<sup>7</sup>.

Las perspectivas interna y externa del honor se hacen visibles de un modo elocuente en los poemas homéricos. Las averiguaciones de ADKINS, conocedor de todos los rincones de la sociedad homérica, nos muestran la “*τιμή*” como la posición del hombre en la escala social en función de la posesión de bienes materiales (“*material goods*”)<sup>8</sup>. El ataque a la reputación del hombre, a la “*τιμή*”, debe ser respondido siempre con la fuerza pues supone una ofensa a la posición que ocupa el individuo en la

---

<sup>4</sup> “An anxiety focused on one’s own position in the eyes of others”, CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., p. 140.

<sup>5</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio comparado del concepto de honor en “Othello” de William Shakespeare y los dramas de honor de Pedro Calderón de la Barca*, Universidad de Granada, Granada, 1995, p. 4.

<sup>6</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones sobre el honor. El honor militar y su reflejo en los textos histórico/jurídicos de Roma, edad media y antiguo régimen españoles*, op. cit., p. 73.

<sup>7</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 75.

<sup>8</sup> ADKINS, A. W. H.: “Homeric goods and the values of Homeric society”, *Journal of Hellenic Studies*, 92 (1972), p. 6.

sociedad, otorgada por sus méritos, por lo que quien ofende aquella niega éstos, debiéndose actuar con violencia (“*respond vigorously*”) para borrar el rastro de la desvergüenza<sup>9</sup>. Si la venganza no ha restablecido la situación inicial se pierde la “*τιμή*” y el hombre se siente inseguro (incluso los mismos dioses sufren esta sensación, pues los parámetros sociales son universales y se aplican igualmente a dioses y mortales; es el caso de Poseidón en la Odisea).

El otro componente del honor, “*αἰδώς*”, es uno de los conceptos más difíciles de definir y, de hecho, su análisis exige afrontar el estudio del sistema de valores griegos en su totalidad<sup>10</sup>, porque todo lo envuelve y a todo alcanza. Es un concepto tan básico e inherente a la sociedad y al comportamiento griegos que disfruta, incluso, de su propia imagen: un manto que cubre el cuerpo y lo oculta; gráfica metáfora de su significado: lo deshonoroso debe quedar retenido, no mostrarse a la luz del día, para que impere lo bello, porque en caso de vislumbrarse lo oculto, surgiría la vergüenza<sup>11</sup>. De hecho, “*αἰδώς*” era una diosa griega, la diosa de la vergüenza, precisamente. “*αἰδώς*” es actuar apropiadamente, ser sensible al “*νέμεσις*” en tanto que se temen la censura y la reprobación. Es, de este modo, un sentimiento que inhibe, modificando la conducta del que lo experimenta cuando piensa que su imagen está en peligro y que puede suscitarse el rechazo de los demás<sup>12</sup>.

Nuevamente, como ya sucediera con “*τιμή*”, se suele acudir a “*αἰδώς*” para animar a la batalla, para insuflar ardor a los guerreros bajo la premisa de que la mayor gloria para los guerreros es la victoria en el combate. De esta forma, “*αἰδώς*” desprende su fuerza atractiva y hace surgir la idea de responsabilidad, de cooperación en la lucha armada. Llegamos así a un aspecto interesante del militar griego: los guerreros debían actuar con “*αἰδώς*” en defensa del honor comunitario porque su honor estaba en juego,

---

<sup>9</sup> ADKINS, A. W. H.: “Homeric values ...”, *op. cit.*, p. 10. Ahora bien, LONG añade que cuando la ofensa es leve, por palabras afrentosas o actos injustos (no por una derrota en la batalla, que es irreparable), el ataque puede compensarse mediante regalos (“*making amends by lavish presents*”): así, LONG, A. A.: “Moral and values in Homer”, *Journal of Hellenic Studies*, 90 (1970), pp. 136 y 137.

<sup>10</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>11</sup> MARESCA, S. J.: “Aidós”, en línea: <http://www.elsigma.com/site/detalle.asp?IdContenido=10949> (7/02/2011).

<sup>12</sup> MUÑOZ LLAMOSA, V.: “La Trasgresión de *αἰδώς* en situaciones de máxima tensión: Ifigenia, Casandra, Clitemestra, Polixenia y Helena”, *Habis*, 32 (2001), p. 68.

el de cada uno de ellos, y por extensión, y con más importancia todavía, el de la comunidad también<sup>13</sup>. Los guerreros griegos no conciben abandonar la batalla por su conciencia de “*αἰδώς*” ni tampoco comportarse cobardemente, pues es inadmisibles conservar la vida rehuendo la lucha. Y estos sentimientos de obligación, de sacrificio por el grupo y por el interés común, están fuertemente afianzados en su mentalidad y en el acervo colectivo, hasta el punto de que son pautas sociales de comportamiento que interiorizan y que absorben casi sin filtros, para hacerlas propias e identificarse con ellas. En la medida en que el guerrero luchaba por su honor, por el honor de su comunidad, y también por el honor de su familia (como cabeza de la misma), la guerra disfrutaba en la antigüedad clásica de un halo de dignidad suprema procedente no del simple hecho de glorificar el enfrentamiento bélico sin más, de forma aséptica, sino como dice CAIRNS, por la motivación que lo justifica: “se lucha por el honor familiar, por el honor de la polis, por la patria, en última instancia”<sup>14</sup>. Como respuesta a ese sacrificio, a cambio de la lucha y la victoria, o al menos el comportamiento digno, valiente y honroso en la batalla, el guerrero obtiene la admiración, el reconocimiento y la distinción de héroe de la patria, digno de todo honor, por decisión y concesión de la polis<sup>15</sup>.

Por último, aunque la principal manifestación del honor griego tenía lugar en el contexto bélico, existía otro espacio en el que su influencia dejaba sentirse notablemente (y así será desde Grecia hasta siglos después de la Edad Media). Nos referimos al honor en la mujer. La mujer debía ser fiel, poseer el bien de la fidelidad y la pureza sexual, de modo que si cumplía con estos cánones o estándares sociales (nuevamente el individuo interioriza las pautas de comportamiento y las personaliza, como antes hacía el guerrero), será merecedora de “*αἰδώς*” (*aidoē*) y digna de honor<sup>16</sup>. Pero una precisión debe hacerse, y en ella observamos también el sentimiento de colectividad frente al de individualismo, típico de la sociedad griega: la mujer no sólo ha de ser honorable por sí misma, sino porque su honor alcanza a las personas de su círculo más cercano, hasta el extremo de que a través de ella se puede vulnerar el honor del hombre, razón de más para comportarse apropiadamente, conducta que no es sino la esencia de “*αἰδώς*”.

---

<sup>13</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology...*, op. cit., p.70 y 71.

<sup>14</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., p. 75.

<sup>15</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 76.

<sup>16</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., pp. 120 y 121.

### 1.1.2 Eurípides

EURÍPIDES (480 a.C-406 a.C) fue junto a HOMERO el otro gran poeta trágico de la Antigüedad griega. Y como el primero también, fue prolijo en las obras dedicadas al tratamiento y la exposición del honor, convirtiéndose en una útil fuente de información sociológica a través de sus poemas épicos. Muchos de los rasgos del honor en sus dos vertientes, “αἰδώς” y “τιμῆ” se perciben también en EURÍPIDES. Así, retoma su fuerza la preocupación por el honor personal en el campo de batalla, repitiéndose la máxima según la cual la victoria es bella y agradable, mientras la derrota es vergonzante y deshonrosa<sup>17</sup>. Los valores competitivos de los poemas de HOMERO permanecen en el punto de mira, en el primer plano. Batalla, victoria y derrota siguen siendo los resortes de la acción dramática y, más aun, del transcurrir social.

Esto advertido, la poesía de EURÍPIDES también nos muestra otros campos (no bélicos, “*non-martial*”) en los que el honor hunde sus raíces, ya presentes en tiempos pretéritos, pero que ahora florecen más robustos, revelando situaciones y escenarios en los que el individuo, según su estatus social y su honor, debe comportarse conforme a dicha posición adoptando una actitud de respeto o vergüenza. Por ejemplo, el honor y la amistad (*philoí*), entendida como lealtad hacia el amigo, incluso altruismo y sacrificio, fue uno de los *leit motiv* empleados en “Ifigenia en Taúrides”. De los personajes Orestes y Pilades, sólo uno de los dos puede sobrevivir pero ninguno está dispuesto a abandonar al otro, y aunque en la mayor parte de las consideraciones de ambos pesan cuestiones como la imagen de cobardía que se transmitiría frente a la opinión popular y la desaprobación a la conducta de salvarse dejando caer al amigo, lo cierto es que en ocasiones también hay referencias a “αἰδώς” como un sentimiento positivo de obligación o lealtad hacia el amigo. El honor explota en este contexto, como se aprecia en la siguiente reflexión de CAIRNS: “aunque en este pasaje se observe la tendencia de los griegos a valorar sus obligaciones atendiendo a las sanciones externas (el rechazo de la comunidad al abandonar al compañero), no debemos tomar este caso como una evidencia de que tales sanciones y el temor a las mismas reemplacen las obligaciones personales asumidas con los *philoí*; de hecho, en diversas ocasiones surge un

---

<sup>17</sup> “Victory is kalon (beautiful), defeat is aischron (ugly, disgraceful)”. Vid., CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., p. 266.

sentimiento especialmente altruista: traicionar a un amigo produce vergüenza, es vergonzoso: y no es un altruismo que degenera en egoísmo sino que la escena demuestra el mutuo respeto que se siente entre aquellos que lo merecen y supone el reconocimiento de que fallar a tal respeto podría traer una desaprobación general que sería justificada, ofreciendo todo ello una loable prueba del sentido de honor”<sup>18</sup>. Lealtad que también debe practicarse en el campo de los juramentos que deben ser cumplidos escrupulosamente en atención a la palabra dada, porque el honor está en juego; de lo contrario, perdido el respeto por las promesas, “αἰδώς” (tomando la forma de la diosa) abandona el mundo ante la vergüenza que siente por el quebrantamiento de la justicia<sup>19</sup>.

## 1.2 EL HONOR EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO GRIEGO. PLATÓN Y ARISTÓTELES

### 1.2.1 Platón

Sin ser el filósofo griego que más atención dedicó al sentimiento del honor, lo cierto es que PLATÓN (428/427 a.C-347 a.C) abordó la problemática de este sentimiento, valor o virtud tan presente en la sociedad de la antigua Grecia, en las dos principales líneas de su pensamiento filosófico: la teoría de la moral (y la búsqueda del sumo Bien) y la teoría del Estado (y de las formas de gobierno).

En el campo de la moral, la verdadera aspiración platónica es el Bien supremo. Todas las virtudes son una sola y se confunden con la sabiduría, la aspiración al Bien, que es el primer amado<sup>20</sup>. Por el contrario, el honor, la fama, la gloria, es un bien de orden inferior, tanto que PLATÓN destaca al avaricioso y al ambicioso que realiza las buenas acciones por amor al dinero y a la fama en lugar de por amor a la virtud, atribuyéndole una actitud espúrea y recordándole que el único bien perenne, invariable e inmutable es el Bien supremo, no siendo el honor, entendido como fama y reputación,

---

<sup>18</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., p. 275.

<sup>19</sup> Bellísima y plástica imagen de la obra “Medea” de EURÍPIDES, que se inspira a su vez en HESÍODO: MORALES ORTIZ, “αἰδώς, νέμεσις y el mundo al revés en Eurípides, *Med.* 410-445”, *Emérita. Revista de Lingüística y Filología Clásica (EM)*, LXVIII 2 (2000), p. 302.

<sup>20</sup> GÓMEZ PÉREZ, R.: *Historia básica de la Filosofía*, Magisterio, Madrid, 1985, p. 30.

más que un bien exterior dependiente de la opinión social<sup>21</sup>. El honor no es un bien divino sino humano (según la división platónica de los bienes), y los segundos están subordinados a los primeros, dependen de ellos: “los bienes humanos deben referirse a los divinos y todos los divinos al intelecto gobernante”<sup>22</sup>; en otras palabras: “las cosas superiores y mejores son las que gobiernan, mientras que las inferiores y peores son las esclavas”<sup>23</sup>.

En cualquier caso, existen algunos rasgos de la filosofía platónica que la aproximan a la de sus antecesores y predecesores. De este modo, podemos encontrar en el “Discurso de Fedro” y en “El Banquete” esa predilección por lo bello, que es lo honorable, lo noble, lo hermoso, lo que debe ser emulado, frente a lo feo, lo vergonzoso. Advierte PLATÓN en “El Banquete” que *“en la fealdad no puede producir [el hombre], y sí sólo en la belleza; la unión del hombre y de la mujer es una producción, y esta producción es una obra divina, fecundación y generación, a que el ser mortal debe su inmortalidad. Pero estos efectos no pueden realizarse en lo que es discordante. Porque la fealdad no puede concordar con nada de lo que es divino; esto sólo puede hacerlo la belleza”*. Así mismo, PLATÓN recupera de la poesía homérica el hecho de que es la sociedad quien concede los honores y la estimación, de tal forma que si no se obtienen o se pierden, se cae en el deshonor, situación aborrecible desde la perspectiva social<sup>24</sup>. Todos ellos, conceptos propios de la sociedad griega, siempre inmersos en la marea de la cultura de la vergüenza (“*shame culture*”).

Por lo que a la teoría política se refiere, PLATÓN presta atención al honor en su obra “La República” en la que plantea un sistema utópico, como una sociedad ideal, en la que habría tres clases de personas: los productores o artesanos, los guerreros y los

---

<sup>21</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., pp. 9 y 19.

<sup>22</sup> PLATÓN: *Diálogos. VIII. Leyes (Libros I-IV) (Introducción, traducción y notas de LISI, F.)*, Gredos, Madrid, 1999, p. 204. “[Las leyes de los cretenses] son correctas, ya que hacen felices a los que las usan. En efecto, les proporcionan todos sus bienes. Hay dos tipos de bienes, los humanos y los divinos y siempre que una ciudad admite los amores, posee también los menores; en caso contrario, es despojada de ambos. Los bienes inferiores” son la salud, la belleza, “la fuerza en la carrera y en los restantes movimientos del cuerpo” y “la riqueza no ciega, sino de agua mirada” (op. cit., pp. 203 y 204).

<sup>23</sup> PLATÓN: *Diálogos ...*, op. cit., p. 394.

<sup>24</sup> VELÁSQUEZ, O.: “Platón: el banquete o siete discursos sobre el amor”, en línea: [http://books.google.es/books?id=Rr8ba7HjncwC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=platon+y+el+honor&source=bl&ots=u97dqnbxuS&sig=BWbneYcJ2OV7NagF0Jsdd5tcrvo&hl=es&ei=gjtNTemUH9CGhQf20JWMDw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCoQ6AEwAzgK#v=onepage&q&f=false](http://books.google.es/books?id=Rr8ba7HjncwC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=platon+y+el+honor&source=bl&ots=u97dqnbxuS&sig=BWbneYcJ2OV7NagF0Jsdd5tcrvo&hl=es&ei=gjtNTemUH9CGhQf20JWMDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCoQ6AEwAzgK#v=onepage&q&f=false) (7/02/2011).

gobernantes, cada uno con su virtud propia. El honor, el valor, es la cualidad propia de la clase guardianas<sup>25</sup>, que se sitúa al frente del gobierno en los regímenes timocráticos. El honor es el valor que estructura esta forma política, cuyo nombre deriva de él (timocracia, de “τιμή”). Tras apuntar esto, las suspicacias de PLATÓN hacia el valor del honor se hacen nuevamente patentes cuando explica el origen de los gobiernos timocráticos como una forma de gobierno intermedio que resulta de la degeneración de la aristocracia, que se produce cuando las clases superiores se alían para repartirse la propiedad de los restantes ciudadanos<sup>26</sup> y reducir a éstos prácticamente a la esclavitud, y que conduce, a su vez, a la oligarquía<sup>27</sup>. AVERROES explica certeramente las diferencias entre la sociedad virtuosa y la sociedad timocrática en los términos de la filosofía platónica: “*en la sociedad virtuosa los honores son accidentales respecto de las virtudes, y las realidades son auténticas, no buscándose la gloria por sí misma, sino que es como la sombra que proyecta la virtud. Las sociedades timocráticas, por el contrario, buscan el honor en sí, disponiéndose las cosas de acuerdo con lo que la opinión vulgar establece como conveniente*”<sup>28</sup>. En un régimen timocrático la codicia y la sed de honores convierten al rico y no al virtuoso en el hombre poderoso; con el paso del tiempo, la obsesión por las riquezas y las posesiones como únicos referentes de la virtud, arrojarán un vergonzoso modo del honor<sup>29</sup>, hasta que “la timarquía (o timocracia) se convierte en oligarquía”, un régimen en el “las rentas deciden la condición de cada ciudadano, donde los ricos por consiguiente tienen el mando, en el cual los pobres no tiene parte ninguna”<sup>30</sup>.

---

<sup>25</sup> Cuando hablamos de valor y honor debe pensarse en el coraje o fortaleza del alma, en la virtud de la parte irascible o vehemente del cuerpo y de la polis, según su famosa comparación de la ciudad y el cuerpo humano. Dicho lo cual, debe apuntarse que los guerreros también han de ser filósofos para poder distinguir al amigo del enemigo, para saber quiénes son los verdaderos enemigos del Estado. Así, AAVV: *Sócrates y Platón. Vida, pensamiento y obra*, Planeta DeAgostini, España, 2007, pp. 115 y 123.

El honor debe funcionar como impulso que inspire a los hombres a la batalla, los cuales, constituidos en un aparato de defensa, guardan a la polis, unidos por el sentimiento de honor hacia ella.

<sup>26</sup> PLATÓN: *La República o Coloquios sobre la Justicia. Tomo II* (traducidos en castellano e ilustrados con notas por TOMÁS Y GARCÍA, J.), Librería de Perlado, Páez y C.<sup>a</sup>, Madrid, 1920, p. 162.

<sup>27</sup> Para más información, YUSSEF SAMSÓN, N.: “La República. El libro, la escena y sus personajes”, <http://www.zonaeconomica.com/files/Platon%20-%20La%20Republica.pdf> (7-02-2011), pp. 12 y 13. .

<sup>28</sup> AVERROES: *Exposición de la “República” de Platón* (traducción y estudio preliminar de CRUZ HERNÁNDEZ, M.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 106.

<sup>29</sup> AVERROES: *Exposición ...*, op. cit., p. 121.

<sup>30</sup> PLATÓN: *La República ...*, op. cit., p. 168.

### 1.2.2 Aristóteles

El “Estagirita” dedicó dos de sus obras más importantes, “Ética nicomáquea” (o “Ética a Nicómaco”) y “Retórica”, al estudio y a la reflexión sobre la idea del honor, entre otras cuestiones. ARISTÓTELES (384 a.C-322a.C) trató de simplificar el concepto popular “honor”, dotado de gran envergadura y complejidad, realizando una tarea de enorme mérito por ser una noción tan intratable<sup>31</sup>.

Siguiendo a LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, las aportaciones fundamentales del pensador griego pueden agruparse en dos bloques: por una parte, las relativas al honor como virtud, y, por otra, las que tratan de la condición del magnánimo, cualidad humana expuesta por primera vez por ARISTÓTELES, como culminación del hombre virtuoso y en la que el honor, por supuesto, ocupaba un espacio preferente.

En cuanto al triángulo honor-virtud-gloria, ARISTÓTELES sentó una regla que más tarde sería retomada por otros filósofos<sup>32</sup>: el honor entendido como prestigio (“τιμῆ”, clave de bóveda de la ética aristotélica) es la recompensa de la virtud. Esa virtud es una concesión de la sociedad al hombre que obra virtuosamente y en la medida en que su entrega procede de los miembros de la sociedad, volvemos al dictado de la élite intelectual y política con el objeto de obtener la sanción social de nuestro comportamiento<sup>33</sup> (característica que lleva estando presente en la realidad clásica desde HOMERO<sup>34</sup>). Los hombres persiguen el honor o la gloria para convencerse a sí mismos de su propia valía, lo que nos conduce a pensar que por encima de la “τιμῆ” existe un bien superior, la areté, la virtud<sup>35</sup>. La “τιμῆ” -la gloria, el honor- es el premio únicamente de la virtud. Así pues, la “τιμῆ” y la virtud son conceptos que van estrechamente unidos en el hombre virtuoso porque quien se comporta moralmente de

---

<sup>31</sup> CAIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology ...*, op. cit., p. 430.

<sup>32</sup> No olvidemos que el pensamiento aristotélico fue la gran referencia de la filosofía medieval (con las debidas matizaciones derivadas de la concepción cristiana) y la humanista.

<sup>33</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., p. 26.

<sup>34</sup> Otra reminiscencia del pensamiento de HOMERO en la filosofía aristotélica es la concepción del *aidós* como “una especie de miedo al desprestigio y [que] equivale a algo parecido al peligro”: ARISTÓTELES: *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia* (introducción por LLEDÓ ÍNIGO, E. y notas por PALLÍ BONET, J.), Gredos, Madrid, 1985, p. 234.

<sup>35</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión del Honor y de la Gloria en el humanismo del siglo XVI a través del estudio del “Gonsalus” de Ginés de Sepúlveda y del “De Honore” de Fox Morcillo”, <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/H/3/H3040401.pdf> (7-02-2011), p. 178.



un modo irreprochable, cumpliendo con su código de conducta personal, en búsqueda del bien más alto (la virtud, la areté) y consigue elevarse hasta alcanzar este bien supremo, es premiado o compensado con “τιμῆ”, con honor, conformando la “τιμῆ”-honor y la virtud un binomio inexpugnable.

Sentado lo anterior, tal unión suprema de honor y virtud sólo está al alcance de unos pocos hombres. Ha de ser un hombre de noble nacimiento, que desde la cuna haya recibido diversos dones, que hasta que alcance el bien verdadero por antonomasia, la virtud, no atienda a razones de la sociedad ni de la opinión pública que le distraigan y puedan alejarle de su objetivo, sino que se concentre en el cumplimiento de su código de conducta, de su moral individual. Desde esta perspectiva, la magnanimidad es una dignidad reservada a una especie de super-hombre<sup>36</sup>, un hombre virtuoso, no necesariamente rico, ni noble ni poderoso, aunque, ciertamente, quien posea las dos cosas (virtud y riquezas o influencias) merecerá más honor. Además, ha de ser un hombre al que no le basta con ser bondadoso para vestirse de honorabilidad e irradiar virtud, un hombre que desprecia las ganancias materiales y que aunque busca el reconocimiento de sus iguales, es decir, la reputación (bien material por excelencia), no se conforma ya que su último bien, su aspiración máxima, es lograr la felicidad en un estado de virtud, como recompensa de su conducción honorable. Ése es el magnánimo<sup>37</sup>.

Dado que “la magnanimidad es el ornato de las virtudes, pues las realza y no puede existir sin ellas”, y teniendo presente que “el honor es el premio de la virtud”, se entabla entre magnanimidad y honor una relación directa, aunque no entre iguales dado que la magnanimidad es el corolario de las virtudes y está por encima del honor. La felicidad derivada de la virtud sí es algo completo en sí mismo, auto-suficiente, de donde hemos de concluir que el honor no es el primer bien deseado porque depende de la opinión de los demás y no es completo en sí mismo. El honor y la gloria serán, por tanto, el segundo bien deseable<sup>38</sup>, pero, al propio tiempo, el honor o la gloria es el

---

<sup>36</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., p.13.

<sup>37</sup> En palabras de ARISTÓTELES.: *Ética Nicomáquea ...*, op. cit., p. 219: “se tiene por magnánimo al hombre que, siendo digno de grandes cosas, se considera merecedor de ello; [...] el magnánimo es, pues, un extremo con respecto a la grandeza, pero es un medio en relación con lo que es debido, porque sus pretensiones son conformes a sus méritos”

<sup>38</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., pp. 14 18.

requisito previo indispensable para la felicidad, el premio que se otorga a las acciones gloriosas y el mayor de los bienes exteriores<sup>39</sup>. En fin, los honores no pueden ser la finalidad de la vida pues dependen de quienes los conceden y no realmente de nosotros mismos<sup>40</sup>. En este sentido, concluye ARISTÓTELES:

*“Así pues, el magnánimo está en relación, principalmente, con los honores y deshonores, y será moderadamente complaciente con los grandes honores otorgados por los hombres virtuosos, como si hubiera recibido los adecuados o, acaso, menores, ya que no puede haber honor digno de la virtud perfecta. Sin embargo, los aceptará, porque no puede existir nada mayor que para otorgarle; pero, si proceden de gente ordinaria y por motivos fútiles, los despreciará por completo, porque no es eso lo que merece [...]”<sup>41</sup>.*

*“Por otra parte, en cuanto al honor, la vida y la riqueza, bienes que los hombres parecen buscar, no se inquietará [el magnánimo] por ellos, salvo por el honor; le afligirá ser deshonrado y el ser gobernado por una persona indigna, y su mayor alegría es alcanzar el honor”<sup>42</sup>.*

### 1.3 EL HONOR LATINO. CICERÓN, SÉNECA Y MARCO AURELIO

Por último, completaremos este análisis de la influencia del honor en el pensamiento y la filosofía grecolatinos con un estudio de las principales aportaciones que sobre la cuestión plantearon los filósofos latinos que se pronunciaron, a través de sus discursos y reflexiones, sobre aspectos atinentes al honor, tales como la identificación del honor y la virtud, la importancia que deben tener la fama y el prestigio en la pirámide de los bienes terrenales y externos o la intensidad de la desgracia que puede suponer la caída en el deshonor. Observaremos que sus opiniones se enlazan con las que expresaron en su momento los maestros griegos PLATÓN y ARISTÓTELES.

---

<sup>39</sup> ARISTÓTELES.: *Ética Nicomáquea* ..., op. cit., p. 219. Para el filósofo griego había tres clases de bienes: los exteriores, los del cuerpo y los del alma, y todos ellos tiene que poseerlos los hombres felices. “Pues nadie podría considerar feliz al que no participa en absoluto de la fortaleza, ni de la templanza, ni de la justicia, ni de la prudencia, sino que teme hasta a las moscas que pasan volando junto a él, no se abstiene de los mayores crímenes para satisfacer su deseo de comer o de beber, sacrifica por un cuarto a sus más queridos amigos, y es además tan insensato y tan falso como un niño pequeño o un loco”. *Vid.*, ARISTÓTELES.: *Política* (edición Bilingüe y traducción de MARÍAS, J., y ARAÚJO, M. Introducción y notas por MARÍAS, J.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 109.

<sup>40</sup> AAVV: *Aristóteles. Vida, pensamiento y obra*, Planeta DeAgostini, España, 2007, p. 103.

<sup>41</sup> ARISTÓTELES.: *Ética Nicomáquea* ..., op. cit., p. 220.

<sup>42</sup> ARISTÓTELES.: *Ética Nicomáquea* ..., op. cit., p. 482.

### 1.3.1 Cicerón

Marco Tulio CICERÓN (106 a.C-43 a.C), el gran retórico de la República romana, pronunció diversos discursos en los que parecía otorgar al honor, a la fama, un lugar preferente entre los bienes exteriores dignos de deseo por los hombres, elevando, en su tratado “Sobre los Deberes”, “lo honesto” a una posición preeminente: “[...] *hemos nacido para ser honestos y la honestidad es o lo único digno de ser buscado por sí mismo, [...], o ciertamente lo que es preferible a todas las demás cosas*”<sup>43</sup>. Lo honesto surge de las “cuatro virtudes morales” de CICERÓN: templanza, fortaleza, prudencia y justicia, “que constituyen el más alto título de excelencia” [...] “porque nacen de la razón, que es lo más divino del hombre”, como declara el pensador en su obra “Del Supremo Bien y del Supremo Mal”<sup>44</sup>. Igualmente, recordó que será virtuoso y digno de admiración quien esté libre de vicios y de deshonor y ello es importante, pues aun no siendo la reputación la principal preocupación del hombre, éste no ha nacido para sí sino para su país y sus conciudadanos<sup>45</sup>. Es más, hasta tal punto es y debe ser importante la entrega del individuo a su comunidad, a su grupo, que el sometimiento del hombre a las opiniones de los demás, revestidas de la potestad de concedernos honor y de imponer reglas o guías que condicionan *a priori* nuestro comportamiento, es incuestionable<sup>46</sup>. Esta idea se refuerza si tenemos en consideración que la gloria de una persona depende, en otras circunstancias, de su capacidad de generar admiración entre los demás<sup>47</sup>, de donde se desprende que la gloria individual descansa sobre los juicios que la comunidad tenga del sujeto. Sin embargo, aun cuando lo anteriormente indicado pudiera parecer un conjunto de argumentos a favor de la alta estima o consideración de la gloria o la fama como bien exterior, no es menos cierto que, como sostiene el orador romano, el honor es un bien inferior a la contemplación filosófica; aseveración que sirve para equilibrar la balanza de los bienes terrenales y divinos en su justa medida<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* (estudio preliminar, traducción y notas de GUILLÉN CABAÑERO, J.), Tecnos, Madrid, 1989, p. 148.

<sup>44</sup> CICERÓN, M. T.: *Del Supremo Bien y del Supremo Mal* (introducción, traducción y notas HERRERO LLORENTE, V.-J.), Gredos, Madrid, 1987, pp. 296 y 297.

<sup>45</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* (estudio preliminar, traducción y notas de GUILLÉN CABAÑERO, J.), Tecnos, Madrid, 1989, pp. 14 y 15.

<sup>46</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., pp. 8-9 y 26.

<sup>47</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes ...*, op. cit., p. 101.

<sup>48</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., p. 18. Tal afirmación se contiene tajantemente en estas palabras del pensador latino: “como en todas las demás cosas, son de mucha mayor importancia las del alma que las del cuerpo”: CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes ...*, op. cit., p. 106.

La huella del pensamiento de ARISTÓTELES se hace presente en el discurso de CICERÓN al tratar sobre el asunto de la magnanimidad. Así, para el romano la magnanimidad surge del “*desprecio de las cosas externas, cuando se tiene la convicción de que no es conveniente que el hombre admire, desee, ni vaya detrás de nada que no sea honesto y decoroso, ni ceda ante ningún hombre, ni ante las pasiones, ni ante la fortuna*”, así como de la realización de “*obras que sean ciertamente grandes y útiles, pero también difíciles y llenas de trabajos y de peligros tanto para la vida como para muchas cosas que a ella se refieren*”<sup>49</sup>. También en la relación entre el honor y la gloria<sup>50</sup>, exhibe CICERÓN una vez más la influencia de la ética aristotélica cuando afirma que la gloria es la recompensa de la virtud, que sólo las personas que actúan movidas por afán de gloria realizan acciones destacadas, que las actividades intelectuales o artísticas (como la música, la pintura o la escultura) se desarrollan más en aquellos lugares en los que son recompensadas con el honor, es decir, con la gloria, con el reconocimiento público. En otras palabras, “*honos alis artes*” (el honor alimenta las artes o el honor es el alimento de las artes)<sup>51</sup>. No obstante, esta postura favorable y comprensiva hacia el sentimiento de la fama y la gloria, también es matizada en otras ocasiones cuando recuerda que “*cuanto más elevado es el ánimo de uno, con tanta mayor facilidad se ve impulsado por el afán de la gloria a cometer injusticias*”; y añade, “*hay que evitar al mismo tiempo [que el ansia por el dinero y las riquezas] el amor desenfrenado de la gloria*”<sup>52</sup>.

Entendida y descrita como arriba se ha hecho la importancia del honor y la gloria, es perfectamente comprensible la actitud de CICERÓN en cuanto al fenómeno del deshonor, identificado en la obra “Sobre los deberes” como la torpeza en el cumplimiento de un juramento. Sostiene el filósofo que dicha torpeza es causa de deshonor en la medida en que se quebranta la palabra dada que posee “fuerza obligatoria” por ser “una afirmación sagrada”. Por ello la torpeza que constituye el incumplimiento del juramento y que provoca el deshonor, es el peor mal ya que “*si en*

---

<sup>49</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* ..., op. cit., p. 35.

<sup>50</sup> Para CICERÓN la gloria surge de la conjunción de tres condiciones: “que nos ame la multitud, que tenga confianza en nosotros, y que con cierta admiración nos considere dignos de honor”: CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* ..., op. cit., p. 98.

<sup>51</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ..., op. cit., p. 127.

<sup>52</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* ..., op. cit., pp. 35 y 36.

*un cuerpo deforme produce [la torpeza] en nosotros un sentido de disgusto, cuánto no nos ha de causar la deformidad y la inmundicia en un alma depravada”<sup>53</sup>.*

### 1.3.2 Séneca

Los planteamientos de este filósofo romano nacido en Córdoba difieren de la elevación aristotélica y ciceroniana del honor a la más alta cumbre de los bienes sociales y de las preocupaciones humanas, mostrando una desconfianza e incertidumbre en torno al honor y la gloria, que le aproximan al pesimismo de PLATÓN. Quizá por ello SÉNECA (4 a.C-65) sea uno de los filósofos clásicos más conocidos por los pensadores medievales, dado que muchas de sus doctrinas son compatibles con la idiosincrasia cristiana (de hecho, los padres de la Iglesia, como San Agustín, lo citan a menudo), caracterizada por la humildad, el perdón o la modestia, virtudes parcialmente alejadas de los “excesos terrenales” de la filosofía griega en el momento de alcanzar su cénit con el pensamiento de ARISTÓTELES. Del mismo modo, su apoyo a favor de una vida sobria y moderada como forma de hallar la felicidad (propio de la corriente estoica de la que formaba parte), se haría un hueco en el pensamiento renacentista de ERASMO DE ROTTERDAM, Juan Luis VIVES o Tomás MORO.

Por una parte, en cuanto al dilema en torno a la preferencia del honor como virtud interna o como reputación y gloria, SÉNECA no alberga ningún género de dudas. Se decanta por lo primero, siendo así que condena la reputación como algo meramente prescindible, frente a la honestidad (como virtud interna del alma) que erige en bien supremo: “pues único es el bien; la honestidad” (Epístola 76)<sup>54</sup> o “lo honesto es el bien perfecto con el que se consuma la felicidad, a cuyo contacto también las demás cosas se hacen buenas” (Epístola 118)<sup>55</sup>. En coherencia con estas ideas, entiende que a las cosas hay que darles el valor que tienen “de acuerdo no con la opinión corriente, sino con su

---

<sup>53</sup> CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* ..., op. cit., p. 183.

<sup>54</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I. Libros I-IX, Epístolas 1-80* (introducción, traducción y notas de ROCA MELÍA, I.), Gredos, Madrid, 1986, p. 448. En el mismo sentido se expresa en la Epístola 71: “el sumo no es sino la honestidad”, [...], *el único bien es la honestidad, los restantes bienes son falsos y bastardos*” (op. cit., p. 406).

<sup>55</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. II. Libros X-XX y XXII [FRS.], Epístolas 81-125* (traducción y notas de ROCA MELÍA, I.), Gredos, Madrid, 1989, p. 379.

naturaleza” (Epístola 66)<sup>56</sup>, lo que es tanto como dar un espaldarazo a la honestidad (propia de la naturaleza humana) y dar la espalda a la reputación. SÉNECA pronuncia algunas frases realmente lapidarias a este respecto: “Los honores y las riquezas son fútiles y pasajeras”; o “todas estas cosas sobre las que el azar ejerce su dominio son como esclavos: el dinero, el cuerpo, los honores son cosas débiles, inestables, caducas, de posesión incierta; a la inversa, las obras de la virtud son libres e invictas [...] (Epístola 66)”<sup>57</sup>. De una manera realmente poética SÉNECA alerta de lo volátil que son la gloria, la fama o la buena reputación dado que dependen de circunstancias ajenas a nuestra voluntad (“brilla por causa ajena”) y pueden desaparecer cuando la comunidad nos retira su calor (proyectándose una “densa sombra”, es decir, cayendo en el olvido); por el contrario, la verdadera virtud deriva sólo de nuestra conducta (“tiene una causa definida y propia”) y nadie, salvo nosotros mismos, puede destruirla (“brilla con luz propia”)<sup>58</sup>. Y es que, en definitiva, todo salvo la honestidad es efímero: “*todos nuestros actos serán honestos si nos consagramos a la honestidad y consideramos a ésta y a cuanto de ella procede el único bien de la vida humana; las restantes cosas son bienes efímeros*” (Epístola 95)<sup>59</sup>.

Por otra parte, SÉNECA introduce una aportación especial al concepto de magnanimidad aristotélico: es grande y obtiene honra quien se comporta con clemencia, convirtiéndose así en magnánimo. Emerge de esta forma uno de los pilares del pensamiento de SÉNECA: la *clemencia*, la virtud humana más destacada y el eje que debe guiar la conducta del individuo. Así mismo, vincula la gloria y la clemencia en tanto sostiene, refiriéndose a AUGUSTO, que la clemencia “lo hizo agradable y popular, aunque hubiese impuesto su mano sobre la cerviz del Pueblo Romano, todavía no sometido; ésta, incluso hoy, le proporciona un renombre del que muy raramente

---

<sup>56</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I* ..., op. cit., p. 368.

<sup>57</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I* op. cit., p. 374.

<sup>58</sup> Existe otro pasaje en el que se defiende la misma idea acerca de lo inconsistente de los honores superfluos y lo eterno de la virtud bien conseguida: “*todos aquellos que la fortuna llevó a puestos de responsabilidad, todos cuantos fueron miembros o instrumentos del poder ajeno, mantuvieron un prestigio floreciente y frecuentada su casa, mientras permanecieron en pie; después, el recuerdo pronto les abandonó. Mas la estima por los genios va en aumento, y no sólo a sus personas se les dispensan honores, sino que es bien acogido todo cuanto va unido a su recuerdo*” (Epístola 21). Vid., SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I* ,,, op. cit., p. 183; o, también: “*no hallarás verdad alguna, ni seguridad alguna en todo aquello que complace a la opinión de los demás*” (Epístola 76) (op. cit., p. 448).

<sup>59</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. II* op. cit., p. 205.

disponen los *príncipes vivos*”<sup>60</sup>. Sobrevuela también la idea de la clemencia su teoría sobre el deshonor, que concibe como una gran calamidad aunque no deba evitarse por cualquier medio; tanto es así que perdonar el deshonor que alcanza a un príncipe cuando es injuriado, constituye una demostración de clemencia por su parte, virtud indispensable para el buen gobernante<sup>61</sup>. También en sus Epístolas trata brevemente sobre el deshonor, afirmando: “[...] *no hay otro bien que lo honesto, ni otro mal que lo deshonroso...*” (Epístola 76)<sup>62</sup>. Si tenemos presente que la clemencia es otra de las virtudes en auge para la filosofía medieval de los Padres de la Iglesia, la recepción del pensamiento de SÉNECA en el Medievo es más que comprensible; es obligada.

### 1.3.3 Marco Aurelio

Finalmente, del emperador y filósofo romano MARCO AURELIO (121-181) debemos apuntar que comienza su Tratado “Meditaciones” con una reflexión que bien podría conducirnos a pensar que admite la importancia de la fama y la conveniencia de sujetarse al juicio de la comunidad: “que todo es opinión”<sup>63</sup>; sin embargo, en la mayor parte del referido texto sostiene una opción radicalmente opuesta a la preeminencia de la fama, la gloria, en la medida en que estas consideraciones dependen de la opinión general, del juicio del vulgo, conceptos frente a los que se muestra realmente escéptico, tal y como revelan la siguiente afirmación: “*¿qué vale la pena, entonces? ¿Ser aplaudido? No. Por consiguiente, tampoco ser aplaudido por golpeteo de lenguas, que las alabanzas del vulgo son golpeteo de lenguas*”<sup>64</sup>; todavía más contundente es este argumento: “*el hombre que se desvive por la gloria póstuma no se imagina que cada uno de los que se han acordado de él morirá también muy pronto; luego, a su vez, morirá el que le ha sucedido, hasta extinguirse todo su recuerdo en un avance progresivo a través de objetos que se encienden y se apagan*”<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> SÉNECA: *Sobre la Clemencia (Introducción, traducción y notas de CODOÑER, C.)*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 73.

<sup>61</sup> Así, frente al deshonor que podía sufrir AUGUSTO por las ofensas o palabras malignas dirigidas contra su persona, o por el adulterio que hubiera sufrido su hija, SÉNECA le alaba por no perseguir ni condenar a quienes habían provocado ese deshonor. *Vid.*, SÉNECA: *Sobre la Clemencia ...*, op. cit., p. 73

<sup>62</sup> SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I ...*, op. cit., p. 452.

<sup>63</sup> MARCO AURELIO: *Meditaciones (Traducción y notas de BACH PELLICER, R.)*, Gredos, Madrid, 1977, p. 65.

<sup>64</sup> MARCO AURELIO: *Meditaciones ...*, op. cit., pp. 116 y 117.

<sup>65</sup> MARCO AURELIO: *Meditaciones ...*, op. cit., p. 86.

## 2. EL HONOR EN EL DERECHO ROMANO A TRAVÉS DE LA *INIURIA* Y LA *ACTIO INIURIARIUM*

El título de este epígrafe debería ser suficientemente ilustrativo de una realidad, que es dificultad al propio tiempo, a la que hay que hacer frente cuando se afronta el estudio del bien “honor” en el Derecho Romano. No existe en el ordenamiento jurídico romano un concepto de honor, ni directa ni indirectamente extraíble de sus normas, que nos permita detectar las características de este valor en la sociedad romana, expresadas en sus disposiciones jurídicas, aunque al menos sabemos o intuimos que su valoración obedeció a criterios fundamentalmente objetivos, dado que siendo una sociedad jurídicamente estructurada, los factores sociales u objetivos tuvieron notoria prevalencia sobre los sentimientos personales<sup>66</sup>, más influyentes en sociedades menos organizadas política y jurídicamente (como la germánica, que más tarde tendremos ocasión de estudiar). Llegados a este punto y ante esta piedra en el camino que podría ser insalvable, algunos autores han bordeado el obstáculo, dejándolo a un lado, y descubriendo las particularidades del honor a través de la operación que supone su ataque y que causa su lesión, ésta es la *iniuria*, y de la acción procesal que permite impetrar su reparación, la *actio*<sup>67</sup>. Nosotros también seguiremos esta metodología para afrontar el siguiente estudio: adoptamos una doble perspectiva: por una parte, la regulación de la *iniuria* como ataque al honor (aunque sólo podrá concebirse como tal a partir de la época clásica) y, por otra, las acciones que se concedían para reparar a la víctima del ataque injurioso, en el más amplio sentido de la palabra.

### 2.1 LA *INIURIA* EN LA LEY DE LAS XII TABLAS

La Ley de las XII tablas, cuya elaboración data de los años 451-450 a.C, consideraba la *iniuria* como un delito privado, calificación que tiene obvias consecuencias. Para conocerlas, conviene analizar someramente la distinción entre los

---

También ilustrativa es esta reflexión: “*Te matan, despedazan, persiguen con maldiciones. ¿Qué importa esto para que tu pensamiento permanezca puro, prudente, sensato, justo? Como si alguien al pasar junto a una fuente cristalina y dulce, la insultara; no por ello deja de brotar potable*” (op. cit., p. 158).

<sup>66</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones sobre el honor. El honor militar y su reflejo en los textos histórico/jurídicos de Roma, la edad media y el antiguo régimen españoles*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2002, p. 30.

<sup>67</sup> Advierte este punto de partida CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., pp. 43 y 44.



delitos públicos y los delitos privados, esto es, entre "*delicta pública o crimina*" y "*delicta privata o maleficium*":

- a) Los delitos públicos constituían una ofensa a la sociedad al entender que violaban o atentaban contra el orden jurídico, las leyes públicas o los intereses del Estado. Por su condición de delitos públicos, su persecución podía iniciarse a instancia de cualquier ciudadano de la comunidad y eran reprimidos con una pena en nombre de la misma, que poseía carácter reparador de la ofensa. En este contexto, la ley que analizamos elevaba a la categoría de delitos públicos el *perduellio*, el *parricidium*, el *perjurio* y la *prevaricato* (Tablas VIII y IX).
- b) En oposición a aquéllos, los delitos privados se definen por las tres características contrarias: a) constituían un daño a la persona o a los bienes de un individuo; b) se castigaban con una sanción de carácter pecuniaria, a favor de la víctima, para repararla o resarcirla económicamente por los perjuicios; y c) se perseguían siguiendo las reglas habituales de los procesos civiles, es decir, a instancia de la parte ofendida. De esta condición eran los siguientes delitos: el *furtum* o apoderamiento fraudulento de la cosa de otro contra la voluntad de su dueño; la *vibona rapta* (rapiña), esto es, los robos cometidos con violencia por bandas armadas; el *damun iniuria datum*, ataque contra los bienes de otra persona sin propósito de lucro (frente al *furtum*, que conllevaba la intención de obtener un beneficio o aprovecharse del objeto del apoderamiento) y la *iniuria* o ataque contra la integridad física de una persona.

A partir de aquí, puede haber más clasificaciones pero ninguna nos permitirá penetrar en el campo de la *iniuria* como ataque al honor y en todas resbalaremos sin éxito, porque, sencillamente, la *iniuria* lo era todo, o casi todo, con la excepción del *furtum* (injusticia o daño estrictamente patrimonial) que se constituía en el otro polo de las ilicitudes contra particulares<sup>68</sup>. *Iniuria*, etimológicamente hablando, proviene del vocablo *iure* precedido del prefijo negativo *in*, por lo que se infiere que todo *acto non*

---

<sup>68</sup> MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano (Traducción del alemán por DORADO, P.)*, Tennis, Bogotá, 1976, p. 484; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal (tomo II)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1157.

*iure*, contrario a derecho, se comprende dentro de la *iniuria* en un sentido amplio<sup>69</sup>. El ordenamiento jurídico romano concebía la *iniuria* como la contrariedad al derecho por antonomasia, con el único límite en la exclusión de las conductas antijurídicas consistentes en la ruptura o amputación de un miembro del cuerpo humano (*membrum fractum*) y la fractura de un hueso que no implique la inutilidad del miembro fracturado (*os fractum*)<sup>70</sup>. En consonancia con lo anterior, cualquier ataque a la integridad física de una persona<sup>71</sup> o a sus bienes, salvo los relativos a huesos y miembros del cuerpo, era reconducido, en los tiempos de la Ley de las XII Tablas, al delito de *iniuria*. No reducía este “cajón de sastre”, sino que lo ampliaba, el hecho de que para la imputación de la *iniuria* en la época decenviral se atendiera a la responsabilidad objetiva, siendo bastante para tal fin el nexo causal entre la conducta y el elemento lesivo, y siendo, consiguientemente, “sin que hubiera distinción entre la causada intencionadamente y la originada por simple imprevisión”<sup>72</sup>.

Para concluir con la enumeración de conductas delictivas, la ley romana también castigaba el *malum carmen* y la *occentatio*, comportamientos que requerían recitar fórmulas mágicas o de encantamiento atentatorias de la vida, salud o la fama de una persona<sup>73</sup>, así como las *iniurias* difamatorias (*carmina famosa*) y el *carmen famosus*, composición difamatoria que por favorecer la divulgación y la publicidad del agravio entrañaba un peligro de alteración de la paz, justificativo de la pena capital.

---

<sup>69</sup> MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 484; BRAVO BOSCH, M. J.: *La injuria verbal colectiva*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 25 y 26.

<sup>70</sup> Merecen atención las reflexiones de GUERREO LEBRÁN, M.: *La injuria indirecta en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 29 a 31, sobre el enfrentamiento doctrinal en torno a la consideración del *ossis fractio* y *membri ruptio* como tipos cualificados o agravados de la *iniuria* o como delitos independientes. También atenta a este debate doctrinal se muestra BRAVO BOSCH, M. J.: *La injuria ...*, op. cit., pp. 44 a 54.

<sup>71</sup> MOMMSEN ofrece algunas puntualizaciones sobre el sujeto pasivo del delito de *iniuria*: se incluía a los extranjeros, a los esclavos, a los locos y a los menores (es decir, quienes no tenían capacidad de obrar). *Vid.*, MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 485.

<sup>72</sup> MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 488. El mismo autor precisa, a continuación, en qué casos no cabía acción de *iniriua* por faltar ese elemento intencional o volitivo: a) cuando el hecho fuera ejecutado por un inimputable; b) cuando el acto no se hubiera ejecutado con el propósito de violar el derecho, deshonorar u ofender a alguien; c) cuando el acto fuera manifestación de la punición doméstica o un castigo del jefe de familia o un castigo impuesto por el magistrado dentro de sus atribuciones (*op. cit.*, pp. 491 y 492); *vid.*, también, BRAVO BOSCH, M. J.: “Sobre el dolo y la culpa en la *iniuria*”, *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 11 (2007), p. 83.

<sup>73</sup> La doctrina especializada discute entorno a la naturaleza difamatoria o mágica (encantamiento) del *carmen malum* y del *carmen famosum*. No obstante, en la actualidad el sector mayoritario apuesta, sin ningún género de dudas, por la segunda opción.

Llegados a este punto, como conclusión previa, desde la perspectiva de estudio a partir de la cual abordamos el honor en el Derecho Romano (ésta era la regulación de la *iniuria* como ataque al honor), nuestro ámbito de trabajo es amplio y, en la misma proporción, heterogéneo.

Respecto a la segunda vía de aproximación a la intelección del bien jurídico honor, las acciones de protección frente al ataque, nos corresponde apuntar que la *actio iniuriarum* fue introducida en Roma primero por la Ley de las XII Tablas, luego por las costumbres y al final por el Derecho Mixto<sup>74</sup>. El elemento intrínseco de las acciones por injurias era la *vindictam spirans*, es decir, la venganza personal que restablecía el equilibrio jurídico social y la justicia. El otro elemento eran los efectos, el primero de ellos la pena y el segundo la nota de infamia<sup>75</sup>.

Sin embargo, las reglas de la XII Tablas, de carácter muy primitivo, fueron cayendo en desuso. BARBERO SANTOS menciona tres causas fundamentales de este olvido, de esta petrificación: por un lado, el talión se oponía a la *humanitas*, idea comprensiva del sentimiento de dignidad y sublimidad propios de la persona; asimismo, las multas fijas carecían de eficacia por la depreciación de la moneda y resultaban inadecuadas por su esquematismo<sup>76</sup>; y, por último, se acercaba el momento de afrontar la formación de un concepto técnico unitario de *iniuria* a partir de los delitos citados en las XII Tablas<sup>77</sup>, mediante la adhesión de los edictos particulares al acervo jurídico de la *iniuria*. Relata FERNÁNDEZ PRIETO que estos “edictos especiales” de la *actio*

---

<sup>74</sup> El origen histórico de la *actio iniuriarum* es una de las tantas cuestiones discutidas por la doctrina en torno a la *iniuria*. Parece que su regulación previa estaba en la legislación decenviral aplicable a través de las acciones de la ley y que de este sistema se pasa a la *actio iniuriarum* que presenta, entre otras, la novedad fundamental de la estimación de la condena caso por caso, sin que exista una pena prefijada. A partir de aquí, se abren las posibilidades. Algunos sostienen que esta acción se creó a raíz del conocido como *edictum generale de iniuriis aestimandis* (con una fecha variable que abarca desde el 227 a.C hasta el 150 a.C, según apunta BRAVO BOSCH, M. J.: *La injuria verbal colectiva*, op. cit., 68); otros, sin embargo, no apoyan el origen edictal de la acción, sino que defienden su origen consuetudinario y otros, los últimos, suscriben el origen civil de la *actio*, dado que de naturaleza civil es el delito de *iniuria* según la sistematización de GAYO. Sobre esta problemática, GUERRERO LEBRÁN, M.: *La injuria ...*, op. cit., pp. 58 y 59.

<sup>75</sup> SCONDA, M. V.: “La iniuria en el derecho de las obligaciones”, en línea: <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/La%20Iniuria-Dra.%20Sconda.doc.pdf> (07/02/2011), p. 14.

<sup>76</sup> Generando insatisfacción del deseo de venganza y, consiguientemente, disturbios sociales. Es decir, estos castigos se convertían en una fuente de injusticia socialmente perturbadora, por cuanto castigaban con la misma pena de 25 ases cualquier conducta contra *ius* que supusiese *iniuria*, independientemente de si era leve o grave. Así, BRAVO BOSCH, M. J.: *La injuria ...*, op. cit., p. 61

<sup>77</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Honor e *Iniuria* en el Derecho Romano”, *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1972, p. 315.

*iniuriarum aestimatoria*, que junto al *generale* desarrollaron todo el derecho de la *iniuria*, tenían por fin incluir dentro del ámbito de su aplicación no sólo las lesiones causadas al cuerpo de un hombre libre, sino también supuestos constitutivos de ofensas morales que afectaban a la fama o a la dignidad de la persona que, aunque no fueran considerados como constitutivos de *iniuria* propiamente dicha, eran protegidos por el pretor a través de la promesa de una acción relacionada íntimamente con la *actio iniuriarum aestimatoria* y con una fórmula semejante<sup>78</sup>. Los edictos a que nos referimos eran los siguientes:

- a) *Edictum de convicium*: reaccionaba frente a las ofensas o vociferaciones verbales (injuria verbal con *vocería*, *convicium*, y *adversos bonos mores*) realizadas públicamente y que causaban perjuicios morales muy graves en una sociedad, como la romana, extremadamente sensible en todo aquello que afectaba a la buena reputación y al honor.
- b) *Edictum de adtemptata pudicitia*<sup>79</sup>: protegía el pudor de las personas y permitía exigir responsabilidad frente a quien, con ofensas verbales, atentara contra la fama de mujeres honradas (*matresfamilias*) y de los jóvenes de ambos sexos que llevaban la toga *praetexta*, tipificando tres actos distintos por los que se entendía que se atentaba al pudor de alguno de ellos: cuando se le retiraba el acompañante a la fuerza o se cortejaba o se seguía asiduamente a alguno de ellos por la calle contra las buenas costumbres<sup>80</sup>. Son concreciones de estos ataques al honor en su vertiente sexual la *adsetatio* y la *appellatio*.
- c) *Edictum ne quid infamandi causa fiat*: castigaba cualquier cosa que alguien hubiese dicho o hecho con la intención de difamar a otra persona. Es el origen de la represión del discurso difamatorio en el Derecho Romano.

---

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación en el Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 98. En el mismo sentido, ESCUTIA ROMERO, R.: “Consideraciones entorno a la difamación escrita en Derecho Romano”, *Revista de Derecho UNED*, 4 (2009), p. 188.

<sup>79</sup> Para profundizar en los pormenores de este edicto, LAPUERTA MONTOYA, D.: *Estudio sobre el “Edictum de adtemptata pudicitia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>80</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación ...*, op. cit., 99.

## 2.2 ÉPOCA CLÁSICA

En el siglo I a.C las cláusulas edictales anteriormente referenciadas fueron consideradas de forma unitaria y denominadas *iniuria*, y la acción derivada de ella fue la *actio iniuriarum*. Por ello, los juristas clásicos mediante la interpretación de las cláusulas edictales, particularmente referentes a la difamación, llegaron a un concepto amplísimo de *iniuria*. Examinaron detenidamente las cláusulas edictales y, no conformes con una interpretación literal, extendieron su aplicación hasta supuestos diferentes, incluso alejados de una ofensa a la personalidad<sup>81</sup>. De esta forma, con el tránsito a la época clásica, el campo de aplicación de la *iniuria* se había extendido exponencialmente, pues además de entrar en consideración el amplio espectro de las ofensas físicas a las personas (con las escasas excepciones del *ossis fractio* y el *membri ruptio*) y a los bienes, se debe sumar ahora otra serie de conductas delictivas que ofenden, no tanto a la integridad física de la víctima, cuanto a su personalidad. En otras palabras, en el Derecho honorario se superan poco a poco, tal cual lo sabemos, las insuficiencias y rigideces de las antiguas normas y así la noción de *iniuria* se extendió a las lesiones morales de cualquier tipo, entrando en el concepto de *iniuria* la difamación escrita o verbal, las palabras ultrajantes, la violación de domicilio y todo otro acto que afectara la dignidad y el honor de la persona<sup>82</sup>. A partir de aquí, podemos adelantar dos conclusiones previas, aparentemente contradictorias: por una parte, el concepto de lo que quiera ser honor en el Derecho Romano (y que sólo podemos conocer a través de la conducta que lo lesiona y de la acción que lo repara, como ya hemos indicado en repetidas ocasiones) se aproxima paulatinamente al otro más espiritual o moral, propio de épocas sucesivas; pero, por otra, en la medida en que junto a esta naciente vertiente de la *iniuria* como ofensa moral se mantiene de forma paralela todo el contenido relativo a las afrentas físicas, estamos todavía ante una noción de *iniuria* ostensiblemente alejada de la que se sostenga más adelante.

---

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación ...*, op. cit., pp. 101 y 102.

<sup>82</sup> Posiblemente, un punto de inflexión fue el Edicto Perpetuo codificado por SALVIO IULIANO en el siglo II d. C. en el que se recogen en la rúbrica *de iniuriis* no sólo las lesiones corporales como preveía la Ley de las XII Tablas, sino además las ofensas verbales injuriosas, escritos difamatorios, ofensas al pudor. Así, SCONDA, M. V.: "La iniuria ..., op. cit., p. 9.

La Jurisprudencia romana, apunta FERNÁNDEZ PRIETO<sup>83</sup>, trató de obtener, no siempre con suerte, una clasificación teórica de las *iniurias*, distinguiendo: a) las reales (*re*), que abarcaban desde el maltrato físico a las acciones impúdicas; b) las verbales (*verbis*), que incluían las canciones ultrajantes, las palabras injuriosas degradantes de la dignidad de la persona, las llamadas obscenas o deshonestas, los atributos impúdicos, el reproche de defectos físicos o morales; c) y las literales (*literis*) que eran contrarias al honor, la reputación o los defectos de otras personas.

Asimismo y como resultado de la evolución jurídica experimentada por el Derecho Romano desde la Ley de las XII Tablas hasta la época clásica, aquella concepción primitiva del derecho antiguo según la cual bastaba la mera responsabilidad objetiva para imputar delito de *iniuriae*, sin necesidad, por tanto, de que junto a la conexión causal entre la conducta y el resultado lesivo hubiera una voluntad injuriosa del autor, se dio paso a un concepto más desarrollado, el de la responsabilidad subjetiva; la injuria debía inferirse de forma voluntaria y con intención de causar un perjuicio moral, lo que supone la presencia en la *iniuria* de un *animus iniuriandi*<sup>84</sup>, de donde puede colegirse que fue consustancial e inherente a la *iniuria* el elemento subjetivo, el *animus*. A mayor abundamiento, BRAVO BOSCH ofrece otros argumentos que apoyan esta subjetivización de la responsabilidad por delitos de *iniuriae*: la mera tentativa es sancionada<sup>85</sup>, así como la inducción y la instigación ya que quien instiga o induce a otros a cometer el delito tiene la clara intención y deseo de proferir injuria verbal, aunque no sea él mismo quien lo haga; tiene, pues, *animus iniuriandi*<sup>86</sup>. Aceptando el cambio de la responsabilidad objetiva a favor de la subjetiva en el ámbito de las *iniuriae*, estaremos con el jurista romano ULPIANO en que la injuria consiste en la intención de quien la profiere, por lo que siempre se trata de un delito intencional causado dolosamente, de modo que ni los locos ni los menores que no tienen discernimiento pueden cometerla ni sufrirla. Si la persona la realiza contra su voluntad no está encuadrada dentro de la acción de injurias. Es decir que el término *iniuria*

---

<sup>83</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación ...*, op. cit., pp. 108 y 109.

<sup>84</sup> BRAVO BOSCH, M. J.: "Sobre el dolo ...", op. cit., p. 88 y, más desarrollado, en la nota al pie 32.

<sup>85</sup> No está de acuerdo MOMMSEN para quien la injuria intentada, pero no consumada, no era punible. Así, MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 493.

<sup>86</sup> BRAVO BOSCH, M. J.: "Sobre el ...", op. cit., pp. 13 y 14.

establecía el requisito de que la conducta dañosa fuese “injustificada”, que no hubiere causa justificatoria o eximente<sup>87</sup>.

Por razón de lo anterior, se ha afirmado que es obra del Derecho Romano la incorporación de la atención al elemento del *animus* en el delito de injurias; sin embargo, algunos autores se han mostrado cautelosos en torno a esta cuestión, recordando que la expresión de *animus iniuriandi* no aparecía en las fuentes romanas o no lo hacía, al menos, en conexión especial con el delito de *iniuria*, sino que era siempre un elemento referido a una noción de dolo en cualquier figura delictiva, dañosa, singularmente en las lesiones corporales, lo que acredita no pretender genuinidad en las injurias propiamente dichas<sup>88</sup>. Precisamente por ello, la concurrencia de otros *animi* del autor de la conducta podía borrar los rastros de antijuricidad; no subsiste el *dolus* del atacante si concurre *animus corrigendi* (se injuria para amonestar y enseñar), *animus iocandi* (jugando o simulando una lucha), *animus retorquendi o defendendi* (es lícito repeler la fuerza con la fuerza) o el *animus consulendi* (que concurre en quien injuria obligado por normas imperiales)<sup>89</sup>.

En definitiva, no hay injuria sin voluntad del autor; no hay lesión ni ofensa sin culpa, de donde deberíamos colegir la correspondencia clara entre la *iniuria* y la culpa<sup>90</sup>, concepto éste entendido desde su construcción más amplia como la conexión o la correspondencia entre el comportamiento observado y la conciencia. En conclusión, la *iniuria* necesita un elemento intencional para ser castigada, una voluntad antijurídica, ya se le llame a esta voluntad o propósito “dolo”<sup>91</sup>, en nuestro sentido más común o habitual, o culpa en un sentido más lejano y alusivo a la conexión entre el comportamiento observado y la conciencia (y cuyo opuesto sería el comportamiento imprudente).

---

<sup>87</sup> SCONDA, M. V.: “La iniuria ..., *op. cit.*, p. 4.

<sup>88</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 1159.

<sup>89</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Honor ..., *op. cit.*, pp. 329 y 330.

<sup>90</sup> BRAVO BOSCH, M. J.: “Sobre el dolo ..., *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>91</sup> Desde la base de esta acepción adquiere sentido la afirmación de MOMMSEN según la cual “con el derecho de los tiempos posteriores [a la Ley de las XII Tablas], la injuria no podía cometerse culposamente; para que existiera, se hacía precisa la ofensa jurídica intencionada”; identificando, por tanto, dolo con intención y oponiéndolo o enfrentándolo a la culpa (MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 491). Mantiene, en fin, la dicotomía habitual entre dolo y culpa.

Por lo que respecta a las acciones para remediar la lesión producida por la *iniuria*, la época clásica supuso un periodo de notable evolución en este aspecto. Con la *Lex Cornelia de iniuriis* a fines de la República, promulgada por SILA (entre los años 82 a.C-79 a. C.), el ofendido gozaba de la elección entre la acción destinada a la reclamación de una *poena privata (civiliter)* y la dirigida a la reclamación de una pena corporal infringida *extraordinem* por el magistrado (*criminaliter*)<sup>92</sup>. Es decir, se estableció que toda persona que sufriera una *iniuria* podía proceder civilmente reclamando una pena pecuniaria, llamada multa y determinada según su propia estimación, o criminalmente en un juicio o proceso público en el que el ministerio del juez aplicaba al autor del hecho una pena extraordinaria de carácter aflictivo. Precisamente, el mecanismo procesal por el que se hacía posible esa opción era la *quaestio de iniuriis*, la otra novedad introducida por la *Lex Cornelia de iniuriis*; se trataba de un tribunal de carácter penal que decidía sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, pero que frente a la regla general de regirse por el principio de acción pública (convirtiéndose en *iudicia publica*), no representaba un *iudicium publicum* ya que el ejercicio de la acción sólo le correspondía al lesionado<sup>93</sup>, a causa de la naturaleza eminentemente civil del delito de *iniuria*. La existencia simultánea de la *actio iniuriarum* y de la *quaestio* creada a tal efecto por esta ley, hace pensar a la mayor parte de la doctrina romanista que las injurias se perseguían por ambas vías pues no parece que la regulación legal impidiese al pretor conceder la *actio iniuriarum* en los casos previstos en la norma legal. De estas consideraciones se desprende, por tanto, que era la víctima quien debía elegir entre la vía civil o la penal, pues el ejercicio de una de ellas excluía el de la otra<sup>94</sup>. En definitiva, la Ley Cornelia hizo público el delito de *iniuria* para los supuestos en ella contemplados por su especial gravedad, que se perseguirían a través del procedimiento criminal de una *quaestio* específica, pero, a diferencia de lo que sucedía en otras *accusationes*, la iniciativa procesal competía únicamente a la víctima, que percibía la cantidad estipulada como pena; de esta forma, surgía la concurrencia de los dos medios de sanción: la *actio iniuriarum* pretoria y la *quaestio de iniuriis*<sup>95</sup>, a que ya nos hemos referido.

---

<sup>92</sup> BARBERO SANTOS, M.: "Honor ..., *op. cit.*, p. 323.

<sup>93</sup> BARBERO SANTOS, M.: "Honor ..., *op. cit.*, p. 322.

<sup>94</sup> GUERRERO LEBRÁN, M.: *La injuria* ..., *op. cit.*, p. 46.

<sup>95</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación* ..., *op. cit.*, p. 132



### 2.3 ÉPOCA IMPERIAL

Para concluir con esta evolución del concepto de honor en el Derecho Romano a través del estudio de la *iniuria* y la *actio iniuriarum*, hemos de referirnos a la época imperial. En este sentido, desde el punto de vista de las conductas típicas, es decir, en cuanto a los comportamientos considerados contrarios al honor, fuera cual fuese el concepto exacto de honor que manejaran, la creación de mayor trascendencia por su máxima gravedad fue la del *libellus famosus*, del Imperio absoluto, cuya publicación data de un senadoconsulto de AUGUSTO que asustado por los ataques dirigidos contra las personas de rango ilustre tuvo que reprimir severamente los *libelli*<sup>96</sup>, hasta el punto de que, por un lado, los terceros que cooperaban o ayudaban a estos delincuentes eran considerados como autores, y, por otro, la represión se extendía a los vendedores, grabadores y tenedores de *libellus*. El fundamento que solía alegarse a favor de tan drástica represión era que la publicidad de tales escritos revestía un serio peligro contra el honor, por lo que pasó a ser considerado delito contra el Imperio, en la medida en que solían dirigirse contra miembros del Senado y magistrados. Con CONSTANTINO, muestra de la tendencia de incluir bajo el dominio del derecho criminal ciertas *iniuriae* particularmente graves, se profundiza en la legislación represiva del *libelli famosus*, cuya lectura y divulgación queda prohibida y se recomienda quemar los escritos en cuestión<sup>97</sup>. Así mismo, hay que destacar la atención prestada por el legislador a la *iniuria* en la época imperial, como demuestra el empleo frecuente del término las constituciones de CONSTANTINO para referirse, genéricamente, a quien actúa sin derecho causando injusticias o daños a una persona, y, de manera más específica, para castigar los atentados al honor y a la dignidad, por lo que puede afirmarse que en el Bajo Imperio los ataques contra el honor pasan a un primer plano y nuevas cualidades son consideradas atributos de la personalidad, como la pertenencia a la religión cristiana y los privilegios imperiales<sup>98</sup>.

En cuanto a las acciones, en la época de los emperadores Severos, se reformó por un *Rescripto* lo establecido por la *Lex Cornelia*, permitiendo ejercer sólo civilmente

---

<sup>96</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1158; MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 486.

<sup>97</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación ...*, op. cit., p. 144.

<sup>98</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación ...*, op. cit., p. 142.

la acción por toda clase de *iniuria* ya sea común o atroz. La legislación justiniana, sin embargo, amplió los casos de la *Lex Cornelia* a todos los supuestos de *iniuriae*, pudiendo optar nuevamente entre el juicio criminal o la *actio iniuriarum*. Por lo tanto, la persecución civil por un lado, y la criminal por otro, fueron la regla en la época de Justiniano<sup>99</sup>.

Y, para concluir, en lo concerniente a las clases de penas y su naturaleza, debe precisarse que en la legislación imperial la tendencia es que en el Derecho privado queden sólo las actuaciones más leves, inclinándose en los restantes casos a la imposición de una pena pública, extendiendo la jurisdicción *extra ordinem* a la *iniuria*<sup>100</sup>. Bien es cierto que aunque la represión criminal de la *iniuria* era predominante, se conservó, no obstante, el carácter privado de la querrela, sin perjuicio, además, de la subsistencia de la *actio iniuriarum* privada<sup>101</sup>. En general, no había una pena específica para la injuria, salvo algunos casos que los emperadores castigaban con hoguera o decapitación; en los demás, el juez tenía margen de apreciación en atención a la persona o a la calidad del hecho<sup>102</sup>.

## 2.4 ¿QUÉ ERA EL HONOR EN ROMA?

Dado que por la inexistencia de un concepto claro y accesible de honor en el Derecho Romano, no nos ha sido posible abordar esta cuestión directa o frontalmente, sino de manera tangencial a través del estudio de la conducta lesiva del honor, ésta es la *iniuria*, y de la acción ejercida para reparar dicho ataque, que no era otra que la *actio iniuriarum*, hemos considerado oportuno concluir este análisis de la trayectoria del honor en el ordenamiento romano con una breve recapitulación de ideas que nos permita avanzar a la siguiente etapa histórica con algunas conclusiones, si no tangibles, al menos no tan etéreas ni vaporosas, sobre el honor en Roma.

---

<sup>99</sup> SCONDA, M. V.: “La iniuria ..., *op. cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>100</sup> GUERREO LEBRÁN, M.: *La injuria ...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación en el Derecho Romano*, *op. cit.*, p. 141. A esta generalización de la respuesta criminal le acompañó paralelamente el proceso de transformación de la *iniuria* en un delito público.

<sup>102</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Honor e *Iniuria* en el Derecho Romano”, *op. cit.*, p. 324. Por su parte, MOMMSEN nos refiere que las ofensas contra el honor del emperador llegaron a ser severamente castigadas, produciendo “mayores males que una guerra civil”. *Vid.*, MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano (Traducción del alemán por DORADO, P.)*, Tennis, Bogotá, 1976, p. 368.

Sentemos, en primer lugar, algunas dudas y certezas sobre lo visto hasta el momento. En cuanto a las primeras, sabemos que no tenía el ordenamiento romano un concepto claro de honor, del mismo modo que la protección jurídica que le confería era indeterminada, comprensiva tanto de la integridad física como de la apreciación moral y social, destacando la acción de protección frente al objeto protegido que nunca llegó a determinarse. Respecto a las segundas, hemos logrado en las páginas antecedentes establecer una serie de verdades casi absolutas (pues nada del régimen de la *iniuria* es completamente seguro). En primer lugar, la *iniuria*, por no asumir los caracteres de una figura determinada, se convirtió en la contrariedad al derecho o a las costumbres tradicionales de la ciudad por antonomasia (nuestra actual antijuricidad) y el concepto fue ampliándose desde las afrentas físicas, contra el cuerpo, a aquellas que no inciden sobre la funcionalidad del mismo, llegándose a admitir con el derecho pretorio la vinculación de la *iniuria* a la *contumelia*, como ofensa moral<sup>103</sup>. Y, en segundo lugar, el elemento intencional o volitivo era consustancial a la presencia del delito de *iniuria*. No había *iniuria* si el autor no quiso ofender el honor de la víctima o agredirla físicamente, por lo que debe apreciarse siempre y en todo caso una conexión entre la voluntad ofensiva del autor y el resultado lesivo, de tal modo que la *iniuria* y el *animus iniuriandi* se necesitan mutuamente, se retroalimentan. Por consiguiente, la evolución en el concepto de *iniuria* y en sus características se condensa acertadamente en esta reflexión de MOMMSEN: “En general, la *iniuria* de las Doce Tablas [...] se diferenciaba teóricamente de la *iniuria* regulada por el derecho de los tiempos posteriores, en que la primera era la lesión corporal, cuyo autor pudiera ser responsable legalmente de ella, y la segunda era la ofensa causada dolosamente a la personalidad”<sup>104</sup>.

Advertido lo anterior y determinado el estadio final de la evolución de aquellos aspectos (*iniuria* en su máxima expresión, inclusiva de lesiones morales y físicas, e imputación de la *iniuria* según los parámetros de la responsabilidad subjetiva<sup>105</sup>), estamos en posición de afirmar que el bien jurídico honor podía identificarse en la época

---

<sup>103</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Honor e *Iniuria* en el Derecho Romano”, *op. cit.*, p. 326.

<sup>104</sup> MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano (Traducción del alemán por DORADO, P.)*, Tennis, Bogotá, 1976, p. 485.

<sup>105</sup> Una responsabilidad subjetiva que se determinaba, no obstante, conforme a criterios de valoración objetivos, tales como la dignidad del ofendido, la magnitud de la ofensa e incluso el lugar donde ésta hubiera ocurrido, aun cuando quien solicitara protección se sintiese ofendido o agredido, pero nunca teniendo en consideración para castigar el comportamiento el sentimiento personal de ofensa o agravio. *Vid.*, CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, *op. cit.*, p. 45.

romana con una triple realidad, con un triple interés merecedor de tutela jurídica: la integridad física de las personas, el reconocimiento de los derechos que a todo ciudadano corresponden (“condición jurídica”)<sup>106</sup> y la dignidad de la persona<sup>107</sup>.

Así las cosas, la suma de los tres elementos antes indicados (integridad física, personalidad a efectos civiles y dignidad) nos ofrecen un concepto de honor realmente amplio, algo a lo que ya nos habíamos resignado hace tiempo, pero que mantiene un hilo conductor con las nociones de honor que tuvimos entre las manos al estudiar la antigüedad clásica. En consecuencia, y siguiendo a BARBERO SANTOS, el honor en Roma es el estado de la dignidad ilesea que protege la expresión del valor moral del individuo y de la posición por él ocupada en la sociedad, incluyendo, por tanto, tres dimensiones: el sentido de la propia dignidad, la estima o buena reputación y las ventajas materiales inherentes a una buena reputación<sup>108</sup>. El honor resurge como el binomio de la posición social y el valor interno, como la simbiosis entre el estatus y la valoración individual de nuestro ser, como el estado resultante de la combinación de la altura de nuestros méritos proyectados al exterior y la satisfacción personal con nuestra ética y moral.

### 3. EL HONOR EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media el concepto de honor logra alcanzar un estado de cierta tranquilidad o estabilidad. Estas diez centurias le permiten asentarse, amoldar de manera pacífica y sin brusquedad los contornos de lo que ha venido llamándose “código de honor”, un conjunto de pautas de comportamiento impuestas por la comunidad e inflexiblemente respetadas, dirigidas a la consagración social del hombre honorable. Dicho código encorsetó la conducta y la voluntad de los hombres del Medievo, convirtiéndolos en meras marionetas manejadas por un destino feroz y, la mayoría de las veces, incomprensible. Y entre ese destino y esas marionetas, sólo había un hilo: el honor.

---

<sup>106</sup> Esta segunda concreción del bien “honor” implica aceptar que la *iniuria* representaban una ofensa a la *existimatio*, derecho de la personalidad materializado en el pleno goce de la dignidad atribuida a la persona por el Derecho Civil romano y que le confería el derecho a no ser objeto de opiniones perjudiciales para su autoestima o su reputación social.

<sup>107</sup> MOMMSEN, T.: *Derecho ...*, op. cit., p. 482; GUERREO LEBRÁN, M.: *La injuria ...*, op. cit., p. 47.

<sup>108</sup> BARBERO SANTOS, M.: “Honor ...”, op. cit., p. 327.

Aunque hayamos hablado de una etapa de estabilidad, no queremos transmitir la idea de inmovilismo, petrificación o parálisis. Antes al contrario, nos referimos a una estabilidad progresiva o que progresa, *in crescendo*, que avanza hacia un estado final. En otras palabras, la noción del honor y todo el conjunto de comportamientos derivados de la ostentación o búsqueda del mismo, se irá consolidando durante la Edad Media, remarcando intensamente la silueta del referido código, con la vista puesta en un futuro esperanzador, para el honor al menos. Y otra advertencia previa debemos formular. No es una estabilidad suave o delicada, sino violenta, cruda y cruel en ocasiones, por imperativo de ese código, pero es estabilidad al fin y al cabo. Progresión estable, en definitiva.

En las próximas páginas nos proponemos estudiar la influencia del honor en tres órdenes fundamentales de la vida: el social, el normativo y el espiritual. Para tal fin, analizaremos, en primer lugar, la sociedad medieval, fuertemente compartimentada o estructurada en función del honor, que se erige en criterio separador o divisor de los hombres. El honor determinará la actuación de las personas que buscan ascender socialmente hasta alcanzar el estatus que les confiera privilegios y prerrogativas. A lo largo de este camino, harán cuanto sea necesario y, lo que es más importante, cuanto sea esperable de ellos a ojos de la comunidad, que observa atentamente. Como un rayo aparece el recuerdo griego. Por otro lado, para entender los mecanismos empleados para reconducir a la paz social los excesos a que en ocasiones, casi todas, conducían el honor y su código, abordaremos un repaso de la legislación relativa a la cuestión del honor, de manera evolutiva, deteniéndonos en las grandes obras legislativas de la época, tales como el *Liber Iudiciorum*, el Código de las Siete Partidas y los Fueros más destacados. Esta tarea nos permitirá contemplar la forma en que los pueblos germánicos dejaron su impronta en la concepción del honor, que hasta ahora estaba cubierto por un barniz netamente mediterráneo, ofreciéndonos así un contraste de luces realmente impactante. Y finalmente, entre los excesos del honor desde la perspectiva social y las rigideces del honor en su perfil jurídico, buscaremos la calma y la reflexión de la mano de los filósofos y de la nueva corriente del pensamiento dominante: la doctrina filosófica de los Padres de la Iglesia y el pensamiento cristiano medieval.

### 3.1 EL HONOR EN LA SOCIEDAD MEDIEVAL

#### 3.1.1 Privilegio y Nobleza

Unánimemente se comparte por la doctrina historiográfica que la sociedad medieval era una sociedad estratificada, fragmentada. Los mismos síntomas que padecía la sociedad se reflejaban también en el honor. Se produce una fragmentación del honor en base a la concepción del privilegio (del más valer), que divide a la sociedad en estamentos, cada uno con sustantividad y distancia frente a los otros, cada uno con su jurisdicción y su fuero. Lo refleja con meridiana claridad ARANGUREN:

*“en la Edad Media, en el Feudalismo, los bárbaros añaden a la concepción clásica otra que es muy importante: el privilegio, que consiste en que el miembro de un cuerpo, cualquiera que sea, tiene su ley privada, y de acuerdo con esa ley privada, procede. Cada estamento tendrá su propio honor y su propia moral del honor. De acuerdo con eso, hay una especie de fragmentación del honor en honor eclesiástico, honor militar o guerrero (que es el honor nobiliario porque los nobles eran la encarnación del guerrero como cuerpo) y honor plebeyo”<sup>109</sup>.*

Por tanto, hay dos elementos: fuero externo (la sociedad juzga) y ley privada, fuero<sup>110</sup>. De hecho, los señores medievales ejercían dentro de sus señoríos un poder inmenso que alcanzaba atribuciones judiciales, decisiones de orden político, administrativo o económico, funciones militares, designación de los oficiales de los concejos ubicados en sus señoríos ... en definitiva, se convertían en un “micro-aparato de estado”, a juicio del medievalista VALDEÓN BARUQUE. Dicha situación, añade el citado autor, provocará el debilitamiento de la jurisdicción regia, pues cuantos más

---

<sup>109</sup> PITARCH, J. L.: *El honor ...*, op. cit., p. 74.

<sup>110</sup> La coexistencia de diversos Fueros y la correcta aplicación de cada uno de ellos sobre sus respectivos ámbitos objetivos, puede analizarse desde la jerarquía normativa que nos ofrece PIDAL: “El Fuero Viejo de Castilla [otorgado por el rey D. Pedro de Castilla en el año 1356] es el código de la nobleza española de la edad media, y su objeto es consignar en sus leyes la constitución de aquella orgullosa y potente aristocracia, á quien en medio de sus revueltas y de sus exageradas y exorbitantes pretensiones, tanto ha debido la antigua libertad de Castilla [...]. En el Fuero Viejo está consignada la constitución de la nobleza; es decir, de los fijos-dalgo y ricos-homes que eran entonces partes integrantes de la monarquía, del mismo modo que en los respectivos fueros y cartas-pueblas está consignada la constitución de los *Concejos* ó comunes, la de las *Ordenes militares* en sus leyes especiales, la de los Prelados, Abades y Behetrías en los ordenamientos y disposiciones que especialmente les atañan”. *Vid.*, PIDAL, P. J.: “Adiciones al Fuero Viejo de Castilla”, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Tomo I*, Imprenta de la Publicidad, a cargo de M. Rivadeneira, Madrid, 1847, p. 244.

señoríos existiesen más se reducía la jurisdicción real al pasar muchas villas y lugares del reino a la jurisdicción señorial mediante la concesión de mercedes<sup>111</sup>.

La ocupación de un cargo público para representar a la comunidad, la ostentación de la condición de hidalgo, con sus derivaciones económicas e ideológicas (supone superioridad en la escala del honor basada en el orgullo de la sangre heredada), así como otra serie de cuestiones, fueron los factores de la desigualdad honorífica que dividió a la sociedad en dos grupos: aquellos que disfrutaban de un honor de precedencia<sup>112</sup> y quienes tienen un honor de permanencia (asentado simplemente en la posesión de virtudes morales y sociales, vitales para formar parte de la comunidad y seguir en su seno)<sup>113</sup>.

Así pues, queda planteada la división básica de la sociedad medieval, la que distribuye honores, riquezas, privilegios y recompensas en dos grupos, la nobleza y el campesinado, aunque es una distinción, como a continuación comprobaremos, bastante radical: todo para los primeros y nada para los segundos. Y para el supuesto de que lo dicho no fuera suficiente, se trataba de una dicotomía que fue creciente a finales de la Edad Media (siglos XIV y XV), protagonizada por señores y campesinos, si nuestra

---

<sup>111</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: “Señoríos y Nobleza en la Baja Edad Media. El ejemplo de la Corona de Castilla”, *Revista d’historia medieval*, 8 (1997), pp. 17 y 18. Para más información sobre la situación de los señoríos, la nobleza y sus jurisdicciones, SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.: *Nobleza y Monarquía. Puntos de vista sobre la Historia política castellana del siglo XV*, Estudios y Documentos, Departamento de Historia Medieval, 1975, pp. 21 a 34; también, VALDEÓN BARUQUE, J.: “Notas Sobre las mercedes de Enrique II de Castilla”, *Hispania. Revista Española de Historia*, 108 (1968), p. 52.

<sup>112</sup> Para el antropólogo británico PITT-RIVERS, la pretensión de la excelencia es de carácter relativo; es siempre, implícitamente, la pretensión de destacar sobre otros. Es decir, que el honor es la base de la precedencia. Así, PITT-RIVERS, J.: “Honor y categoría social”, PERISTIANY, J. G.: *El concepto de honor en la sociedad mediterránea*, Labor, Barcelona, 1968, p. 23.

<sup>113</sup> MAIZA OZCOIDI, C.: “La definición del concepto de honor. Su identidad como objeto de investigación histórica”, *Espacio, tiempo y forma (serie IV, Historia moderna)*, t. 8 (1995), p. 204. Para este autor, el honor de permanencia denota la adquisición del cupo mínimo de honor imprescindible para afianzarse en el seno de una colectividad social, y deriva de la participación en una estructura ideológica compartida y del acatamiento de una serie de valores imperantes (*op. cit.*, p. 194). Una vez señalado esto, no conviene confundir los conceptos, de forma que de los titulares de ese honor de permanencia no puede decirse que tengan, en el sentido amplio de la palabra, “honor” por el mero hecho de poseer esas virtudes; tendrán esas cualidades, pero no honor como privilegio, dignidad, prestigio, reputación, que es el concepto o, mejor dicho, la concepción del concepto que nos interesa. La solución que ofrece MARAVAL para estos casos consiste en concluir que “el honor lo es tan sólo propiamente el de la clase alta, por lo que toda otra pretendida manifestación del honor en otros grupos distintos de la nobleza, será ya un honor inducido, secundario, subalterno y por mucho que cada grupo quiera afirmar su honor, se tratará de una participación por comunicación derivada”. *Vid.*, MARAVAL, A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII, Siglo XXI de España*, Madrid, 1979, p. 43.

mirada se extiende al medio rural, o por caballeros y el común, para el caso de que nuestra atención se dirija a las ciudades<sup>114</sup>.

Por una parte, en la cúspide de la estratificación social encontramos a la nobleza, es decir, la aristocracia rural o aristocracia señorial, la cual, aunque albergaba en su seno una compleja red de mutuas interrelaciones, poseía elementos que caracterizaban a sus miembros, los señores, y que al mismo tiempo los distanciaban de los campesinos, tales como la posesión de la tierra, el monopolio del ejercicio de las armas y el ejercicio del *ban* (poder general de bando)<sup>115</sup>.

En cuanto a su estilo de vida, el género caballeresco<sup>116</sup> difunde el modo de conducta de los nobles, creando una ficción que llega a superponerse a la propia realidad y que presenta al noble como un redentor de una realidad dura y sórdida a la que vence, y entre cuyos ideales caballerescos sobresalen el honor, la dignidad, la fidelidad, la prudencia, el linaje, los hechos heroicos, etc; este género tiene como fin legitimar los privilegios nobiliarios y la razón de ser de dicho estamento, como modelo social<sup>117</sup>.

La nobleza tenía honor por nacimiento y aunque ciertamente podía adquirirse a través de servicios sobresalientes, el presupuesto para ello era siempre un nacimiento noble<sup>118</sup>. Si bien puede parecer que los orígenes de la nobleza son muchos, la realidad es otra. La nobleza no radica en la riqueza, aunque sea natural que los nobles sean ricos; tampoco en el poder, aun siendo normal que los nobles sean los que mandan; tampoco

---

<sup>114</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: “Crisis y recuperación (siglos XIV-XV)”, *Historia de Castilla y León*, Ámbito, Valladolid, 1985, p. 48.

<sup>115</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: “La plenitud de la Edad Media. Siglos XI al XV”, GARCÍA DE CORTÁZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, J. A. y VALDEÓN BARUQUE, J.: *Manual de Historia Universal. Principios de la Edad Media*, Ediciones Nájera, Madrid, 1987, p. 315.

<sup>116</sup> También llamado épica caballeresca, es una narración heroica en verso cuyo objetivo esencial se ha definido como la persecución del honor a través del riesgo; destacan en este género dentro de la literatura española medieval “El poema de Fernán González”, “Los Siete Infantes de Lara” y “El Cid”. Así, DEYERMOND, A. D.: *Historia de la literatura española. La Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 65.

<sup>117</sup> MORÁN MARTÍN, R.: “De la difusión cultural de la virtud caballeresca a la defensa del honor”, *Espacio, tiempo y forma (serie III, Historia medieval)*, t. 13 (2000), pp. 273 y 275.

<sup>118</sup> ARIAS GUILLÉN, F.: “Honor y guerra. La tensión entre la realidad bélica y el discurso ideológico en la crónica castellana de la primera mitad del siglo XIV”, *Hispania. Revista Española de Historia*, 232 (mayo-agosto, 2009, vol. LXIX), pp. 127 y 128. En cierto modo puede rastrearse en estas ideas la huella de los filósofos griegos cuando trataban sobre el “magnánimo” y reconocían que la adquisición de tal condición se veía sensiblemente favorecida por el hecho de gozar de un nacimiento noble, sin perjuicio de las virtudes humanas que se tuvieran.



la sabiduría, que puede adornarla sin confundirse con ella; y del mismo modo tampoco lo son el valor guerrero, la generosidad o el orgullo, aunque ciertamente constituyan buena parte del conjunto de cualidades de los nobles. No. El origen noble tiene su raíz en el misterio del nacimiento; el vínculo material, pseudónimo biológico de la nobleza, es la sangre<sup>119</sup>.

El honor era propiedad del estamento socialmente más alto, de los nobles e hidalgos; en el primer caso, en la nobleza castellana, el concepto de honor connota origen noble, fidelidad, virtud, coraje, fuerza y destreza guerrera, pero, en el segundo de los casos, los hidalgos también lo tenían por sus propiedades y por su participación en las guerras, de tal forma que ambos actuaban conforme a un mismo código de honor, como miembros de una misma empresa, en defensa de su honor y del de su familia<sup>120</sup>. No en vano, era un honor de carácter estamental.

Frente a la nobleza, aunque más gráficamente deberíamos decir “por debajo de la nobleza”, encontramos a los campesinos y a los excluidos del honor. Unos y otros, con sus diferencias en cuanto a ocupación social y situación económica, constituían el otro extremo de la desequilibrada balanza del honor en las sociedades medievales. Los campesinos, que según el código de las Partidas eran “*los que labran la tierra et facen en ella aquellas cosas por que los homes han de vivir et de mantenerse*”, junto a los artesanos, los comerciantes, los tratantes y los jornaleros, así como los judíos y los moros, estaban excluidos del honor desde la perspectiva social y teológica-moral<sup>121</sup>. Estos grupos sociales, relata FOURQUIN, integraban el grueso de las gentes de las villas. Se trata de carreteros, herreros, carpinteros, albañiles, toneleros y, ante todo, agricultores o labradores. Estos últimos, los labradores, son los campesinos por excelencia al haber tenido los medios para comprar y conservar unos aperos de cultivo. En el otro extremo del abanico campesino encontramos a los peones y braceros<sup>122</sup>. Ciertamente que entre estos colectivos deben realizarse algunas matizaciones, pues no

---

<sup>119</sup> POLY, J. P. y BOURNAZEL, E.: *El cambio feudal. Siglos X al II* (traducción de RUBIÓ LOIS, M.), Labor, Barcelona, 1983, pp. 91 y 92.

<sup>120</sup> TORO, A.: *De las similitudes y diferencias. Honor y drama de los siglos XVI y XVII en Italia y España* (traducido del alemán por REPÁRAZ ANDRÉS, A.), Verunet e Iberamericana, Frankfurt am Main – Madrid, 1998, pp. 81 y 82.

<sup>121</sup> ARIAS GUILLÉN, F.: “Honor y guerra. La tensión entre la realidad bélica y el discurso ideológico en la crónica castellana de la primera mitad del siglo XIV”, *op. cit.*, 129.

<sup>122</sup> FOURQUIN, G.: *Los levantamientos populares en la Edad Media*, EDAF, Madrid, 1976, p. 111.

todos estaban igualmente alejados del honor. Así, podría decirse que los labriegos más acomodados y los mercaderes sí ostentaban algo de honor por las pequeñas riquezas (ridículas en comparación con las fortunas nobles) que podían llegar a acumular. Particularmente en el caso de los mercaderes y banqueros, que formaron una categoría aparte dentro de las clases populares, las pautas básicas de su conducta vital para conquistar rango social y poder político en lucha con la nobleza feudal estaban bien definidas por una máxima cristalina: el amor por el dinero, que les permitía ese ascenso social tan ambicionado para, a continuación, poder lucirse ante el pueblo (e incluso la nobleza) con eminente dignidad<sup>123</sup>.

Finalmente, por debajo de los grupos populares mencionados, hay cierta clase de personas a las que se niega comúnmente la cortesía: los sinvergüenzas, gentes cuya reputación no honorable está establecida más allá de toda conducta deshonrosa: robos mezquinos, mendicidad, y promiscuidad, en el caso de las mujeres<sup>124</sup>. Nos referimos a los leprosos, heréticos, enfermos, vagabundos, locos, brujos, sodomitas ... Pero, sin duda, el grupo por excelencia extraño a los grandes ejes del encuadramiento social de la cristiandad era el de los judíos, que ajenos tanto a los lazos de vasallaje como a las agrupaciones de las comunas se orientaron hacia actividades marginales, algunas de las cuales, la práctica de la usura en primer lugar, les proporcionaron la ocasión de amasar fortunas, pero también de ser odiados por los cristianos<sup>125</sup>, desencadenando la caza de los judíos en atención a la mancha de su sangre, de su genealogía, como próximamente analizaremos.

### **3.1.2 El fenómeno perturbador de la “limpieza de sangre”**

La limpieza de sangre fue un lamentable episodio de la historia de España que se inició, aparentemente, por la pretensión de la unidad religiosa asumida desde la Baja Edad Media y las centurias posteriores para el territorio hispánico y que conllevaba la expulsión de los moros, judíos y herejes o su conversión al cristianismo. Todo aquel que

---

<sup>123</sup> De estas pasiones y otros rasgos de la mentalidad y la ética de los mercaderes y banqueros medievales, traza una detallada descripción LE GOFF, J.: *Mercaderes y banqueros de la Edad Media (traducida del francés por MASSANES, N.)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Rivadavia, 1969.

<sup>124</sup> PITT-RIVERS, J.: “Honor y categoría social”, *op. cit.*, p. 141.

<sup>125</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: “La plenitud ...”, *op. cit.*, p. 318.

permaneciera en los distintos reinos de la península sin cumplir esta norma se exponía a los peores castigos debido a la mancha que circulaba por su sangre y cuyo origen era remoto: la muerte que siglos atrás habían dado a Jesucristo. Así, si bien en centurias anteriores la convivencia entre cristianos y hebreos había sido pacífica, en el transcurso del siglo XIV y a partir de este momento, se irá gestándose un poderoso antisemitismo por parte de los cristianos. Aunque el ataque a los conversos obedecía a motivos religiosos también guardaba relación con cuestiones sociales. Algunas familias de cristianos nuevos (convertidos desde los credos prohibidos al cristianismo) habían logrado consolidar su poder, en términos económicos, intelectuales o políticos, en determinados núcleos de población generando una especie de envidia, discriminación, hostilidad y, en última instancia, persecución, emprendida quizá a causa de su alma hereje pero, sobre todo, dirigida desde la cabeza de los cristianos viejos o veterocristianos a acabar con el inaguantable predominio económico de los judíos que no eran sino impuros. Esa situación generaba una clara animadversión hacia el converso: por una parte, el campesinado lo veía como hermano o afín al judío; por otra, los burgueses sin problemas de limpieza de sangre lo consideraban un competidor molesto; y finalmente, los desheredados veían en él valores vitales y sociales antagónicos<sup>126</sup>.

La posesión de una mancha en la sangre o, lo que es peor, la mera sospecha de su eventual existencia, transformó los hábitos ciudadanos, moduló las relaciones interpersonales. Incluso la misma nobleza se vio alcanzada por esta sombra, hasta tal punto que fue, de hecho, la más afectada. Las uniones conyugales que siglos atrás hubieron contraído los ascendientes de los nobles y señores feudales bajomedievales, se convertían en estigmas para el normal desenvolvimiento de estos últimos en sociedad<sup>127</sup>. La simple sospecha ya condenaba a aquel sobre quien se cernía. Sin embargo, mientras la limpieza de sangre esparcía todo su veneno sobre el estamento nobiliario, los campesinos pudieron salir adelante indemnes frente a esta amenaza, por una vez. La ideología de la pureza de sangre descansaba en el caso de los campesinos en

---

<sup>126</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos y la limpieza de sangre en la España del siglo XVI”, *Boletín de la real Sociedad Económica Matrinense de Amigos del País*, 26 (1994), p. 156.

<sup>127</sup> “Grandes señores que habían mezclado su sangre añejamente cristiana con la de algunas hebreas de belleza trastornante”: CASTRO, A.: “Español”, *palabra extranjera: razones y motivos*, Taurus Ediciones, 1970, p. 51.; el mismo en *La realidad histórica de España*, Editorial Porrúa, México, 1971, p. 54.

dos circunstancias: a) no disponían de genealogía por lo que las pruebas sobre su origen eran imposibles; y b) no mantenían en absoluto, o sólo apenas, contacto con judíos y moros (sólo era así para los labradores porque los otros oficios sí reunían sospechas de contacto con impuros), y gracias a esa pureza de sangre se les otorgaron cargos honrosos, otrora sólo ocupados por nobles. De esta forma, en el marco de la unidad nacional y religiosa de finales del siglo XV y de cara al problema de la limpieza de sangre, los campesinos ganaron en consideración, llamándose “cristianos viejos”, limpios de sangre, título equivalente a honor<sup>128</sup>.

En la medida en que la certeza o la mera sospecha de sangre manchada anulaba las posibilidades de ascenso social, de disfrute de privilegios, de concesión de honores, comenzó entre la población una auténtica psicosis por aparentar cristiandad sincera y verdadera, al tiempo que se generalizaba una dinámica de pruebas exculpatorias y denuncias anónimas para lograr y negar, respectivamente, honores a una familia, dignidades o grandezas<sup>129</sup>. Por todo ello, la virtuosa sabiduría de la vida se convierte en mañas arteras, en astucia; ya no cuenta lo que es, sino lo que parece ser, surge en el terreno del honor la oposición honor/honra-opinión; una dualidad ética que contribuirá a la extensión y afianzamiento de la idea del honor como “cáscara vacía”<sup>130</sup>. Debido a la obsesión de la pureza de sangre, había que utilizar una estrategia que permitiera ganarse a la opinión pública a su favor: nombres españoles, vestidos, guisos, vocabulario... y así expulsar de los cargos por los que se competía a adversarios o rivales molestos<sup>131</sup>.

### 3.1.3 Un hito en la historia del honor: su propio código

Surge y se consolida en la Edad Media un conjunto de pautas de comportamiento impuesto por la comunidad, de obligada exigencia social, prohibido por las leyes y obviado por los tribunales hasta bien entrado el siglo XVII<sup>132</sup>, definidor

---

<sup>128</sup> TORO, A.: *De las similitudes ...*, op. cit., pp. 129 y 130.

<sup>129</sup> CARO BAROJA, J.: “Honor y vergüenza”, PERISTIANY, J. G.: *El concepto de honor en la sociedad mediterránea*, Labor, Barcelona, 1968, pp. 100 y 102.

<sup>130</sup> Que extraordinariamente bien refleja el gran experto LE GOFF en su visión de la sociedad medieval de Occidente, bajo la rúbrica “La falsedad y la mentira” o “una civilización de la apariencia”. *Vid.*, LE GOFF, J.: *La civilización del occidente medieval*, Editorial Juventud, Barcelona, 1969, p. 479.

<sup>131</sup> TORO, A.: *De las similitudes ...*, op. cit., pp. 133 a 135.

<sup>132</sup> En definitiva, un modo de vida caballeresco que hace que socialmente sea exigible lo que jurídicamente se prohíbe: MORÁN MARTÍN, R.: “De la difusión ...”, *op. cit.*, p. 290.

de la conducta propia del hombre honorable. Un código, sin embargo, que no será de aplicación universal a todas las personas, sino sólo a los titulares del honor; los demás, los excluidos de este bien, podían actuar como les placiera pues el código de honor ni siquiera les tenía en consideración. Sus destinatarios, por el contrario, eran los nobles, los poderosos señores feudales, titulares de honor y empeñados y ocupados de sol a sol en mantenerlo a toda costa.

La importancia de dicho código trasciende su denominación (código de honor) para convertirse en un auténtico “código de comportamiento en sociedad” orientado a la defensa y protección del honor individual, algo lógico si aceptamos que el honor ocupaba el vértice de la pirámide de los valores sociales temporales y condicionaba el orden jerárquico de esos valores, dividiendo la sociedad en dos grupos: quienes están dotados de honor y quienes están privados de él<sup>133</sup>.

En la conformación del código de honor intervinieron las distintas culturas que estaban presentes en la realidad diaria de la sociedad hispánica: la germánica, la islámica y el pensamiento cristiano (este último mediante la cristianización o asimilación de conceptos, pues en el caso de España la influencia de la filosofía cristiana fue notable). De esta forma, cada cultura jugó su papel en la configuración del concepto de honor en la sociedad medieval española. Por una parte, el cristianismo de la mano de Santo TOMÁS DE AQUINO modera su actitud ante ciertos fenómenos relacionados con el sistema del honor, como la fama. Por otra, los pueblos germanos retoman la cultura clásica en esta materia e incorporan novedades en relación con la venganza. Y finalmente, el Islam, influyente en España y el sur de Europa, aporta sus visiones sobre cuestiones particulares, como la castidad femenina<sup>134</sup>.

Los aspectos más destacados del código de honor medieval son los siguientes:

- a) Era un código duro, cruel e inflexible al propio tiempo. Los bandos, que se extendieron indefinidamente en el tiempo, responderían estando constreñidos a

---

<sup>133</sup> PITT-RIVERS, J.: “Honor ...”, *op. cit.*, p. 12.

<sup>134</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, p. 67.

seguir unas reglas de las que eran conscientes hasta cierto punto y que, en todo caso, eran poco menos que irrenunciables<sup>135</sup>.

- b) Estas normas de conducta viene impuestas por la comunidad, por el grupo; se trata, por tanto, de un código de honor mediatizado por la sociedad. Además, la comunidad no se conforma con fijar estas reglas, sino que valora su cumplimiento por el individuo, juzga la adecuación de la conducta al patrón social y, en atención a estos datos, impone una sanción (el rechazo, la desaprobación, el orillamiento, el descenso social y la pérdida de honores). No caben disculpas ni excusas en caso de que la valoración de la conducta sea negativa, pues el juez “sociedad” es inflexible, de modo que el hombre se convierte en un ser indefenso y vulnerable frente a la todopoderosa opinión pública, cuyos juicios y soluciones son inapelables. Por ello, se inicia un proceso de adquisición de honor que cada vez más se aleja de la voluntad del hombre para recaer exclusivamente en la opinión de la comunidad, variable y voluble; así pues, la condición de honorable se vuelve frágil y precaria<sup>136</sup>.

El individuo que quiere honor necesita a la sociedad, pues ella lo concede. El honor es la estimación de su propio valor o dignidad, su pretensión al orgullo, pero es también el reconocimiento de esa pretensión, la propia excelencia reconocida por la sociedad, su derecho al orgullo, el derecho a la categoría que se establece por el reconocimiento de cierta identidad social<sup>137</sup>. Por tanto, el honor nada valdría si la sociedad no lo reconociera y valorara, si no lo *honrase* y elevase a los altares. Pero, a cambio, el individuo que pretende de la sociedad el reconocimiento de sus méritos y la concesión de un estatus privilegiado, debe someterse a las reglas de la sociedad. En fin, se crea entre estas tres realidades una maquinaria de relaciones perfectamente engrasada: el individuo que quiere honor procura el beneplácito de la sociedad, que al concedérselo le permite exhibir el honor alcanzado y disfrutar, en sociedad, de los privilegios derivados del mismo.

---

<sup>135</sup> LALIENA CORBERA, C. y IRANZO MUÑÍO, M. T.: “Poder, honor y linaje en las estrategias de la nobleza urbana aragonesa (siglos XIV-XV)”, *Revista d’historia medieval*, 9 (1998), p. 74.

<sup>136</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., p. 55

<sup>137</sup> PITT-RIVERS, J.: “Honor ...”, op. cit., p. 22.

c) Si, como acabamos de observar, a gran escala el hombre no era más que una parte de la sociedad, en una dimensión más pequeña, como la familia o el linaje, se proyectaba también su condición de miembro o representante. Así, por el aspecto corporativo que reviste el honor (honor estamental), la deshonra de un miembro del linaje recaerá sobre la totalidad de éste porque los linajes se articulan verticalmente, de modo tal que la afrenta a los dirigentes del grupo compromete al resto de sus componentes<sup>138</sup>.

Este aspecto es explicado de forma sobresaliente por los antropólogos e historiadores. Así, por una parte, PITT-RIVERS afirma que en las familias, el cabeza de familia es el responsable del honor; en las naciones, el honor de sus miembros está ligado por su fidelidad al soberano; tanto en la familia como en la monarquía, una sola persona simboliza al grupo, cuyo honor inviste<sup>139</sup>. Por otro lado, para CARO BAROJA las glorias de un individuo de linaje alcanzan a la totalidad de éste, de la misma manera que lo hacen las vergüenzas, por eso cada linaje pretende valer, en su conjunto, más que otros y por eso los vencidos en la competición valen menos<sup>140</sup>.

d) Las ceremonias mediante las cuales el honor es formalmente conferido implican un ritual que suele centrarse sobre la cabeza del protagonista, sea la coronación de un rey<sup>141</sup> o el toque de la cabeza con un libro, para conceder grados académicos<sup>142</sup>.

e) Pérdida y recuperación del honor. Debido a la identificación nobleza-honor, cuando existe un ultraje al honor éste es enarbolado como ofensa a la

---

<sup>138</sup> LALIENA CORBERA, C. y IRANZO MUÑO, M. T.: "Poder ..., *op. cit.*, p. 75. Al respecto de esta concepción familiar, vertical o de linaje, HINOJOSA NAVEROS recuerda que la familia española de la primera época de la Edad Media muestra su procedencia de la "sippe" germánica en el sentimiento de recíproca cohesión que la anima. Así, HINOJOSA Y NAVEROS, E.: *El elemento germánico en el derecho español*, Marcial Pons, Closas-Orcyoyen, 2003, p. 18.

<sup>139</sup> PITT-RIVERS, J.: "Honor ..., *op. cit.*, p. 36. Nos recuerda este autor que según una antigua ley francesa, un miembro de una familia o linaje puede recoger el guante (*op. cit.*, p. 28).

<sup>140</sup> CARO BAROJA, J.: "Honor ..., *op. cit.*, p. 85.

<sup>141</sup> De lo que nos deja recuerdo magistralmente SÁNCHEZ ALBORNOS al analizar los ceremoniales de coronación de los reyes en la Edad Media. *Vid.*, SÁNCHEZ ALBORNOS, C.: *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, México, 1985, pp. 739 a 765.

<sup>142</sup> PITT-RIVERS, J.: "Honor ..., *op. cit.*, p. 25.

consideración de la nobleza del ofendido y a la existencia de una obligación *social*, denominada posteriormente en el Siglo de Oro “la venganza del honor” o la “ley del honor”<sup>143</sup>, y conforme a la cual el ofendido tiene la obligación de responder para restaurar su honor y restablecer la situación anterior a la injuria. No cabe duda, pues, de que la ofensa al honor requiere una satisfacción. La venganza junto con la honra y el valer más son conceptos estrechamente unidos en la conciencia medieval<sup>144</sup> y que alcanzarán su máxima expresión, por amplitud e intensidad, en siglos posteriores, cuando la venganza conduzca indefectiblemente a la muerte de alguno de los implicados y cuando se sea capaz de poner en riesgo la vida por limpiar una ofensa al honor. En este sentido, la pérdida-venganza-recuperación del honor será el aspecto del código de honor que más evolucione hacia un estadio final drástico y contundente, que el teatro sabrá reflejar con su dramatismo inherente.

La explicación de esta conducta vengativa es sencilla: hay que retrotraerse a la pérdida de paz (*inimicitia*) y a la venganza de la sangre o ejecución privada de la justicia de nuestra Alta Edad Media, a la tradición germánica, por tanto. Cometido determinado delito (especialmente de sangre o contra el honor), la parte ofendida tiene derecho a declarar la enemistad, consecuencia de lo cual surge la posibilidad de ejercer la venganza sobre el ofensor que desde ese momento es *inimicus*<sup>145</sup>.

Saltan a la vista en tal motivación vengativa dos componentes del ideal caballeresco: el deseo de hacer alarde de su heroísmo en la demostración de las armas y otra cuestión que todavía no hemos examinado, cual es la desconfianza frente a toda clase de justicia en que intervenga la justicia procesal<sup>146</sup>; sin embargo, en la medida en que ni la legislación española, ni la normativa canónica,

---

<sup>143</sup> MORÁN MARTÍN, R.: “De la difusión ..., *op. cit.*, p. 278.

<sup>144</sup> CARO BAROJA, J.: “Honor ..., *op. cit.*, 87.

<sup>145</sup> Efectivamente, en este aspecto, la influencia de la cultura germánica es más que notable. Dice HINOJOSA Y NAVEROS, E.: *El elemento ...*, *op. cit.*, pp. 31 a 33, que un siglo después de la invasión árabe, el derecho español presentaba en todo su esplendor las dos formas de ruptura de la paz propias del derecho germánico: una general que atraía sobre el criminal la enemistad de la comunidad y otra limitada de la que surgía un estado de enemistad (*inimicitia*) entre el autor de ciertos delitos y la parte ofendida. Precisamente, los delitos susceptibles de producir *inimicitia* limitada eran muy numerosos, extendiéndose a todos los delitos de sangre y delitos de honor.

<sup>146</sup> CHAUCHADIS, C.: “Libro y leyes del duelo en el Siglo de Oro”, *Criticón*, 39 (1987), p. 80.



ni la filosofía cristiana admitían la venganza como sistema de reparación de la ofensa al honor sufrida, quedaba planteado, entonces, un conflicto entre el orden público y el modelo privado de restitución del honor por venganza, que deparará duelos secretos prohibidos y severas sanciones públicas.

- f) Honor y mujer. La pureza femenina era una regla de observancia ineludible por cuanto aseguraba la pertenencia de una persona a un linaje concreto (“principio de certidumbre de la sangre”), garantizando que la sangre fuera noble y, más importante aún, pura; desde esta perspectiva, la infamia de una mujer trascendía a todo el colectivo, que quedaba infamado en virtud del “principio de responsabilidad colegiada”; por ello, convenía difamar a las mujeres para que todo su linaje cayera y se redujera, pues de esta forma se limitaba también el número de linajes participantes en el reparto o asignación del bien escaso que era la honra, lo cual era de suma importancia pues al ser el rango social un bien exiguo, los aspirantes al mismo entraban en competencia y debían procurar a través de la infamia o la afrenta deshacerse de los competidores<sup>147</sup>.

### **3.1.4 En el campo de batalla germinaba el honor. La guerra y el honor**

La participación en la guerra o en el combate era una fuente de obtención de honor. Vemos como, en ocasiones, el paso de los años no altera un ápice estructuras fuertemente arraigadas en el acervo colectivo pues del mismo modo que participar en la guerra reportaba honores y distinciones, ya los héroes y guerreros de la Antigua Grecia luchaban por la fama, la reputación y la gloria. La sociedad reconocía el valor y el sacrificio de sus guerreros con la concesión de honores y dignidades que reforzasen la posición de privilegio del individuo en la jerarquía social. Ello podría hacernos pensar que estamos ante una nueva puerta para acceder a las clases honorables, de manera que no sólo los nobles de nacimiento podían lograr honor en el Medievo. Sin embargo, las piezas de la sociedad medieval estaban perfectamente encajadas y no dejaban espacio para los intrusos, los que valían menos; así, aunque tomar parte en la guerra era motivo

---

<sup>147</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Honra y utilidad social. En torno a los conceptos de honor y honra”, GARCÍA LORENZO (dir.): *Calderón. Actas del Congreso Internacional sobre Calderón y el teatro español del Siglo de Oro (tomo II)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1983, pp. 887 y 892.

de reconocimiento y aplauso popular, sólo los nobles podían afrontar la costosa actividad militar, de manera que el círculo de condiciones quedaba planteado en los siguientes términos: únicamente la aristocracia tenía honor por razón de su nacimiento noble y únicamente la aristocracia podía asumir los riesgos económicos de alistarse en las campañas bélicas, de tal forma que en la guerra *sólo entraban* los nobles y el honor *no salía* de la clase nobiliaria. Era un sistema perfecto, sin fisuras, sin errores.

Se afirma frecuentemente que la concesión de honor y honra en la sociedad medieval respondía al principio de utilidad social, esto es, quienes fuesen útiles a la comunidad por la actividad que desempeñasen serían dignos merecedores de honor en el sentido de reconocimiento y prestigio. Desde este punto de vista, la actividad “profesional” más útil en la Edad Media era la labor militar, por lo que el paso siguiente será afirmar que, en atención a su utilidad social, los nobles que desempeñaban la función militar eran los titulares de la honra y el honor y como la honra determinaba el rango social, los nobles, los más honrados, ocupaban el más alto rango social<sup>148</sup>.

La guerra se consideraba una actividad exclusiva de la elite aristocrática a la que se le asociaba un código de conducta moral que le llevaba a actuar siempre honorablemente, pues su comportamiento debía responder a unas convenciones supuestamente establecidas<sup>149</sup>. La guerra necesitaba valor (fortaleza, coraje... honor), que se concebía como un comportamiento fundamentalmente aristocrático, nobiliario, unido a la raza, a la sangre, al linaje, como una acción individual cuyo resorte residía, a juicio del historiador CONTAMINE, en la ambición y en los deseos de bienes temporales, el desvelo por el honor, la gloria, por el renombre póstumo<sup>150</sup>.

Sin embargo, puede que hasta ahora hayamos transmitido la imagen de un campo de batalla plagado de nobles honorables, aristócratas enfundados en pesadas armaduras dispuestos a arriesgar sus cómodas vidas rodeadas de privilegios y abundancia por estar en el calor de la batalla dura, fatigosa y peligrosa, con la esperanza puesta en la victoria y el honor que ésta llevaba parejo. Pero nada más lejos de la realidad; en la guerra participaban los dos grupos sociales; es más, el grueso de las

---

<sup>148</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Honra ..., *op. cit.*”, pp. 882.

<sup>149</sup> ARIAS GUILLÉN, F.: “Honor ..., *op. cit.*”, pp. 311.

<sup>150</sup> CONTAMINE, P.: *La guerra en la Edad Media*, Nueva Clío, Editorial Labor, Barcelona, 1984, p. 318.

tropas se nutría de los campesinos. ¿Por qué, entonces, los libros, la literatura, la crónica, mencionan tanto a los nobles y tan poco a los villanos (pobladores de la villa)? Las crónicas de las batallas de la Edad Media centraban la atención del relato en las acciones de los personajes de alta extracción social, que aparecían como los indudables protagonistas de los conflictos. Por tanto, el honor era exclusivo patrimonio de ellos porque la desarrollaban honrosamente. Por el contrario, los efectos más negativos de la guerra o las actitudes más reprobables se achacaban a los grupos inferiores, lo que revelaba lo poco adecuado que resultaba su presencia en tan honorable actividad, proyectando una imagen de avaricia y cobardía, además de menospreciar sus habilidades guerreras e imputarles todo crimen o acto cruel derivado de la actividad bélica<sup>151</sup>.

Hasta tal punto subyacían a la guerra planteamientos de honor que este valor o sentimiento se podía convertir en causa de una guerra, motivo bastante para el inicio de un conflicto bélico. La declaración de guerra suponía una mancha en el honor de la comunidad y, concretamente, en la de su cabeza, el rey, por lo que para restaurar dicho honor era necesario responder a la llamada de la batalla y acudir al combate. Desde esta perspectiva, la guerra afectaba a todos, *como una unidad de destino*. En un contexto como el que describimos, el rey debía guerrear antes que perder su honra, pero al mismo tiempo debía ser pragmático y prudente, debía tener la virtud intelectual de discernir. La forma de conjugar valor y prudencia, sin soberbia ni temeridad, fue la de situar al rey a la zaga de las tropas, participando en la batalla pero sin asumir riesgos<sup>152</sup>. Había que actuar con fortaleza, pero ¿qué es la fortaleza? Para Santo TOMÁS “la fortaleza es una virtud que modera el temor y la audacia en beneficio de la cosa pública”<sup>153</sup>, es decir, un término medio entre la audacia y la timidez.

### 3.2 EL HONOR EN LA LEGISLACIÓN MEDIEVAL

A continuación nos trasladamos al plano jurídico para seguir completando la noción de honor que tomaba forma paulatinamente en la Edad Media. Y recurrimos, efectivamente, al Derecho porque, como sostiene MARAVAL al referirse a la

<sup>151</sup> ARIAS GUILLÉN, F.: “Honor ..., *op. cit.*, pp. 311, 317 y 319.

<sup>152</sup> ARIAS GUILLÉN, F.: “Honor ..., *op. cit.*, pp. 315 a 320.

<sup>153</sup> CONTAMINE, P.: *La guerra ...*, *op. cit.*, p. 317.

configuración del concepto de España en la Edad Media pero con reflexiones perfectamente extrapolables a nuestro objeto de estudio, “es ilícito olvidar, tratando de establecer el sentido histórico de un pueblo, aspectos tan decisivos en la vida social como son el arte y el derecho”, no pudiendo dejar de lado lo que sucede en el orden de la vida jurídica, tanto más cuanto que ésta nos va a proporcionar un nuevo elemento interpretativo de sumo interés<sup>154</sup>.

Que la concepción jurídica del honor y el ordenamiento jurídico en su conjunto en la Edad Media arrastran una doble influencia, se erige en una verdad ampliamente compartida. Así, HINOJOSA Y NAVEROS sostiene que el Derecho visigodo era una legislación fuertemente romanizada, influida por el Cristianismo y el derecho de la Iglesia y por el principio de robustecimiento del poder real<sup>155</sup>. También sobre las múltiples influencias recibidas por el derecho medieval español, MARAVAL asegura que existe una base hispánica sobre la que descansa el elemento visigodo, el cual resulta determinado por aquélla, fuertemente y aun decisivamente; base hispánica a la que son esenciales las aportaciones romanas y bizantinas<sup>156</sup>. El penalista alemán MEZGER, refiriéndose ya sí a la configuración del honor en la legislación medieval, mantiene la misma opinión expresada en estos términos: la concepción jurídica del honor en la Edad Media alberga una doble influencia: a) para los germanos, la injuria era de antiguo una humillación de la persona al quedar agraviado el sentimiento de su dignidad<sup>157</sup>; b) por su parte, el Derecho Romano evoluciona desde un estadio inicial, representado por la Ley de las XII Tablas, en el que se presta atención a la lesión corporal concreta, hasta el derecho romano posterior en el que el foco recae sobre una lesión premeditada de la persona<sup>158</sup>. Por su parte, ANTOLISEI recuerda esa doble influencia romana y germánica en la configuración de los delitos contra el honor, partiendo del concepto estrictamente físico de la Ley de las XII Tablas hasta llegar al derecho germánico que

---

<sup>154</sup> MARAVAL, J. A.: *El concepto de España en la Edad Media*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 175. Este comentario parece una velada crítica, a nuestro juicio, a la línea de investigación de AMÉRICO CASTRO, ocupado (obsesionado) en definir lo característico de lo “hispano”, de lo “español” y de la nación española desde una perspectiva exclusivamente sociológica y sin otro punto de referencia que el (supuesto) conocimiento de la mentalidad del hombre español. Crítica, por cierto, que compartimos.

<sup>155</sup> HINOJOSA Y NAVEROS, E.: *El elemento ...*, op. cit., p. 35.

<sup>156</sup> MARAVAL, J. A.: *El concepto ...*, op. cit., p. 176.

<sup>157</sup> No en vano el vocablo “*Beleidigung*” implica una idea de sufrimiento en el sujeto (*leiden* significa sufrir, padecer), lo que conduce a que primen consideraciones subjetivas.

<sup>158</sup> MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte Especial (traducido del alemán por CONRADO A. FINZI)*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 141.

consideraba el honor (*onore*) como un bien jurídico, desde la perspectiva de su doble aspecto como sentimiento de la propia dignidad y de la reputación de terceros<sup>159</sup>. En cierta manera puede observarse cómo ambos autores coinciden al conectar el concepto romano de *iniuria* con la lesión corporal (aunque MEZGER también incluía, en un fase ulterior de desarrollo del derecho romano, la posibilidad de una lesión no estrictamente física de la persona, al no descartar de modo explícito esta opción) y el término germano de injuria con el ataque a la dignidad de la persona, que padece una humillación.

Nos apoyaremos a continuación los principales textos jurídicos que estuvieron en vigor a lo largo de la Edad Media siguiendo un orden cronológico y centrando nuestra atención en el tratamiento de los delitos contra el honor.

### 3.2.1 *Liber Iudicium*

En materia de injuria y ataques al honor o a la honra las novedades del *Liber Iudicium* son escasas, siendo la más destacada, posiblemente, la especificación de las diversas clases de personas que pueden cometer injuria y que pueden recibirla; pero al margen de esta particularidad, el régimen del *Liber* en materia de injurias es ciertamente casuístico, rudimentario y generalista<sup>160</sup>. Precisamente el Título Preliminar (“*Primus Titulus*”) contiene algunas reglas previstas explícitamente para la protección de la prole del rey frente a hechos que supongan ofensa o menosprecio<sup>161</sup>, prohibiendo determinadas conductas deshonorables y afrentosas para la familia del rey<sup>162</sup>. Puede afirmarse, sobre esta base, que el *Liber Iudiciorum* concebía el honor como dignidades, glorias o cargos, y cuya ostentación otorgaba un halo casi divino o religioso, como era el caso del rey y de las personas de la familia real<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> “*L'onore ebbe netto rilievo nel diritto germanico, il quale lo considerò come bene giuridico a sè sotto il duplice aspetto del sentimento de la propria dignità e della reputazione de parte dei terzi*”: ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, 8ª ed., Mialno, 1981, pp. 174 y 175.

<sup>160</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, 1969, p. 21.

<sup>161</sup> Nos referimos a la ley XV (“*Item de munitione regiae prolis*”) y la ley XVI (“*Item de munitione conjugis atque prolis regiae*”), insertas en el *Primus Titulus: LIBER IUDICIUM: Primus Titulus: leyes XV y XVI*.

<sup>162</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 22.

<sup>163</sup> SERRA RUIZ apunta cómo las referencias al honor en el *Liber* son siempre con el matiz de dignidad, gloria o cargo, como sucede en el *Primus Titulus*, ley IV (“*honori vel gloriae*”), ley XI (“*honoris vel ordinis persona*”) y ley XVI (“*ab omni palatini ordinis honore*”; “*honoris aut ordinis homines*”). Vid., SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 28 y 29.

También se pueden encontrar en el *Liber Iudicium* algunas normas relativas a los ataques u ofensas contra particulares; así, el Título IV del Libro II lleva por rúbrica “De la contumelia, las agresiones corporales y las mutilaciones”<sup>164</sup>. Para SERRA RUIZ la utilización de la palabra contumelia responde a una simple transcripción gramatical, cuyo significado sería el de ignominia preferentemente verbal, sin ningún rastro del sentido latino del término<sup>165</sup>. Posteriormente, nos topamos con el casuismo en forma de miembro corporal lesionado (“*ictu in capite percusserit, pro livore det solidos V*”; “*pro cute rupta solidos X*”; “*pro plaga usque ad ossum, solidos XX*”; “*pro osso fracto solidos C*”)<sup>166</sup> y de conducta perpetrada (“*devalcare*” -devalcación-, “*maculis in facie vel caetero corpore*” -mancha en la cara o en el cuerpo-, “*aut trahendo malitiose foedare vel maculare*” -arrastrar maliciosamente para desfigurar o causar detrimento físico-)<sup>167</sup>. La afrenta en el *Liber* recibe el nombre de *contumelia* y consiste sin más en una lesión corporal maliciosa, sujeta a gran casuismo de penas (desde la lesión del algún miembro a otras modalidades, pero en todo caso, lesión corporal, como la devalcación o los azotes públicos)<sup>168</sup>.

La siguiente reflexión es obligada: prevalece en el *Liber Iudicium* un concepto estrictamente físico del ataque al honor, como lesión a la integridad física, salvo en lo que se refiere a la prohibición de afrentas a los muertos, cuya justificación parece residir en el deseo de proteger un interés moral o espiritual: el respeto al más allá<sup>169</sup>.

### 3.2.2 El Fuero Juzgo

Tras el *Liber* dirigimos nuestra mirada al Fuero Juzgo, que fue resultado de las redacciones *vulgatae* de la *Lex Visigothorum*. Dicha obra contempla no sólo la afrenta corporal sino un título dedicado a denuestos y palabras insidiosas, aportando una clara distinción entre honor-honra y afrenta o lesión<sup>170</sup> en el sentido más físico de la palabra,

---

<sup>164</sup> “*De contumelio, vulenre et debilitatione hominum*”: *LIBER IUDICIUM: Liber II, Titulus IV*.

<sup>165</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 23.

<sup>166</sup> *LIBER IUDICIUM: Liber II, Titulus IV*, ley I.

<sup>167</sup> *LIBER IUDICIUM: Liber II, Titulus IV*, ley II. En este punto hemos seguido las traducciones de SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 25 y 26.

<sup>168</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 48.

<sup>169</sup> “*Simili quoque praecepto, defuncto etiam príncipe, ausum opportune interdicimus detrahendi*”: *LIBER IUDICIUM: Liber I, Titulus I*, ley VII.

<sup>170</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 31.

que predominaba en el *Liber Iudicium*. Ciertamente, la regulación casuística de ofensas verbales, “denuestos”, constituye la novedad más destacada del Fuero Juzgo frente a su precedente, el *Liber*. Así, se dedica en exclusividad el Título III del Libro XII del Fuero Juzgo al tratamiento de los denuestos y las palabras insidiosas<sup>171</sup>, conteniendo penas de azotes ante el Juez para el caso de llamar a otro (“*si algún omme dice á otro...*”, “*quien lama á otro...*”) podrido (“*podrido*”), tiñoso (“*tinnoso*”), gotoso (“*gotoso*”), bizco (“*vizco*”), deficiente visual (“*toposo*”), circuncidado (“*circunciso*”), sarraceno (“*sarracin*”), o lo señala feamente o ridículamente (“*deslapreado*”, “*sennalado*”)<sup>172</sup>.

Una cuestión interesante que merece nuestra atención es la previsión de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*, de modo que quien ofende sufrirá definitivamente el castigo cuando el denuesto que dirigió a la víctima sea infundado, sea falso. Tal instituto de la prueba de la verdad viene referido por expresiones tales como “y no lo es” (“*é aquel á quien lo dice non lo es*”<sup>173</sup>) o “y no lo fuere” (“*á quien lo dice no lo fuere*”, “*á quien lo dice non lo fore*”, “*é non lo fuere*”<sup>174</sup>). Incluso se acoge la prueba de la verdad de manera explícita en el Libro XII, Título III, ley VI, cuando se señala que “*quien llame a otro sarraceno y éste no lo fuere, y el que lo dice no lo probare, recibirá ciento cincuenta azotes ante el juez*”<sup>175</sup>; en otras palabras, recae sobre el ofensor la obligación de probar su acusación (en este caso, calificando a un tercero de moro o sarraceno) para eludir el castigo de azotes.

Por lo demás, mantiene el Fuero Juzgo la específica protección sobre la figura del Príncipe (“*De la guarda de la vida de los príncipes*”<sup>176</sup>, “*De guardar la salut del rey et de sos fillos*”<sup>177</sup>, “*Que ninun omne non debe blasphemar el príncipe, nil maldecir*”<sup>178</sup>), su mujer (“*Del guarnecimiento de las muller del rey, et de sos fillos*”<sup>179</sup>) y sus hijos (“*Como debemos amar los fillos del rey*”<sup>180</sup>, “*Del guarnecimiento de los fillos del*

---

<sup>171</sup> “*De los denuestos y de las palabras idiosas*”: FUERO JUZGO: Libro XII, Título III.

<sup>172</sup> FUERO JUZGO: Libro XII, Título III, leyes I-VI.

<sup>173</sup> FUERO JUZGO: Libro XII, Título III, leyes II, V y VI.

<sup>174</sup> FUERO JUZGO: Libro XII, Título III, leyes I, III y IV.

<sup>175</sup> “*Quien lama á otro sarracin, é non lo es, el que lo dice é no lo probare, reciba C. é L. azotes antel juez*”: FUERO JUZGO: Libro XII, Título III, ley VI.

<sup>176</sup> FUERO JUZGO: “El Primero Título”, ley XIII.

<sup>177</sup> FUERO JUZGO: “El Primero Título”, ley XV.

<sup>178</sup> FUERO JUZGO: Libro II, Título I, ley VII.

<sup>179</sup> FUERO JUZGO: Libro II, Título I, ley XVIII.

<sup>180</sup> FUERO JUZGO: Libro II, Título I, ley XVI.

rey”<sup>181</sup>). Igualmente, permanece la previsión de afrentas de carácter estrictamente física, como tirar a una persona por el pie o por los cabellos<sup>182</sup> o señalarle el rostro o el cuerpo con una correa o con un palo<sup>183</sup>. Estas últimas reminiscencias evidencian cómo el Fuero Juzgo constituye una versión avanzada de el *Liber Iudicium* en tanto conserva las previsiones más típicas que conectan la afrenta al menoscabo o agresión física (“lesiones afrentosas o afrentas lesivas”, en palabras de SERRA RUIZ<sup>184</sup>), pero, al propio tiempo, introduce algunas modalidades de afrenta más novedosas como las orales, dirigidas contra el sentimiento individual de honor u honra...<sup>185</sup>

### 3.2.3 Fueros Municipales

Luego de la caída de los Visigodos abundan los Fueros concedidos por reyes y señores con el objeto de facilitar la repoblación; suelen otorgar numerosos privilegios a favor de los moradores de la villa o del señor de la misma, monasterios e iglesias y, en lo que concierne a la injuria, regulan esta materia bajo la influencia del derecho germánico, con atención exclusiva a la injuria de hecho<sup>186</sup>. En este punto, SERRA RUIZ<sup>187</sup> ha desarrollado una encomiable labor de búsqueda y reunión de normas contenidas en los Fueros y Cartas Pueblas, relativas a acciones injuriosas, en el más amplio sentido de la palabra, o afrentosas. Así, uno de los primeros y más ilustrativos ejemplos de injuria contemplados en estos documentos jurídicos viene representado por la “Carta de población de Cardona otorgada por Borrel, conde de Barcelona, en 23 de abril del año 969”, que prohíbe la injuria de modo terminante y tipifica, a continuación, algunas formas específicas, como “las bofetadas o golpes con la mano abierta (“*alapis*”), llagas o heridas (“*plagis*”) y lesiones hechas por modo ofensivo (“*vulneris*”) y mandando, a continuación, custodiar y defender de injurias a los moradores de la villa,

---

<sup>181</sup> *FUERO JUZGO*: Libro II, Título I, ley XVII. Sobre estas cuestiones, también, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1161.

<sup>182</sup> “*Si algún omen tira por el pie á otro omne libre sin derecho, é por los cabellos...*”: *FUERO JUZGO*: Libro XII, Título III, ley VIII.

<sup>183</sup> “*Onda establecemos que cada un omne libre que tirar á otro por cabellos, ó señalar en el rostro ó en el cuerpo con correa ó con palo, firiéndolo o traéndolo villanamiento por fuerza, ó ensuciándolo enlodo...*”: *FUERO JUZGO*: Libro VI, Título IV, ley III.

<sup>184</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 31.

<sup>185</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1161.

<sup>186</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 34.

<sup>187</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 33 y ss.



prohibiendo, además, la superchería o astucia perjudicial en los juicios (“*calumnia*”)<sup>188</sup>.

También tiene interés para este estudio de la regulación de la injuria en la legislación medieval el Fuero de Sahagún que en línea con las grandes obras legislativas anteriores (*Liber Iudicium* y Fuero Juzgo) otorga un honor especial a determinadas personalidades<sup>189</sup>, siendo especialmente ignominioso cometer un delito en su presencia<sup>190</sup>.

Las formas más tradicionales de injurias como la de descabalgat a un caballero o poner las manos en las bridas airadamente, adquieren un papel destacado en los conocidos como “Fueros breves”, que se desarrollaron a lo largo de los siglos XI y XII, paralelamente al auge experimentado por la figura del “caballero militar”<sup>191</sup>. Nos referimos, por ejemplo, al “Fuero dado en el año 1118 á los Mozárabes, Castellanos y Francos de la ciudad de Toledo por el rey D. Alfonso VII”<sup>192</sup>, el “Fuero de Daroca otorgado por D. Ramón Berenguer, conde de Barcelona, en el mes de noviembre del año 1142”<sup>193</sup> o el “Fuero de Calatayud otorgado por D. Alonso I el Batallador en el año 1151”<sup>194</sup>.

Mención especial merece el Fuero de Cuenca otorgado por Alfonso VIII, en 1190. Contiene disposiciones atinentes a la ofensa al honor sexual o el honor de las mujeres. Persisten las clásicas penalizaciones por cortar el cabello o mesar la barba<sup>195</sup>. Y, finalmente, podemos apuntar que el Fuero de Cuenca incorpora la novedad de admitir la injuria verbal, aunque con términos imprecisos: *nephas*, *ignominia*, *vituperio*

---

<sup>188</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 36. El texto literal de la Carta de Cardona dice así: “*Similiter et de aliis modis in alapis, in plagis, vel vulneribus vel aliis iniuriis, vel de omnibus rebús in species tantum precepimus custodiri vel defenderé, et postea in nullum iudicium nullam calumniam pertimescat*”: MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Lex Nova, Valladolid, 1987, p. 53.

<sup>189</sup> “...*Rex, vel Imperatur, aut Regina, Pontifex infolatus clericus vel monachus, ordinatus, consul, aut Princep...*”: MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección ...*, op. cit., p. 305.

<sup>190</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 37.

<sup>191</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 43 y ss.

<sup>192</sup> MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Lex Nova, Valladolid, 1987, pp. 363 y ss.

<sup>193</sup> MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección ...*, op.cit., pp. 534 y ss.

<sup>194</sup> MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección...*, op.cit., pp. 457 y ss.

<sup>195</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 71 y 72.

y denuesto, como ofensa espiritual al honor; destaca igualmente por obligar al denostador, como reflejo de la retorsión y retractación, a que jurase con dos vecinos que nunca supo de la deshonra causada<sup>196</sup>.

### 3.2.4 El Fuero Real y las Leyes de Estilo

La agrupación bajo una misma rúbrica del Fuero Real y las Leyes de Estilo responde al empleo por parte de ellos de una técnica similar de regulación de las injurias y que, por el contrario, constituye un punto de inflexión en la tradición jurídica hispana medieval representada por los restantes Fueros castellanos cuyo ámbito territorial de aplicación era más reducido o local. Frente al casuismo exorbitado de aquéllos, estos dos ordenamientos se caracterizan por su contención y por su compartido recurso a fórmulas más genéricas que permitían eludir la enumeración farragosa de casos de injurias.

Las similitudes de las dos normas en la regulación de la injuria son visibles tanto en la modalidad de la injuria fáctica o afrenta corporal, como en la de la injuria verbal. El Fuero Real (año 1255) disciplina la temática de las injurias en el Libro IV, Título III. El apartado relativo a “*De los denuestos, y deshonras*” contiene dos leyes que representan dos modalidades diversas de injurias de las que ya existen antecedentes en la legislación medieval hispánica. La primera dispone que “*todo home que metiere à otro la cabeza so el lodo...*”<sup>197</sup>; se trata, consiguientemente, de la injuria de hechos o fáctica que tradicionalmente se reglamentaba de modo exhaustivo, especificando múltiples conductas que provocaban un mismo o parecido efecto deshonroso o afrentoso. Todavía dentro de la categoría de las afrentas corporales encontramos otra disposición recogida en el Libro IV, Título V, regulador de las penas, en la que se castiga a “*todo home que firiere à otro en la cabeza, ò en la cara, de que no saliere sangre, [...] è si le firiere tal ferida en el cuerpo, [...] è si fuere cuchillada, ò otra ferida que rompa el cuerpo [...]*”<sup>198</sup>. Por su parte, las Leyes de Estilo (jurisprudencia de

---

<sup>196</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1162. De hecho, era frecuente que las ofensas al honor, ya de palabra, ya de obra, se consideraran en la mayor parte de los fueros como hechos punibles. Así, HINOJOSA Y NAVEROS, E.: *El elemento ...*, op. cit., 26.

<sup>197</sup> FUERO REAL: Libro IV, Título III, ley VII.

<sup>198</sup> La enumeración de supuestos de heridas corporales es, ciertamente, extensa, contemplándose reglas para la rotura de los distintos dedos de la mano y del pie, de la oreja, de la nariz y de los dientes. *Vid.*, 84

los Tribunales Supremos del Estado, surgida como aplicación del Fuero Real; completadas en el año 1330, bajo el reinado de Fernando IV) conserva en este apartado también algún ejemplo que nos retrotrae a los textos medievales castellanos. En este sentido, prevé castigo para “*los hombres que son de su juzgado fieren al su Alcalde, ò lo matan, è lo deshonoran en la tierra de su juzgado, ò en otra tierra....*”<sup>199</sup>.

En el Fuero Real, la modalidad más espiritual de la injuria como ofensa verbal se regula en la ley II del arriba mencionado Libro IV, Título III. Se castiga a “*qualquier home que à otro denostare, è le dixere gafo, ò sodomético, ò cornudo, ò traydor, ò herege, o`à mujer de su marido puta*”<sup>200</sup>. Concluye esta sucesión de adjetivos injuriosos con una cláusula general que evidencia el cambio de estilo del Fuero Real en contra de las enumeraciones “*numerus clausus*” y a favor de una mayor amplitud descriptiva: “*è si dixere otros denuestos*”<sup>201</sup>. Por último, merece ser destacado la obligación a cargo del injuriador de probar que no pronunció tal ofensa (“*è si negare que no lo dixo, è no gelo pudiere probar*”) <sup>202</sup>. En lo que se refiere a las Leyes de Estilo, también las referencias genéricas a los denuestos, sin mayores concreciones, son características. Pueden citarse las siguientes disposiciones como ejemplo: “*si en una pelea, ò en contienda muchas palabras de denuestos se dicen, no se juzga sino la mayor pena del un mayor denuesto*”<sup>203</sup> o “*el que querella que fulano sobre tregua que le dixo tales denuestos, debe decir que quebrantó por ello tregua*”<sup>204</sup>.

### 3.2.5 El Código de las Siete Partidas

Alcanzamos finalmente el punto culmen del análisis cronológico de la legislación medieval con el examen del texto jurídico por antonomasia de la Edad Media: el Código de las Siete Partidas. Sin duda, la obra jurídica de mayor relieve que

---

*FUERO REAL*: Libro IV, Título V, ley III. En cualquier caso compartimos la opinión de SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 218, según la cual la afrenta de comisión por acción se haya revestida en el Fuero Real de un menor casuismo que en otros textos castellanos anteriores.

<sup>199</sup> *LEYES DE ESTILO*: ley CXLIII.

<sup>200</sup> *FUERO REAL*: Libro IV, Título IV, ley II.

<sup>201</sup> *FUERO REAL*: Libro IV, Título IV, ley II. También es abierta la definición de la conducta injuriosa contra el novio o la novia, pues se limita a señalar que “*si algún home deshonorare novio, ò novia el día de su boda, peque quinientos sueldos [...]*”: *FUERO REAL*: Libro IV, Título VI, ley XII.

<sup>202</sup> *FUERO REAL*: Libro IV, Título IV, ley II.

<sup>203</sup> *LEYES DE ESTILO*: ley LXXXI.

<sup>204</sup> *LEYES DE ESTILO*: ley XLIV.

se fraguó en la corte de Alfonso X “el Sabio”, que recoge la tradición del Derecho Romano aunque sin olvidar el papel fundamental que desempeñaron en su elaboración otras muchas disciplinas como el Derecho Canónico, la Teología o la Filosofía<sup>205</sup>. Y a pesar de ello, debemos afirmar, con SERRAR RUIZ, que en materia de injurias, las Siete Partidas constituyeron un auténtico retroceso en cuanto a la fijación y concreción de los conceptos y de las conductas que deberían ser tenidas por injuriosas, dejando a un lado aquellas otras que con el paso del tiempo se habían alejado del entorno de la injuria, pero que ahora, tras el Código de Alfonso X, lo sobrevuelan peligrosamente<sup>206</sup>.

Las afirmaciones anteriormente efectuadas no pueden sino ratificarse cuando avanzamos en la lectura del Título IX de la Séptima Partida, que es dedicado a la regulación de la injuria, bajo la rúbrica “*De las deshonorras quier sean fechas, o dichas a los biuos, o contra los muertos, e de los famosos libellos*”. En dicho Título se contienen algunas leyes que desdibujan por completo el concepto de injuria y de honor. Son representativas en este sentido, por ejemplo, la ley 7 (“*como faze desonrra a otro aquel que lo emplaza tortizeramente, o le mueue pleito de servidumbre seyendo libre*”<sup>207</sup>) que considera deshonorra el que una persona emplace a otra a juicio para meterla en costas, a sabiendas y torticeramente, o para hacerle perder su trabajo o sus provechos. O la ley 11 (“*como pueden demandar los herederos emienda dela desonrra que recibió aquel de quien heredaron, seyendo enfermo*”<sup>208</sup>) y la ley 13 (“*como pueden demandar emienda*

---

<sup>205</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: *Alfonso X el Sabio. La Forja de la España Moderna*, RBA, Barcelona, 2006, p. 163. También observa esta múltiple influencia o fuente de inspiración QUINTANO RIPOLLÉS, quien considera que “las Partidas” es el ejemplo más completo y perfecto de regulación de los delitos contra el honor en tiempos anteriores a la Codificación. Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1164

<sup>206</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 226. En esta línea, añade el citado autor que después de los considerables avances que se habían logrado en materia de injurias a partir de dos textos jurídicos precedentes (la obra doctrinal “Vidal Mayor”, empleada con medio para interpretar la ley aragonesa, y las Costumbres de Tortosa, que funcionaban como el cuerpo legal técnico en Cataluña), lográndose delimitar las conductas delictivas que eran auténticamente contrarias a un sentimiento de honor más restringido que el que se venía manteniendo durante toda la Edad Media en multitud de Fueros, elaborados bajo la influencia del Derecho Romano, “las Partidas” devolvieron al siglo XIII “toda la nebulosa y confusión jurídica que el derecho romano abarcaba bajo el nombre de injuria” (op. cit., pp. 226 y 228), como todo lo, sencillamente, opuesto a derecho. Para más información sobre “Vidal Mayor” y las “*Costums de Tortosa*”: SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 161-172 y 210 -215, respectivamente.

<sup>207</sup> LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López), Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974, pp. 33 y 34.

<sup>208</sup> LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ..., op. cit., p. 35.

*los herederos dela desonrra que fiziero a aqueo que heredaron seyendo muerto*”<sup>209</sup>), que condenan porque suponen deshonra a los acreedores del hombre enfermo o recién muerto que exigen su deuda, se apoderan de cosas para hacerse pago o embargan y demandan a los herederos antes de transcurrir nueve días desde la muerte<sup>210</sup>. En los tres casos expuestos, no cabe duda de que las conductas descritas están ciertamente alejadas de un concepto espiritual de honor; puede tratarse de actuaciones más o menos condenables e injustas, merecedoras de castigo, pero parece que no guardan ninguna relación con una eventual vulneración del honor o de la honra, ni siquiera en las versiones más amplias de estos dos conceptos o sentimientos tan predominantes en las estratificadas sociedades medievales.

No obstante lo anterior y en defensa del propio texto, debemos apuntar que el origen de concepciones tan alejadas al honor como las descritas por las leyes arriba indicadas, tiene un origen claro, acertado o no, pero voluntario y fundado. Tal causa u origen se encuentra en la propia ley 1 del Título IX de la *Setena Partida*, que proclama, respondiendo a la pregunta de qué es deshonra y de cuántas clases hay de ella: “*Injuria en latín tanto quiere decir en romance como deshonrra que es fecha, o dicha a otro tuerto, o a despreciamiento del*”<sup>211</sup>. Radica aquí el punto de partida de la confusión propia del Código de las Siete Partidas cuando iguala a deshonra simples injustos o acciones contrarias a derecho... en definitiva, meras “*in-iuriae*”.

Prosigue la ley 1 distinguiendo dos clases de injurias, que a la larga no son tales. Así, “*todas [las desonrras] descienden de dos rayces. La primera es de palabra [...]; e de palabra es, como su un ome denostalle a otro, o le diese bozes ante muchos haciendo escarnio del, o poniendo le algún nome malo, o diciendo empos del muchas palabras atales, onde se tuuiese al otro por deshonrrado*”. Podemos aceptar esta primera categoría de injuria de palabra o injuria verbal en tanto la conducta consiste en dar voces de otras personas o referirse a ella con nombres descalificativos que, en última instancia, terminan por deshonrarlo. Los problemas surgen, por el contrario, con la

---

<sup>209</sup> LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ..., op. cit., pp. 35 y 36.

<sup>210</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., pp. 228 y 229.

<sup>211</sup> LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ..., op. cit., p. 32.

segunda modalidad de injuria: *“La segunda es de fecho [...]; la otra manera es, quando dixese mal del ante muchos, por palabras razonando lo mal, o infamándolo de algun yerro, o denostándolo. Eso mismo dezimos que seria si dixese mal de a su señor con intención de le fazer tuerto, o deshorrria, o por le fazer perder su merced”*. No atisbamos diferencia alguna con la anterior clase de injuria, la que “las Partidas” denominó como injuria de palabra. La conducta expuesta consiste en hablar mal de una persona ante otros o infamarla atribuyéndole alguna falta o delito (*“infamándolo de algund yerro”*), contemplándose específicamente la posibilidad de realizar tal comportamiento en perjuicio del señor. Esto advertido, la comparación de las dos conductas estudiadas nos conduce a la conclusión de que son las mismas, al menos en lo que se a su esencia se refiere, pues en ambas el objetivo es deshorrar a otro, desacreditarlo, por medio de palabras injuriosas ya sea con descalificativos (*“nome malo”*) o imputándole faltas (*“yerro”*). En definitiva, no encontramos rastro alguno de lo que pudiera llamarse injuria de hecho (o injuria real) ya que las dos modalidades de injuria reunidas en esta ley 1 aluden, sin ningún género de dudas, a la injuria verbal o de palabra<sup>212</sup>. A lo sumo la distinción podría entenderse utilizando una clasificación de injurias más propias de los tiempos modernos: aquella que distingue dentro de las injurias verbales, las consistentes en un juicio de valor y las consistentes en la imputación de hechos; desde esta perspectiva sí que habría diferencias

Concluye la ley 1 con una clara referencia al instituto de la prueba de la verdad, señalando que *“pero si aquel que deshorrrire a otro por tales palabras, o por otras semejantes dellas, las otorgase, e quisiesse demostrar que es verdad aquel mal que le dixo del non cae en pena ninguna si lo probase”*. Las Partidas, de este modo, dan cabida a la posibilidad de exonerar de pena a aquel que hubiere pronunciado palabras injuriosas o denuestos de otro cuando resultare que tales términos fueren ciertos mediante la correspondiente prueba. Además, la ley argumenta las razones de ser de tal mecanismo liberatorio de pena: *“esto es por dos razones. La primera es, porque dixo verdad. La segunda es: porque los fazedores del mal se recelen de lo fazer, por el afruenta, e por el escarnio, que recibirian del”*<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> Coincidimos en este punto con las reflexiones de SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op.cit., p. 231, que advierte igualmente esta “falta de sistemática de las Partidas”.

<sup>213</sup> *LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ...*, op. cit., p. 32.

Estudiado este foco de confusión (igualación de la *iniuria* latina y la deshonra hispana), resta por analizar otras leyes que ofrezcan algunos ejemplos de formas de injurias a las que ya estamos más acostumbrados. Así, la ley 3 deja traslucir la clara influencia del Derecho romano incorporando una modalidad de injuria cuyo modelo no es otro que los *libelli*: hablamos de la deshonra por “*cantigas o rimos*”<sup>214</sup>. De hecho, es la propia ley la que cita el antecedente romano equiparando estas escrituras injuriosas a los *libelli famosus*: “*e tales escrituras como estas dizen en latin famosus libellus: que quiere decir en romance como libro pequeño en que es escrito infamamiento de otro*”. La deshonra, añade la ley, no tiene origen sólo en las palabras, “*mas aun por escrituras, faziendo cantigas, o rimos, o deytados malos, de los que han sabor de infamar*”. Así mismo, también quedan prohibidas las cantigas, rimas o dictados “*que fuesen fechos por deshonorrar o por denuestos de otros*”. La justificación del castigo contra todas estas conductas reside en el peligro de que “*cada uno lo pueda leer, E en esto tenemos que resciben gran deshorrta aquellos contra quien es fecho*”. Y son tan desvaloradas estas conductas que la prueba de la verdad, admitida en las injurias de palabra, queda excluida cuando de acusaciones vertidas en tales escritos, cantigas, ritmos o dictados se trata, “*porque el mal que los omes dizen unos de otros por escritos, o por rimas es peor que aquel que dizen de otra guisa por palabra, porque dura la remembrança dello para siempre, si la escritura non se pierde: mas lo que es dicho de otra guisa por palabra oluidase mas ayna*”<sup>215</sup>.

Evoca el pasado también la ley 6 cuando al resolver la pregunta de “*en quantas maneras puede un ome a otro fazer deshorrta de fecho*”, cita varias formas, entre ellas, “*hiriendo un ome a otro con mano, o con pie, o con palo, o con piedra, o con armas, o con otra cosa quelaquier*”<sup>216</sup>. Estamos, por tanto, ante las tradicionales afrentas corporales tan presentes en los textos mediales hispánicos. Ciertamente es también, no obstante, que la misma ley 6 recoge otras modalidades de deshonras alejadas tanto del concepto de injuria como lesión física, como, y con más razón, del concepto espiritual

---

<sup>214</sup> Séptima Partida, Título IX, Ley III: “*De las deshorrta que faze un nome a otro por cantigas, o por rimos*”: *LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ...*, op. cit., p. 33.

<sup>215</sup> *LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ...*, op. cit., p. 34.

<sup>216</sup> *LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López) ...*, op. cit., p. 34.

de injuria como ataque al honor. Es el caso de la deshonra que se produce cuando un hombre encierra a otro en un lugar o *“le entra por fuerça en la casa, o quando le prende, o le toma alguna cosa por fuerça de las suyas, e contra su voluntad”*. Y posiblemente sea el mejor ejemplo de conductas deshonras completamente ajenas a la idea de injuria como agresión al honor, otra forma de deshonra prevista en la ley 6: *“o como si morasen dos omes en dos casas que estuuiese la una sobre la otra, e el que morase en la de suso vertiese agua en ella, o alguna cosa lixosa asabiendas por fazer al otro desonrra o enojo; o si el otro que morase en la casa de yuso fiziese enlla fuego de pajas mojadas, o de leña verde, o de otra cosa qualquiera asabiendas, con intención de afumar, o de fazer mal al que morase de suso”*. Es claro que la ley 6 parece un “cajón de sastre” en el que se da cobijo tanto a modalidades de injuria típicamente consideradas como tales (las afrentas lesivas), como a otras que constituyen meras traducciones literales del término latino *iniuria*, como acción contraria al derecho.

Sirvan los ejemplos expuestos hasta ahora para reflejar la sensación que emerge como conclusión tras la lectura del Código de las Siete Partidas, y particularmente, del Título relativo a las injurias y deshonras: la gran obra legislativa del rey Alfonso X desaprovechó la oportunidad de ofrecer, en materia de injurias, un auténtico trabajo de análisis, sistematización y “limpieza” de los contornos de esta figura jurídica. El código de leyes alfonsino no aporta un contenido concreto, determinado y acotado de la injuria como agresión al honor. Sus autores, sumidos en la obsesión de crear vínculos entre su creación y los textos jurídicos romanos<sup>217</sup>, no supieron o no quisieron desligarse de la tradición latina (tal y como demuestran desde el inicio del Título IX al equiparar la *iniuria latina* a la deshonra castellana), de modo que un texto elaborado siglos después del apogeo de la literatura jurídica romana devuelve su vigencia a los aciertos y errores de aquella, y en lo que a nosotros concierne, especialmente a los errores de una comprensión de la injuria tan amplia y de perfiles tan difusos.

### **3.2.6 La regulación del duelo**

Dejando a un lado la regulación legal de los delitos de injurias y los ataques al honor, existe otra cuestión, que ha sido abordada de forma meramente tangencial en

---

<sup>217</sup> SERRA RUIZ, R.: *Honor ...*, op. cit., p. 230.



páginas precedentes, y que ahora merece nuestra atención. Se trata de la regulación positiva del duelo o, mejor dicho, del transcurso y los avatares de su prohibición legal; una prohibición que avanzó gracias a la influencia del Derecho romano, retomado tardíamente en la Edad Media, y que introdujo el sistema europeo de paz y seguridad, a base de un derecho incipiente de carácter público apoyado primero en la Iglesia y secularizado y recogido después por los príncipes, para reducir la venganza y la guerra privada y, en general, el sistema penal germánico<sup>218</sup>, mucho más represivo.

La identificación advertida de honor y nobleza y la consiguiente obligatoriedad de responder al ultraje al honor y, con lo que ello implica, a la condición de noble, dieron lugar al fenómeno del duelo, que acaparó la atención de la sociedad durante varias centurias y del Ordenamiento jurídico también. La legislación pretendía prohibirlo para demostrar que el poder de los reyes estaba por encima que el de cualquier señor que recurriera al duelo y para obligarles a resolver sus problemas por vías públicas. Siguiendo a PITT-RIVERS, el Estado pretendía abolirlo para tener la última palabra en tales cuestiones y no dejarlas al destino. Sin embargo, desde un punto de vista individual, recurrir a la justicia suponía renunciar a la propia pretensión de resolver cada uno por sí mismo sus propios problemas, algo que nadie aceptaba, condenando, consiguientemente, la legislación sobre el duelo al fracaso. El paso de un periodo en que la ley prescribía el duelo al periodo en que quedaba prohibido reflejaba una extensión de las competencias estatales en cuestiones judiciales<sup>219</sup>.

MORÁN MARTÍN ha estudiado el proceso de prohibición del duelo a lo largo de la Edad Media. De su estudio sabemos que la práctica del duelo ya la quieren erradicar tanto “las Partidas” como el Fuero Real, pero será Alfonso XI quien ante las continuas vulneraciones de los textos anteriores, intente de nuevo que las enemistades entre los hijosdalgo se resuelvan ante el rey, según se estipuló en el Ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1338, leyes 1-11 y después explícitamente en el Ordenamiento de Alcalá, que deroga el anterior. El duelo como práctica alejada del desafío explícitamente lo prohíbe Juan II (Ordenamiento de Montalvo, en 1438; y la Recopilación, en 1409; no se incluyó en la Novísima Recopilación) y posteriormente

---

<sup>218</sup> MARAVAL, J. A.: *El concepto ...* op. cit, pp. 184 y 185.

<sup>219</sup> PITT-RIVERS, J.: “Honor ...”, *op. cit*, p. 30.

reiteran dicha prohibición de duelos privados los Reyes Católicos, con algunas diferencias, en la ley 87 de las Leyes de Toledo de 1480, aunque en este último caso ya nos situamos históricamente en la Edad Moderna, etapa que será estudiada más adelante<sup>220</sup>.

No fueron estas leyes los únicos intentos de erradicar la venganza privada de las ofensas, sino que también la Iglesia a través del derecho eclesiástico concentró todos sus esfuerzos en paliar los instintos de venganza y procurar encauzarlos por la vía del derecho<sup>221</sup>. El Concilio de Trento avanzó en el camino hacia su desaparición con penas espirituales y temporales para los duelistas. La actitud de la Iglesia era comprensible pues el duelo, la venganza y el derramamiento de sangre para responder a una afrenta al honor, eran conductas incompatibles con los valores del perdón y la clemencia que se predicaban desde los púlpitos y a través de la difusión del pensamiento cristiano al que dan forma los Padres de la Iglesia, a cuyo estudio nos dedicamos inmediatamente.

### **3.3 EL HONOR TRAS EL TAMIZ DE LA FILOSOFÍA CRISTIANA. SAN AGUSTÍN Y SANTO TOMÁS DE AQUINO**

Fruto de la recepción de la filosofía de la antigüedad clásica son muchas de las reflexiones de los pensadores cristianos que intentaron con dispar éxito trasladar las verdades vislumbradas por los filósofos grecolatinos al mundo medieval, contemplando todo desde la perspectiva del cristianismo, lo que obligó a emprender auténticos esfuerzos conciliadores. En otras palabras, dado que la Iglesia es la única autoridad moral en la Edad Media cualquier apariencia de la aceptación de los presupuestos de la filosofía clásica es tan sólo el espejismo provocado por la cristianización de estos conceptos que a veces son irreconocibles al final del proceso. De tal modo que si en determinadas ocasiones se vio obligada a aceptar las ideas heredadas del honor, construidas por los clásicos, y bien admitidas por los círculos intelectuales del momento, lo hizo introduciendo siempre sus matices<sup>222</sup>. Así, por ejemplo analizaremos

---

<sup>220</sup> MORÁN MARTÍN, R.: "De la difusión ..., *op. cit.*, p. 286.

<sup>221</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 1160.

<sup>222</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, pp. 49 y 50. Paradigmática será la aceptación por la Iglesia de la concesión de honor y la obtención de gloria por la actividad bélica: con el auge germano se optará por una postura intermedia, permitiendo la búsqueda de este sentimiento cuando fuera resultante de la lucha por la Tierra Santa. Esta actividad sí era digna de merecer fama, prestigio y

cómo reinterpretaban las ideas de la filosofía clásica sobre el honor, entendido en el sentido de reputación y deseo de gloria y siempre desde la perspectiva del cristianismo, los dos principales pensadores de la escolástica medieval. En relación con ello, como dicen ROMANO y TENENTI, el sentido de la gloria alesteaba desde hacía más de un siglo sobre la sociedad laica de Occidente seduciéndola, algo que no debe parecer extraño pues la sensibilidad laica había tendido a elevar las acciones terrenales, redimiéndolas de la vanidad que las amenazaba<sup>223</sup>. Puesto que la gloria proyectaba a los hombres hacia un más allá, para lo que también tendrían que vivir después de la muerte, no entró en patente conflicto con las creencias cristianas.

San AGUSTÍN (354-430) fue crítico con quienes hacen acciones pensando en la fama que adquirirán, buscando la alabanza y la gloria terrenal en lugar de la gloria que Dios da, calificando esta conducta como un vicio pernicioso, que revela desconfianza hacia la promesa divina de la vida eterna, dado que, perdida la esperanza por dicha vida o, simplemente, apartada en la memoria, se atiende sólo a la preocupación por vivir en el recuerdo de la gente<sup>224</sup>. En este sentido, y en lo que a nosotros nos afecta, la idea fundamental de San AGUSTÍN es la oposición entre la gloria mundana, moralmente rechazable y que domina en la ciudad de los hombres, y la verdadera gloria del cristiano, que únicamente ha de referirse a Dios y que es propia de la ciudad de Dios<sup>225</sup>.

Santo TOMÁS DE AQUINO (1224-1274), siempre de forma más moderada y buscando mayor adecuación del sentimiento social al pensamiento cristiano, afirma que el honor, la gloria, la fama y la reputación, aunque tengan interés e importancia, no pueden ser el bien supremo (la “beatitud”, la “felicidad”) a cuya obtención se dedique en cuerpo y alma el hombre<sup>226</sup>. Para justificar tal aseveración sigue Santo TOMÁS el mismo procedimiento que aplica a cada uno de los objetos en que puede consistir la bienaventuranza de los hombres, en su “Suma Teológica”: ofrece argumentos a favor y

---

reconocimiento ante los ojos de los demás, de modo que con su aceptación más o menos entusiasta, la Iglesia sumaba hombres a su causa y reinterpretaba un valor caballeresco de origen germano, desde su óptica cristiana (*op. cit.*, p. 66). De hecho, a partir del siglo XII, se modificó sustancialmente la idea misma de Cruzada para liberar Tierra Santa, de manera que era impuesta en múltiples ocasiones por la Iglesia como penitencia a nobles pecadores. *Vid.*, VALDEÓN BARUQUE, J.: “La plenitud ...”, *op. cit.*, p. 322.

<sup>223</sup> ROMANI, R. y TENENTI, A.: *Los fundamentos del mundo moderno. Edad Media tardía, reforma, Renacimiento (traducción de SUÁREZ, M.)*, Siglo XXI, México-Madrid, 1971, p. 111.

<sup>224</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, pp. 40 y 42

<sup>225</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ...”, *op. cit.*, pp. 107 a 109.

<sup>226</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44.

en contra, para finalmente proporcionar una solución. En el caso de los honores como objeto de la bienaventuranza o beatitud, recuerda Santo TOMÁS tres razones por las que el honor puede ser, efectivamente, ese objeto: a) porque, según ARISTÓTELES, el honor es el “premio a la virtud”, luego “en los honores está la máxima bienaventuranza”; b) porque lo que les conviene a Dios y a los seres más excelsos “debe ser en máximo grado la beatitud, que es un bien perfecto”, y “el honor tiene dicha condición”; c) porque la beatitud debe ser lo que los hombres más desean y “nada parece más deseable que el honor, pues por no padecer detrimento en él sufren los hombres la pérdida de todas las otras cosas”<sup>227</sup>.

Por el contrario, rechaza la posibilidad de que la beatitud pueda consistir en el honor al considerar que, del mismo modo que la bienaventuranza está en el bienaventurado, el honor está en quien honra y exhibe respeto y no en el honrado. Así también, sostiene que el honor puede ser consecuencia de la beatitud, pero no su contenido principal<sup>228</sup>. A partir de estos argumentos, concluye Santo TOMÁS rechazando la identificación de la beatitud o la felicidad con el honor, por medio de la siguiente reflexión:

*“El honor no es un premio a la virtud y razón por la cual obran los virtuosos, sino que reciben, en vez del premio, los honores de los hombres, porque “de éstos no pueden recibir otra cosa mejor”. El verdadero premio es la beatitud misma, y por ella obran los virtuosos; si obrasen por los honores, ya no sería virtud, sino ambición”<sup>229</sup>.*

Santo TOMÁS rechaza igualmente que la gloria pueda identificarse con la beatitud. Y aunque así pudiera pensarse si tenemos en consideración que, del mismo modo que la beatitud, la gloria es el premio más firme y eterno a las tribulaciones de los santos, sucede, no obstante, que la gloria (“noticia esclarecida de alabanza”) procede de la beatitud humana pero no se identifica con ella; la beatitud humana trae por causa, a su vez, de la gloria divina, de donde se extrae, finalmente, que la gloria no la conceden los

---

<sup>227</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* (Tratado de la bienaventuranza y de los actos humanos: 1-2 q. 1-12; versión e introducciones del Padre FR. TEOFILO URDANOZ, O. P. Tratado de las pasiones: 1-2 q. 22-48; versión e introducciones de los Padres FR. MANUEL UBEDA PURKISS, O. P. y FR. FERNANDO SORIA, O. P.), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1954, p. 133.

<sup>228</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* ..., op. cit., p. 134.

<sup>229</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* ..., op. cit., p. 134.

hombres, “sino que la da Dios delante de sus ángeles”<sup>230</sup>. Por otra parte, como la gloria se origina por el conocimiento humano de las cosas y este conocimiento puede devenir en ocasiones falso, resulta que la fama no tiene estabilidad ya que se pierde fácilmente por algún falso rumor, lo cual impide que la gloria sea la felicidad suprema ya que la segunda “tiene en sí misma y para siempre estabilidad” y la primera no<sup>231</sup>.

Por último, Santo TOMÁS DE AQUINO advierte contra el peligro de la vanagloria (o soberbia), a la que no duda en calificar como uno de los siete pecados capitales, junto a la avaricia, la gula, la lujuria, la tristeza, la envidia y la ira. La vanagloria podría contemplarse como el anverso del bien del alma que es la excelencia y la alabanza y que se convierte en vanagloria<sup>232</sup>. Y precisamente la vanagloria o soberbia es “principio de todo pecado como fin”, es “vicio universal, no se enumera, sino que más bien pasa como reina de todos los vicios”<sup>233</sup>.

#### **4. SIGLOS XVI Y XVII. ESPLENDOR Y OCASO DE LA IDEA DE HONOR**

En la Edad Moderna el honor alcanza su máxima expresión. Si en épocas anteriores habíamos afirmado que el honor se había convertido en el eje estructurador de la sociedad y en el valor más ansiado y deseado por los hombres, en los siglos modernos estas verdades se acentuarán hasta un extremo nunca conocido y que no volverá a repetirse en el futuro.

Como venimos haciendo, analizaremos esta nueva realidad desde la triple perspectiva social, jurídica y filosófica. Dicho procedimiento nos permitirá comprender los interesantes cambios que se plantean en el contexto social y que tienen por protagonista indiscutible a la nobleza, un grupo que quiere seguir situado en la cúspide de la jerarquía social, con el consiguiente disfrute de sus privilegios, pero que ha de refinar su discurso legitimador de tales prerrogativas debido a los cambios políticos e

---

<sup>230</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* ..., op. cit., p. 136.

<sup>231</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* ..., op. cit., p. 137.

<sup>232</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo V (Tratado de los hábitos y virtudes en general: 1-2 q. 49-70; versión, introducciones y apéndices del Padre FR. TEOFILO URDANOZ, O. P. Tratado de los vicios y los pecados: 1-2 q. 71-89; versión del Padre FR. CANDIDO ANIZ, O. P., con introducciones y apéndices del Padre FR. PEDRO LUMBRERAS, O. P.-), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1954, pp. 826 y 827.*

<sup>233</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo V* ..., op. cit., p. 829.

institucionales ocasionados con la llegada de las férreas Monarquías Absolutas del siglo XVI, de las que en España encontramos ejemplos extraordinarios pues, no en vano, no debe olvidarse que estamos en la época dorada del Imperio Español, aquella en la que en los territorios hispánicos, repartidos por todo el globo, no se ponía el sol. Serán muchos los problemas que acechen en las proximidades de la nobleza, que si en otros tiempos permaneció tranquila al frente del entramado social, ahora tendrá que hacer un estimable esfuerzo de adaptación para mantener esa situación. Por una parte, comienzan a surgir doctrinas, discursos y líneas de pensamiento que cuestionan la elemental máxima establecida en la Edad Media relativa a la indiscutible vinculación de nobleza, honor y virtud. En su lugar, algunos intelectuales plantearán el sinsentido de que la virtud se transmita por la sangre sin necesidad de seguir una conducta noble y honorable, y bastando a los nobles que justificaran sus excesos en la fama y las hazañas de sus antepasados<sup>234</sup>. Dichas teorías recibirán munición desde la filosofía humanista que florece con brío por Europa, y que, de la mano de Erasmo DE ROTTERDAM y de PETRARCA, reclamará la vuelta a la razón en estas lides (como si fuera el germen del siglo de las luces y del pensamiento ilustrado), uniendo honor a virtud en el sentido más interno y espiritual de la palabra y advirtiendo de los efectos perniciosos de las ansias desmedidas de gloria y fama. Filosofía y sociedad caminando, pues, juntas.

Y si lo anterior no fuera bastante preocupación, los nobles se enfrentarán a un enemigo invisible pero que hería con fuerza y cuyo veneno era una infamia vitalicia. La limpieza de sangre, cláusula de cierre o blindaje del sistema frente a la pujanza de los judíos, se volverá contra los nobles que deseen ascender en la escala social accediendo a instituciones públicas, órdenes militares o cofradías, pues en la puerta de todas estas casas de honor, vigilan erguidos y con un poder desconocido la Santa Inquisición y el Consejo Real para cotejar y examinar con lupa las genealogías y los orígenes, en busca de la mácula judía.

---

<sup>234</sup> Máxime si se toma en consideración que en la Edad Moderna la nobleza y la aristocracia han perdido el monopolio de la actividad bélica (a favor de la autoridad regia), otrora fuente de honores, por lo que ni siquiera su colaboración en el mantenimiento de la paz es ahora razón suficiente de su honor natural, de nacimiento, de cuna.

Finalmente, en el plano jurídico, continuaremos recorriendo el camino hacia la prohibición de los duelos, expresión negativa del sentimiento de honor y consecuencia de un código completamente trasnochado pero que permanece fuertemente arraigado en el acervo colectivo. Por otro lado, desde la perspectiva del derecho positivo, el honor se consolida y reglamenta a través de los fueros de determinados segmentos de la sociedad.

Por último, como novedad metodológica en el examen del honor en la Edad Moderna, hemos estimado interesante incluir una cuarta perspectiva de estudio: el teatro. La representación teatral española de los siglos XVI y XVII se convierte en un fiel reflejo de los sentimientos sociales, de las preocupaciones populares, de los deseos y ambiciones del común. Por ello, el teatro del Siglo de Oro, cuya calidad está, además, fuera de toda duda, nos es útil como punto de apoyo de nuestras observaciones.

#### **4.1 EL HONOR EN LA SOCIEDAD**

El honor supera las cotas de popularidad de que disfrutó en el Medievo cuando llegan los siglos modernos. En el siglo XVI el honor se convierte en principio rector de la estamentalización de la sociedad, en principio distribuidor de dignidades y méritos, en principio de cierre del acceso a las clases poderosas y en principio legitimador de las desigualdades sociales. En este contexto social, la nobleza sigue siendo la clase dominante. Entre los valores que sustentaban a la nobleza española de la época se encontraba precisamente la ostentación del honor<sup>235</sup>; el honor tenía un sustrato no sólo económico sino también racial: éste se basaba, además, en el valor social que representaba para un individuo el ser étnicamente puro, esto es, el no portar sangre contaminada ni con la judía ni con la musulmana<sup>236</sup>. Las implicaciones del honor trascendían de la condición individual para convertirse en causa explicativa de la situación económica, de la composición de la jerarquía social y de la marginalidad y exclusión de algunos colectivos.

---

<sup>235</sup> Para Pedro Crespo, protagonista de “El Alcalde de Zalamea” de Pedro CALDERÓN DE LA BARCA, el honor es equivalente al valor de todos sus bienes juntos, de su hacienda y hasta del sustento propio y el de su hijo. Son célebres estas palabras que dirige Pablo Crespo a Don Lope, respondiendo a la pregunta de si “sabéis que estáis obligado a sufrir, por ser quien sois, estas cargas?”, a lo que alega: “Con mi hacienda; / pero no con mi fama, no; / al Rey, la hacienda y la vida/se ha de dar; pero el honor/ es patrimonio del alma,/ y el alma sólo es de Dios”.

<sup>236</sup> CORREA MÚJICA, M.: “El campesinado y el concepto del honor en El alcalde de Zalamea de Pedro Calderón de la Barca”, en línea: <http://www.letralia.com/70/en02-070.htm> (11/02/2011).

#### 4.1.1 Valores en transición. El concepto de nobleza en entredicho: ¿sangre??

Hasta el momento de la historia que estamos analizando, el orden social se consideraba que respondía a consideraciones teológicas y no terrenales. Era un orden divino cuyas consecuencias estratificadoras y de desigualdad social se asumían con normalidad, pues respondían a la voluntad de Dios; era un determinismo e inmovilismo social de origen divino; y en tanto fuera divino, sería, al propio tiempo, inmutable<sup>237</sup> e incuestionable, por lo que no se podía pretender un cambio que afectase a la base de dicho sistema ya que sería tanto como cuestionar la bondad del diseño divino. Cada persona debía desarrollar la función encomendada, su papel en la sociedad, cumpliendo con sus deberes y disfrutando de sus derechos, en caso de tenerlos.

En este contexto, el honor es un factor de legitimación de la desigualdad social profundamente relacionado con la existencia de una legitimación pública e intelectual de la nobleza política; es decir, la desigualdad del sistema social descansa sobre una base firme determinada por lo nobiliario y el honor, de modo que el honor se convierte en un factor de distanciamiento de los individuos<sup>238</sup>. Quienes tuviesen honor ocuparían las posiciones más altas y quienes careciesen del mismo, los peldaños más bajos. Entre ellos, la distancia social. Ahora bien, ¿qué criterio resolvía la concesión de honor y, consiguientemente, la ubicación final de una persona en los distintos niveles de la jerarquía social? La respuesta era una máxima indiscutible: *nobilitas est virtus*; indiscutible sí, pero interpretable también, porque ¿qué es *virtus*? Siglos atrás, los nobles de nacimiento eran dignos de honor y por tanto ocupaban la posición más alta. Primaban, pues, nociones como cuna y sangre para definir los integrantes de la clase nobiliaria y virtuosa, porque *nobilitas est virtus*.

##### 4.1.1.1 El debate en torno al concepto de nobleza

Sin embargo, estas verdades se tambaleaban en los siglos modernos, pues aun cuando el virtuoso y dotado de honor debía acceder al estrato nobiliario, no se aceptaba

---

<sup>237</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 15.

<sup>238</sup> GUILLÉN BERRENDERO, J. A.: "Juan Benito Guardiola: honor y nobleza en el siglo XVI: pervivencia y "mudanza" en los valores nobiliarios", *BROCAR: cuaderno de investigación histórica*, 28 (2004), pp. 134 a 139.



tan pacíficamente que la virtud se adquiriera por transmisión de padres a hijos en lugar de por demostración, exhibición y fortalecimiento individual, olvidando el recuerdo del pasado. Queda patente, por tanto, que el concepto de nobleza estaba en entredicho por ser objeto de un enconado debate. El párrafo que a continuación exponemos ilustra claramente el enfrentamiento de posturas: “[Unos dicen ser nobleza] dignidad y preeminencia adquirida por virtud y buenos méritos, e otros ser la nobleza calidad y estado adquirido por los antecesores y conservallos los descendientes mediante ymitallos por sus obras, por lo qual fueron acatados y premynentes de sus patrias...”<sup>239</sup>.

Hubo, por una parte, un nutrido grupo de tratadistas, moralistas e intelectuales que construyeron un discurso favorable a la vinculación de la nobleza y el honor por vía de la sangre y el linaje<sup>240</sup>. Partidarios, por tanto, de la teoría de la nobleza natural, de la naturaleza, en fin, por nacimiento. Suelen ser miembros de la misma nobleza que, habida cuenta de los cambios sociales en las estructuras de poder y ante el temor a perder la legitimación de su privilegios, fabrican una nueva teoría a partir de la filosofía clásica y cristiana que devuelva a la nobleza al centro de la vida social y la mantenga como única merecedora de honor en el nuevo orden moderno. Su discurso nobiliario tiene por tanto un carácter utilitarista, que compagina dos cualidades: constituir, por un lado, un discurso social adaptado a las necesidades de justificación y legitimación de lo noble, y, por otro, un mecanismo de exclusión (exclusivismo) de los grupos que querían disfrutar iguales privilegios y espacios de poder semejantes<sup>241</sup>.

Posiblemente, el representante más destacado de este grupo fue el genealogista BAÑOS DE VELASCO Y ACEBEDO<sup>242</sup>, de quien es esta frase: “a los realces de la

---

<sup>239</sup> Extraído del documento *Historia de la nobleza*, de finales del siglo XVI, por CARRASCO MARTÍNEZ, A.: *Sangre, honor y privilegio. La nobleza española bajo los Austrias*, Ariel, Barcelona, 2000, p 123.

<sup>240</sup> No sólo sucede en la Castilla del siglo XVI, sino en general en el contexto europeo, en la *universitas nobiliaria europea* que comparte en su ámbito occidental una misma exégesis conceptual posibilista generada en la tradición grecolatina que identifica lo noble con la idea del Bien. Así, GUILLÉN BERRENDERO, J. A.: “Juan Benito Guardiola: honor y nobleza en el siglo XVI: pervivencia y “mudanza” en los valores nobiliarios”, *op. cit.*, p. 130.

<sup>241</sup> GUILLÉN BERRENDERO, J. A.: “Juan Benito Guardiola: honor ..., *op. cit.*, p. 140.

<sup>242</sup> Ilustre defensor de los valores nobiliarios y de su conexión con la virtud y lo honorable fue también Benito GUARDIOLA, cuya obra principal se tituló *Tratado de Nobleza y títulos y dictados que ay oy día y tienen los varones claros y grandes de España*. ZABALETA fue, igualmente, partidario de las tesis

*virtud se les sigue la duración eterna del mérito, para ser respetados los hijos por lo que infatigables merecieron sus predecesores*". Para BAÑOS DE VELASCO "*la sangre clara de los nobles transmitía durante generaciones y siglos la virtud y el mérito de los ascendientes del linaje, de forma que los descendientes podían reclamar las dignidades, privilegios y mercedes que les correspondían en la cúspide del orden social por su cuna y alcuña*"<sup>243</sup>. En este contexto, la sangre funciona como un vehículo transmisor de virtudes, transfiriendo el honor del linaje de los antecesores al hereditariamente virtuoso, el cual posee la virtud por haber recibido la sangre misma de sus predecesores<sup>244</sup>. Y todo ello de una forma supuestamente cierta, ya que la relación nobleza-virtud se presumía sin probarla y quedó sin demostración<sup>245</sup>. Además y como conclusión, existe un argumento último que cierra el círculo y nos lleva hasta la voluntad divina: la antigüedad más lejana supone aproximación mayor a la fuente originaria de los linajes que es el propio Dios; es decir, que la mayor lejanía temporal en el origen del linaje es mayor nobleza o mayor pureza de la genealogía<sup>246</sup>.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, en los siglos XVI y XVII la seguridad en torno a estos planteamiento entra en quiebra y así, el cristal que protegía a la nobleza de cualquier cuestionamiento se resquebraja. SAAVEDRA FAJARDO advierte del peligro de hacer "*como si en todo pasase siempre con la sangre la experiencia y valor de sus agüelos*"; y "*el hombre no siempre sigue las huellas que otro estampó, sino que elige el rumbo a que le conduce su antojo*"<sup>247</sup>. Como principal exponente de la teoría de la adquisición de la virtud y el honor por medio de nuestros propios actos y no por el influjo de la sangre ni por el azar del linaje, encontramos al tratadista emeritense Moreno de VARGAS, para quien "*nobleza deriva del sustantivo noscibilis, y designaba a los conocidos por su bondad y valor: "la nobleza y distinción de los hombres es cosa mortal y caduca... numerosos linajes humildes se ennoblecieron, así como de los otros que descendían de padres nobles, ha avido muchos que se escurecieron por sus ruines*

---

favorables a la virtud propia de la nobleza y transmitida por la sangre, como refleja esta frase: "*siempre hay que preguntar por la sangre que ordinariamente hace buenos*".

<sup>243</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: "El arte de medrar en la Corte: rey, nobleza y el código de honor", CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (eds.): *Familia, poderosos y oligarquías*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2001, p. 41.

<sup>244</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Siglo XXI de España, Madrid, 1984, p. 44.

<sup>245</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., pp. 26 y 27.

<sup>246</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, op. cit., p. 46.

<sup>247</sup> Son las palabras de SAAVEDRA FAJADRO, que cita MARAVAL, J. A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, op. cit., p. 46.

*disignios...*”<sup>248</sup>. Para defender tales posturas, el recurso a ARISTÓTELES<sup>249</sup> fue frecuente al vincular la nobleza con la virtud y relacionar ambas con la honra, parafraseando que “*para entrar en el templo de la honra sólo se podía hacer a través de la puerta de la virtud*”<sup>250</sup>. Frente a la nobleza de sangre, el tratadista ensalzó a aquellas personas que por su virtud personal elevaban su linaje a la cumbre “*mediante su valor, virtud, y esfuerzo: porque en efecto la virtud es el xabón con que se quita la mancha del mal nacimiento*”<sup>251</sup>.

A pesar de todo ello, como recuerda CALDERÓN MAGRIGAL, los hombres de la época comprobaban que eran el nacimiento y todos los elementos de segregación ligados al hecho biológico, los que dictaban la posición de los individuos, y que el mérito personal tenía escaso peso. La tendencia al estatismo, a una especie de determinismo social de raíz biológica, frustró muchas expectativas de movilidad y obligó a algunos a buscar espacios más abiertos donde las trabas a la promoción no fueran insalvables, como fue el caso de América<sup>252</sup>.

#### 4.1.1.2 La nobleza y la guerra. Una relación distinta pero permanente

Por último, no podemos terminar de narrar las dificultades a las que se enfrentó la nobleza para afianzar su posición dominante en la nueva etapa histórica, sin referirnos al binomio nobleza-guerra, tan presente en épocas pretéritas pero que en la época moderna va a sufrir un cambio extraordinario. Si ya complicada, polémica y discutida resultó ser la fundamentación política-filosófica de los privilegios derivados de su estatus, como acabamos de comprobar, no menos sencilla fue la tarea de mantener en la

---

<sup>248</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: “El arte ..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>249</sup> Pero también a los filósofos clásicos en general: “*Dixo Platón que la honra era una dignidad adquirida por la virtud, no herencia de generación, ni sucesión para la prosperidad. Mi honra empieza en mí, porque tiene principio en mi proceder*”. Tomado de la obra *El cortesano del cielo*, de PÁRAMO Y PARDO, por CARRASCO MARTÍNEZ, A.: *Sangre ...*, *op. cit.*, p. 126.

<sup>250</sup> No sólo a ARISTÓTELES aludían los teóricos, sino también a los filósofos clásicos en general: “*Dixo Platón que la honra era una dignidad adquirida por la virtud, no herencia de generación, ni sucesión para la prosperidad. Mi honra empieza en mí, porque tiene principio en mi proceder*”. Tomado de la obra *El cortesano del cielo*, de PÁRAMO Y PARDO, por CARRASCO MARTÍNEZ, A.: *Sangre ...*, *op. cit.*, p. 126

<sup>251</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: “El arte de medrar en la Corte: rey, nobleza y el código de honor”, *op. cit.*, p. 45

<sup>252</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, *op. cit.*, p. 20.

práctica, en el día a día, el dominio y poder que hasta entonces había ejercido de una forma intimidante, por medio de la guerra.

A partir del siglo XVI la aristocracia dejará de monopolizar la función militar, perdiendo así la principal fuente complementaria al nacimiento para la obtención de honores. Básicamente, la razón de este retroceso fue el fortalecimiento de la autoridad real en el ámbito militar que le permitió afrontar con las solas fuerzas públicas del estado las necesidades ofensivas y defensivas del reino. La aristocracia no tuvo más remedio que observar cómo cedía terreno ante el éxito de la operación iniciada por los Reyes Católicos, destinada a poner las bases del Estado moderno, un Estado fuerte, centralizado, burocratizado, capaz de hacer cumplir las decisiones utilizando sus propios medios<sup>253</sup>. Reconocer que la autoridad real había conseguido monopolizar la violencia pública y privada fue una experiencia decisiva, que determinaría la transformación de la nobleza, haciéndole comprender que no podía seguir enfrentándose al modo tradicional con la monarquía, teniendo que contar con su complejo de poder, mucho más eficaz y más extenso que antes<sup>254</sup>.

Sin embargo y como conclusión, la nobleza supo reponerse al golpe, o mejor dicho, a los golpes y a pesar, por una parte, de encontrar detractores del discurso legitimador de su posición y sus privilegios y, por otra, de ceder el dominio militar que tantos laureles le había proporcionado, el estamento alto se impuso contando con su apoyo en la Monarquía y con las armas que contra los levantamientos o simples algaradas internas empleó rápidamente. A partir de ahora, veremos a los nobles convertidos en mantenedores del orden monárquico-señorial y al afirmar la superioridad inatacable de éste, postulan su propia superioridad basada en sus funciones represoras<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> VALDEÓN BARUQUE, J.: “La época de la expansión (siglo XV)”, *Historia de Castilla y León*, Ámbito, 1985, p. 79.

<sup>254</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder...*, op. cit., p. 189.

<sup>255</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder...*, op. cit., p. 39. En otras palabras, no es que la nobleza pierda su función política, sino que subordina ésta a los intereses de la realeza, por lo que “en el siglo XVII las clases nobiliarias se convierten, precisamente, en la más firme columna del Estado”. Así, VICENS VIVES, J.: *Historia General Moderna* (tomo I), Montaner y Simón, Barcelona, 1967, p. 426.

#### **4.1.2 El Rey como cabeza del honor. El honor que merodeaba en la Corte y en la Administración y que brotaba a espuertas**

##### 4.1.2.1 El rey, ser honrador

En esta jerarquía social mediatizada por la cultura del honor, correspondía un lugar especial al Príncipe que era protagonista en la configuración de la sociedad de rangos. El rey, que lo era por designio divino, debía saber interpretar las necesidades sociales y, al mismo tiempo, debía premiar la virtud de los nobles mediante la concesión de honores; todo ello, para que el orden social, que respondía a la voluntad de Dios, se mantuviera. Y es que el Rey era la persona más próxima a Dios y, por tanto, el titular del mayor honor, pero, simultáneamente, era también “honrador”, en el sentido de que otorgaba y distribuía reconocimientos honoríficos. Por ello, se ha dicho del Rey que era una potestad suprema como árbitro del honor en la sociedad política, la pieza clave de la circulación interestamental y se le ha identificado con “*la rueda de la fortuna, capaz de “hazer y deshacer al súbdito” y de decidir el estado y honor que se le reconocía a cada vasallo*”<sup>256</sup>.

##### 4.1.2.2 A la búsqueda de honores en la Corte y en la Administración. La inflación nobiliaria

El entorno que rodeaba al Rey era la Corte y aunque formar parte de ella no era, por sí mismo, motivo de ennoblecimiento, no cabe duda de que contribuyó al encumbramiento de muchos nobles. El Rey, en el contexto de la Corte, se mostraba como la clave de bóveda del sistema de concesión de honores. La protección y el patrocinio del Rey, contar con su apoyo, formar parte de su círculo más cercano, se convertían en garantías de éxito y ascenso. Hasta tal punto es así que las familias aristocráticas trataban de situar a sus miembros en el entorno real con la esperanza de que *le cayeran en gracia a su majestad*. Ciertamente es que el simple intento de estar presente en la Corte, de figurar, generaba unos gastos considerables, pero el pensar en lo mucho que podían obtener a cambio apartaba de las mentes de los nobles las preocupaciones económicas para sólo concentrarse en ser honrados por el Rey. Se creaba así un círculo

---

<sup>256</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: “El arte ..., *op. cit.*, pp. 44 y 47.

vicioso: el favor real era una fuente de títulos y cargos, que permitía alcanzar unos recursos básicos para incrementar la porción de honor que se disfrutaba en la sociedad cortesana<sup>257</sup>.

Sin embargo, la Corte no era el único espacio donde se podían obtener honores por la simple razón del mayor o menor capricho del monarca. Y los nobles lo sabían. Aunque habían perdido el control del poderío guerrero y la mecha de su autoridad militar se había apagado, la aristocracia, bien conocedora de los entresijos de las estructuras sociales, comprendió que había una nueva fórmula para ennoblecerse, que marchaba pareja con los tiempos modernos: las ocupaciones profesionales en la Administración del Estado. La edificación de un poderoso Estado centralizado que estuviera organizado y que se exhibiese fuerte para responder a las amenazas internas y externas, requería levantar un pesado sistema administrativo (muy costoso, al mismo tiempo) al frente del cual se necesitarían personalidades poderosas y capacitadas. La nobleza marchó presta a ocupar esos cargos desde los que se podía ejercer influencia y que le podían reportar honores, títulos y dignidades. Surge así una “nobleza administrativa”<sup>258</sup>, integrada no sólo por la aristocracia sino también por los nacientes y pujantes burgueses, que encuentran en la compra de un cargo pública la forma de adquirir una categoría social elevada. Dada las necesidades económicas de la Monarquía para hacer realidad esa utopía del Estado moderno, nació entre el Rey y la aristocracia una relación de conveniencia por intereses comunes muy simple: dados los abultados gastos de las finanzas estatales del siglo XVI, los príncipes necesitaban los ingresos que proporcionaba la entrega de altos oficios públicos a los poderosos<sup>259</sup>; se trataba de un pacto de distribución de poder económico y político con el soberano, conforme al cual el rey obtenía ayuda para su Estado moderno y, a cambio, las élites disfrutaban de las oportunidades que ofrecían los altos órganos estatales, sirviéndose de ellos como élite de presión para obtener honores y dignidades.

De esta forma, siguiendo las reflexiones de ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, extensivas en cuanto al merodeo de la aristocracia tanto en el entorno de la Corte como en el de la Administración, “*el código de honor fue uno de los*

---

<sup>257</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: “El arte ..., *op. cit.*, p. 50.

<sup>258</sup> VICENS VIVES, J.: *Historia General Moderna* (tomo I), *op. cit.*, p. 426.

<sup>259</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, *op. cit.*, p. 219.

*fundamentos de la preeminencia social del monarca, quien estaba inmerso en la propia cultura del honor y debía velar por conservar su buena fama y reputación*". El código de honor y el afán de medrar contribuían a reforzar la figura del rey en la distribución de beneficios, a la vez que vinculaban de forma estrecha el oficio del monarca con los intereses de sus servidores<sup>260</sup>.

Todo lo dicho hasta ahora ha servido para demostrar cuánto servía el dinero para conseguir aspiraciones sociales en una sociedad como la española del siglo XVI, que se caracteriza por la movilidad dentro de la jerarquía, dentro de unos marcos sociales en teoría muy rígidos, impulsados por dos móviles: honor y dinero; la meta final era avanzar puestos en la escala social; los plebeyos querían convertirse en hidalgos, los hidalgos en caballeros y los caballeros deseaban títulos<sup>261</sup>. Los complejos vínculos entre el honor y el dinero podían llevar al supremo honrador a "transformar su corte en un auténtico mercado del honor"<sup>262</sup>.

Pero estos intercambios conducían a una situación peligrosa: la inflación nobiliaria. Los siglos XVI y XVII conocieron una expansión nunca vista de los títulos nobiliarios, que se concedían en altísimas cantidades para pagar diversos servicios. Casi podríamos hablar de un fenómeno de inflación nobiliaria por generación espontánea debido a un afán de "acaballeramiento", de "aristocratización". Concretamente, la segunda mitad del siglo XVI español tendrá una connotación marcadamente aristocratizante, como también sucedía en otros países europeos, especialmente en Inglaterra, pues estamos en unos momentos en que los valores nobiliarios tienen gran atractivo, como afirma STONE, que ha estudiado en profundidad

---

<sup>260</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: "El arte ..., *op. cit.*, pp. 49 y 50.

<sup>261</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: "Trasformaciones sociales", DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., PESET, J. L., PESET, M. y SOLANO, F.: "Esplendor y decadencia. De Felipe III a Carlos II", *Historia 16*, año IV, extra XIX, 1981, p. 63.

Aunque parezca contradictorio, el mismo mensaje subyace en esta reflexión de PÓPEZ-PÉLAEZ CASTELLAS: "Así mismo, irá unido a la condición de noble la no aspiración de dinero, pues el honor es su mayor y única preocupación, como también sucedía en España donde las ganancias no ocupaban un lugar preferente en las preocupaciones de los nobles que, muy al contrario, cuando tenían dinero lo empleaban para comprar títulos nobiliarios": LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, 86 y 87.

<sup>262</sup> ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: "El arte ..., *op. cit.*, p. 51.

el fenómeno de la inflación nobiliaria en el marco de la crisis de la aristocracia inglesa durante el siglo XVI<sup>263</sup>.

El sistema de concesión de honores en forma de títulos nobiliarios se desbordó, rompiendo el inestable equilibrio que siempre había existido en las sociedades estamentales y de cuya observancia dependía el éxito y el mantenimiento del sistema. Sin embargo, lejos de poner cotas al reconocimiento público de dignidades mediante una vigilancia estricta de los méritos de los candidatos, la autoridad real optó por exprimir el sistema al máximo, encontrando en la “subasta” de estos títulos una fuente de financiación muy cuantiosa con la que poder sostener sus políticas y controlar las fugas del erario público. Con estas excusas, la cifra de los privilegiados aumentó a lo largo del siglo XVI y XVII debido especialmente a la prerrogativa regia a conceder títulos nobiliarios, señorías, mayorazgos y otros privilegios que directa o indirectamente conducían a la nobleza<sup>264</sup>.

STONE afirma que “con esa inflación en los títulos nobiliarios, con los métodos venales de su adquisición y con la ausencia total de cuidado en aquilatar sus orígenes y la posición de los posibles compradores, el respeto a la Corona como fuente de honorabilidad quedó debilitado y la estructura jerárquica de la sociedad se vio minada”<sup>265</sup>. Y efectivamente, así sucedió. Los Reyes Católicos, Carlos V, Felipe II, el Conde Duque de Olivares, Carlos III... todos practicaron una intensa actividad ennoblecedora, contribuyendo a desacreditar el sistema de concesión de honores y, lo que era peor para sus propios intereses, a minar el prestigio de una institución monárquica que demostraba no conocer forma distinta de sortear la bancarrota que la de enajenar honores y distinciones, devaluando los títulos nobiliarios y poniendo al descubierto el sinsentido y las ridiculeces del sistema de honores de la aristocracia y la nobleza, pues cualquier persona podía contemplar que el dinero elevaba lo que no había podido subir por causa de un nacimiento no noble o por sospechas de manchas de

---

<sup>263</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Valores nobiliarios en España en la transición del s. XVI al XVII”, *Boletín de la real Sociedad Económica Matrinense de Amigos del País*, 28 (1994), p. 160.

<sup>264</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 36.

<sup>265</sup> STONE, L.: *La crisis de la aristocracia. 1558-1641 (versión española de RODRÍGUEZ ALONSO, M.)*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 56 y 57.



sangre. Según POSTIGO CASTELLANOS<sup>266</sup> “es difícil cuantificar la magnitud de los recursos económicos que la corona obtuvo a partir de la compra por los aristócratas de mercedes de hábito, pero sí puede conocerse su importancia: permitieron recuperar rentas enajenadas, mantener el prestigio real con un número elevado de servidores, recompensar la nobleza, incrementar la armada y, en último extremo, colaborar en mantener la monarquía”.

Y no sólo sufría descrédito el rey y la institución que representaba, sino que la mancha se extendía también a los propios afectados por la venta y compra de títulos nobiliarios. Por una parte, la inflación nobiliaria y el aumento en la venta de hidalguías, imprimió al estrato inferior del estamento de los hidalgos una gran devaluación<sup>267</sup>, lo que les causaba lógica indignación al ver cómo aún gastándose dinero, adquirían un honor que ya no era tan valorado porque se regalaba, por eso seguían comprando, alimentando así el propio mal y haciendo cumplir la Ley de *Tawney*: cuanto mayor es la riqueza y más justa su distribución en una sociedad dada, tanto más vacíos resultan los títulos de distinción personal, pero más se multiplican y con mayor ansia se codician<sup>268</sup>. Del mismo modo, en los estratos sociales superiores, efectivamente, la venta de títulos de caballeros estaba causando sin duda una irritación creciente. En fin, que desde una doble perspectiva había indignación: por una parte, los hidalgos que accedían pero no se sentían bien reconocidos y los grandes aristócratas que se sentían invadidos por gente de menos valer; en otras palabras, dicha inflación de títulos nobiliarios suponía una ruina y un descrédito para el respeto hacia el rango y el título, por el sistema de venta abierta y por la falta de cualidades de algunos de sus compradores<sup>269</sup>.

A nadie puede escapársele que esta situación tenía incidencia en el honor, como sentimiento en sí mismo considerado (ya sea en su vertiente de virtud interior o de reputación externa), pues un valor que se adquiere con la compra de títulos y a cuya

---

<sup>266</sup> POSTIGO CASTELLANOS, E.: *Honor y privilegio en la Corona de Castilla. El Consejo de las Órdenes y los caballeros de Hábito en el siglo XVII*, Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Bienestar Social, Soria, 1988, p. 125.

<sup>267</sup> JIMÉNEZ Y GÓMEZ-CHAMORRO, J.: “Prestigio atesorado o reputación concedida. Evidencias desplegadas en los signos de nobleza de una élite de poder en la Edad Moderna: Concejo, Justicia y Regimiento de la muy noble, muy leal y coronada Villa de Ocaña”, en SORIA MESA, E. y BRAVO CARO, J. J.: *Las élites en la Época Moderna: La Monarquía Absoluta (vol. 4, Cultura)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2009, p. 234.

<sup>268</sup> STONE, L.: *La crisis ...*, op.cit., p. 73.

<sup>269</sup> STONE, L.: *La crisis ...*, op.cit., p. 72.

posesión accede gente que difícilmente podría merecerlo, no puede recibir el mismo aprecio ni estima ni respeto que en épocas pasadas. Y esta situación de hastío, de insatisfacción, de cansancio ante el sistema establecido, que iba corrompiéndose inexorablemente, será el germen del cambio que florecerá en un futuro, en el siglo XVIII, tras la decadencia española del siglo XVII; una decadencia que, como vemos, no sólo fue meramente política o económica, sino también social y de valores. Quizá sólo se salve la cultura española, que seguirá disfrutando de una salud radiante, como refleja el inmejorable estado del género teatral en España.

#### **4.1.3 Las consecuencias de la funesta “limpieza de sangre”**

Dice AMÉRICO CASTRO que “la ruptura de aquel orden tradicional de convivencia pacífica, con la llegada de la Edad Media, las persecuciones y limpiezas de sangre, creó un nuevo sistema de valoraciones y desestimas sociales”. Con todo ello, añade, “sufren cambios de gran alcance la ordenación social de los españoles, la valoración de la honra, y también la de cualquier menester de cultura, cuyo desarrollo se vería afectado para evitar apariencias desfavorables, del mismo modo que el sentimiento de la honra llegaría a pesar en la sociedad mucho más que el interés económico”<sup>270</sup>.

Efectivamente, como advertimos cuando abordamos la cuestión de la limpieza de sangre en la época medieval, los efectos de este fenómeno persecutorio desplegarían su crudeza en siglos posteriores. Tales siglos son los de la Edad Moderna, los siglos XVI y XVII. Procede entonces analizar ahora cada uno de los ambientes en que la limpieza de sangre dejó su huella, desde el cultural y científico donde primó la ignorancia y la vagancia, hasta el social que elevaba a los simples labriegos por su sangre inmaculada, pasando por el político, con el cerrazón de las instituciones a todo aquel que despertara sospecha de judío. Y en todos esos ámbitos, la limpieza de sangre iba unida a la cuestión del honor, pues la tacha de la impureza étnica destruía cualquier esperanza de alcanzar honores y de ascender en la escala social. Se creaba así una cadena consecutiva constante según la cual *lo que la limpieza de sangre bendecía, el honor lo premiaba*.

---

<sup>270</sup> CASTRO, A.: *De la edad conflictiva. Crisis de la cultura española en el siglo XVII*, Taurus, Madrid, 1976, pp. 90 y 168.

#### 4.1.3.1 Ámbito cultural y profesional: las ciencias, artes y oficios.

Las actividades culturales, intelectuales, financieras y técnicas se llegaron a vincular de tal modo a la condición de judío, que en los siglos XVI y XVII no había ningún cristiano ya fuera noble o plebeyo que osara dedicarse a las mismas, ni siquiera acercarse lo más mínimo por una sana inquietud intelectual o curiosidad mental. Existía así una actitud de rechazo frente a cualquier trabajo algo técnico, por encima de la simple tarea de cavar, arar o escardar la tierra, desde las que sí se podía ascender a la proeza militar y a la hidalguía<sup>271</sup>. Ese género de ocupaciones profesionales (las más elevadas) quedó reservado exclusivamente a la población judía en España, por lo que el resto de la gente hizo de la holgazanería, la pereza y la pasividad su mejor carta de presentación como cristiano viejo, noble y honrado. Además, no sólo sobrevolaba el peligro de atraer la atención del Santo Oficio por ocupaciones sospechosas de judaísmo, sino que la simple actitud laboral, de respeto y consideración hacia el trabajo, fue tenida como negativa y repudiable, no propia del noble e hidalgo, con que se extendió sin freno una desidia hacia el esfuerzo y el trabajo, un sentimiento lamentable y pernicioso de orgullo por la ignorancia e incultura. Gráficamente señala CASTRO que “cristiandad vieja y valoración de la ignorancia rústica se hermanaron”<sup>272</sup>.

#### 4.1.3.2 Ámbito institucional. Los Estatutos de limpieza de sangre

Los estatutos de limpieza de sangre eran disposiciones estatutarias que determinadas organizaciones o instituciones o personas fijaron, prohibiendo el acceso a las mismas o beneficiarse de una disposición testamentaria o de otro tipo, a aquellos aspirantes o posibles beneficiarios que no manifestasen limpieza de sangre, bien fueran recién convertidos o de sus descendientes<sup>273</sup>. El historiador GUTIÉRREZ NIETO ha reflexionado a fondo sobre los efectos de la limpieza de sangre y sus estatutos en la sociedad española de los siglos XVI y XVII y ha observado que el objetivo de estas disposiciones excluyentes era el de “crear una especie de tela de araña, una urdimbre que intentará excluir a los conversos de cargos públicos y de corporaciones sociales

---

<sup>271</sup> CASTRO, A.: *De la edad ...*, op. cit., p. 194.

<sup>272</sup> CASTRO, A.: *De la edad ...*, op. cit., p. 178.

<sup>273</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos ...”, op. cit., p. 156.

prestigiosas, marginando, en definitiva, al sector más dinámico de la burguesía”<sup>274</sup>. En palabras de otro experto en estas lides, MARAVAL, “su función era servir de una seria dificultad en el camino de acceso a los empleos y funciones de alto nivel, estrechando la puerta que permitía la entrada a esa esfera de la vida pública”<sup>275</sup>.

El rasgo de la impureza étnica que derivaba de tener sangre judía en el árbol genealógico inhabilitaba para ocupar cargos en diversas instituciones, como por ejemplo, en las Cofradías Militares. Más sangrantes eran otros casos como el de las Órdenes Militares (Calatrava o Alcántara, entre otras), que permitían disfrutar a sus miembros de encomienda y concedían honra, y para cuyo ingreso, especialmente apetecible ya que la obtención de un hábito era otra de las vías de prestigio más demandadas, a fin de lograr el honor tan ansiado, hasta el punto de que cuando alguien divisaba una cruz en el pecho de cualquier caballero observaba un elemento fidedigno de su nobleza y calidad<sup>276</sup>, la genealogía también se erigió en obstáculo insalvable para dignos candidatos pero sucios de sangre. La misma práctica estatutaria alcanzo también a los Colegios Mayores (San Bartolomé de Salamanca, San Clemente de Bolonia, Santa Cruz de Valladolid, San Ildefonso) y las Universidades que, al aplicar los estatutos de sangre en el ámbito de sus competencias, se plegaron al juego de los obstáculos o reservas de cierre del sistema, y bajo un aspecto de especialización profesional, desviaron su función a dar un nuevo aparente lustre a los hijos de la nobleza<sup>277</sup>, convirtiendo la educación en un bien privativo de la nobleza o de quien no formando parte de ella, pudiera acceder a ella pagando. Y si la limpieza de sangre se exigía obligatoriamente para acceder a instituciones culturales, militares e intelectuales<sup>278</sup>, como las mencionadas, cuyas funciones no guardaban relación con la religión, con más razón se imponía la misma limpieza en el caso de Catedrales (Toledo, Sevilla, Badajoz, aunque no hubo éxito en Zamora, León ni Burgos) y Órdenes religiosas (como los jerónimos y los dominicos, aunque no se logró en las órdenes de franciscanos ni

---

<sup>274</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos ..., op. cit., p. 157.

<sup>275</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder...*, op. cit., p. 232.

<sup>276</sup> JIMÉNEZ Y GÓMEZ-CHAMORRO, J.: “Prestigio ..., op. cit., p. 240.

<sup>277</sup> MARAVAL, J. A.: *Poder...*, op. cit., p. 229.

<sup>278</sup> En incluso políticas. Así, para cubrir las plazas vacantes del Consejo Real de Carlos IV se proponía a personas en función de la limpieza de su sangre y no de su competencia o moralidad, aplaudiéndose que fueran de nacimiento labradores. *Vid.*, CASTRO, A.: *De la edad ...*, op. cit., p. 197. Averiguaciones como las de escasa formación o un nacimiento humilde, lejos de desacreditar al candidato, le alzaban sobre los competidores pues, respecto de ellos, no existía ninguna sospecha de judaísmo.

jesuitas). En este sentido, un caso paradigmático fue la Catedral primada de Toledo en la que el cardenal SILÍCEO<sup>279</sup>, quien por entender que muchos canónigos eran descendientes directos de conversos y que ello suponía un rasgo infamante para la catedral, obtuvo en 1555 la bula papal confirmando los estatutos en 1556 el permiso de Felipe II<sup>280</sup>.

#### 4.1.3.3 Ámbito social: Antihidalguismo y elevación del labriego cristiano viejo

La vertiente social de la limpieza de sangre fue el *antihidalguismo* de los campesinos, un fenómeno dirigido contra la figura del hidalgo, al que se identificaba con el mercader, el hidalgo de nuevo cuño y el converso. Los campesinos, los labriegos no eran nobles de patente, pero poseían una nobleza mucho más valiosa, la de la sangre limpia, la de cristianos viejos... con lo que comienza un intento por dignificar la dedicación a la agricultura y alzarla como actividad paranobiliaria y honorable, dotada de un honor propio derivada de su función social<sup>281</sup>. Desde este punto de vista, las principales víctimas de este proceso de “encastizamiento” (en palabras de GUTIÉRREZ NIETO), “aristocratización y descalificación de profesiones manuales” son, por una parte, la burguesía que mediante la compra de hidalguías elude ser descalificada, y, por otra, un sector de la nobleza (hidalgos urbanos), llamados desde 1575 “notados” porque pertenecen a familias notadas, es decir, familias nobles que la pública voz y fama señalan, generalmente, por antecedentes conversos<sup>282</sup> y que debido a la meticulosa observancia y vigilancia a que se les somete en estos años, se vuelven hipersensibles a esta cuestión<sup>283</sup>.

En un contexto social de semejante persecución y de sospecha generalizada, demostrar y exhibir limpieza era la obsesión primera de cualquier persona, por encima de otras ocupaciones más nimias, como trabajar, por ejemplo. Que la mirada de otra

---

<sup>279</sup> Precisamente en la época de esta cardenal localiza CARO BAROJA la etapa de mayor arrogancia de los cristianos viejos frente a los nuevos, a la que estos opusieron un orgullo que no sólo se fundaba en la consideración del propio linaje, sino también en la conciencia cultivada de la propia superioridad intelectual: CARO BAROJA, J.: *Inquisición, brujería y criptojudasmo*, Ariel, Barcelona, 1970, p. 157.

<sup>280</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos y la limpieza de sangre en la España del siglo XVI”, *op. cit.*, p. 158 y 159.

<sup>281</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, *op. cit.*, p. 32.

<sup>282</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos ...”, *op. cit.*, p. 161.

<sup>283</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Valores ...”, *op. cit.*, p. 41.

persona se posara sobre uno por la sospecha de sangre judía se convertía en una pesadilla recurrente. Para probar esa limpieza, se extendió una manía por aparentar limpieza, mostrándose en la vía pública y a la luz de día cualquier signo o símbolo que denotase ascendencia noble. Por cada persona que hacía ostentación de tales honores para apartar las sospechas de sí y de su familia, aparecían varias que hurgaban en los linajes y registraban los sambenitos colgados en las iglesias del lugar, para dar a esta información la mayor difusión posible y eliminar a esa familia y a esa persona de cualquier ascenso social al que aspirasen, pues recordemos que el honor era un bien escaso y cuantos menos rivales lo pretendieran, mayores eran las posibilidades de alcanzarlo uno mismo. El tener que hurgonear en los linajes de toda persona interesada en ocupar puestos públicos, o en ingresar en las órdenes militares y monásticas o en la enseñanza, llevó a creer que la única clase social a salvo de tales riesgos era la de los labriegos, en calidad de miembros sin posible tacha de la casta de los elegidos<sup>284</sup>. Surge, de esta forma, un proceso de dignificación del campesino o villano que, hasta el momento, era considerado como un ser menor, sojuzgado por los señores feudales y la Administración, marginado políticamente y explotado fiscalmente, pero que a partir de ahora se convierte en la encarnación de los ideales de una persona honorable pues cualquier baremo y parámetro favorecía su ascenso en la escala social del honor: a) por su dedicación profesional y en virtud del principio de utilidad social; b) por la virtualidad militar por su pasado histórico; y c) por la limpieza de sangre<sup>285</sup>. En cuanto al primer criterio, el campesino desarrollaba una función básica en la sociedad, sin preocuparse por otras tareas indignas propias de judíos y excluidos (como las ciencias, las artes y oficios). Respecto al segundo, había servido fielmente con la aristocracia en épocas pasadas (incluso en la actualidad) a favor de la defensa del reino y de la unidad religiosa. Y por último, sobre la limpieza de sangre, el campesino estaba inmaculado en su amor a Dios y eso era un don divino.

#### 4.1.3.4 El instrumento del mal: el Tribunal de la Santa Inquisición

La Inquisición fue creada para defender la vigencia de la religión católica por encima de cualquier amenaza. Una de las razones profundas del terror inspirado por el

---

<sup>284</sup> CASTRO, A.: *De la edad ...*, op. cit., p. 161.

<sup>285</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: "Honra ...", op. cit., pp. 888 y 889.

Santo Oficio fue la reputación de infamia que se vinculaba a todo un linaje a partir de la condena grave a uno de sus miembros y que permanecía en el recuerdo popular por tres vías: a) apareciendo en la procesión de los penitentes, b) exponiéndose semidesnudos a la vergüenza pública mientras recibían doscientos latigazos, y, c) llevando el sanbenito (una túnica de color amarillo, o negro si la condena era a muerte, con una cruz roja -esta última era el peor castigo y el que más repulsa popular suscitaba-)<sup>286</sup>.

Esas humillaciones públicas eran disfrutadas por el vulgo para el que el auto de fe público, hecho con intención de amedrentar, era un espectáculo más. Aunque pueda parecer un comportamiento frívolo e insensible, no era más que la vía de escape de una sociedad sometida a demasiado dogmatismo<sup>287</sup>, practicante de una religión aparente que les exprimía, les absorbía y les convertía en actores del teatro de su vida, así que acudir a esos espectáculos en la plaza pública era el único momento de descanso en la función teatral. Y, por último, más grave que las anteriores sanciones era la de inhabilitación, en el sentido de incapacidad civil, cerrándoseles el paso a un gran número de vocaciones y de profesiones; y se dirigía sobre todo contra los judíos a fin de excluirlos de gran parte de las actividades económicas que habían dominado<sup>288</sup>.

Frente al sinsentido del método de la limpieza étnica que personifica el Santo Oficio y el peligro de su extensión en el tiempo, se alza el discurso de algunos intelectuales. Es el caso de Fray AGUSTÍN SALUCIO, de cuyas reflexiones nos informa PARELO, que advertía con sencillas palabras y de forma incontestable de las amenazas internas y externas que se cernirían sobre España en caso de continuar con tales prácticas. En primer lugar, afirmaba SALUCIO, España corría el peligro de una guerra civil si no lograba armonizar sus contrarios y sanar su cuerpo político enfermo, pues los estatutos trastornaban el orden estamental establecido, dado que entre los miembros de la élite iba multiplicándose el número de los impuros y disminuyendo el número de los puros, lo que desacreditaba el conjunto del grupo, asistiendo así a un desquite de los “pequeños” que podían gozar de honores que se les vedaban a los “grandes”. Al limitar la extensión de los estatutos, se crearía un cuerpo místico

---

<sup>286</sup> BENNASSAR, B.: *Inquisición española: poder político y control social*, Crítica, Barcelona, 1981, pp. 117 y 118.

<sup>287</sup> CARO BAROJA, J.: *Inquisición...*, op. cit., pp. 71 y 72.

<sup>288</sup> BENNASSAR, B.: *Inquisición ...*, op. cit., p. 119.

unificado y armonioso de cristianos viejos y volverían a reinar la paz civil y la concordia<sup>289</sup>. Y, en segundo lugar, el mantenimiento de los estatutos contribuía a desacreditar la imagen de España en el extranjero. A juicio de SALUCIO: “*Acerca de la reputación del Reyno, advierten que los estatutos sirven de que los extranjeros comúnmente nos llamen marranos. Y que no podemos escapar de ser tenidos o por infames o por locos. Por infames, si ay en España nescesidad de inabilitar a tanta multitud; y por locos, si nosotros mesmos nos infamamos sin nescesidad*”<sup>290</sup>.

#### **4.1.4 Las dos perspectivas jurídicas del concepto de honor. El honor como privilegio: el corporativismo de los Fueros, y el honor como duelo: un delito muy sugerente**

Para referirnos a al tratamiento jurídico del honor en los siglos modernos debemos remitirnos a la situación que dejamos a fines de la Edad Media. Los Fueros y las Cartas Pueblas que se concedieron a los señores feudales para consagrar jurídicamente su posición social dominante, así como la distinción que introducían el *Liber Iudiciorum* y las Partidas en el régimen de las penas, siempre más favorable para los señores que para los campesinos y vasallos, fueron los orígenes del concepto de privilegio que se desarrolló y consolidó hasta sus últimas consecuencias a lo largo de la Edad Moderna y hasta el final del Antiguo Régimen. Privilegio que, desde nuestra perspectiva de estudio, constituye la vertiente positiva de la regulación jurídica del honor en los siglos XVI y XVII.

Siguiendo a CALDERÓN MADRIGAL, el fuero, como reconocimiento sustantivo del privilegio en una dimensión procesal, “es el resultado de la estamentalización social o fragmentación del grupo social en estratos absolutamente comunicados entre sí, que se rigen por su *privata lex* y que someten el enjuiciamiento de sus conductas a especial juez distinto del resto, porque el vivir de modo diferente tiene derecho a diferente juez o tratamiento, si son sometidos al mismo”. De esta forma,

---

<sup>289</sup> PARELO, V.: “Entre honra y deshonra: el Discurso de fray Agustín Salucio sobre los estatutos de limpieza de sangre (1559), *Criticón*, 80 (2000), p. 147.

<sup>290</sup> PARELO, V.: “Entre honra ..., *op. cit.*, p. 147.



la desigualdad social se consagra jurídicamente a través del fuero en todos los niveles<sup>291</sup>.

Tal y como demuestran la Pragmática de Felipe II de 1565 (estableciendo pena distinta a quien sirviendo en casa ajena tuviera trato carnal ilícito con algún mujer de la casa, siendo de un año de destierro para el hidalgo y de dos años y cien azotes para el no hidalgo) y la Nueva Recopilación de 1567 (que prevé distintos castigos a quienes acometieran a los oficiales del rey, siendo de dos años de destierro y seis mil maravedíes para el hidalgo y de cien azotes y un año de prisión para el no hidalgo), se instauran al máximo nivel las desigualdades heredadas del pasado, prohibiendo penas infamantes o corporales para los hidalgos (nunca la forma vil de la horca como pena capital), estableciendo penas más duraderas para los siervos e, incluso, otorgando el privilegio de que aun dentro de la cárcel los hidalgos tuvieran reclusiones apartadas<sup>292</sup>. Diferencias de trato que salían a la luz aun en el caso de que nobles y plebeyos fueran juzgados ante la jurisdicción ordinaria y, por tanto, en principio, bajo unas mismas condiciones, pues los primeros eran siempre castigados con penas ridículamente leves, a las que seguía el correspondiente pago a la Cámara real (“*indulto a sacar*”) para eludir el cumplimiento de las mismas<sup>293</sup>. Siendo, como son, las referencias que hemos efectuado algunos ejemplos de entre las numerosas clases de injurias y la no menos plural lista de penas, se entiende la crítica de QUINTANO RIPOLLÉS que afirma que frente al relativo científicismo de las Partidas, la Nueva Recopilación de Felipe II (así como los Fueros medievales y la Novísima recopilación, ya del siglo XIX; ambas, por tanto, fuera del periodo histórico en que nos hallamos) destaca por su tosquedad a través de catálogos jerarquizados de vicios o defectos constitutivos de denuestos<sup>294</sup>.

De manera sistemática y ordenada, estos privilegios se compilaron en Fueros particulares para determinados colectivos sociales, especialmente preeminentes. Así, existió el Fuero Militar, el Fuero Eclesiástico (que conocía de insultos y ultrajes de legos a clérigos y a monasterios), el Fuero Universitario (que alcanzaba a catedráticos,

---

<sup>291</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 52.

<sup>292</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 53.

<sup>293</sup> Son informaciones de TOMÁS Y VALIENTE, tomadas por CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 54.

<sup>294</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1165 y 1166.

lectores, maestros, licenciados y estudiantes) o el Fuero de los Caballeros de Hábito (que les permitía también quedar excluidos de los tribunales reales y de la justicia eclesiástica ordinaria y estar sometidos únicamente a su propio Tribunal: el Consejo de las Órdenes<sup>295</sup>). Todos ellos reflejaban “el distinto valor social de las personas y la relevancia atribuida a los valores del honor, la honra y la fama que permeaban con gran vigor aquél contexto social”<sup>296</sup>. Así, por ejemplo, las Órdenes Militares se convierten en un estado meramente nobiliario y la estimación por el hábito se fundaba en ser insignia y mostrador de nobleza<sup>297</sup>, en definitiva, elemento diferenciador del estrato social al que se pertenecía.

Una vez explicada la vertiente positiva del honor, el privilegio y los fueros, en el plano jurídico, corresponde ahora hacer lo propio con la que hemos llamado vertiente negativa del honor: el duelo. Debemos hacer dos precisiones antes de analizar la regulación jurídica de esta cuestión en los siglos XVI y XVII. En primer lugar, el duelo, como práctica destinada a la restitución del honor a causa de una afrenta, ya había empezado a popularizarse siglos atrás, aunque no con este nombre, sino a través de una referencia genérica al sistema de venganza privada, por oposición al mecanismo de reparación de las ofensas al honor a través de las leyes y los tribunales de justicia, que, por cierto, tan poco éxito logró. Y es que, esta es la segunda precisión, el duelo auténtico es de origen italiano. CHAUCHADIS relata que el elemento decisivo para la difusión del duelo en España se encuentra en las campañas de Italia que proporcionan a los combatientes españoles un contacto permanente con una práctica que había desaparecido de su patria. En Italia existe toda una teoría del duelo que permitía a los guerreros justificar sus actos belicosos dentro de la ideología de la honra y de su conservación, garantizando el mantenimiento del honor caballeresco; de esta forma, los soldados que pelearon en las campañas de Italia y volvieron a España crearon un punto de contacto entre las leyes del duelo italianas y las leyes del punto de honra españolas<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> POSTIGO CASTELLANOS, E.: *Honor ...*, op. cit., p. 215.

<sup>296</sup> Palabras de TORRES SANZ, recogidas por CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones ...*, op. cit., p. 55.

<sup>297</sup> POSTIGO CASTELLANOS, E.: *Honor ...*, op. cit., p. 133.

<sup>298</sup> CHAUCHADIS, C.: “Libro y leyes del duelo en el Siglo de Oro”, *op. cit.*, pp. 5 y 10.

No cabe duda de que la práctica dualista importada desde Italia tuvo enorme eco entre la población noble española que encontró en el duelo la vía perfecta para mostrar su fuerza y para recordar a la sociedad que su elevada posición social no admitía ofensas ni afrentas a su honor porque, de lo contrario, quien osase ponerlo en cuestión se enfrentaría a un duelo definitivo que podría acabar con su vida. Planteado de esta forma, el duelo permitía al caballero la exhibición de sus valores más arraigados en el marco idílico, casi teatral, de un espectáculo destinado a difundir su fortaleza, su valentía y su honor. A todo ello hay que sumarle el atractivo inherente del duelo derivado de su prohibición a cargo de las leyes estatales e, incluso, por las normas religiosas, haciendo del noble un rebelde dispuesto a violentar la ley si era preciso por defender su honor. Una ocasión como la descrita no podía desaprovecharse ni siquiera por consideraciones morales o éticas que ciertamente podían surgirle al duelista dado que el espíritu cristiano imponía el perdón y la clemencia. Sin embargo, en la frecuente oposición entre la “ley del mundo” (la venganza) y la “ley de Dios” (el perdón), solía vencer la primera<sup>299</sup>.

El rumbo tomado a finales de la Edad Media conducente a la prohibición definitiva del duelo encontró vientos adversos que lo desviaron de su objetivo; sin embargo, en los siglos modernos el firme propósito de la autoridad real por consolidar su monopolio de la fuerza también en el ámbito de la venganza privada y de la resolución de conflictos entre los señores, los nobles y los aristócratas, así como la necesidad de transmitir a la población el mensaje de que las leyes estatales debían ser cumplidas, permitieron que la derogación del duelo divisase tierra por fin, aunque este éxito de la Monarquía (respaldada por la Iglesia, que concebía el duelo como una actitud contraria a los mandatos de Dios<sup>300</sup>) no fue instantáneo, sino que se necesitó una actitud persistente y continuada. Los Reyes Católicos prohibieron los retos o desafíos públicos; en la época de Felipe II se castigaba severamente a los contraventores: manos cortadas, destierros a los presidios africanos, penas de horca, etc., y aun cuando de la época de Felipe IV y OLIVARES encontremos testimonios que acrediten la persistencia

---

<sup>299</sup> GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Valores ..., *op. cit.*, p. 38.

<sup>300</sup> En el ámbito de sus competencias, la Iglesia se unió a esta política antiduelista mediante la prohibición conciliar de 1563 que desterraba del mundo cristiano la práctica del duelo, descomulgando no sólo a los duelistas sino a sus padrinos, a sus espectadores y a los señores que otorgan el campo. Así, CHAUCHADIS, C.: “Libro ..., *op. cit.*, p. 10.

de los duelos como un hábito que resiste a las prohibiciones, lo cierto es que su práctica cae a buen ritmo<sup>301</sup>.

#### **4.2 EL HONOR COMO GLORIA: ENTRE EL RENACIMIENTO DE LOS VALORES ARISTOTÉLICOS Y EL RECHAZO DEL HUMANISMO**

El humanismo pretende sustituir el sistema mental jerárquico de la sociedad medieval con una perspectiva que, si bien es individualista, tiende a la unión fraterna y sin desigualdades sustanciales entre los hombres. El humanismo es una cultura abierta, libre y dinámica, es decir, una cultura consciente de que es puramente humana y de que, como tal, no puede imponer al hombre presiones o alienaciones fundamentales. Contra el peso de la tradición cristiana y de la mentalidad escolástica, los humanistas evocaron la Antigüedad clásica y buscaron su mayor autenticidad filológica, para convertirla en su mejor sostén en la lucha<sup>302</sup>.

En esta época se produce una tensión ideológica entre dos corrientes opuestas: la cristiana, procedente del Medievo, y la pagana, retomada como símbolo por los humanistas europeos en su relectura y reinterpretación de los clásicos y sobre la que se construyen ciertas doctrinas a cargo del grupo de los moralistas en ocasiones fuertemente enfrentadas a las ideas aceptadas hasta entonces, arrojando el llamado humanismo pagano, basado en las teorías aristotélica y ciceroniana. Concretamente, fueron los escritos éticos de ARISTÓTELES los más influyentes sobre moral en cualquier documento que se consulte entre 1400 y 1650<sup>303</sup>.

Esta dualidad de pensamientos tendrá su reflejo en la concepción del honor. Así, algunos moralistas retomarán el predominio de la vertiente exterior del honor (reputación o fama) entendida como la recompensa que concede la sociedad a quien se rige por una conducta virtuosa y honorable, lo cual si bien revela que todavía existe un sustrato interno o espiritual del honor, no esconde que en la fachada de este sentimiento domina siempre el deseo de gloria y el sometimiento a la opinión pública. ARISTÓTELES en estado puro. Frente a ello, habrá un destacado grupo de pensadores

---

<sup>301</sup> CHAUCHADIS, C.: "Libro ..., *op. cit.*, p. 13.

<sup>302</sup> ROMANI, R. y TENENTI, A.: *Los fundamentos ...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>303</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, *op. cit.*, pp. 69 a 72.

que rechazará la preocupación obsesiva por la fama, reclamando que se centre la atención en la virtud, en la satisfacción interna personal y en la búsqueda de Dios.

Con el Renacimiento, desaparece la seguridad del orden teológico, y en su lugar se instala la incertidumbre. El nuevo pensamiento aparta las teorías teocentristas que explicaban la realidad a través una voluntad superior, con la esperanza de que el nuevo hombre sea capaz por sí mismo de encontrar respuestas<sup>304</sup>. En este contexto, el ser humano buscará nuevas realidades que colmen su afán de superación y su inquietud espiritual, pero en tanto esto no suceda, se moverá por un terreno inestable, desconocido, sin referencias ni puntos de apoyo, que le generará temor y angustia. Es famosa la frase de HOBBS “el miedo y yo nacimos gemelos”. Por ello, el hombre renacentista buscará desesperadamente aquellos signos que le reafirmen ante sí mismo primero, y ante la sociedad después, dado que no hay ninguna seguridad trascendental similar a la que disfrutaban anteriormente, salvo la fama o reputación que se erige en referencia y meta que alcanzar, revalorizándose estas ideas (fama, reputación, frente al clásico comportamiento virtuoso) dependientes de la opinión pública y la comunidad<sup>305</sup>. *El Gonsalus* de Ginés de SEPÚLVEDA supone, en medio de ese debate, una decidida apología de la licitud moral del deseo de gloria. Basado fundamentalmente en ARISTÓTELES y en CICERÓN, su defensa gira en torno a dos ideas básicas: a) el deseo de gloria es perfectamente compatible con la *honestas*, es decir, con la *virtus*, opinión rechazada por Lorenzo VALÍA; b) ese mismo deseo también es compaginable con la moral cristiana<sup>306</sup>.

Frente a estas concepciones favorables a la estima de la fama y de la reputación como bienes materiales de vital importancia, se alzan las voces de los humanistas cristianos que priorizan la vertiente interna del honor como posesión de virtudes espirituales e incluso, en un sentido más pragmático, de habilidades o cualidades físicas, promoviendo una revalorización de las ideas de utilidad social y servicio a la comunidad. Es decir, mantienen la importancia de la sociedad pero no como fuente de concesión de honores, sino como destinataria de nuestras virtudes; no se trata de que la

---

<sup>304</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., p. 75.

<sup>305</sup> LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio ...*, op. cit., pp. 75 y 76.

<sup>306</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ...”, op. cit., p. 359.

sociedad esté a nuestro servicio para premiar nuestras hazañas, sino de servir a la sociedad con nuestras capacidades.

En este grupo encontramos a Luis VIVES, quien opina que el deseo de fama frecuentemente es la causa de muchos males, pues hace que el hombre esté más pendiente de los ojos de los demás que de su propia conciencia. El verdadero reconocimiento a nuestras obras sólo debe provenir de nuestra conciencia y, a través de ella, de Dios<sup>307</sup>. Por ello, acentúa la concepción del honor como virtud al afirmar que el honor ha de nacer de la virtud, “mas esta de suyo, desdeña los honores, porque el honor es consecuencia, no afán”<sup>308</sup>. Por su parte, Francisco DE VITORIA llama honor a la distinción o testimonio que se otorga a quien se distingue, mientras fama era la opinión en que son tenidas las cualidades sobresalientes de una persona; por lo cual, comúnmente, los hombres estiman más el honor que la fama, aunque la fama sea mayor bien que el honor<sup>309</sup>.

En este elenco de pensadores que rechazan el honor como fama obsesiva se hallan los dos grandes humanistas. PETRARCA, en su obra *De scriptonm fama*, censura reiteradamente ese vano afán que, como enfermedad contagiosa, afecta a gran número de personas. Su única preocupación ha de ser obrar virtuosamente, a pesar de que eso, inevitablemente, vaya acompañado de la gloria<sup>310</sup>. Gráficamente recuerda que “por ningún camino se va más allá al error y al despeñadero que por las pisadas del vulgo”<sup>311</sup>. En la misma línea de rechazar el sometimiento a la opinión pública como único juez de la honorabilidad de nuestra conducta, ERASMO sostiene que “el juicio común de la gente nunca jamás fue ni es regla muy cierta ni muy derecha para regirse hombre por ella, no vivir conforme a su parecer, ni conformarse con su sentir” y afirma irónicamente: “qué mayor desatino puede ser que tasar el precio de lo que tú vales a dicho de unos hombrecillos que está en su mano, cada vez que les antojare, tornarte a quitar esa buena de honra que te habían dado”<sup>312</sup>. En su obra *Stultitiae laus* equipara el

---

<sup>307</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ..., *op. cit.*, p. 131.

<sup>308</sup> CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones* ..., *op. cit.*, p. 32.

<sup>309</sup> PITARCH, J. L.: *El honor* ..., *op. cit.*, p. 43.

<sup>310</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ..., *op. cit.*, p. 131.

<sup>311</sup> CASTRO, A.: “Algunas observaciones acerca del concepto de honor en los siglos XVI y XVII”, *Revista de Filología española*, tomo III, cuaderno 1º (enero-marzo 1916), p. 383.

<sup>312</sup> CASTRO, A.: “Algunas observaciones ..., *op. cit.*, p. 381.

afán por la gloria a la ignorancia, a la tontería, a la *stultitia*, señalando que “la *stultitia* es la consejera tanto de los buenos escritores que se pasan la vida retocando y perfeccionando sus obras buscando el reconocimiento de los lectores cultos, como de aquellos otros que escriben la primera majadería que les viene a la cabeza”<sup>313</sup>.

### 4.3 EL HONOR EN EL TEATRO ESPAÑOL DE LA ÉPOCA DORADA

Puede afirmarse sin caer en el error que el honor es uno de los principales ejes dramáticos del teatro español durante los siglos XVI y XVII, sino el más importante. El honor era un principio vertebrador de la escala social, un criterio de ubicación en los distintos peldaños de la jerarquía social. Los dramaturgos eran conscientes de estas realidades y por ello recurrían en sus representaciones a las temáticas relacionadas con el honor y la honra en búsqueda del respaldo social y del éxito de sus obras. No en vano ya reconoció LOPE DE VEGA en su *Arte nuevo de hacer comedias* que “los casos de la honra son mejores, porque mueven con fuerza a toda gente”. Observar a los protagonistas cómo lidiaban con problemas que podían plantearse en la cruda realidad (aunque siempre se llevasen al extremo para magnificar los conflictos de sentimientos), era un reclamo perfecto para atraer al gran público.

Esto advertido, las demás afirmaciones que se escuchen sobre el teatro español de la Edad Moderna pueden ya no ser tan pacíficamente aceptadas, especialmente ésas que alegan que con CALDERÓN DE LA BARCA el honor alcanza su máxima expresión pues consigue reflejar con total realismo la aristas de este sentimiento o valor social. Ni es cierto que CALDERÓN alzara el honor a su estado de máxima gloria (o por lo menos no él solo, sino que este éxito sería compartido por los dramaturgos del momento) ni el honor expuesto en sus obras teatrales era un fiel reflejo del honor que se vivía en la sociedad. En esta línea, sostiene CASTRO que “el honor no es un concepto estricta, ni genuina ni originalmente calderoniano; CALDERÓN esquematizó y estilizó el concepto y el sentimiento del honor, que recibió de sus predecesores, pero de que le corresponda un momento especial en la evolución de un tema que anima la masa homogénea de nuestra comedia, no se sigue que en el terreno de la precisión histórica tengamos que calificar al honor en el teatro con la nota de calderoniano. Ninguna de las

---

<sup>313</sup> ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión ..., *op. cit.*, p. 133.

características del concepto de honra son exclusivas de CALDERÓN, sino que ya aparecen en los dramáticos que le precedieron”. De hecho, en el teatro español del siglo XVI, desde 1520, venía formulándose un concepto de honra y estaba siendo delineado en sus rasgos más importantes: a) el honor y la fama son idénticos; b) la pérdida de la honra es análoga a la pérdida de la vida; c) para conservar la honra hay que ocultar los actos que puedan motivar mala reputación; d) la venganza se emplea cuando se pierde el honor<sup>314</sup>.

Por lo que se refiere a la identidad entre el honor que centra las angustias de los protagonistas del teatro español moderno y el honor presente en la vida cotidiana, debemos indicar que constituye un error de bulto simplificar hasta el punto de afirmar que las dos visiones del honor son coincidentes, justificando así la idea que se tiene fuera de nuestras fronteras de la rareza y extremismo del pueblo español que vive y se desvive hasta la muerte cuando del honor está por medio. Ciertamente podremos ser una excepción, pero tal excepción no roza la locura. A este respecto, no puede olvidarse que los dramaturgos aprovechaban sus guiones para denunciar el estado de las cosas, el sinsentido de algunos sentimientos y realidades y para ello es obvio que debían estirar los conceptos al máximo a fin de que, por medio de la exageración, sus críticas y denuncias fueran visibles. Por ello, parece cierto que CALDERÓN se burlaba de la concepción de honor de los caballeros por ser un comportamiento pomposo, anacrónico y arcaico, dañino para los individuos concernidos y para la sociedad en general<sup>315</sup>. Debe hacerse una lectura menos literal de la obra de CALDERÓN para evitar el estereotipo del “honor calderoniano”, pues CALDERÓN es ante todo un hombre con plena conciencia de que el teatro es ficción aunque tome como semilla la imitación de la vida, no tanto mostrando las costumbres de la realidad sino proponiendo desde la teatralidad, que debía ser asumida por autor y público, unos modelos de conducta<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> CASTRO, A.: “Algunas observaciones ...”, *op. cit.*, pp. 16 y 19.

<sup>315</sup> CHAUCHADIS, C.: “Las denuncias de la ley del duelo en El postrer duelo de España: nuevo examen”, CANAVAGGIO, J. (editor): *La Comedia*, Colección de la Casa de Velázquez, Madrid, 48 (1975), p. 382.

<sup>316</sup> DOMÍNGUEZ DE PAZ, E.: “Sobre la honra y la soledad en A secreto agravio, secreta venganza de Calderón”, ARELLANO AYUSO, I.: *Homenaje a Kurt Reichenberger en su 80 cumpleaños. Actas del Congreso Internacional, IV Centenario del nacimiento de Calderón (vol. II)*, Universidad de Navarra, Edition Reichenberger, Kassel, 2002, p. 176.

Un caso paradigmático de denuncia del honor por medio de la literatura es el de CERVANTES. En las obras del escritor manchego toda la casuística sobre el honor de los nobles, las relaciones con el monarca, la publicidad de la venganza, pierde su sentido (CASTRO, A.: “Algunas observaciones ...”, *op.* 122



Es cierto que la crítica a los estereotipos que acabamos de formular ha sido recibida por la doctrina extranjera que, al menos, se hace eco de estos planteamientos cuando reconoce que nuestros dramaturgos no aprobaban los actos extremos que resolvían los dramas de honor (duelos y venganzas con resultado de muerte), sino que, en el caso de CALDERÓN, los utilizaban para mostrar la sinrazón de los actos derivados del código de honor, e, incluso, que eran un instrumento de los dramaturgos para explorar otros problemas<sup>317</sup>; sin embargo, hay quienes parecen todavía no verlo así y sostienen que el teatro español, y particularmente, el calderoniano respondía a una realidad única en España sólo comprensible para los españoles que se veían representados en unas figuras teatrales que para los extranjeros eran sombras inhumanas o monstruos grotescos, por lo que el honor calderoniano se volvía para ellos una distorsión absurda<sup>318</sup>. Es decir, que lo que representábamos era lo que sentíamos y esto último era un exceso típicamente español y exclusivamente explicable desde nuestros parámetros sociales.

Aclaradas estas cuestiones iniciales que nos permiten entrar a analizar la cuestión sin prejuicios ni tópicos infundados y científicamente contraargumentados, podemos examinar cuál era el código de honor que se desprendía de las obras dramáticas y de las comedias de la edad dorada del teatro español. Los rasgos del código de honor del teatro español son los que siguen:

- a) Al igual que en la Edad Media, es un código inflexible e irrenunciable, que exige una adhesión total, sin fisuras. Por ello, el ciego comportamiento y el destino inexorable de los protagonistas no devienen tan sólo de las circunstancias históricas que sirven de base a la comedia, sino de la adhesión a un código de

---

*cit.*, p. 362). Su literatura busca concienciar al público, moralizarlo (frente al mayor efectismo y esteticismo de las obras dramáticas de LOPE y CALDERÓN, en las que, no obstante, también hay una finalidad de concienciación y de denuncia, como antes sostuvimos) en un tema tan espinoso como el honor sexual, en el que predominaba la sectaria visión de que la infidelidad de la mujer suponía un agravio al honor del marido del que sólo era responsable ella y que justificaba que éste diera muerte a aquélla. Frente a esta tradicional consideración, los textos de CERVANTES atienden como causa del agravio tanto a la culpa de la mujer como al error psicológico del marido; la razón, por tanto, domina a la cólera y la venganza no se produce (CASTRO, A.: "Algunas observaciones ..., *op. cit.*, p. 362).

<sup>317</sup> HALKHOREE, P.: "Calderón de la Barca: El Alcalde de Zalamea", *Critical Guides to Spanish Texts*, Grant and Cutter Ltd, Londres, 1972, p. 20.

<sup>318</sup> JONES, C. A.: "Spanish honour as historical phenomenon, convention and artistic motive", *Hispanic Review*, 33 (1965), p. 39.

honor que no ofrece tregua ni la posibilidad de comprensión entre los moriscos y los cristianos<sup>319</sup>.

b) Proyecciones de la honra que estructuran la sociedad: a) honra vertical: al servicio de la estratificación de la sociedad y como elemento diferenciador en el sentido ascendente de *status* (la honra vertical es inherente a la posición del individuo en la escala social; es pues honra inmanente)<sup>320</sup>; b) honra horizontal: fama o reputación, que descansaba en la opinión que tuvieran los demás de una persona; era un elemento de *igualamiento* en calidad de símbolo de cohesión social, porque todas las personas sentían en lo más vivo el imperativo de su hombría/pureza y de su dignidad personal, que tendía a igualar a los miembros de la comunidad por encima de barreras de clase<sup>321</sup>.

c) El Rey y el honor. Ya hemos visto al analizar la noción de honor en la sociedad del siglo XVI y XVII cómo en la cúspide de la escala social se aloja el rey, que situado el más próximo a la fuente suprema de honor, Dios, tiene la potestad de conceder honores y retirarlos, interpretando las necesidades sociales. Tal es la situación que, como apunta CASTRO, “no hay honor fuera de la nobleza, ni nobleza sin que el rey cree y corrobore la calidad de noble” y “el honor expresa la relación del individuo con la sociedad, cuya esencia y representación condensa el rey”<sup>322</sup>. En la medida en que el Rey ha establecido el orden social dando forma a la voluntad divina y trasladando el orden divino a la realidad, cualquier ofensa contra el Rey supondría negar ese orden, levantarse contra él y, en última instancia, contra el orden divino que debe ser inmutable. Ello explica que aun cuando la figura del rey haya ultrajado el honor de una persona, nunca deba responderse a esa ofensa, pues, de hecho, no hay ofensa en sentido estricto, porque sólo ofende y la ofensa merece ser respondida quien se sitúa en el mismo escalón de la jerarquía social de su víctima ya que responder a alguien inferior,

---

<sup>319</sup> CRUZ, A. J.: “Corazón alarbe: los moriscos, el código de honor y la crítica de la guerra en Amar después de la muerte”, ARELLANO AYUSO, I.: *Homenaje a Kurt Reichenberger en su 80 cumpleaños. Actas del Congreso Internacional, IV Centenario del nacimiento de Calderón (vol. II)*, Universidad de Navarra, Edition Reichenberger, Kassel, 2002, p. 130.

<sup>320</sup> CORREA, G.: “El doble aspecto de la honra en el teatro del siglo XVII”, *Hispanic Review*, vol. XXVI (1958), p. 107.

<sup>321</sup> CORREA, G.: “El doble aspecto ...”, *op. cit.*, p. 107.

<sup>322</sup> CASTRO, A.: “Algunas observaciones ...”, *op. cit.*, p. 34

que vale menos, supone degradarse y quien ofende a alguien superior debe ser ignorado por atribuirse una capacidad de la que carece.

- d) Símbolo y rito/ritual. CORREA explica claramente el contenido de este rasgo del código de honor dramático en los siguientes términos: “quitar la honra es ante todo manchar a la persona; al estar manchado, se atenta contra la pureza de la personalidad, por lo que el acto correlativo de restauración es una ceremonia de purificación para lavar la mancha repugnante y onerosa, lo cual sólo es posible con la misma sangre del ofensor derramada por el ofendido como una víctima propiciatoria que se ofrece a una oscura divinidad ofendida, que no es otra que la sociedad”<sup>323</sup>.
- e) La pérdida de la honra es algo inconcebible. El honor se considera el bien exterior de mayor importancia, superando a la hacienda, el dinero, el poder o la riqueza. No se contempla una vida sin honor o, que es lo mismo, merece más la pena estar muerto que vivir esa agonía de vivir deshonrado. La ausencia del honor supone la negación de uno mismo si atendemos a la vertiente interna del honor, pero implica también la negación de la persona en relación con la comunidad, si consideramos la vertiente externa del honor como reputación. En fin, perdido el honor no hay razones para vivir, es más, no hay nada. Por ello, “la deshonra se iguala con la muerte, la honra se equipara a la vida; en consecuencia, siendo la honra un bien equiparable a la vida, podrá defenderse matando”<sup>324</sup>.
- f) Rasgos de la venganza. Por una parte, en cuanto a la oportunidad de la venganza, advertido que el honor es el bien más estimable y que no merece la pena vivir sin honor, la procedencia de la venganza una vez consumado el agravio es incuestionable. No hay más remedio que arriesgar la vida (bien inferior) para recuperar el honor (bien superior). En este sentido, la venganza es una modalidad de auto-defensa. Por otra parte, en cuanto a la forma en que debe producirse esta venganza, hay que distinguir si el agravio no se ha consumado todavía, en cuyo caso la venganza debe serle previa, de si se ha consumado ya, supuesto en el que

---

<sup>323</sup> CORREA, G.: “El doble aspecto ...”, op. cit., p. 105.

<sup>324</sup> MENÉNDEZ PIDAL, R.: *España y su historia (tomo II)*, Ediciones Minotauro, Madrid, 1957, p. 358.

si el agravio ha sido público, la venganza ha de ser también pública y notoria, dotada de “resonancia purgadora de la ofensa ante la comunidad”, y si ha sido privado el agravio, la venganza debe ser secreta “para no aumentar el número de sabedores del agravio y no hacer más grande la deshonra que se trata de esperar”,<sup>325</sup>.

## **5. EL SIGLO XVIII. LA ILUSTRACIÓN: ALGUNAS “LUCES” EN EL HONOR**

### **5.1 LA SOCIEDAD DIECIOCHESCA: NOBLEZA, HONOR Y OFICIOS VILES**

#### **5.1.1 Vestigios del pasado**

En cierta medida, la sociedad española del siglo XVIII es continuación de los males del pasado. Como a continuación comprobaremos, tanto la nobleza como el campesinado, el tercer estado, arrastran costumbres y concepciones propias de tiempos pretéritos, trasnochadas y arcaicas, que dificultan seriamente el progreso del país. Y en ambos casos en esos sentimientos anticuados subyace un mismo temor, una misma amenaza que desean borrar y apartar de sí: la sospecha de ser judío o parecerlo. Consecuencia de ello, los cristianos viejos, de condición humilde y campesina, enarbolarán con orgullo su tradicional dedicación al campo, alejados en todo momento de otras actividades más elevadas, tales como la artesanía, la industria o el comercio. Los nobles, por su parte, también de credo cristiano, proclamarán a los cuatro vientos que su única dedicación y aspiración, incluso la de su familia y ancestros, ha sido la de acumular tierras para acceder o consolidarse en el estrato social más alto, sin desarrollar nunca actividad profesional alguna, rompiendo cualquier vínculo con los nobles de nuevo cuño (cristianos nuevos) que habían adquirido la hidalguía mediante la compra de esta condición pero sin haber conseguido que la opinión pública olvidara su anterior dedicación a actividades industriales, intelectuales o financieras, por lo que ni siquiera el título de hidalgo que exhibían como un escudo frente a las críticas y suspicacias, les protegía de la aversión que surgía contra ellos.

---

<sup>325</sup> MENÉNDEZ PIDAL, R.: *España ...*, op. cit., pp. 358 y 359.

Queremos constatar con lo anterior que, incompresiblemente, las actitudes que hoy más reprobaríamos en un colectivo se argüían en el siglo XVIII para evitar cualquier sospecha de sangre impura. Así, el campesino se sentía orgulloso de no haber abandonado el campo (ni él ni su familia o linaje, en el sentido más humilde del término), mientras la nobleza blindaba con fuerza su estamento social para que no se acercaran los cristianos nuevos advenedizos con pasados sospechosos de ocupación profesional. En ambos casos, actitudes condicionadas por vestigios del pasado. Y en ambos casos, justificadas en el intento de los dos estamentos, cada uno en la medida de sus posibilidades, de mantener el honor que por su pureza étnica y por su trayectoria se habían ganado, lo que pone de manifiesto cómo el honor seguía siendo en el siglo XVIII un valor sumamente importante para la ubicación de las personas en la jerarquía social.

A causa del ansia de tener honor se había despertado un auténtico desprecio entre la población hacia los oficios mecánicos, tradicionalmente considerados viles por razón de la condición judía de quienes los habían ejercido; en otras palabras, había una gran falta de respeto hacia el trabajo<sup>326</sup>. Así, la aristocracia se negaba a valorar socialmente los trabajos mecánicos, ya que temía que la aceptación de su honra llegara a facilitar en demasía la cohesión social, arraigando en los humildes un prestigio que desterraría la sensación de inferioridad de sus subalternos y que concedería dignidad a quienes, por nacimiento, no debían alcanzar esa categoría moral<sup>327</sup>. En fin, las creencias sobre el deshonor que implicaba el ejercicio de determinados trabajos manuales estaban tan extendidas en la España del siglo XVIII que pocas personas se encontraban libres de tales perjuicios, incluso dentro del estado general<sup>328</sup>.

---

<sup>326</sup> Precisamente, lo contrario de lo que sucede en América, según la descripción de la sociedad americana y de sus valores efectuada por TOCQUEVILLE y que relata CARRIÓN MORILLO. Una de las características que le atribuye TOCQUEVILLE al pueblo norteamericano es la estima hacia el trabajo, introduciendo una clara diferencia entre el amor que los pueblos democráticos como Estados Unidos profesan al trabajo, al tener precisamente una situación de homogeneidad social y un estado social democrático en el sentido de igualitario, frente al desinterés de los europeos, y, particularmente, los españoles; solamente pueden acceder a un cambio de *status*, a un cambio de situación social y económica a través del esfuerzo personal. Exactamente lo contrario de lo que ocurre en Francia, porque en Francia hasta nobles bien dotados para el trabajo se abstienen por no romper las pautas de comportamiento atribuidas a su clase aristocrática. *Vid.*, CARRIÓN MORILLO, D.: "El Honor, y su relación con la virtud, en el pensamiento de Tocqueville", *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, 11 (2007/2008), p. 212.

<sup>327</sup> MORAL RONCAL, A. M.: "Honor, vileza y honra los oficios mecánicos en el siglo XVIII", *Estudios de arte, geografía e historia*, 18 (1996), p. 379.

<sup>328</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen: los Borbones*, Historia de España Alfaguara IV, Alianza Editorial y Ediciones Alfaguara, Madrid, 1975, p. 135.

Evidentemente, la situación que describimos iba mucho más allá de la mera repulsa por unas profesiones. Sus efectos trascendían de los simples gustos personales, de los temores de un colectivo, para llegar a condicionar negativamente el progreso económico del país en su conjunto. Frente al despegar económico que experimentaban los Estados del entorno continental por motivo del proceso de industrialización y del empuje económico liderado por la nueva clase social, la burguesía, España se mostraba incapaz de vislumbrar las posibilidades que se abrían en el horizonte, pues seguía anclada en clichés y estereotipos altamente perniciosos e injustificables desde un punto de vista económico. El español del Antiguo Régimen no supo sumarse a las corrientes económicas de la Europa moderna y los oficios manuales conservaron una tacha de infamia que mantenían a quienes los desempeñaban en una grave postración social<sup>329</sup>.

Precisamente para hacer frente a ese desprecio y al pretendido deshonor de sus actividades, los trabajadores mecánicos, frecuentemente agrupados en gremios<sup>330</sup>,

---

<sup>329</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ..., *op. cit.*, pp. 952 y 953. Y no sólo los oficios manuales conducían a esta situación de desestima general, sino que la escasez de profesionales que padecía España en el siglo XVIII descansaba, por una parte, en las bajas remuneraciones que era posible percibir, pero, por otra, en la escasa consideración social de que disfrutaban quienes ejercían profesionales liberales, salvo quienes se instalaban en las más altas magistraturas del Estado. Así, ANES, G.: *El Antiguo Régimen* ..., *op. cit.*, p. 92.

<sup>330</sup> “Los gremios surgieron por fines profesionales, pero dentro del espíritu de la época, tan pagada del honor, de las distinciones, de los privilegios, aparecen como un movimiento de segregación que hace surgir una élite del seno de la masa trabajadora”. *Vid.*, DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 388.

La minoría ilustrada española reclamaba la eliminación del sistema gremial, a favor de un sistema de recompensas monetarias, premios y distinciones honoríficas para artesanos y mercaderes. Y no les faltaba razón pues era evidente que las reglamentaciones tan rígidas de que se dotaban los gremios para mantener a salvo de los impuros la supuesta honradez y dignidad del oficio, suponían un obstáculo de considerables dimensiones para el enriquecimiento y la productividad. Desde esta perspectiva, sostiene GARCÍA SANZ, “las ordenanzas gremiales se muestran claramente incapacitadas para asumir en su articulado los cambios reales que se están produciendo y, por lo tanto, son consideradas como el principal obstáculo al progreso de la industria”. *Vid.*, GARCÍA SANZ, A.: *Desarrollo y crisis del Antiguo Régimen en Castilla la Vieja. Economía y Sociedad en tierras de Segovia.1500-1814*, Akal, Madrid, 1977, p. 401. Era una actitud realmente contraproducente y contraria a la lógica comercial y mercantil, pues en lugar de sumar el mayor número de fuerzas al negocio en momentos de crecimiento demográfico y, consiguientemente, de incremento de las necesidades productivas, los gremios optaron por no corresponder la demanda de productos, ofuscados, como estaban, en conservar la pureza del oficio.

No obstante, CAPMANY muestra en esta cuestión su perfil más polémico alabando las virtudes y bondades de los gremios. Así, según lo recoge CALLAHAN, el economista catalán entendía que en una sociedad como la española donde la gente no participaba constitucionalmente en los honores públicos y en los empleos, que se reservaban a otras clases de la nación, la única forma para que los artesanos pudieran efectivamente recibir el honor que merecían era a través de los gremios, que hacían de los artesanos gentes respetables concediéndoles una presencia visible y permanente en el estado (“... *through the guilds which make artisan respectable by giving them a a permanent and visible presence in the state*”). *Vid.*, CALLAHAN, W. J.: *Honor, commerce and industry in eighteenth-century Spain*, Harvard Graduate School of Business Administration Soldiers Field, Boston, 1972, p. 54.

empleaban distintos medios, como nos recuerda MORAL RONCAL: a) no es extraño que algunos menestrales adaptaran su guardarropa al objeto de alcanzar un lugar digno dentro de su comunidad, llevando por ejemplo, chupas y espadines de plata; b) en cuanto a la estructura gremial, los maestros mantuvieron una férrea jerarquía laboral dentro de los talleres y obradores, y un régimen reglamentario más duro y restrictivo que en siglos anteriores, seleccionando los candidatos (atendiendo tanto a su pureza de sangre como a la ausencia de cualquier contacto con familiares que se hubieran dedicado a oficios viles o mecánicos), para evitar la postergación del oficio, aun cuando se redujese el enriquecimiento; se trataba de dotar a los gremios de una reglamentación propia para hacerlos estimables, distinguidos y selectos, que dificultara el acceso, discriminara entre los aspirantes y elevara su nivel de consideración social, aunque, ciertamente, las restricciones a la competencia y a la capacidad de producción impidieran a los miembros la posibilidad de enriquecerse, si bien, a cambio de la seguridad de no caer el oficio en la miseria; c) cuando había ceremonias religiosas o en las fiestas urbanas ocupaban un puesto preferente que públicamente refrendara su lugar en la escala social; d) mediante los pleitos y demandas personales los agremiados buscaban también el reconocimiento de la honradez de sus oficios por parte de las autoridades y frente al menosprecio social y descalificación que los grupos sociales privilegiados realizaban en contra de su trabajo físico<sup>331</sup>.

### **5.1.2 La ociosa nobleza y la pujante burguesía**

Hemos afirmado anteriormente que la nobleza trató en el siglo XVIII de cerrar el ingreso a su clase social a fin de evitar una progresiva igualación de los estamentos que pudiera simplificar las diferencias sociales y borrar el sistema estamental, que tanto tiempo había necesitado para consolidarse. En última instancia, el objetivo del estamento nobiliario no era otro que conservar los privilegios inherentes al mismo, que sólo serían tales mientras los ostentara un reducido grupo de personas en oposición al común, por lo que la posibilidad de reducción de los citados privilegios sería directamente proporcional a la mayor relajación de los criterios de entrada en la clase

---

<sup>331</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad ...*, op. cit., p. 388. Esta obsesión por cuidar su pureza les hizo merecedores de críticas, por ejemplo, de la Comisión de Fábricas que les acusó de ofuscación mental, anacronismo técnico y monopolismo económico, como nos recuerda VICENS VIVES, J.: *Cataluña en el siglo XIX*, Biblioteca del Pensamiento Actual, Rialp, Madrid, 1961, p. 178.

nobiliaria y, consiguientemente, a la mayor superpoblación de ese estamento. En fin, había que encerrar el estado nobiliario dentro de una fortaleza que dejara a salvo los privilegios, inmunidades y prerrogativas consustanciales a tal condición. Y el método empleado para ello, teniendo en consideración que la fuente de poder y honor de la nobleza era la propiedad de la tierra, fue el sistema de los mayorazgos y la amortización de propiedades, mecanismo ciertamente beneficioso para que la nobleza consolidara su fuerza económica y social, pero completamente perjudicial para las necesidades de crecimiento económico del país. Tal es así que el ilustrado FLORIDABLANCA bautizó la institución del mayorazgo como “seminario de la ociosidad”, al tiempo que lamentaba que las limitaciones impuestas por algunas disposiciones legales no hubieran impedido que continuara asegurando la perpetuación de privilegios y la integridad del patrimonio<sup>332</sup>.

A partir de aquí, la palabra ociosidad se conecta a la condición de noble durante el siglo XVIII tanto si atendemos a los discursos de la élite intelectual ilustrada como en el caso de que tomemos por referencia las críticas menos pulidas pero igualmente contundentes del estado general. Tres afirmaciones que definen bien la situación de la nobleza dieciochesca podrían ser: a) la ociosidad era la demostración más sencilla y concluyente de la fuerza pecuniaria, de poder; b) la abstención del trabajo resultaba un requisito impuesto por el decoro; c) el honor nobiliario prohibía a la hidalguía ejercer cualquier oficio vil y mecánico<sup>333</sup>.

Existen algunas experiencias curiosas y anécdotas sorprendentes que reflejan gráficamente la realidad descrita. Por un lado, un embajador veneciano había dicho, de forma muy contundente: “el antiguo valor de los españoles ya no existe, porque, corrompidos por la ociosidad, viven solamente para los placeres”<sup>334</sup>; por otro lado, se recomendaba a los nobles que ocultasen sus dedicaciones profesionales, si las tenían, bajo el piadoso eufemismo de “diversión loable y tregua provechosa”, considerándose como aficionados, no profesores<sup>335</sup>. Y ya para mayor abundamiento, podemos concluir esta recolección de esperpentos con unas palabras de ANES que resumen sencilla y

---

<sup>332</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen ...*, op. cit., p. 124.

<sup>333</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ...”, op. cit., p. 954.

<sup>334</sup> TREVOR DAVIES, R.: *La decadencia española. 1621-1700* (traducción de GARCÍA DE LA MORA, J. M.), Labor, Barcelona, 1969, p. 164.

<sup>335</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen: ...*, op. cit., p. 125.



crystalinamente la dimensión del problema: “la resistencia a perder los privilegios inherentes a la pertenencia al estamento explicaba la actitud de quienes preferían pasar hambre, y todo género de necesidades, antes que dedicarse a un trabajo que les envileciera”<sup>336</sup>. Ni siquiera algunos pensadores, defensores habituales de la fundamentación filosófica de los privilegios de la nobleza, eran capaces de apoyar esa falsa creencia de que los nobles tenían las manos atadas y no podían practicar profesión honrosa; entendían, por el contrario, que su enemigo no eran las artes sino la sociedad y sus vicios; lejos de aquellos clichés, proseguían, la nobleza debía liderar el cambio económico y social en el Estado para que las demás clases inferiores la siguieran como ejemplo<sup>337</sup>.

Por debajo de la nobleza, pero en progresivo ascenso, venía surgiendo desde el siglo XVI una clase social nueva que se distinguía del campesinado o del estado general (en terminología propia del siglo XVIII) por sus riquezas logradas por medio de las profesiones que diligentemente ejercían, y de la nobleza, debido a que, en caso de tener títulos nobiliarios, eran comprados, ya que ni por nacimiento ni por su origen humilde les correspondían. Hablamos de la burguesía. Como suele suceder con los elementos que se hallan en el medio de dos extremos, la burguesía era la pieza clave para el mantenimiento del sistema. Por una parte, exprimido al máximo el tercer estado, la administración pública necesitaba los ingresos procedentes de los impuestos generados por la intensa actividad económica burguesa con los que cubrir los agujeros de sus finanzas públicas; por otra, en la medida en que el honor se disfrutaba por sus titulares mediante la exhibición pública y ostentosa de los privilegios inherentes al noble, los grandes señores necesitaban de un grupo social como la burguesía ante la que regodearse de la realidad de que más valía un buen nacimiento que el trabajo honrado para ser noble.

Efectivamente, en el medio de la jerarquía social encontramos un grupo, apunta CARO BAROJA, opuesto a las viejas ideas de que los trabajos manuales, los oficios mecánicos, las industrias y el comercio eran para el español actividades viles y

---

<sup>336</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen* ... op. cit., p. 46. El mismo autor recoge esta reflexión de DOMÍNGUEZ ORTIZ: “los meridionales preferían pedir limosnas o morir de hambre antes de barrer las calles, portear agua y otras tales ocupaciones” (op. cit., p. 132).

<sup>337</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ..., op. cit., pp. 957 y 958.

deshonrosas, extendiéndose de ello una gran falta de respeto hacia el trabajo por creerse que era incompatible el honor/la honra y el valer más con determinadas actividades profesionales. Dicho grupo, añade, pretendía ser honrado e influyente, alcanzar grandes honores, por dinero o servicios<sup>338</sup>. En la vida económica que florece a raíz del capitalismo comercial, la burguesía urbana logró consolidarse en el siglo XVII, ocupando una posición básica en la estructura social de Occidente y experimentando un afán de gobierno y deseo de poder que alcanzó su definitiva expresión a fines del siglo XVIII<sup>339</sup>; a diferencia de los antiguos señores feudales y aristócratas que basaban su poder en la propiedad de la tierra, esta burguesía industrial y comercial obtenía sus fuentes de ingresos de las actividades económicas, convirtiéndose en centro de un poder económico y social que las estructuras políticas y sociales no reflejaban<sup>340</sup>, ni reflejarían nítidamente hasta la tercera década del siglo XIX<sup>341</sup>.

Una realidad como la descrita era inconcebible: frente a la pasividad de la nobleza cuya única virtud era la herencia<sup>342</sup> y la escasa funcionalidad práctica del clero, las actividades económicas de la burguesía se volvían vitales para el crecimiento de la sociedad, por lo que resultaba perentorio que la estructura de poder refrendara de forma explícita el cambio operado en el cuadro de la sociedad del Antiguo Régimen<sup>343</sup>.

El replanteamiento general de la situación que vivían se resume en esta pregunta: “¿quién tiene más derecho á la pública estimación, un Artesano honrado que con el sudor de su rostro gana para sí y su familia el pan que los sustenta, ó un noble

---

<sup>338</sup> CARO BAROJA, J.: “Honor ..., *op. cit.*, p. 117.

<sup>339</sup> VICENS VIVES, J.: *Historia General Moderna*, Montaner y Simón, Barcelona, 1967, p. 427.

<sup>340</sup> Estima GARCÍA SANZ que la organización estamental de la sociedad característica del Antiguo Régimen no reconocía, a juicio de la burguesía la importante función social que desempeñaba. *Vid.*, GARCÍA SANZ, A.: *Desarrollo ...*, *op. cit.*, p. 394.

<sup>341</sup> GUTIÉRREZ BENITO, E: *La Revolución Industrial. 1750.1850*, Historia del Mundo Contemporáneo, Akal, Madrid, p. 57.

<sup>342</sup> Y ¿qué era la nobleza hereditaria? “La nobleza hereditaria es la vanidad que yo fundo en que ochocientos años antes de mi nacimiento muriese uno que se llamó como yo me llamo y fue hombre de provecho, aunque yo sea inútil para todo” (J. CADALSO, Cartas Marruecas, 1768-1774, nº XIII).

<sup>343</sup> En cierto sentido, el reconocimiento del esfuerzo de la burguesía era una condición indispensable para el correcto funcionamiento del sistema, pues cada clase constituía un eslabón de la cadena igualmente necesario. Siguiendo a CALLAHAN, podríamos estar ante una concepción orgánica de la estructura social o en una cadena en la cual un elemento está unido al siguiente de un modo tal que cada elemento soporta recíprocamente a otro, siendo así que cada componente necesitaba que la sociedad reconociera el honor y la estima que merecía, por lo que negar la dignidad a cualquier parte suponía derribar la armonía natural entre los distintos grupos en que la sociedad se divide. *Vid.*, CALLAHAN, W. J.: *Honor ...*, *op. cit.*, p. 47.

*Ciudadano que entregado á una perpetua indolencia lo mejor que hace es vegetar?”<sup>344</sup>. Concluimos finalmente, siguiendo a DOMÍNGUEZ ORTIZ, que fue “tal la evolución que experimentan en estos años que los burgueses comienzan a tomar conciencia de clase, a no avergonzarse de su procedencia y ocupaciones, a rehusar diluirse en un concepto tradicional de la nobleza que les vedaba el ejercicio de actividades lucrativas; la mercatura se erige en un ideal superior; de la defensiva, la burguesía comerciante pasaba a la ofensiva, y si antes el rico mercader soportó desprecios del hidalgo pobre, ahora expresa su desdén hacia él”<sup>345</sup>.*

El cambio que reclamaba este sector de la sociedad tanto en el plano de las ideas como en el de la práctica se consumaría prontamente. Frente a la situación heredada, comienza a percibirse ya en la segunda mitad del siglo XVIII la conveniencia de la desaparición paulatina de las bases del orden estamental, así como los nuevos fundamentos que darían al traste a la organización social basada en un sistema de privilegios<sup>346</sup>. Así, el sistema tradicional estratificado y socialmente jerarquizado empieza a entrar en quiebra a medida que toma forma una nueva identidad moderna y redefinen los contornos del concepto de honor, todo ello como consecuencia en gran medida del papel predominante del nuevo orden económico propició el fin de la sociedad del Antiguo Régimen. En fin, el ordenamiento social estamental se había convertido en una mala hierba cuyo podado era imprescindible para el progreso el país, sin embargo, tal operación no resultaría sencilla por lo profundo que hundía sus raíces. A tal fin, en estrecha alianza trabajaron la elite intelectual y la Monarquía, para propiciar el cambio de mentalidades (tarea asignada a los pensadores) y para trasladar dicho cambio a las normas jurídicas que ordenaban la convivencia (de lo que se encargó poder real).

---

<sup>344</sup> Recogida por GARCÍA SANZ, A.: *Desarrollo ...*, op. cit., p. 396.

<sup>345</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad ...*, op. cit., p. 487.

<sup>346</sup> Es cierto que esta necesidad de cambio ya era percibida y preocupaba sensiblemente, en el siglo XVII, no siendo una pura creación del siglo XVIII, si bien es cierto que fue en esta centuria cuando la actuación de la monarquía de Carlos III adquirió verdaderas dimensiones como consecuencia de la intervención estatal (*“the campaign to obtain social recognition for the manual trades was not a creation of the eighteenth century, although it was only then, particularly during the reign of Charles III, that the attack took on determined and systematic proportions which resulted in significant intervention by the state”*): CALLAHAN, W. J.: *Honor ...*, op. cit., p. 45.

## 5.2 EL PENSAMIENTO ILUSTRADO Y EL HONOR

La reforma económica fue la preocupación fundamental de los ilustrados. No obstante, estas reformas no terminan ahí sino que las mismas consisten en procurar, en palabras de PALACIO ATARD, “una reconstrucción económica, a la que se subordina incluso la reforma del ordenamiento cultural, puesto que se trata de conseguir la adopción de una mentalidad nueva que oriente el comportamiento de los hombres hacia la obtención y abundancia de los medios materiales, los cuales serán los que proporcionen a los españoles el bienestar y la prosperidad, y al Estado la reconstrucción del poder, meta última de los ilustrados”<sup>347</sup>.

Consecuencia de un contexto social como el que hemos descrito, el poder fáctico de la Monarquía y el pensamiento ilustrado trabajarán conjuntamente para desterrar valores sociales perjudiciales para el interés del país, tales como la vileza de los oficios mecánicos y la incompatibilidad de la nobleza con el ejercicio de profesión alguna, ambos contruidos sobre la base de una concepción del honor estamentalista, no surgida de la virtud y el esfuerzo, sino de la mera y azarosa pertenencia a una clase social o a otra. El objetivo será crear un nuevo clima social arraigado en valores adecuados a los nuevos tiempos de crecimiento, trabajo y prosperidad, y alejados, por el contrario, de viejas obsesiones por la sangre pura y por el afán de aparentar nobleza aunque sin su correspondiente comportamiento noble, en el sentido de virtuoso. Y en este proceso de cambio, de revolución no simplemente económica, agraria, industrial y comercial, sino de valores sociales, la burguesía ejercerá una influencia notable en tanto era el grupo teóricamente más beneficiado de un cambio en la ordenación social del Antiguo Régimen que pusiera blanco sobre negro su inestimable aportación al crecimiento del país y la dignificara públicamente con la conexión de honores. En fin, que la ley honrara a la burguesía y a la clase trabajadora.

Desde la perspectiva de las ideas, las metas que acabamos de enunciar debían plasmarse en una doctrina que enalteciera el trabajo manual en función de su utilidad social, aceptándose la máxima feijooniana de que “lo más útil al público es más

---

<sup>347</sup> PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XVIII. El siglo de las reformas*, U.N.E.D., Madrid, 1978, p. 21.

honorable, y tanto más honorable cuanto más útil”<sup>348</sup>, o, en palabras de GUILLAMÓN ÁLVAREZ: “apología del trabajo y condena del ocio”<sup>349</sup>. Todas las críticas que se habían hecho ya antes acerca del honor y de la vergüenza tomaron nueva expresión con el triunfo de los ideales dieciochescos; frente a más valer, desafíos, luchas de linajes y la pureza de sangre, se elevan ahora la virtud, la eficacia en el trabajo, la utilidad y el bien general<sup>350</sup>.

La élite ilustrada encontraba razonable (no en vano, su método de trabajo pivotaba sobre la razón) que todos los oficios, industriales, comerciales, agrarios, financieros o intelectuales, fueran reconocidos legalmente como honrados pues contribuían al enriquecimiento del país y en nada envilecían a quienes los ejercían. Evidentemente, tal planteamiento suponía una intensa turbulencia que podría llevarse consigo el ordenamiento social vigente en el siglo XVIII; sin embargo, las pretensiones de los ilustrados no eran tan ambiciosas ni revolucionarias; su objetivo pasaba, ni más ni menos, por conceder a todos los trabajadores, cualquiera que fuese su actividad desarrollada, la parte proporcional de honra que les correspondía en atención a su profesión, cada cual dentro de su nivel, dentro de la jerarquía social<sup>351</sup>, es decir, nadie podría negar la honra a un trabajador manual, pero tampoco podría elevarlo por encima de sus pretensiones legítimas, a los peldaños más altos del orden social, pues cada uno debía disfrutar sólo de la parte proporcional de honra que le fuera propia en atención a la utilidad social de su actividad.

En este sentido, es evidente que los ilustrados tenían por delante una tarea que pendería siempre de un hilo y podría resumirse así: se trataba de barajar las cartas pero sin llegar a romper la baraja. Y en esa baraja desordenada, en ese hilo a punto de cortarse, debían compatibilizarse dos objetivos: honrar a los trabajadores manuales en atención a la utilidad de su oficio y respetar la estratificación o estamentalización del orden social heredado, es decir, el orden social admitía más honra para sus componentes, pero sin que ello trastocara sensiblemente la división por clases. A tal fin

---

<sup>348</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ..., *op. cit.*, p. 6.

<sup>349</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor y honra en la España del siglo XVIII*, Departamento de Historia Moderna, Facultad Geografía e Historia, Universidad Complutense, Madrid, 1981, p. 23.

<sup>350</sup> CARO BAROJA, J.: “Honor ..., *op. cit.*, p. 117.

<sup>351</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

se publican numerosas obras por parte de pensadores ilustrados, con el fin de contribuir, desde una perspectiva ideológica, a tomar conciencia del problema y con el deseo de difundir los principios en los que debiera asentarse una concepción más racional del trabajo y de su función en la sociedad<sup>352</sup>. CAMPANY Y MONTPALAU, autor de *Reflexiones sobre la artes mecánicas* de 1778, dirá que “las artes se abrazarán sin repugnancia, siempre que cada oficio sea una propiedad sólida y permanente de aquella clase de familias del arte respectivo. Comuníquenles las leyes la debida estimación, y el artesano será tan honrado como el labrador”. Por su parte, FLORIDABLANCA afirmará que no es suficiente el establecer y promover fábricas, proteger las artes, la agricultura y el comercio, y recordará que no se honran todos los oficios y medios de subsistir los hombres desterrando la envejecida preocupación de que hay oficios viles, y de que todos los mecánicos perjudican a la nobleza y a la estimación común<sup>353</sup>. JOVELLANOS, finalmente, tomará partido a favor de estas posiciones reformistas a pesar de su condición de noble y de su deseo de poder fundamentar de alguna forma la estamentalización social, cuando compruebe que el comportamiento de los nobles, aun con la pretendida superioridad en que las circunstancias, la educación y la riqueza les han colocado, no es el que de ellos se debía esperar, viéndose obligado el ilustrado a invocar, más por despecho que por sinceridad, a la igualdad social<sup>354</sup>.

No obstante, siguiendo a GUILLAMÓN ÁLVAREZ, posiblemente las obras intelectuales que sirvieron en mayor medida a la denuncia pública de la situación de injusticia que padecían los trabajadores manuales y que influyeron más decididamente en la voluntad de la Monarquía de remediar mediante disposiciones legislativas el desigual reparto de honra entre sus súbditos, serían el *Discurso sobre la honra y la deshonra legal* de Antonio Xavier PÉREZ Y LÓPEZ, la *Disertación sobre el aprecio de las artes prácticas* de Antonio ARTETA DE MONTESEGURO y la *Memoria sobre el modo de fomentar entre los labradores de Galicia las fábricas de curtidos* de Pedro Antonio SÁNCHEZ:

1. Por lo que se refiere a PÉREZ Y LÓPEZ, su discurso tiene una triple finalidad: a) satisfacer a los nobles con el fin de encontrar el verdadero mérito de sus

---

<sup>352</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen...*, op. cit., p. 133.

<sup>353</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen...*, op. cit., p. 131.

<sup>354</sup> DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad ...*, op. cit., p. 355.

preeminencias<sup>355</sup>, en una reconsideración sobre su esencia como estamento privilegiado; b) procurar consuelo a los artesanos<sup>356</sup> demostrándoles que ni las leyes ni sus soberanos les subestiman y por el contrario les honran; c) mostrar a la sociedad en general la utilidad del desempeño de las artes prácticas y de la virtud que conllevan<sup>357</sup>; por tanto, pretende situar en equilibrio los dos pesos de la balanza: por una lado, mantener la vieja ordenación estamental, y, por otro, “llamar gubernativamente la atención para que todas las clases estén honradas con arreglo a la justicia distributiva, de manera que la diferencia estribe en la (cantidad de) honra, pero no entre honrado y deshonado”. En fin, su filosofía se resume claramente en esta idea: *“aunque todas las clases son honradas no pueden ser iguales, no deben ser iguales en estimación ... faltaría el orden y caería el Imperio en una asombrosa anarquía”*<sup>358</sup>.

2. ARTETA DE MONTESEGURO tampoco pretendía atacar al orden estamental o fomentar la igualdad de clases, sino poner de manifiesto el honor que se merecían los artesanos y menestrales y... nada más. Su planteamiento viene guiado por el criterio de la necesidad de cambiar de parecer en torno a la honra de las artes prácticas y mecánicas, y a tal fin llama la atención sobre la nefasta utilización de la razón en su época<sup>359</sup>, solicitando de todos, legisladores, Monarquía, nobles, pueblo ... la honra de la que los artesanos o menestrales son acreedores, por justicia y por propio interés de todos sin exclusión alguna. Y entre otros medios para distribuir honra proponía la concesión anual de un corto número de privilegios de ciudadanos honrados a los artesanos que sobresalieran en la manufacturas o en aquellos oficios que fueran más raros y necesitasen un mayor estímulo, entendiendo estos premios como el vínculo que unía los intereses de los particulares con el general, no como una mera excitación material, sino como reafirmación del honor<sup>360</sup>.

---

<sup>355</sup> Las cuales no estaban originadas en la mera arbitrariedad, sino sólidamente basadas en la justicia por haber ayudado a la Monarquía contra el moro, con su sangre, consejo o dinero.

<sup>356</sup> Que cumplen dignamente con su trabajo, al tiempo que, al ejercerlo, se comportan como buenos cristianos, padres de familia y vecinos.

<sup>357</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., p. 51.

<sup>358</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., pp. 60 y 61.

<sup>359</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., pp. 76 y 77.

<sup>360</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., pp. 92 y 93.

3. Finalmente, el trabajo de Pedro Antonio SÁNCHEZ fue, sin duda, el que influyó directamente en la Real Cédula de 1783. En él llamaba reiteradamente la atención sobre aquellos oficios que importaban al Estado, y éste en cierto modo los despreciaba, creando una situación confusa, orientada por unas costumbres ridículas que envilecían y postraban ciertos oficios<sup>361</sup>.

### 5.3 EL HONOR ILUSTRADO EN EL DERECHO

Detectados los problemas de la deshonra artificialmente atribuida a los oficios y de la ociosidad improductiva de la nobleza<sup>362</sup>, los hombres de pluma y de gobierno en el siglo XVIII pusieron énfasis en resolverlo, desde la perspectiva del criterio de la utilidad del Estado, que imponía una recalificación social del trabajo<sup>363</sup>. En consonancia con los objetivos de luchar por la prosperidad económica del país y en contra de una nobleza cuya existencia parasitaria no podía justificarse, se promulgaron una serie de normas jurídicas. Tales disposiciones estaban dirigidas, como certeramente apunta MORALES MOYA, sobre todo a las clases populares trabajadoras que, repitiendo miméticamente los cánones irracionales de comportamiento y pensamiento de la nobleza<sup>364</sup>, sentían prejuicios hacia sus propias profesiones. Los nobles habían ido tejiendo un tupido manto que pretendían hacer pasar como el manto de los valores de la sociedad, cuando realmente reflejaba sus propios valores y los de nadie más; sin embargo, su objetivo logró éxito porque arraigó hondamente entre el tercer estado el afán de alcanzar ese estilo de vida ocioso, despreocupado y desocupado, propio de los nobles que tanto despreciaban socialmente los trabajos manuales. Desde este punto de vista, es cierta la observación de PALACIO ATARD: “lo grave de la ociosidad de la nobleza era el valor ejemplar, es decir, el mal ejemplo, que trascendía al ideal de vida colectivo y la aceptación generalizada de la ociosidad nobiliaria entre las gentes del estado general como un “apetecible arquetipo de existencia”<sup>365</sup>, tomando la expresión de Claudio

---

<sup>361</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., p.107.

<sup>362</sup> Dos precisiones deben hacerse en este momento: en primer lugar, si bien es cierto que dominan los nobles ociosos, no es menos cierto que existían nobles bien ocupados en actividades profesionales: funciones públicas y de gobierno, actividades industriales y mercantiles, así como el cuidado de la labranza de sus fincas; por otra parte, la condición de ocioso no era patrimonio exclusivo de los nobles, sino que también existían los vagos holgazanes de las clases populares.

<sup>363</sup> PALACIO ATARD, V.: *La España ...*, op. cit., p. 42.

<sup>364</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ...”, op. cit., p. 7.

<sup>365</sup> PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XVIII. El siglo de las reformas*, op. cit., pp. 44 y 45.



SÁNCHEZ ALBORNOZ. En consecuencia, era perentorio insuflar ánimo y valor a las clases populares que creían que desarrollaban una actividad supuestamente vil y degradante cuando, verdaderamente, desplegaban de modo honrado una tarea vital en beneficio de la colectividad; a tal fin respondieron las normas jurídicas que se adoptaron en este siglo (y a finales del anterior, cuando ya se acertaba a ver el precipicio al que se acercaba el país). Se trataba de hacer ver a la población que los cánones de comportamiento nobles no son los que necesita el pueblo y que, antes al contrario, es la actividad honrada y sacrificada de todos los trabajadores la que levanta las finanzas de un Estado en depresión. Por ello, estas normas jurídicas pueden contemplarse desde una doble perspectiva: como una campaña para dignificar las artes mecánicas y como un intento de persuadir a la nobleza de entrar en el comercio<sup>366</sup>.

Como punto de partida podemos tomar un Auto de 1679 que concedía determinados privilegios a quienes tuvieran fábricas y a quienes trabajaran en ellas, tales como la posibilidad de reclamar dietas cuando se vieran en la necesidad de trasladarse por motivo de su negocio, la exención de determinadas gabelas, la liberación de las cargas de los derechos aduaneros que debían soportarse cuando se importaban materias primas... Ciertamente es que dicho Auto no suponía un reconocimiento explícito de honor para los trabajadores manuales ni les otorgaba por vía legal la honra que sus oficios merecían, sin embargo, constituía una medida destinada a suprimir obstáculos para el ejercicio de las actividades comerciales e industriales, y que no tenía otra función sino la de transmitir el mensaje de que los poderes públicos apoyaban el desempeño de actividades profesionales, algo que sólo era imaginable si se consideraba que el trabajo no deshonraba, sino que dignificaba. Ese era el objetivo que subyacía a la referida norma.

De manera más visible, el Auto de 1682 establecía que ni el mantenimiento ni el haber mantenido fábricas de sedas, paños, telas y cualesquiera otros tejidos, fue ni sería en el tiempo presente un hecho contrario a la calidad de la nobleza, ni a sus prerrogativas ni inmunidades. Seguimos acercándonos paulatinamente a la meta de honrar los oficios mecánicos y extender la honra legal a todos los trabajadores

---

<sup>366</sup> “*The campaign to dignify the mechanic arts centered around the concept of honor in much the same way as the attempt to persuade the nobility to enter commerce*”: CALLAHAN, W. J.: *Honor ...*, op. cit., p. 45.

manuales, si bien con este auto lo hacemos desde la perspectiva de la nobleza. Se persigue mostrar a la nobleza que el ejercicio de actividades económicas no supone causa de deshonor ni envilecimiento, de donde puede deducirse, aunque el auto no lo dijera, que quien los practicara merecía ser honrado y ser tratado como tal. En esta línea debemos referirnos a una ley de 1692 que satisfizo los escrúpulos de los nobles con la declaración de que el poseer industrias y dedicarse a explotarlas no implicaba menoscabo alguno de la nobleza de la sangre<sup>367</sup>. Cabe pensar que el motivo de su adopción sería el de asegurar a aquellos pocos nobles que sí habían practicado actividades económicas, especialmente en relación con el comercio marítimo, que tal dedicación no rebajaría su consideración social pues, y aquí sigue latiendo la misma idea que en las normas precedentes, el desempeño de actividades u oficios no envilece sino, antes al contrario, honra.

Ya en el siglo XVIII se intensifica esta línea reformista y concienciadora de la utilidad de los oficios manuales y de los trabajos mecánicos como fuente de prosperidad colectiva y de honra individual, con un Decreto de Felipe V, fechado en 1705, y que nuevamente se plantea desde la perspectiva de advertir a la nobleza que las ocupaciones profesionales ligadas a la industria o al comercio no son causa de postergación social ni de pérdida de honor. El Decreto insta a emprender o mantener la actividad económica, estableciendo nuevas fábricas o conservando las ya existentes. Más tarde, en 1763, Carlos III promulga unas ordenanzas que consideraron compatible, en Cataluña y en Mallorca, la nobleza con el ejercicio de actividades industriales o el comercio marítimo<sup>368</sup>.

Y tras esta secuencia de disposiciones legales llegamos a la norma que definitivamente consagrará sobre el papel el decidido impulso reformista de la Monarquía borbónica y de los ilustrados y que supondrá el reconocimiento a más alta escala del nuevo pensamiento económico del siglo XVIII. La Real Cédula de 1783 se convirtió en la mayor concesión de la Monarquía ilustrada a la causa de la elevación

---

<sup>367</sup> TREVOR DAVIES, R.: *La decadencia ...*, op. cit., p. 168. Siguiendo a ANES, esta ley suponía aceptar que quienes fundasen nuevas fábricas estarían en el favor real sin que el manejo de dichas fábricas fuese obstáculo para conservar o alcanzar la nobleza o para ostentar cualquier carácter que tuviesen los hijosdalgo en Castilla: ANES, G.: *El Antiguo Régimen ...*, op. cit., p. 137.

<sup>368</sup> MORALES MOYA, A.: "Actividades ...", op. cit., p. 961.

honorífica de los oficios y trabajos manuales<sup>369</sup>. En su elaboración influyeron notablemente los escritos y los discursos de los reformistas ilustrados que centraban su atención en la necesidad de convencer, incluso de tranquilizar, a los trabajadores manuales sobre la utilidad social de sus oficios para el interés público y la injusticia e insensatez del vilipendio general a que se les sometía bajo el amparo de los hábitos pretendidamente nobles y virtuosos de las clases dominantes que conducían a la ociosidad, a la pasividad y, lo que era peor, a la decadencia de las artes y oficios, y al empobrecimiento de la industria, el comercio y, en general, de cualquier actividad económica<sup>370</sup>. Los artesanos, los zapateros, los herreros, los carpinteros y demás trabajadores manuales, desempeñaban una actividad relevante para el crecimiento económico, cumpliendo con su obligación de servicio público, por lo que estaban en su derecho de que las disposiciones legales del reino sancionasen su merecimiento de honra, esto es, que les reconocieran honra legal.

CAMPOMANES fue el encargado de presentar al Consejo de Castilla un informe apoyando esta iniciativa. En él, con meridiana claridad expone que *“las leyes castigan con una justa severidad al vago y al ocioso que resiste aplicarse al trabajo... y el aplicado a él sufre una pena mayor que es la vileza y la deshonra porque se ejercita en las artes útiles y necesarias a la república. Es una visible contradicción”*<sup>371</sup>.

La Real Cédula tenía un encabezamiento suficientemente ilustrativo y clarificador de sus objetivos. Decía así:

*“REAL CÉDULA DE S.M. Y SEÑORES DEL CONSEJO, POR LA QUAL SE DECLARA, QUE NO SOLO el Oficio de Curtidor, sino también los*

---

<sup>369</sup> Nos recuerda CALLAHAN, W. J.: *Honor, ...*, op. cit., p. 52, que diversos historiadores españoles han argumentado que la Real Cédula trajo considerables implicaciones sobre el futuro desarrollo de la sociedad española debido al reconocimiento que conllevaba de la importancia de los criterios económicos como medio para la estabilidad social.

<sup>370</sup> Esta decadencia ya se venía advirtiendo desde hace tiempo: el empobrecimiento del país se debía a lo escasísimo de la producción de bienes en su interior y a la continua salida de moneda extranjera. Así, fray Juan DE CASTRO advertía en 1688 que todos los demás países de Europa tenían “puestos los ojos en la decaída monarquía española para ver de sacar de ella aún cuantos beneficios puedan obtener de la precaria situación en que están sus territorios”. Del mismo parecer es Pietro VERNIER que entre 1695 y 1698 escribe que “tal y como van las cosas, otras naciones se aprovechan de ello [de las escasa afición al comercio por parte de España], por el descuido en que aquí se tiene la agricultura, la negligencia del Gobierno y la desidia de todos los españoles, quienes faltos de fondos y de organización han abandonado el arte de navegar”. Testimonios recogidos por TREVOR DAVIES, R.: *La decadencia ...*, op. cit., pp. 164 y 166.

<sup>371</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., p. 115.

*demás Artes y Oficios de Herrero, Sastre, Zapatero, carpintero y otros á éste modo, son honestos y honrados; y que el uso de ellos no envilece la familia, ni la persona del que los ejerce, ni la inhabilita para obtener los empleos municipales de la República en que estén avencidados los Artesanos ó Menestrales que los ejerciten”*

Además de este comienzo alentador y expresivo de la preclara mentalidad ilustrada, la Real Cédula se proponía también establecer una vía de ennoblecimiento (“concesión o privilegio de nobleza”) para quienes acreditaran que tres generaciones de su familia llevaban dedicándose a una actividad de interés para el Estado (“si le considerase acreedor por la calidad de los adelantamientos del comercio o fábricas”), siendo así que quien lo demostrare podría recibir un privilegio de nobleza. Y existían otras novedades que nos recuerda GUILLAMÓN ÁLVAREZ<sup>372</sup>:

- a) La eventual concesión de privilegios de nobleza a quienes ejercieran estos oficios y artes manuales no iría en perjuicio de quienes disfrutaran de la condición de hidalguía, conforme a lo establecido por la Ordenanza de Reemplazos del Ejército de 1770, salvo que abandonaran el oficio y no se dedicaran a otro, pues en tal caso dicha normativa lo impediría.
- b) Se derogan todas las leyes y disposiciones que hiciesen cualquier mención a los oficios bajos viles y mecánicos.
- c) Se propone la concesión de premios y distinciones a los directores o cabezas de familia que promoviesen un oficio, incluso con la concesión del privilegio de nobleza, si eran de gran aplicación<sup>373</sup>.

Advertido todo lo anterior, no podemos concluir que la Monarquía y los ilustrados, como ya hemos insistido en otras ocasiones, persiguieran un cambio brusco del orden social sino únicamente una reformulación más racional y efectiva de la jerarquía social, que atendiera a las nuevas necesidades de crecimiento económico del país, desde una perspectiva utilitarista, pero sin quebrar el orden estamental ni destronar de sus elevadas posiciones a la nobleza. Sencillamente, en lo que a nosotros respecta,

---

<sup>372</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., pp. 120 y 121.

<sup>373</sup> Ya había propuesto antes esta idea Alcalá GALIANO, secretario de la Sociedad Económica Segoviana, que recomienda que se honre y proteja al fabricante premiando su aplicación con intereses, y principalmente condecorándolos con los empleos honoríficos de la república. Así, GARCÍA SANZ, A.: *Desarrollo ...*, op. cit., p. 397.

los planteamientos ilustrados aspiraban a mostrar que los oficios manuales y las artes, tradicionalmente viles y despreciables, eran actividades honradas, sin que ello afectara a los privilegios de que ya disfrutaba la clase dominante. En este sentido y teniendo en cuenta la posibilidad de ennoblecimiento que recogía la Real Cédula para familias con tres generaciones dedicadas a la actividades económicas, industriales o comerciales, podemos observar un cambio sustancial respecto de planteamientos del pasado conforme a los cuales el honor y la honra eran bienes escasos, por lo que cuantos menos aspirantes a tales dignidades hubiera, más porción correspondería a los verdaderos titulares. Un traslado tal cual de esta regla al siglo XVIII convertiría en revolucionario el propósito dignificador de la Real Cédula, en la medida en que ésta contribuiría a un aumento sustancial del número de nobles con privilegios (pues no sólo los nobles de nacimiento, sino también la ingente masa de trabajadores manuales podría ennoblarse, disminuyendo, por consiguiente, la parte proporcional de honores a que tenía derecho cada noble). Precisamente, esta eventualidad explica que, en el terreno de la práctica, la operatividad de la Real Cédula fuera más que discreta, como luego tendremos ocasión de comprobar.

Para calmar el ambiente enrarecido que la Real Cédula podía ocasionar ante un potencial ennoblecimiento masivo, se adoptó una Real Orden de 1803 que venía a interpretar aquella norma dadas las exageradas expectativas de la población trabajadora y las notables suspicacias del estamento nobiliario, que podrían alterar la paz del ordenamiento social. Así, la Real Orden perseguía aclarar que la Cédula de 1783 no conllevaba la elevación de los trabajadores manuales al máximo honor, ni imponía una igualdad entre los ejercientes de oficios (que, por lo demás, sería quimérica debido a la diversidad de oficios y utilidades), ni mucho menos aspiraba a equipararlos a los miembros de Órdenes militares cuya superioridad se basaba en “justas razones” y cuyos privilegios respondían al intento de mantener el lustre de la nobleza. Únicamente se pretendía afirmar que ningún oficio es malo sino bueno para el interés público<sup>374</sup>, aclaración que devaluaba la Real Cédula y reducía su fuerza jurídica a la de una declaración *cuasi* simbólica. En fin, las aguas volvían a su cauce a través de esta Real Orden de 1803 que advertía que el cambio de la Real Cédula debía hacerse todavía dentro de los confines de la sociedad jerarquizada o jerárquicamente organizada; esto

---

<sup>374</sup> MORALES MOYA, A.: “Actividades ..., *op. cit.*, pp. 962 y 963.

es, que los honores que se les concedieran debían hacerse compatibles con la estructura social tradicional<sup>375</sup>.

“Todo debía cambiar para que todo siguiera igual”. Buena prueba de ello es el modo en que los privilegios del estamento nobiliario a lo largo del siglo XVIII, fundados en su mayor honor, lejos de desaparecer, o al menos reducirse, se consolidaron y vigorizaron con su refrendo jurídico. El célebre reformismo ilustrado se llevó a cabo siempre en el tirante equilibrio de la sociedad estamental, en el peligroso filo de la estructura antiguorregimental, en fin, en el doble juego consistente en honrar a los trabajadores pero sin ofender ni defenestrar a la nobleza tradicional. Así, el ordenamiento legal vigente mantuvo esos privilegios: las exenciones de la ley común de que disfrutaban los nobles fueron recogidas y recapituladas, a comienzos del siglo XIX, por la Novísima Recopilación, que incluía también las facultades privilegiadas (como no sufrir embargo ni encarcelamiento por deudas, la exención de pechar o pagar pechos, el no sometimiento a tormento), además de otros privilegios de hecho como el mando militar, los altos empleos de la administración pública y de las dignidades eclesiásticas y las jurisdicciones señoriales; en definitiva, siguieron disfrutando de una situación legal privilegiada<sup>376</sup>.

Finalmente, queremos concluir con una referencia a las consecuencias prácticas de estas disposiciones legales, es decir, ¿verdaderamente provocaron el vuelco de los valores sociales y de la ordenación económica de la sociedad española, o por el contrario el peso de la estructura estamental decantó en demasía la balanza en contra de la reforma y del cambio? Tristemente, la realidad se correspondía con la segunda opción. Los cambios que introdujeron estas normas jurídicas sucumbieron ante una sociedad estamental fuertemente arraigada en el subconsciente colectivo. Los prejuicios hacia los trabajos manuales se seguían alzando vigorosos sobre la razón y la lógica, que preferían defender la honradez de las artes y los oficios mecánicos. Y ello no fue sólo obra de la oposición de la clase dominante que veía como podía desmoronarse todo su sistema de privilegios<sup>377</sup>, sino que hubo una verdadera comunión de elementos y fuerzas

---

<sup>375</sup> GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., p. 24.

<sup>376</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen...*, op. cit., pp. 46 y 47.

<sup>377</sup> En este sentido contamos con dos ejemplos bien ilustrativos de la nula disposición de la nobleza a admitir cualquier cambio en su condición privilegiada y del exclusivismo con que la disfrutaba y ejercía.

que coadyuvaron a mantener durante algunas décadas más la situación de desigualdad social típica del Antiguo Régimen: a) la propia opinión pública del tercer estado conservó sus prejuicios a cerca de los oficios manuales que calificaban como viles porque que tradicionalmente se habían atribuido a gentes bajas; b) el ordenamiento legal vigente que determinaba los privilegios de la nobleza no sufrió limitaciones y c) “el ideal nobiliario de vida es justificado desde los horizontes de la concepción de la cultura literaria, ya que los hombres de letras participan de la concepción de vida de los nobles, preservándose de este modo el estilo aristocrático de vida dado que el monarca, sus ministros y consejeros, por una parte, y los hombres de letras, por otra, participan de estas ideas y procuran reforzarlas con su poder, los unos, y justificarlas con sus argumentos, los otros”<sup>378</sup>.

En definitiva, el éxito o fracaso de la campaña dirigida a dignificar y a honrar los oficios manuales y los trabajos mecánicos (según quiera verse, porque en cierto modo hubo de ambos), debe contemplarse en el marco de una sociedad compleja y aparentemente contradictoria en la que los esfuerzos por honrar las profesiones de los mercaderes y trabajadores manuales consiguieron modificar la clásica orientación militar, eclesiástica y burocrática del honor, en favor de una dirección económica, y todo ello al tiempo que se refuerza la confianza en una sociedad estratificada y ordenada y se compatibiliza el llamamiento al honor de ciertas formas de actividad económica con el firme compromiso de preservar el orden social existente<sup>379</sup>. Acertado diagnóstico de la idiosincrasia de la sociedad española a cargo... de un inglés.

---

Así, por una parte, en el Ayuntamiento de Valladolid, en 1792, por medio de sus regidores, se alegó que el acceso de gentes humildes al puesto de diputado del Común podía degenerar en una pésima representación de los intereses públicos, citando por ejemplo el caso de que un zapatero de ordinario o de grueso pudiera, por los votos, salir diputado en tiempos próximos. Y, por otra, en Betanzos, en 1802, los regidores de la ciudad se quejaron al consejo por serles propuestos para procurador síndico por los apoderados de los gremios tres candidatos normalmente zapateros, sastres y panaderos, considerándolo insultante, ya que era un cargo equiparable al de regidor y las personas menestrales no tenían capacidad ni instrucción. Ejemplos extraídos de GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor ...*, op. cit., pp. 132 y 135.

<sup>378</sup> ANES, G.: *El Antiguo Régimen...*, op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>379</sup> “... they maintained their belief in a graded and ordered society and thus were able to reconcile their appeal for honor for certain forms of economic activity with a firm commitment to the preservation of the existing social order”: CALLAHAN, W. J.: *Honor...*, op. cit., p. 72.

## **6. CONCLUSIÓN. EL NACIMIENTO DE LA IDENTIDAD MODERNA Y EL FINAL DEL HONOR ESTAMENTAL. UN CONCEPTO EN ASCENSO: EL RECONOCIMIENTO**

Hemos llegado al estadio final del camino que iniciamos siglos atrás. Sin embargo, esto no es un final, sino el comienzo de algo nuevo. Podría decirse que al tiempo que muere una idea largamente cultivada a lo largo de la historia, con origen en la Antigüedad clásica, nace un nuevo concepto que, si bien hereda algunos rasgos del pasado, se forjará dentro de los nuevos mimbres de los tiempos modernos. El cambio, en ningún caso, oscurecerá su papel decisivo como herramienta fundamental para la comprensión del pensamiento y del comportamiento humanos, y, como novedad, ahora también para las luchas sociales. El concepto que se pierde en el olvido es el *honor estamental, estratificado y jerárquico*. Nuevas consideraciones nacidas de la Ilustración y del Enciclopedismo confluirán en la noción de *dignidad*. El hilo conductor que conecta el final de aquel honor y el principio de esta dignidad será el *reconocimiento*, interpretado en nuevo marco teórico en el que alcanzará su plenitud definitiva.

La confluencia de los tres fenómenos enumerados (derrumbamiento del honor estamental, alumbramiento de la dignidad y reinterpretación del reconocimiento), junto con otros procesos que germinan en diversos órdenes de la vida, dan lugar a lo que el filósofo TAYLOR ha venido en bautizar con notable acierto en su célebre y contundente “*Fuentes del Yo. La construcción de la identidad moderna*” el nacimiento de “la identidad moderna basada en la vida cotidiana”, contraponiendo la identidad premoderna del Antiguo Régimen y la identidad moderna que emerge en el contexto de la Ilustración<sup>380</sup>. Así pues, si en el apartado anterior de este capítulo (el siglo XVIII y la Ilustración) estudiamos cómo se produjo la ruptura respecto del régimen anterior como consecuencia de un radical cambio en la mentalidad y en la estructura social, en las páginas siguientes reflejaremos, por tanto, en qué consiste y que caracteriza la identidad moderna como producto de ese cambio de mentalidad.

---

<sup>380</sup> TAYLOR, C.: *Fuentes del Yo. La construcción de la identidad moderna* (traducción de LIZÓN, A.), Paidós, Barcelona, 2006, pp. 33 y 394; también en TAYLOR, C.: *La ética de la autenticidad* (introducción de THIEBAUT, C.; traducción de CARBAJOSA PÉREZ, P.), Paidós, Barcelona, 1994, p. 79.



La identidad moderna surge alrededor de las diversas facetas de la vida humana que nutren ese estilo de vida corriente y que se centran, ante todo, en el ámbito del trabajo y la producción. Esto advertido, el nuevo prisma desde el que se construye la identidad moderna también se deja sentir en la religión, en la ciencia, en la vida familiar y en la institución matrimonial, en la literatura y en la relación con la naturaleza<sup>381</sup>. Los factores enumerados representan los distintos lados del prisma de la identidad moderna. Pero efectivamente, entre todo ellos el relativo a la relación entre el individuo y el trabajo y las actividades productivas es el que ejerció un mayor influjo en el cambio de paradigma. Por ello, a continuación nos proponemos, en primer lugar, reflejar la importancia concedida al trabajo como elemento constitutivo por antonomasia de la identidad moderna, con las consiguientes consecuencias sobre el principio del honor como criterio estratificador de la sociedad.

Sin embargo, con la realización de las averiguaciones arriba descritas habremos explicado únicamente la primera parte de la revolución que supuso el nacimiento de la identidad moderna. Junto al contenido de la identidad moderna, mediatizado por la relación con el trabajo, era fundamental, en segundo lugar, el reconocimiento de la misma, su valoración positiva, esto es, que la comunidad fuera consciente de las particularidades de mi *identidad individual*, de mi *autenticidad*, mi *originalidad*, mi *modo*. En este punto, la única forma de que la comunidad tuviera en consideración y procediera a valorar positivamente la identidad individual era a través de la dinámica del reconocimiento. Cuando la identidad del individuo era valorada positivamente por la comunidad, el sujeto lograba reconocimiento; por el contrario, cuando no era apreciada esta identidad, el sujeto carecería de reconocimiento y era despreciado. Así pues, el segundo objetivo será analizar la noción del reconocimiento con un breve examen desde sus orígenes y centrando nuestra atención en el momento en que se convierte en categoría fundamental, con la filosofía de HEGEL.

---

<sup>381</sup> TAYLOR, C.: *Fuentes ...*, op. cit., pp. 284 y 393 a 416.

## 6.1 EL TRABAJO COMO FACTOR CONSTITUTIVO DE LA IDENTIDAD MODERNA

La identidad moderna se construye a partir de una concepción de la relación del ser humano con el trabajo, desde una perspectiva positiva, que valora el trabajo como medio para dignificar al ser humano, para liberarlo. Sin duda alguna, en esta emergente perspectiva favorable del trabajo la obra de HEGEL posee un valor decisivo. En su trabajo *Fenomenología del Espíritu* inscribe el célebre pasaje del amo y el siervo (o esclavo), que evidencia como nunca se había hecho hasta entonces la nueva función que cumplen el trabajo y la producción en la vida cotidiana del hombre. El reconocimiento o respeto que el siervo no recibe del amo, esto es, la falta de reconocimiento se cubre con el trabajo, de tal forma que el siervo consigue tomar conciencia de sí mismo a través del trabajo. “A través del trabajo [la conciencia] llega a sí misma”, dirá HEGEL; “gracias a ella [la formación, el trabajo formativo], la conciencia servidora se convierte, como puro *ser para sí*, en *lo que es*”<sup>382</sup>. Desde esta perspectiva, el trabajo opera como fuente para la transformación del esclavo, para su liberación, para su reconocimiento como sujeto íntegro universal. La realización del individuo se produce cuando es “reconocido por todo ello [por la propia actividad, diligencia y habilidad] en la propia representación y en la representación de los demás”<sup>383</sup>. La idea que late detrás de este pasaje, que la “servicialidad prepara la última liberación del esclavo” jugará un papel determinante en futuras teorías de la justicia y de la sociedad, especialmente en la teoría marxista<sup>384</sup>.

La valoración positiva que a partir de estos instantes va a rodear al trabajo produjo efectos inmediatos en la organización social, como tuvimos ocasión de analizar anteriormente<sup>385</sup>. Hasta el momento crítico de la crisis del Antiguo Régimen, la estratificación social había respondido a la posición social, que iba unida a una serie de honores y deshones. Al estatus u honor estamental del individuo se vinculaban las cualidades correspondientes como miembro de un estatus culturalmente tipificado En

---

<sup>382</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología del Espíritu* (traducción de ROCES, W., con la colaboración de GUERRA, R.), Fondo de Cultura Económica, México, 1966, p. 120.

<sup>383</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (edición ILTING, K. H. y DÍAZ, C.), Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993, p. 638.

<sup>384</sup> TAYLOR, C.: *Hegel* (traducción de CASTRO MERRIFIELD, F., MENDIOLA MEJÍA, C. y LAZO BRIONES, P.), Antrophos, Barcelona, 2010, p. 134.

<sup>385</sup> Vid. *supra* Capítulo I.5.1 y Capítulo I.5.2.

consecuencia, el reconocimiento que el sujeto obtenía de la comunidad no dependía de circunstancias controlables por él, sino que se sujetaba al honor propio de su clase y de su estrato. El valor del individuo determinaba en atención al sujeto individualizado histórico-individualmente, sino con arreglo a su estatus culturalmente tipificado<sup>386</sup>. Era, en fin, una sociedad estratificada con arreglo a una jerarquía social que pivotaba sobre el honor estamental. Los estilos de “vida superior” otorgaban honores. Las personas tenían diferentes naturalezas y unas naturalezas eran mejores que otras<sup>387</sup>.

El paso traumático del *Ancien Régime* a la modernidad y la revolución burguesa-capitalista provocaron un cambio radical en este estado de cosas: pasaba a privilegiarse la “vida corriente” definida, ahora, ante todo, en términos de trabajo, producción y comercio, consagrándose la “ética burguesa”. Frente a la ética de la gloria del honor que ensalzaba a quienes por su posición social eran portadores de un estilo de vida superior y gozaban un honor de clase superior, la ética burguesa ensalza y dignifica por igual a quienes trabajan<sup>388</sup>. Así pues, frente a un modelo profundamente desigual en el que las proporciones de honor de cada estamento se conocían de antemano dado que dependían de un estilo de vida colectivo, el nacimiento de la identidad moderna mediatizada o definida por el trabajo suponía la entrada de nociones de igualdad y de dignidad y con ello, la salida de otras profundamente arcaicas y desigualitarias, como el honor jerárquico y aristocrático, que se convertía en un concepto obsoleto y desprestigiado o desacreditado. La caída del obsoleto concepto de honor corre paralela al descubrimiento del moderno concepto de dignidad<sup>389</sup>. Se produce un arrinconamiento del arcaico concepto de honor estamental como consecuencia del derrumbamiento de las jerarquías sociales, y en su lugar emerge la noción de dignidad que tiene una proyección

---

<sup>386</sup> HONNETH, A.: *La lucha por el reconocimiento, Por una gramática moral de los conflictos sociales* (traducción castellana de BALLESTERO, M.), Crítica, Barcelona, 1997, pp. 150 y 151. También en HONNETH, A.: “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, p. 111.

<sup>387</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia* (traducción de ÁLVAREZ, S.), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp. 263 y 264.

<sup>388</sup> TAYLOR, C.: *Fuentes del Yo. La construcción de la identidad moderna* (traducción de LIZÓN, A.), Paidós, Barcelona, 2006, pp. 291 y 294.

<sup>389</sup> Textualmente sostiene BERGER, J.: “On the Obsolescence of the Concept of Honor”, HAUERWAR, S. y MacINTYRE, A. (eds.): *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1983, pp. 175 y 176, que “el ascenso de la burguesía, [...], no sólo fue lo que desprestigió el honor del antiguo régimen y su prototipo jerárquico, sino que hizo emerger una concepción del hombre y de la sociedad que vino a liquidar cualquier concepción del honor”.

universalista e igualitaria, porque la comparten todos los seres humanos. Sin duda, esta nueva concepción es más ajustada a las modernas sociedades democráticas que precisan de un reconocimiento de estatus igualitario<sup>390</sup>: el reconocimiento jurídico del individuo, su estatus reconocido como miembro de la sociedad, ya no se ligaba al honor estamental y éste a la propiedad de la tierra, sino que debía reconocerse en igualdad a todos los individuos. La dignidad del ser humano se asienta sobre una humanidad que existe más allá de los roles y las normas que imponga la sociedad, y que le pertenece al individuo con independencia de su posición social<sup>391</sup>.

El antiguo *honor estamental* da paso a un *honor democratizado* en forma de un respeto igualitario para todos los miembros de la sociedad en atención a su dignidad. Se generaliza el reconocimiento de la dignidad a toda persona como un atributo correspondiente a todo “lo específicamente humano”. Junto a ese honor democratizado, surge otro *honor meritocrático*, por arriba, en forma de estima social, orientado a la contribución del individuo a los objetivos sociales abstractamente definidos y estrechamente relacionados con la estructura de la división del trabajo organizada en plan industrial, reconduciéndose este *honor meritocrático* hacia el reconocimiento de una buena fama, reputación o consideración social<sup>392</sup>. El primer honor empieza a identificarse con la dignidad en tanto que todo ciudadano, por el mero hecho de ser persona, merece ese reconocimiento su condición de tal. En el nuevo contexto moderno, la clave residirá en los objetivos sociales abstractos: ellos representan la aspiración de todos: en la mayor o menor medida en que cada individuo contribuya a conseguirlos, el reconocimiento social que merezca el individuo será, también, mayor o menor. Se inicia, por consiguiente, una lucha (“*struggle*”) permanente en la que los individuos y los grupos de los que forman parte tratarán de elevar su modo de vida y su identidad a la categoría de ideal social a cuya consecución deben contribuir todos<sup>393</sup>.

---

<sup>390</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”* (traducción de UTRILLA DE NEIRA, M.), Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 46; YOUNG, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia* (traducción de ÁLVAREZ, S.), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 264.

<sup>391</sup> BERGER, J.: “On the Obsolescence ...”, *op. cit.*, p. 177.

<sup>392</sup> HONNETH, A.: “Redistribución ...”, *op. cit.*, pp. 111 y 112; ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases ...”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>393</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, *op. cit.*, p. 155; BERGER, J.: “On the Obsolescence ...”, *op. cit.*, p. 179.

## 6.2 EL HONOR COMO RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD MODERNA

De acuerdo con lo que hemos dicho, la identidad del individuo ya no viene definida por su posición social, sino que debe liberarse del corsé de su rol institucional y social, y salir a la sociedad a obtener la valoración social positiva de los miembros de la comunidad en atención a las cualidades, habilidades y particularidades que definen su identidad moderna. Como dice TAYLOR, “mi identidad depende, en forma crucial, de mis relaciones dialógicas con los demás”<sup>394</sup>, esto es, de las relaciones de reconocimiento que se entablan en la interacción con los otros significantes. No puedo formar mi identidad monológicamente en mi interior, sino que preciso del diálogo con otros. Erigida nuestra identidad a partir de esa interacción social, en el plano íntimo puede ser vulnerada si no es reconocida por los otros significativos; y en el plano social, su no reconocimiento por los demás puede provocar en uno mismo un sentimiento interiorizado de inferioridad o humillación<sup>395</sup>. Urge, por consiguiente, examinar el concepto de reconocimiento, desde sus orígenes en la Antigüedad clásica, hasta su consolidación como categoría filosófica fundamental en el pensamiento *hegeliano*.

### 6.2.1 Orígenes del concepto de “reconocimiento”

La vida cotidiana en la antigüedad grecorromana, así como las obras de los pensadores clásicos, son testigos de la importancia para el individuo de la obtención de reconocimiento social a partir de sus gestas. La estima social de la *polis* era un elemento vital de primer orden para gozar del estatus de ciudadano y recibir del respeto comunitario<sup>396</sup>. Más adelante, pudimos observar también cómo en las sociedades feudales de la Edad Media el honor bien podía ser entendido como el reconocimiento de que disponía cada ciudadano en atención a su origen y a su sangre, vinculadas estas dos circunstancias siempre a la propiedad. Así, la nobleza era la clase honorable y respetable. Los nobles poseían un honor estamental que se transmitía por nacimiento y

---

<sup>394</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., p. 55.

<sup>395</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., pp. 55 y 58; también el mismo en TAYLOR, C.: *La ética de la autenticidad* (introducción de THIEBAUT, C.; traducción de CARBAJOSA PÉREZ, P.), Paidós, Barcelona, 1994, pp. 83 y 84.

<sup>396</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo I.1.1.

por vínculos de sangre a los hijos, junto a las tierras, trabajadas y cultivadas, sin embargo, por el campesinado. En función de la posición del individuo en la jerarquía social se desprendían una serie de derechos, de modo que la estima social y el reconocimiento jurídico van de la mano. Tiempo después algunos filósofos insistieron en que el comportamiento humano se orientaba a obtener la *gloria* de los demás. Desde distintas perspectivas, coincidían en que la conciencia que el hombre tuviera de sí dependía de la experiencia del reconocimiento social, del respeto o de la valoración que recibieran de los otros miembros de su comunidad. HOBBS admitía que toda reunión de personas se producía para que los participantes obtuvieran algún beneficio, fundamentalmente la estimación y el honor de los compañeros de reunión. Desde su perspectiva los hombres buscan de los demás honor y utilidad o comodidad<sup>397</sup>; en definitiva, *reconocimiento*.

Más tarde, ROUSSEAU narra que en el estado de naturaleza el hombre era capaz por sí mismo de satisfacer sus escasas necesidades diarias, sin requerir para ello el concurso de otros hombres, pues “sus propósitos, limitados como sus aspiraciones, apenas se extendían hasta el término del día”. No conocían la vanidad, la estima, la consideración, ni el desprecio<sup>398</sup>. Sin embargo, cubiertas estas necesidades elementales, el ser humano observó que se presentaban ante sí nuevos problemas para cuya solución necesitaba de la asociación con otros individuos, con lo que se extienden los vínculos en el género humano y surge el “orden social” o la vida en sociedad. Entonces, continúa el filósofo, “cada uno comenzó a mirar a los demás y a querer ser mirado él mismo, y a la estimación pública se la consideró como un premio”. El gran triunfo era llegar a ser el más considerado<sup>399</sup>. De la preferencia por el *reconocimiento y la consideración públicas* nacieron, lógicamente, la vanidad y el desprecio, que era insoportable<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> HOBBS, T.: *Tratado sobre el ciudadano* (edición de RODRÍGUEZ FEO, J.), Trotta, Madrid, 1999, pp. 16 y 17.

<sup>398</sup> ROUSSEAU, J. J.: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (traducción de LÓPEZ Y LÓPEZ, J., e introducción de STAROBINSKI, J.), Aguilar, Madrid, 1981, pp. 41 y 57.

<sup>399</sup> ROUSSEAU, J. J.: *Discurso ...*, op. cit., pp. 68, 74 y 75.

<sup>400</sup> La conclusión que pretendía extraer ROUSSEAU de esta concatenación de reflexiones no interesa a los efectos de nuestra investigación, pero al menos debemos reflejarla. Apuntaba el pensador suizo que el reconocimiento y la consideración eran tan importantes que si no se tenían virtudes como el talento, el mérito o la destreza, había que fingirlas, disfrazándose todo ser humano con un ropaje “exterior superficial y engañoso” de “honor sin virtud, razón sin sabiduría y placer sin felicidad”. Concluye que tal estado mental no es el que correspondía al ser humano cuando éste vivía en la naturaleza y se conformaba con saciar sus sencillas necesidades, de modo que, y esta era la tesis, la vida en sociedad generaba una desigualdad que perturbaba las inclinaciones naturales del ser humano (*op. cit.*, p. 105).

Pero junto a la idea del reconocimiento intersubjetivo que estaba presente en las teorías de HOBBS y de ROUSSEAU, existe otra modalidad de reconocimiento fundamental: el reconocimiento de uno mismo, la conciencia de sí mismo, y en este sentido FICHTE formuló reflexiones sugerentes. Su proceso deductivo es obtuso, de modo que nos conformaremos con fundamentar brevemente cómo surge la conciencia de uno mismo, a partir de la proposición “Yo soy Yo”, que constituye el punto de partida de las ideas de FICHTE: “*aquello cuyo ser (esencia) simplemente consiste en ponerse a sí mismo como siendo es el Yo como sujeto absoluto. [...] Aquello que no es para sí mismo no es un Yo*”. Siguiendo este discurso, el ser humano sólo se reconoce como individuo, sólo experimenta su reconocimiento individual, cuando “tiene conciencia de sí”. Y concluye afirmando que “el Yo se presenta ante sí mismo y se percata de sí mismo en la forma de la representación y sólo entonces llega a ser algo”<sup>401</sup>. Es aquí donde el sujeto *se reconoce*.

Posteriormente, con KANT el reconocimiento se alza al escalón de principios supremo de toda moral, en cuanto impone tratar a las otras personas sólo como fin en sí mismas. Dirá Kant que el sujeto se determina a sí mismo mediante el “conocimiento del propio yo (“*seiner Selbst*”) como persona que se constituye a sí misma en Principio y que es autora de sí misma”. Una vez reconocidos a sí mismos, los seres humanos, “los cuerpos orgánicos, tienen como fundamento un Principio *inmaterial*, por estar fundados en fines”<sup>402</sup>, porque “el hombre no es un animal que tenga fines internos”, sino que es un fin en sí mismo (“*Zweck an sich selbst*”) <sup>403</sup>, “un ser racional que tiene derechos y es consciente de ellos”<sup>404</sup>. El reconocimiento del ser humano como un fin en sí mismo es un imperativo categórico y absoluto, entendido éste en el más puro significado kantiano, como el imperativo que “impone necesariamente la acción, no en cierto modo, mediatamente por la representación de un fin que por ella pudiera conseguirse, sino

---

<sup>401</sup> FICHTE, J. G.: *Doctrina de la Ciencia* (traducción de CRUZ CRUZ, J.), Biblioteca Filosófica Aguilar, Buenos Aires, 1975, p. 17.

<sup>402</sup> HONNETH, A.: *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz, Buenos Aires, 2010, pp. 13 y 14.

<sup>403</sup> KANT, E.: *Crítica de la razón práctica* (traducción de MIÑANA Y VILLAGRASA, E. y GARCÍA MORENTE, M.), 4ª ed., Salamanca, Sígueme, 1998, pp. 111 y 162.

<sup>404</sup> KANT, E.: *Transición de los Principios Metafísicos de la Ciencia Natural a la Física (Opus Postumum)* (edición de DUQUE, F.), Editorial Antrophos, Barcelona, 1991, pp. 606 a 614.

inmediata y como objetivamente necesaria, por la simple representación de esta acción misma”<sup>405</sup>.

### 6.2.2 El “reconocimiento” en la filosofía de HEGEL

Las direcciones divergentes del término reconocimiento terminaron definiéndose en un camino único marcado por HEGEL, quien convirtió esta idea en el fundamento de la ética, llegando a sostener que el progreso moral consiste en una sucesión de tres fases de reconocimiento.

En *Fenomenología del Espíritu* HEGEL da forma al concepto del reconocimiento como el “recíproco conocerse-en-el-otro”. La conciencia de uno mismo, la autoconciencia, necesita de “otra autoconciencia que se presenta fuera de sí”<sup>406</sup>. El individuo sólo toma conciencia de sí mismo, de su autoconciencia, cuando es *reconocido*: “la autoconciencia es *en y para sí* en cuanto que y porque es en sí y para sí para otra autoconciencia; es decir, sólo es en cuanto se la reconoce”. El reconocimiento de uno mismo, así visto, exige de dos personas ya que un sujeto es necesariamente un ser que incorpora a su otro y “retorna a sí mismo” a través de este otro, es decir, viene a la autoconciencia en su otro. Por eso sostenía HEGEL que “cada una de ellas [autoconciencias] ve a la otra hacer lo mismo que ella hace; cada una hace lo que exige de la otra y, por tanto, sólo hace lo que hace en cuanto la otra hace lo mismo”<sup>407</sup>. Es el movimiento duplicado de la autoconciencia lo que produce el reconocimiento puro.

Explicado qué es el concepto de reconocimiento en la tradición hegeliana, corresponde examinar en qué contextos puede aparecer. Dice el filósofo alemán que el reconocimiento se plantea en tres órdenes o tipos de relaciones. En primer lugar, en la familia se produce la forma inicial de reconocimiento, el reconocimiento en el amor, en el sentido de que los amantes se reconocen el uno en el otro. La familia tiene como determinación suya su unidad afectiva, el amor. Es en el plano del amor y de la

---

<sup>405</sup> KANT, E.: *Principios Metafísicos del Derecho* (nota preliminar de IZQUIERDO HERNÁNDEZ, J. L.), 2ª ed., Editorial Américal, Buenos Aires, 1974, p. 31.

<sup>406</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología ...*, op. cit., p. 113.

<sup>407</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología ...*, op. cit., pp. 113 y 114. Sobre movimiento de la autoconciencia, TAYLOR, C.: *Hegel*, op. cit., p. 130.



sexualidad donde HEGEL emplea por primera vez el término reconocimiento: en la sexualidad entre las dos personas surge un conocimiento intersubjetivo compartido de ambas partes, que logran “saber a sí mismo en el otro”. El amor es así la primera relación de reconocimiento en la que se confirma la individualidad natural de los sujetos<sup>408</sup>. Cuando se produce la unión de los sexos naturales, podemos hablar de “amor autoconsciente”<sup>409</sup>. En este contexto de reconocimiento e igualdad, cobra sentido la concepción del amor de HEGEL como un dar y un recibir mutuo: “el amante que recibe no se hace más rico por ello que el otro; se enriquece sin duda, pero no más que el otro. Igualmente, el amante que da no se hace más pobre; dando al otro ha aumentado sus propios tesoros de idéntica manera”<sup>410</sup>.

En segundo lugar, en el contexto de la sociedad civil (burguesa) se entablan las relaciones de reconocimiento jurídico entre los individuos: los individuos se reconocen como miembros de una comunidad jurídica, dotados de derechos y obligaciones. La sociedad civil es la unión de miembros en cuanto que individuos independientes en una universalidad, cada uno en cuanto referencia a otra particularidad semejante, de suerte que cada uno se hace valer y se satisface por medio de la otra<sup>411</sup>.

Finalmente, la familia y la sociedad civil constituyen los dos momentos a partir de los cuales surge el Estado como estadio final del reconocimiento, como unidad de universalidad e individualidad<sup>412</sup>. En el Estado las personas se encuentran “en cuanto personas que se sirven recíprocamente y en él se afirma directamente la personalidad de cada uno de éstos”<sup>413</sup>. En este punto toman forma las reflexiones de HEGEL sobre el concepto de libertad, que sólo es total cuando se alcanza el Estado. Frente al concepto de libertad negativa subjetiva profundamente individualista que las filosofías liberales habían acuñado, HEGEL sostiene en su célebre trabajo *El Sistema de la Eticidad* que la libertad subjetiva únicamente representa un momento de desarrollo de la libertad, cuya culminación y realización plena sólo puede tener lugar en el Estado: la libertad subjetiva

---

<sup>408</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., p. 52.

<sup>409</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 562 y 566.

<sup>410</sup> HEGEL, G. W. F.: *Escritos de Juventud* (edición, introducción y notas de RIPALDA, J. M<sup>a</sup>.; traducción de SZANKAY, Z. y RIPALDA, J. M<sup>o</sup>.), Fondo de Cultura Económica, México, 1978, p. 264.

<sup>411</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 676 y 677.

<sup>412</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos ...*, op. cit., p. 679.

<sup>413</sup> HEGEL, G. W. F.: *El Sistema de la Eticidad* (edición preparada por NEGRO PAVÓN, D. y traducción de GONZÁLEZ-HONOTORIA, L.), Editora Nacional, Madrid, 1982, p. 73.

explota en toda su amplitud en el ámbito superior de la *eticidad* o plenitud ética del Estado, y torna en libertad objetiva<sup>414</sup>.

Así, el *amor*, el *derecho* y la *eticidad* son las tres relaciones de reconocimiento, en cuyo espacio los individuos se confirman como personas individualizadas y autónomas<sup>415</sup>. En cualquiera de esas tres relaciones de reconocimiento, la carencia de reconocimiento y la experiencia del desprecio fuerzan al individuo a iniciar una lucha por el reconocimiento que ejemplifica brillantemente en el marco de la dialéctica de la autoconciencia del amo y el esclavo (siervo), dos sujetos que al no reconocerse como iguales, como universales, inician esa lucha<sup>416</sup>. La pretensión de reconocimiento por el otro es el motor o la causa o la fuerza primera que mueve a los individuos a relacionarse con otros a fin de obtener el reconocimiento recíproco ansiado. Les une la lucha por el reconocimiento, en la que necesitan, indefectiblemente, al otro. La meta no es ya la conservación individual, la elevación de uno sobre los demás (como podría deducirse de la teoría de HOBBS), sino que el objetivo es el reconocimiento intersubjetivo; en fin, HEGEL sustituye la “lucha por la conservación de sí mismo” por la “lucha por el reconocimiento: de esa lucha, que es la causa de la interacción social o de relaciones sociales maduras, los individuos obtienen el reconocimiento y con el ello explota o alcanza su plenitud el potencial moral del individuo” y adquieren la fuerza para configurar sus metas de vida de manera autónoma. HEGEL defiende que debe garantizarse la existencia de esas relaciones de reconocimiento porque operan como esferas promotoras de autonomía<sup>417</sup>.

---

<sup>414</sup> Sobre la aportación de HEGEL a la teoría de la libertad, *vid.* LÓPEZ CALERA, N.: *Hegel y los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1971, pp. 31 a 60, especialmente pp. 44 a 47, y 58 a 60. Es en este punto donde, a juicio de TAYLOR, C.: *Hegel y la sociedad moderna* (traducción de UTRILLA, J. J.), Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 258 y 259, erró la ontología de HEGEL pues el filósofo alemán creía que los hombres llegarían a reconocerse en las estructuras que encarnaban la Idea del Estado racional, cuando en verdad la dinámica de los hombres centrada en la eficiencia productiva y la búsqueda de un nivel de vida individual superior siguió un camino distinto al que el pensador había pronosticado.

<sup>415</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, *op. cit.*, p. 88.

<sup>416</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología ...*, *op. cit.*, pp. 117 a 121. Lo analiza de forma ilustrativa TAYLOR, C.: *Hegel*, *op. cit.*, pp. 133 a 137. Ya hemos examinado el pasaje del amo y del siervo anteriormente: *vid.*, así, *supra* Capítulo I.6.1.

<sup>417</sup> HONNETH, A.: *Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea* (edición de LEIVA, G., e Introducción de MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M.), Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 213, 214, 235 y 240.

**CAPÍTULO II.**  
**LOS DELITOS CONTRA EL**  
**HONOR EN LOS CÓDIGOS**  
**PENALES ESPAÑOLES**



## **CAPÍTULO II. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES**

### **1. INTRODUCCIÓN**

El estado actual de la regulación de los delitos contra el honor es el resultado de una larga evolución histórico que ha corrido paralela a la historia de la codificación penal española, pues se da la circunstancia de que los atentados contra el honor son tan viejos como la misma legislación penal. Desde el Código de 1822 hasta el régimen jurídico actual de 1995, los delitos contra el honor han sido una constante en los Códigos penales españoles. Bajo distintas denominaciones (delitos contra el honor, delitos contra la honra, delitos contra la honestidad o delitos contra la fama y la tranquilidad), estas figuras siempre han encontrado cabida en el texto punitivo, en la medida en que el legislador ha estimado que protegían un bien jurídico esencial de la vida de los individuos en sociedad y que su tutela por las normas penales era una máxima indiscutible.

No obstante, al margen de esas premisas básicas y estables, lo cierto es que la regulación de los delitos contra el honor ha experimentado cambios en consonancia con los avances de la ciencia penal y la jurisprudencia. Así, existen etapas altamente productivas en esta materia que arrojaron grandes progresos, como los Códigos de 1848 y 1870, junto a otras completamente estériles que se sucedieron a lo largo del siglo XX hasta el Código actual de 1995.

En las próximas páginas nos proponemos el reto de reflejar la evolución experimentada por la regulación legal de los delitos contra el honor. Para tal fin hemos estimado oportuno realizar un previo análisis de las características de cada fase de la codificación española, coronada cada una con un nuevo texto penal, que sirva como marco general o contexto en el que poder situarnos para proceder con más sólidas bases teóricas al examen de los delitos contra el honor. La tutela penal del honor no es, ciertamente, una de las materias más dependientes de las circunstancias histórico-políticas, a diferencia, por ejemplo, de los delitos contra la religión o los delitos

políticos, sin embargo, aquel estudio de los delitos contra el honor que no tenga presente en el horizonte el marco socio-político en el que inscribe su regulación jurídica, está viciado de origen. Cualquier opción concreta de política-criminal no puede explicarse si no es por referencia al marco político y a los valores sociales dominantes, bajo cuyo manto el legislador se ve compelido a actuar. Así, en lo que a nosotros respecta, en cada régimen político, y en la historia de España han existido bastantes, las decisiones legislativas eran reflejo de la nueva actitud del poder público en torno al debate sobre la libertad de expresión y, desde esta perspectiva, cada etapa histórica venía acompañada de nuevo régimen jurídico de los delitos contra el honor ilustrativo de la concepción particular que defendía el legislador sobre esta dicotomía, sobre este equilibrio siempre inestable entablado por la libertad pública de información y la protección penal y personalísima del honor.

## **2. EL PLAN DE CÓDIGO CRIMINAL DE 1787. LA INFLUENCIA DEL PROYECTO DE FILANGIERI**

Se admite unánimemente por la doctrina especializada que el Código Penal de 1822 constituye la primera obra legislativa surgida del proceso de codificación penal que se iniciara en España en el siglo anterior, proceso que se desarrolló en nuestro país aproximadamente con la misma lentitud y retraso con que se recibieron los efectos de la Revolución Francesa. En dicha centuria ya era relativamente común la preocupación de algunos magistrados e intelectuales por la excesiva brutalidad o dureza de las penas, su desproporción y su escasa utilidad para el fin público, más allá de una pretendida finalidad ejemplarizante que sólo se cumplía sobre el papel, pues en la práctica la ejecución de un ladrón no reducía los delitos de robo ni la de un hereje hacía lo propio con los delitos contra la religión. Fruto de esas inquietudes fueron los distintos pasos dados a lo largo del siglo XVIII en orden a la recopilación de las leyes penales o criminales en un único código que acabase con el arbitrio judicial<sup>1</sup>, con la incertidumbre

---

<sup>1</sup> Sin duda, éste era el rasgo más destacado y odioso del Derecho Penal del Antiguo Régimen, procedente de la abdicación del legislador a favor del juez, al que se le concedía la potestad de interpretar amplísimamente la ley, arrojando penas variadas para un mismo delito y, en definitiva, caos e incertidumbre jurídica. Así, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 375 y ss; ilustra también esta perniciosa característica, en el marco más restringido del Derecho Penal durante el reinado de Felipe IV (1621-1665), TORRES SANZ, D.: “La represión penal en la época de Felipe IV”, MERCHÁN FERNÁNDEZ, C. (dir. y coord.): *Poder y Derecho bajo el reinado de Felipe IV. Actas del Congreso Nacional de* 160

y las divergencias interpretativas, con las leyes anticuadas y sin uso. En definitiva, era “indispensable formar un cuerpo separado de Legislación criminal sin mezcla de otra cosa alguna, el cual comprenda, no sólo los delitos y las penas que les corresponden; sino también lo concerniente a las pruebas de los delitos y a la substanciación de los procesos criminales, dividido por partes, títulos y leyes con buen orden, método y claridad y con toda la concisión posible, de suerte que cualquiera pueda imponerse con facilidad en esta importante parte de la legislación”.

Se dice que el proyecto de código criminal de 1787 bebe como ningún otro de las doctrinas del criminalista napolitano Gaetano FILANGIERI, representante de la filosofía ilustrada en el ámbito del Derecho Penal y cuyas obras gozaron de rápida y profunda penetración en la conciencia jurídica española y, particularmente, en la de los encargados de redactar tanto el proyecto de código criminal de 1787 como el futuro texto de 1822 que llegará a ser, auténticamente, un Código Penal con fuerza vinculante<sup>2</sup>.

---

*Historia del derecho y de las Instituciones Político-Administrativas*, Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, 2007, pp. 9-38.

Contra esta misma arbitrariedad se manifestó, entre otros, el propio BENTHAM al rechazar el “principio arbitrario o de simpatía y antipatía”, en su obra “Tratados de Legislación civil y penal”, en función del cual “*se aprueba ó condena por sentimiento ó por instinto sin dar otra razon de este juicio que el juicio mismo. Yo amo, yo aborrezco; he aquí el ege sobre el que estriba este principio. Una accion se tiene por buena ó mala, no porque sea conforme ó contraria al interés de las personas de que se trata, sino porque agrada ó desagrada al que juzga*”: BENTHAM, J.: *Tratados de Legislación civil y penal* (edición reparada por RODRÍGUEZ GIL, M.), Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 31.

<sup>2</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fasc. II (mayo-agosto 1969), p. 331; IÑESTA PASTOR, E.: *El Código Penal de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 35. No obstante, sobre este extremo que hemos afirmado tan contundentemente, existe algún desacuerdo. Así, se muestra también partidario de la visible influencia del napolitano en la doctrina y en la obra legislativa de principios del Novecientos, LALINDE ABADÍA, quien distingue tres fases en la recepción del pensamiento de FILANGIERI, haciendo corresponder la primera con los momentos de redacción del código de 1787 y la segunda y tercera con las fechas de florecimiento del régimen liberal y constitucional de 1813 y 1820. Cierto es que dicha repercusión debe matizarse a la vista de la concurrencia de otras corrientes dominantes de pensamiento, tales como el iusnaturalismo germánico, el empirismo y utilitarismo ingleses y el iluminismo, el doctrinarismo y el sensualismo franceses. *Vid.*, LALINDE ABADÍA, J.: “El eco de Gaetano Filangieri en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984), pp. 477, 478 y 494 a 522.

Por el contrario, cuestiona la supuesta influencia del napolitano LORENTE SIÑINERA, advirtiendo que por mucho que el pensamiento de FILANGIERI sobrevolara las teorías de la doctrina erudita, no recibió auténtico refrendo o respaldo legislativo; en fin, no fue *normativizado*; así LORENTE SIÑINERA, M.: “De la suerte normativa de la ciencia de la legislación: Filangieri y la codificación en la España decimonónica”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, <http://nuevomundo.revues.org/3510> (16/05/2011), párrafos 6, 26 y 28.

También pueden encontrarse interesantes referencias al proyecto de Código criminal de 1787 y un análisis del pensamiento penalista ilustrado de LARDIZÁBAL en HERNÁNDEZ MARCOS, M.: “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res Publica*, 22 (2009), pp. 39-68 (en línea: <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/respublica/numeros/22/04.pdf>, 10/05/2011).

Su obra más relevante, *Scienza della legislazione*, publicada entre 1770 y 1783, constituye casi un Tratado de Derecho Penal asentado sobre unos cimientos de corte ilustrado especialmente clarificadores en temáticas relacionadas con el fundamento del derecho a castigar (basado en una interpretación del contrato social que permite introducir y justificar el derecho de la sociedad a perseguir los delitos) y la proporción entre delito y pena, como en lo que a la dignidad del hombre se refiere, o bien la elección de algunas clases de pena<sup>3</sup>.

De conformidad con el “Plan y Distribución del Código Criminal” de 1787 que remitió FLORIDABLANCA al Rey Carlos III, el proyecto de código contemplaba doce títulos en cada uno de los cuales se enumeraban las distintas conductas delictivas que castigaban atentados contra los intereses que el legislador quería proteger. Efectivamente, se observa una palpable correspondencia entre los títulos del proyecto y los de la *Scienza della legislazione*<sup>4</sup>.

Centrando nuestro estudio en el título del proyecto de código criminal relativo a los delitos contra el honor, comprobaremos que la intención de la comisión redactora era distinguir dos intereses jurídicos merecedores de protección (dignidad y honor), y protegerlos por medio de sendos delitos, también diferentes (injurias reales y verbales, y libelos famosos)<sup>5</sup>. De cuáles fueran las intenciones y razones de tal modo de protección penal, nada sabemos pues este “plan o distribución” es la última noticia que se tuvo del intento codificador de 1787. Ahora bien, vista la similitud y la influencia de la obra de FILANGIERI sobre el proyecto español, podemos remitirnos a la *Scienza della legislazione* para encontrar algunas explicaciones. Así, el tratadista distingue los delitos contra la dignidad de las personas de los delitos contra el honor del ciudadano, atendiendo a una diferencia del bien objeto de protección. Para justificar la existencia de los primeros, expone que “*la opinion que puede ser manejada por las leyes, pero que no*

---

<sup>3</sup> SCANDELLARI, S.: “La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007., <http://nuevomundo.revues.org/3484> (16/05/2011), párrafos 39 a 41.

<sup>4</sup> FILANGIERI, G.: *Scienza della Legislazione (escrita en italiano por Cayetano Filangieri; y traducida al castellano por Jaime Rubio)*, Tomo VII, 3ª ed., Imprenta de Núñez, Madrid, 1822, pp. CXXV, CXXVI y XCCVII; en línea: [http://156.35.33.113/derechoConstitucional/pdf/espana\\_siglo19/ciencia\\_legislacion\\_7/ciencia\\_legislacion\\_7.pdf](http://156.35.33.113/derechoConstitucional/pdf/espana_siglo19/ciencia_legislacion_7/ciencia_legislacion_7.pdf) (17/05/2011), pp. CXXV, CXXVI y XCCVII.

<sup>5</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: “Los orígenes ...”, *op. cit.*, p. 339.



*está sujeta á su imperio, quando se trata de un insulto cubre de ignominia en el dia al ofendido sino se venga, y le priva de la estimacion da que habia gozado hasta aquel momento*<sup>6</sup>. De lo indicado puede deducirse entonces que el objeto de protección de estos delitos sería la opinión (pública) y la estimación que se tiene del insultado. Cuando analiza los ataques contra el honor, señala que *“los delitos comprendidos en esta clase son los que ofenden la reputacion del ciudadano”* y que los medios básicos con que se puede lesionar esa reputación son los *“libelos famosos y las detracciones públicas”*<sup>7</sup>. De esta forma, entendemos que FILANGIERI podría incurrir en cierta contradicción al distinguir dos intereses jurídicos dignos de protección penal a través de dos delitos distintos, cuando realmente sólo emerge un único bien o valor susceptible de protección a través de las leyes penales, a menos que la pretendida diferencia resida en el diverso uso de los conceptos de estimación pública, previsto para los delitos contra la dignidad, y reputación, asignado a los delitos contra el honor, diferenciación que de ser ciertamente la clave, tampoco tendría base suficiente para prosperar.

Por lo demás, en la obra del criminalista napolitano encontramos algunas resonancias del pasado, pero que estaban muy presentes en esos tiempos, como la diferente gravedad de la pena que debía establecerse según el *“insultador”* fuera un plebeyo, una persona entre la plebe y la nobleza, o un noble, siendo así que las ofensas del plebeyo al noble se castigaban más severamente pues si el segundo no se vengaba, debía *“retirarse del trato y comunicación, proscribirse y desterrarse voluntariamente para evitar el desprecio de los que le rodean, mientras que el plebeyo ultrajado y no vengado no vé disminuirse nada la consideración que antes gozaba”*<sup>8</sup>. Paralelamente, junto a este resquicio de desigualdad<sup>9</sup> y a esta muestra de estratificación social, FILANGIERI proponía que llamado a juicio el autor de un libelo famoso o de una detracción pública y no pudiendo probar en el mismo la verdad de tales acusaciones,

---

<sup>6</sup> FILANGIERI, G.: *Scienza ...*, op. cit., p. 229 (17/05/2011).

<sup>7</sup> FILANGIERI, G.: *Scienza ...*, op. cit., pp. 237 y 239 (17/05/2011).

<sup>8</sup> FILANGIERI, G.: *Scienza ...*, op. cit., p. 233 (17/05/2011).

<sup>9</sup> Desigualdad que él no apreciaba desde la óptica de que la desigualdad de la pena (más grave cuando quien injuriaba era el plebeyo al noble) deriva de la desigualdad del delito (es decir, que no era equivalente insultar a un noble que a un plebeyo; hay más desvalor de la acción en el primer caso que en el segundo, diríamos actualmente), de modo que, por una parte, la protección igualitaria y proporcionada para cada ciudadano se lograría mediante la desigualdad de penas, y por otra, se destruiría dicha protección igualitaria si impusiéramos una igualdad de penas tal que *“el plebeyo corriera el mismo riesgo causando el mayor mal al noble, que éste causando menor á aquél”*: FILANGIERI, G.: *Scienza ...*, op. cit., p. 233 (17/05/2011).

fuera castigado con la pena de infamia y de pérdida perpetua de la libertad personal (castigo ciertamente desproporcionado y excesivo para nuestras conciencias), y, añadía el autor, “*pero no impondría pena alguna quando la maledicencia fuese verdadera*”<sup>10</sup>, lo que constituye un supuesto de *exceptio veritatis* o prueba de la verdad, en terminología actual, con la máxima extensión o alcance en tanto no se fija ningún límite a la posibilidad de probar la veracidad de las acusaciones y se exonera de culpa en caso de acreditar dicha veracidad.

### 3. EL CÓDIGO PENAL DE 1822

#### 3.1 ASPECTOS GENERALES

Fracasado por las circunstancias políticas el intento de dotar al Estado de un Código Penal, este ánimo no decae y la necesidad de llevarlo a la práctica se refuerza y actualiza con la Constitución de Cádiz de 19 de marzo de 1812, cuyo artículo 258 proclama tajantemente que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”. Existe, por tanto, un mandato del constituyente en orden a la redacción de un código criminal que rija con fuerza vinculante en todos los territorios españoles. La semilla del Código Penal de 1822 ya estaba sembrada.

En la elaboración del Código de 1822 confluyeron dos corrientes opuestas, cada una de las cuales dejó su impronta en el articulado, para arrojar un texto de imperfecta técnica legislativa<sup>11</sup> pero que serviría para trazar la senda de la codificación penal en España: por una parte, las ideas del Antiguo Régimen y, por otra parte, la filosofía reformista de la Ilustración<sup>12</sup>, especialmente representada en el pensamiento de

---

<sup>10</sup> FILANGIERI, G.: *Scienza ...*, op. cit., p. 243 (17/05/2011).

<sup>11</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 73. Se ha reprochado igualmente del texto punitivo su excesiva retórica hueras, destinada a la búsqueda de un efecto artístico más que práctico y correcto desde la perspectiva del rigor dogmático: ANTÓN ONECA, J.: “Historia del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, Fasc. II (mayo-agosto 1965), p. 276; también, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: “*Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*”, Akal, Madrid, 1988, p. 12.

<sup>12</sup> ALVARADO PLANAS, J.: “La codificación penal en la España Isabelina: la influencia del código penal del Brasil en el código penal español de 1848”, AA.VV.: *España en la época de la fundación de la Guardia Civil (V Seminario Duque de Ahumada)*, Ministerio de Educación, 1994, p. 44, traza un

BENTHAM<sup>13</sup>, BECCARIA<sup>14</sup> (aunque también de MONSTESQUIEU y, nuevamente, FILANGIERI)<sup>15</sup>.

---

acertado paralelismo entre los ideales de la Revolución Francesa, los objetivos de la Ilustración y las conquistas logradas en el campo de las leyes. Así, indica que la Ilustración se tradujo en la supresión de privilegios penales para la nobleza y de ciertas jurisdicciones especiales (IGUALDAD), en la limitación de la arbitrariedad de los jueces y en la culminación del principio de legalidad según el cual no hay delito sin ley que lo tipifique con anterioridad (LIBERTAD), y en la humanización y dignificación de las penas garantizando un *mínimum* exigido por los derechos humanos (FRATERNIDAD).

<sup>13</sup> Su grado de influencia es, sin embargo, discutido. Algunos sostienen que fue destacada y acusada, como principal representante de la concepción utilitaria de la pena propia de la filosofía ilustrada, como es el caso del profesor CEREZO MIR CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 128. Otros, por el contrario, afirman que el rastro de las doctrinas de BENTHAM sería más discreto, aun cuando fue consultado para la preparación del cuerpo legal y en la discusión del mismo se aludiera reiteradamente a sus teorías; este es el parecer de CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I. Volumen I)*, 18ª ed. (revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.) Bosch, Barcelona, 1980, p. 152; SALDAÑA, Q.: “Historia del Derecho Penal en España”, en: VON LISZT, F.: *Tratado de de Derecho Penal (traducido de la 18ª ed. Alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España de SALDAÑA, Q.)*, tomo I, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, p. 43.

<sup>14</sup> El punto de referencia de la fructífera investigación científica de BECCARIA sería su trabajo “*Dei delitti e della poena*” y en ella sentó los principios de una ciencia penal humanitaria, legalista y proporcionada o mesurada, al tiempo que reclamaba un sistema de leyes claro, no susceptible de valoraciones ni interpretaciones personales y comprensible para el pueblo. Sobre las cualidades de la labor investigadora de BECCARIA y sus aportaciones, ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 60; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *De los delitos y de las penas* (Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, F.), Aguilar, Madrid, 1976, pp. 14 a 16; MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y Ciencia Penal*, Universidad de Granada, Granada, 1993, p. 54

<sup>15</sup> ANTÓN ONECA, J.: “Historia ...”, op. cit., p. 270. En el mismo sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal, tomo I*, Losada, Buenos Aires, 1950, p. 573; ROIG TORRES, M.: “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 22 (1999-2000), p. 186; CUELLO CONTRERAS, J.: “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, Fasc. I (enero-abril 1977), p. 91; SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación Penal a comienzos del Siglo XIX”, ALVARADO PLANAS, J y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 357.

Desde la perspectiva geográfica, debemos insistir en la influencia del Código Penal francés de 1810, tal y como ponen de relieve, entre otros, CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 151; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 128; SALILLAS, R.: *Evolución ...*, op. cit., p. 252; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, op. cit., p. 87. Añadamos que del mismo modo que fueron notables las influencias extranjeras en nuestro Código Penal, también lo fueron las que ejerció el texto punitivo español sobre otros Códigos hispanoamericanos, particularmente sobre el de Salvador de 1826, el de Bolivia de 1831, el de Perú de 1836, el de Costa Rica de 1841 y, finalmente, el de Colombia de 1887. Así, IÑESTA PASTOR, E.: “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, GONZÁLEZ VALE, L. E.: *Actas de derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, tomo II*, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003, pp. 497 y 498.

Para concluir con las influencias del texto, además de la ciencia jurídica de los más expertos penalistas y criminalistas de la época, así como de los principales textos penales coetáneos, merece destacarse la colaboración que prestaron las Universidades, buena prueba del espíritu de apertura que presidió las fases de elaboración del Código y que evidenciaba el interés de componer un texto avanzado, a la altura de la filosofía y del pensamiento jurídico dominantes en esta época. En este sentido, es recomendable la lectura de sendos informes de las Universidades de Granada y Sevilla, documentados ambos en trabajos de SAINZ CANTERO, J.: “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XX, 1-2 (1967), pp. 509-538; del mismo, “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, 1(1977), pp. 83-110.

La grandeza del texto de 1822 puede resumirse en esta reflexión de ANTÓN ONECA: en los miembros de la Comisión predominaba “la conciencia de estar realizando una obra histórica [...]: nada menos que sustituir una legislación bárbara, medieval, desvirtuada por el arbitrio judicial mudable y caprichoso, por un sistema legalista y humano, como el que ya existe en algunos países “ilustrados”, como Toscana, Austria, Francia, Baviera, Nápoles”<sup>16</sup>. Además, la obra recogía el espíritu constitucionalista que reinó durante el trienio liberal y, en este sentido, el Código de 1822 se erige en la principal obra legislativa de las Cortes antes de la vuelta de la versión absolutista de Fernando VII.

Una vez concluida su redacción una comisión codificadora, fue decretado, sancionado y promulgado, entrando en vigor el 1 de enero de 1823. Sin embargo, su aplicación cierta ha sido puesta en entredicho<sup>17</sup>. No obstante, aun cuando la aplicación y vigencia del Código Penal de 1822 sean discutidas por la doctrina científica, no puede albergarse duda alguna en torno a la notabilísima influencia que ejerció esta norma en la elaboración de los futuros textos penales de nuestro derecho del siglo XIX, hasta el punto de que algunos aspectos especialmente progresistas de este primer Código, olvidados en ediciones posteriores, fueron finalmente retomados por las normas punitivas de la segunda mitad del siglo<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> ANTÓN ONECA, J.: “Historia ..., op. cit., p. 272.

<sup>17</sup> Sobre este particular, son favorables a la entrada en vigor del texto, CASABÓ RUIZ, J. R.: “La aplicación del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXII, Fasc. II (mayo-agosto 1969), p. 337; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P de 1822”, *Cuadernos de Política Criminal*, 5 (1978), pp. 234 y 235; DEL ROSAL, J.: *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones. Tomo I)*, Imprenta y Librería Casa Martín, Valladolid, 1945, p. 391; FIESTAS LOZA, A.: “Algo más sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho*, II, I (1977-1978), pp. 55 a 77; BERMEJO CABRERO, J. L.: “Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *Anuario de Historia del Derecho*, Tomo XLVI (1996), pp. 967 a 972; BENITO FRAILE, E.: “Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822”, *Foro, Nueva época*, 8 (2008), pp. 41 a 68, especialmente pp. 58 y ss; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte General (tomo I)*, 4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 98; VÁZQUEZ SÁNCHEZ, E.: *Un historiador del derecho, Pedro José Pidal*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p. 191; SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación ..., op. cit., pp. 373 a 381. Y, en fin, también favorable, aunque con matices que apuntan hacia una aplicación breve, desigual e imperfecta, se muestra ANTÓN ONECA, J.: “Historia ..., op. cit., p. 275; RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ..., op. cit., p. 97.*

Por el contrario, suscribe la teoría de la inaplicación del Código de 1822 apuntando que de ser cierto que no llegó a tener vigencia CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ..., op. cit., p. 152; SALILLAS, R.: Evolución ..., op. cit., p. 243.*

<sup>18</sup> ANTÓN ONECA, J.: “Historia ..., op. cit., p. 275; ROIG TORRES, M.: “Algunos apuntes ..., op. cit., p. 186. Así, se insiste en la superior modernidad que reunía el Código en algunas cuestiones como la indemnización a las víctimas inocentes de errores judiciales, la impunidad de la proposición no aceptada, la prescripción de la reincidencia, entre otras: RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª y GÓMEZ SERRANO, A.:

### 3.2 LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Podremos repetir hasta la saciedad que el Código Penal de 1822 recibe parcialmente la influencia de la filosofía ilustrada y del Código penal napoleónico<sup>19</sup>, por lo que se conduce en alguna medida hacia caminos más moderados, en la dirección de un Derecho Penal más humano y proporcionado. Sin embargo, aun quedará mucho tiempo para que sea correcto afirmar que en los orígenes de nuestra codificación penal se abandonaron viejos arcaísmos y barbarismos, sobre todo en la determinación de la pena según el delito de que se tratase y la forma de ejecución del castigo. Esta tensión dinámica de avance y retroceso, de exceso y defecto, quedará evidenciada en el siguiente análisis del bien jurídico honor en el Código Penal de 1822, realizado bajo una doble perspectiva: como un bien digno de protección penal y como un valor mercedamente susceptible de ser destruido a través de la pena de infamia.

El Código, desde la perspectiva de su estructura, está compuesto por un Título Preliminar (con trece capítulos), al que le siguen la Primera Parte (“de los delitos contra la sociedad”, de nueve títulos y cuarenta y siete capítulos) y la Segunda Parte (“De los delitos contra los particulares”, integrada por tres títulos y dieciocho capítulos). Concretamente, los delitos contra la honra, la fama y la tranquilidad se tipificaban en el Capítulo I del Título II de la Parte Segunda, dedicando a tal fin los arts. 699 hasta 718. Sólo atendiendo al aspecto cuantitativo, podemos comprobar la importancia de esta materia, merecedora de diecinueve artículos. Con su inclusión, el Código Penal de 1822 iniciaba una senda que recorrerá ininterrumpidamente el legislador español de tipificación de los delitos contra la honra (u honor) y que le conducirá hasta nuestros días, siendo así que el Código Penal de 1995 castiga tales conductas en los arts. 204 y siguientes. Además, el castigo de los atentados contra el honor era una necesidad invocada por los más eruditos, como BECCARIA, por lo que la persecución incompasiva de estas acciones no debía detenerse. Decía el citado autor que “*las injurias personales y contrarias al honor, esto es, a la justa porción de sufragios que un*

---

*Derecho ...*, op. cit., p. 98; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, op. cit., p. 87; BARÓ PAZOS, J.: “Historiografía sobre la Codificación del Derecho Penal en el Siglo XIX”, RUEDA HERNANZ, G. (editor): *Doce estudios de Historiografía Contemporánea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, Madrid, 1991, p. 26.

<sup>19</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 3.

*ciudadano puede exigir con derecho de los otros, deben ser castigadas con la infamia*<sup>20</sup>.

Como se comprobará a continuación, la regulación legal de los delitos contra la honra que contiene el Código de 1822 adolece de falta de concisión y claridad. Lo primero deriva de una regulación farragosa y extensa que, casi a modo de casuismo jurisprudencial, trata de castigar los incontables supuestos de ataques al honor que pudieron ocurrírsele al legislador, no siendo consciente éste de que tal tarea es inabarcable y que cualquier intento que emprendiera en esta dirección estaría abocado al fracaso y a la confusión<sup>21</sup>. En cuanto a lo segundo, proviene de la forma de redacción de los artículos, que contienen frecuentemente expresiones repetidas de una forma rayana en el automatismo, de tal modo que en ocasiones resulta complicado saber cuál es la diferencia entre cada precepto. Ante estas dificultades, a fin de proporcionar un análisis lo más ilustrativo posible, examinaremos la regulación penal clasificando las cuestiones objeto de interés en cuatro apartados: calumnias (y calumnias a través de libelos infamatorios y calumniosos), injurias, prueba de la verdad e intención de injuriar (o malicia).

### 3.2.1 Calumnias

El artículo 699 del CP de 1822 tipifica el delito de calumnia castigando a quien voluntariamente imputare a otro un hecho falso pero que de ser cierto, podría causarle *“alguna deshonra, odiosidad ó desprecio en la opinion comun de sus conciudadanos, ó algun otro perjuicio”*<sup>22</sup>. Esta conducta puede ser cometida pública o privadamente; en el

---

<sup>20</sup> BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA): *Tratado de los delitos y de las penas* (precedido de un estudio previo sobre BECCARIA y su obra por CABANELLAS, G., y seguido del Tratado de las virtudes y de los premios escrito por DRAGONETI, J., para servir de continuación al Tratado de los delitos y de las penas), Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 110.

<sup>21</sup> La *auctoritas* de los profesores DEL ROSAL y QUINTANO RIPOLLÉS refuerza nuestra opinión arriba expresada: “abundan las distinciones iluminadas por un desmedido criterio casuístico. Sus expresiones técnicas incorporan mucho del estilo administrativo, en el que también predomina un afán descriptivo que dificulta, en cierto casos, el arbitrio judicial y el juego de aplicación de penas”: DEL ROSAL, J.: *Principios ...*, op. cit., p. 393; en el mismo sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, op. cit., p. 88..

<sup>22</sup> Art. 699: *“El que en discurso ó acto público, en papel leído, ó en conversacion tenida abiertamente en sitio ó reunion pública, ó en concurrencia particular numerosa, calumnie á otro imputándole voluntariamente un hecho falso, de que si fuere cierto le podria resultar alguna deshonra, odiosidad ó desprecio en la opinion comun de sus conciudadanos, ó algun otro perjuicio, sufrirá una reclusion de uno á seis años, y se retractará públicamente de la calumnia. Si la imputacion falsa fuere de delito o*

primero de los casos, la calumnia deberá verse en un discurso o acto público, en papel leído, o en conversación tenida abiertamente en sitio o reunión pública, o en concurrencia particular numerosa (art. 699). En cuanto a su castigo, no deteniéndonos en la duración de la reclusión ni en la cuantía de las penas pecuniarias, conllevará la obligación de retractación pública de la calumnia (art. 699)<sup>23</sup>. En el segundo de los casos, cuando la calumnia se comete privadamente<sup>24</sup>, se mantiene la obligación de retractación aunque con un carácter más restringido, circunscribiéndose a la presencia del juez y escribano, de los testigos del suceso y de cuatro nombres buenos (art. 702).

Existe un supuesto particular de calumnia, la que se produce mediante libelo infamatorio o calumnioso y que está regulada en el art. 700. Así, se castigará con pena de multa de veinte a doscientos duros, además de las penas de reclusión y retractación previstas para la modalidad genérica de calumnia pública, a quien impute voluntariamente a otro un hecho falso pero susceptible por sí mismo de mancillar de algún modo la honra y fama del “calumniado” (aunque el texto legal habla del calumniador, pero entendemos que es un error), por medio de “*cartel, anuncio, pasquín, lámina, pintura ú otro documento puesto al público ó en papel impreso ó en manuscrito que haya sido distribuido á otras personas, ó enviado ó presentado á alguna autoridad*”.

### 3.2.2 Injurias

El legislador de 1822 incluye ya en el primer código de nuestra historia penal la distinción entre injurias y calumnias<sup>25</sup>. Básicamente, la injuria, de acuerdo con el art.

---

*culpa á que esté señalada pena por la ley, se impondrá al calumniador, además de la retractación pública, la mitad á las dos terceras partes de la misma pena que se impondría al calumniador si fuere cierta la imputación [...]*

<sup>23</sup> El art. 701 regula una conducta muy similar, por no decir sustancialmente idéntica, castigando a quien “*calumnie á otro en sermón ó discurso al pueblo, pronunciado en sitio público, siempre que la imputación falsa sea suficiente también para mancillar de algún modo la honra y fama del calumniado*”. Precisamente, este es uno de los ejemplos del excesivo casuismo del Código Penal de 1822 a que nos referíamos con anterioridad. No entendemos qué circunstancias llevaron al legislador a prever un supuesto específico para quien calumnie a través de sermón o discurso público, en lugar de considerar incluido este caso en la definición general de calumnia del art. 699. Para mayor indignación, el supuesto especial del art. 701 recibe la ¡misma! pena que la calumnia pública genérica. En definitiva, dos preceptos para una reprimir una misma conducta con idéntica pena.

<sup>24</sup> Art. 702: “[...] *imputando ó echando en cara á otro á presencia de una ó mas personas [...]*”.

<sup>25</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36 (1983), Fasc. I, p. 127.

703, es todo acto realizado o palabra proferida que puede afectar al honor de una persona de las más diversas formas (“*deshonrar, afrentar, envilecer, desacreditar, hacer odiosa, despreciable ó sospechosa, ó mofar ó poner en ridículo á otra persona*”); sin embargo, sólo habrá injuria si la afectación del honor individual puede reputarse como tal desde la perspectiva de la “*opinión común o la más generalmente admitida por las gentes del pueblo donde se ha cometido el delito*”. Resurge con fuerza esa intensa relación que a lo largo de la historia ha unido honor y sociedad, consideración personal y reconocimiento social. Démonos cuenta que si el acto o la expresión atenta contra el honor del injuriado, pero la conducta no repugna a la conciencia social, a la opinión común, no habrá injuria por muy desacreditado o despreciable que se haya sentido la víctima del ataque. Al final todo se reduce a la opinión pública; es el *despotismo de la opinión*, como decía BECCARIA<sup>26</sup>.

A continuación, el Código se propone hacer una clasificación de la injuria según su intensidad, como grave y leve. Se considera injuria grave, según el art. 704, “*la que se comete contra alguno, ya anunciando ó diciendo de él, ó echándole en cara á presencia de otra ú otras personas cualquier delito, culpa, vicio, mala acción ó mala propiedad determinada, aunque sea cierto lo anunciado, dicho ó echado en cara, siempre que esto pueda causar al injuriado una responsabilidad criminal, ó deshonorarle, envilecerle, desacreditarle ó hacerle odioso, despreciable ó sospechoso en la opinion comun ó mas generalmente recibida entre las gentes del pueblo respectivo*”. Observamos que la diferencia con la calumnia del art. 699 reside en que mientras aquélla consiste en la imputación *falsa* de un hecho (incluso de un hecho delictivo), la injuria es la imputación *verdadera* de un delito, vicio, culpa, mala acción o propiedad, que causa deshonor en la víctima. Y, en segundo nivel, la distinción entre injuria grave e injuria leve reside en que la leve tiene por objeto un acto realizado o unas palabras proferidas, mientras que la injuria grave supone la imputación incluso de delitos o culpas, hechos que por estar desvalorados penalmente, comportan un mayor deshonor, por lo que quien los impute a otra persona será castigado más severamente; para las lagunas interpretativas que quedaren después de aplicar estos criterios, el art. 705 añade que serán injurias leves todas las demás injurias no comprendidas en el artículo 704.

---

<sup>26</sup> BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA): *Tratado ...*, op. cit., p. 76.



En cuanto a las penas por delito de injurias, el legislador prevé castigos distintos en función de la gravedad de la injuria y del entorno donde se haya cometido. Así, para las injurias cometidas públicamente (para cuya determinación deberemos remitirnos a los medios y las formas descritos en los art. 699 y 700, relativos a las calumnias públicas), se prevé pena de satisfacción pública (arts. 706 y 707). Si se cometió privadamente, también la satisfacción revestirá carácter privado, realizándose ante el juez, el escribano, los testigos del suceso y cuatro hombres buenos (arts. 711 y 712).

### **3.2.3 *Exceptio veritatis***

La importancia que se concedía a principios del siglo XIX al bien jurídico honor encuentra una evidente manifestación en el estricto régimen de la prueba de la verdad, es decir, en el reducido elenco de posibilidades que se ofrecen al acusado por delito contra el honor de probar la veracidad de sus afirmaciones y quedar, así, exonerado del castigo que mereciera. Dada la trascendencia del honor como elemento estructurador de las clases sociales, de forma que la pérdida del mismo suponía la postergación social y la humillación más absoluta, la ley se articulaba de tal manera que el más elemental ataque contra el honor, justo o injusto, fuera castigado, ya que de esta forma la amenaza penal funcionaba como una censura, como una espada de Damocles dispuesta a caer sobre quien tentase la suerte y se atreviera a mancillar el honor de alguien.

Si trasladamos esta explicación al ámbito de la prueba de la verdad en el Código de 1822, sólo podremos concluir que dicho régimen tenía que ser necesariamente cerrado, restringido. Efectivamente, el texto legal contempla una *exceptio veritatis* escasamente operativa. Así, en sede de injurias, en virtud de los arts. 704 y 710, la prueba de la verdad no juega ningún papel, ya que, por una parte, el art. 704 eleva la conducta ofensiva a la categoría de injuria grave “aunque lo enunciado sea cierto”, restando, por consiguiente, cualquier valor o utilidad, a efectos de exoneración de la responsabilidad criminal, a la prueba de la veracidad de las afirmaciones proferidas o de los actos realizados; y, por otra parte, el art. 710 veda los intentos de eludir la pena por delito de injurias de quienes arguyan que el hecho atribuido en la injuria grave, por ser notorio o haber sido declarado judicialmente, no puede considerarse ofensivo para el honor ni constitutivo de conducta delictiva, pues aun en esos casos de notorio

conocimiento y de declaración judicial se prohíbe probar la certeza de la veracidad de las acusaciones. Queda patente, por tanto, que el Código Penal pretende proteger un honor aparente, desde la perspectiva de que cualquier hecho o palabra de contenido ultrajante, ya sea falso o verdadero, es susceptible de producir una reducción de la valoración social del individuo. En definitiva, se está diciendo que es indiferente la veracidad de lo dicho, pues de lo que se trata es de proteger la imagen del ciudadano, la consideración que de su honor tiene la comunidad, sea ésta fundada o infundada, porque lo que importa es mantener una buena posición a los ojos de los demás. Otra vez el despotismo de la opinión *beccariano*.

Los únicos casos excepcionales en que el texto punitivo de 1822 autoriza una forma limitada de *exceptio veritatis* son dos: a) en relación con las calumnias, se permite la prueba de la verdad aunque si practicada ésta se evidenciara la veracidad de la imputación del hecho, el calumniador no quedaría absuelto, pero al menos vería reducida su pena a la correspondiente a un delito de injurias<sup>27</sup>; b) en relación con las injurias, el art. 707 libera de la pena por este delito a quien censure “*delito i culpa, defecto ó exceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y con relacion á ellas, ó delito ó culpa sujeta á pena por la ley civil*”, siempre y cuando pruebe la certeza de lo que diga<sup>28</sup>.

### 3.2.4 Intención de injuriar

La intención de injuriar, el *animus iniuriandi*, ha sido una cuestión problemática y espinosa que ha acompañado siempre a los delitos de injurias a lo largo de todo el proceso codificador penal español, aunque su relevancia como elemento determinante de la presencia del delito ha ido decreciendo por efecto de la interpretación

---

<sup>27</sup> Art. 710: “...y aunque en este caso [que el ofendido le acuse de calumnia] lo pruebe, el ofensor quedará siempre sujeto á la pena de injuria”.

<sup>28</sup> Precisamente, este último supuesto excepcional de admisión de la prueba de la verdad en el caso de injurias dirigidas contra funcionario público ha permanecido inalterado hasta nuestro días, pues el Código Penal de 1995 establece en su artículo 210 que “el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”. En este sentido, compartimos la afirmación de ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 36 (1983), Fasc. I, p. 127, en cuya virtud el Código Penal contenía ya algunos de los rasgos más sobresalientes de la regulación actual; no obstante, debemos precisar que las palabras de la autora se referían al Código Penal de 1973, vigente en aquellos momentos.

jurisprudencial. En 1822, sin embargo, no había lugar a la interpretación ni arbitrio judicial pues el tipo penal del art. 704 establecía claramente que “*en estas injurias [injurias graves], cuando se cometan espontáneamente y á sabiendas, se supondrá siempre la intencion de injuriar*”. Operaba, consiguientemente, una presunción *iuris et de iure*, si atendemos a la literalidad del precepto, en virtud de la cual siempre que se anunciara o atribuyera a otra persona cualquier delito, culpa, vicio o mala acción, de la que pudiera derivar responsabilidad criminal, o que pudiera deshonorar o envilecer al ofendido, se consideraría que concurría la intención de injuriar y, por tanto, que se estaba ante una injuria grave. Sin embargo, más adelante, el mismo Código contempla un supuesto en que puede destruirse la presunción de la intención de injuriar: tanto para injurias leves como graves<sup>29</sup>, públicas como privadas, no hay delito de injuria cuando “*no resulte malicia ni intencion de injuriar, y el reo proteste no haber sido su ánimo hacerlo, ni perjudicar en cosa alguna al ofendido*”<sup>30</sup>. En última instancia representa, por oposición a lo anterior, una presunción *iuris tantum* (a pesar de que el tenor literal del art. 704 fuera contundente en el sentido contrario a esta interpretación, utilizando el adverbio “siempre”), de conformidad con la cual se presumirá la intención de injuriar cuando se actúe a sabiendas y espontáneamente, a menos que pueda demostrarse que el presunto injuriador no se comportó maliciosamente ni albergaba el propósito de deshonorar a la víctima.

Para concluir, estimamos oportuno realizar una reflexión que puede aclarar aun más los casos en que debe considerarse presente ese *animus iniuriandi*. Dice el art. 713 que en las injurias graves desaparece la intención de injuriar cuando resulta no haber habido malicia, entendida la malicia con un significado equivalente al dolo<sup>31</sup>. La presencia del elemento malicioso era determinante no sólo para el delito de injurias, sino para la mera existencia de conducta delictiva; así, el art. 1 del Código Penal de 1822 definía el delito como “la acción u omisión, libre y voluntariamente y con malicia,

---

<sup>29</sup> Aunque de las injurias leves no existe una declaración similar a la prevista en el art. 704 para las injurias graves.

<sup>30</sup> Art. 713: “*En las injurias leves, cuando no resulte malicia ni intencion de injuriar, y el reo proteste no haber sido su ánimo hacerlo, ni perjudicar en cosa alguna al ofendido, se reducirá la pena al pago de costas, y á la satisfaccion prescrita en los artículos 707 y 711, segun sea pública ó privada la injuria. En las injurias graves cometidas pública ó privadamente, siempre que resulte no haber habido malicia ni intencion de injuriar, se reducirá tambien la pena á la misma satisfaccion, y á un arresto de cuatro dias á dos meses*”.

<sup>31</sup> ANTÓN ONECA, J.: “Historia ..., op. cit., p. 273.

de lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena”. Precisamente, la malicia que caracterizaba el delito estaba ausente en la definición de la conducta culposa, no dolosa, que de conformidad con el art. 2 concurría en quien libremente, pero sin malicia, infringía la ley por alguna causa que podía o debía evitar. Se reprochó al tiempo de la elaboración del texto criminal que la referencia a la malicia del art. 1 resultaba reiterativa, pues “voluntariamente significa cuanto se necesita, pues no puede haber voluntad sin conocimiento, que es lo que se llama intención”; sin embargo, justificando la necesidad de la exigencia de la malicia en la definición general de delito (y extrapolable al caso particular del delito de injurias, en lo que a nosotros nos interesa), CALATRAVA, en calidad de representante del sentir mayoritario de la Comisión en esta cuestión, entendía que podía haber una infracción de la ley, con la consiguiente causación de daño para la sociedad, sin que tal violación fuera maliciosa<sup>32</sup>, por lo que era preciso exigir también para apreciar delito que la infracción de la ley fuese maliciosa. De esta forma, podía distinguirse el delito, en el que concurrían el daño a la sociedad y la malicia del delincuente, de la culpa en la que sólo había infracción de la ley por ignorancia<sup>33</sup>.

### 3.2.5 La pena de infamia

Aunque desde la perspectiva de la conciencia social actual la pena de infamia sea completamente incomprensible, a comienzos del siglo XIX, sumergidos en una sociedad estratificada, artificialmente valerosa, castigar a los delincuentes más

---

<sup>32</sup> De ahí el sentido de la precisión del art. 1 que después de definir delito, indica que en toda infracción libre de la ley ha habido voluntariedad y malicia, *salvo que el infractor pruebe que no ha actuado guiado por esos parámetros o no pueda demostrarse claramente lo contrario* (la cursiva es nuestra).

<sup>33</sup> Vid., SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación ...”, *op. cit.*, pp. 359 y 360; sobre este particular, también SCANDELLARI, S.: “La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, en línea: <http://nuevomundo.revues.org/3484> (19/05/2011), párrafos 26 y 27.

Aunque los planteamientos de CALATRAVA se impusieron en este momento, lo cierto es que no volvieron a encontrar refrendo legislativo, pues el Código Penal de 1848 eludiría cualquier referencia al concepto de malicia como rasgo distinto de la voluntariedad en la comisión de un delito. Incluso ya el proyecto de Código Penal de 1834, que más adelante estudiaremos, al definir los *cuasi* delitos como “acción u omisión en que sin voluntad de hacer mal se causa daño por descuido, imprudencia o impericia”, y los delitos en el art. 1 como “trasgresión voluntaria de la ley”, daba a entender que el delito es una trasgresión maliciosa de la ley, por lo que la malicia es un elemento inherente al delito y significa voluntad de hacer mal (CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Murcia, 1978, p. 10); en fin, que no hay voluntariedad sin malicia y que la comisión de un delito implica la presencia de ambas circunstancias, de un modo tal que la una conlleva la otra.

reprobables con la pena de infamia era algo absolutamente lógico y verosímil. La pena de infamia no se definía legalmente, pero LARDIZÁBAL nos ofrece una descripción que bien puede subyacer en cada recurso de la ley penal a este castigo: “*es la infamia una pérdida del buen nombre y reputación que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomuni3n civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideraci3n, y rompe todos los v3nculos civiles, que le un3an a sus conciudadanos, dej3ndole como aislado en medio de la misma sociedad*”<sup>34</sup>. Una revisi3n actual de dicha definici3n proporciona SAINZ GUERRA: la infamia que impon3a la ley no era “una sancion puramente declarativa, pues adem3s de ir acompa3ada de una pena corporal, implicaba la deshonra del individuo, su marginaci3n p3blica y desprecio social”<sup>35</sup>.

En los albores de la etapa codificadora se desempolv3 un vivo debate en torno a la conveniencia de mantener la pena jur3dica de la infamia. A finales del siglo XVIII y comienzos de la centuria siguiente, diversos eruditos y expertos segu3an defendiendo la utilidad de este castigo. BECCARIA sosten3a que las penas corporales y dolorosas no deb3an imponerse sobre delitos que, fundados en el orgullo, consiguen en el dolor mismo gloria y alimento, pues para estos casos era m3s conveniente la ridiculez y la infamia, penas que enfrentan el orgullo de los fan3ticos con el orgullo de los espectadores<sup>36</sup>. Es cierto, como afirma MASFERRER DOMINGO, gran estudioso de la pena de infamia en la historia de la codificaci3n penal espa3ola, que el jurista milan3s rechazaba la pena de infamia que no fuese paralela a la infamia proveniente de la opini3n p3blica<sup>37</sup>, sin embargo, no creemos que pueda extraerse de esta idea que para BECCARIA las penas jur3dicas infamantes carecieran habitualmente de sentido<sup>38</sup>, sino que el iluminista pretend3a llamar la atenci3n sobre la necesidad de que existiera una correlaci3n entre la ley y la opini3n p3blica llegado el momento de castigar una acci3n

---

<sup>34</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas contra3do a las leyes criminales de Espa3a para facilitar su reforma*, 2ª ed., Imprenta de Repull3s, Madrid, 1828, p. 220.

<sup>35</sup> SAINZ GUERRA, J.: “Jos3 Mar3a Calatrava o la Codificaci3n ...”, *op. cit.*, p. 366.

<sup>36</sup> BONESANA, C. (Marqu3s de BECCARIA): *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>37</sup> “La infamia “no depende sola de la ley. Es, pues, necesario que la infamia de la ley sea la misma que aquella que nace de las relaciones de las cosas: la misma que resulta de la moral universal o de la particular”: BONESANA, C. (Marqu3s de BECCARIA): *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 110.

<sup>38</sup> MASFERRER DOMINGO, A.: *Tradic3n y reformismo en la codificaci3n penal espa3ola*, Universidad de Ja3n, Ja3n, 2003, p. 162. M3s adelante, el autor insiste que la posici3n de BECCARIA ante la pena jur3dica de la infamia es de aparente rechazo absoluto, pero parece ver con buenos ojos y tener en gran estima el efecto infamante de hecho que se produce por la espont3nea opini3n p3blica (*op. cit.*, p. 163).

con la pena jurídica de infamia, a fin de evitar que “*la infamia de la ley es [sea] distinta de la infamia de la opinión pública, o la ley pierde [pierda] la veneración pública, o las ideas de la moral y de la probidad se desvanecen [desvanezcan] con menosprecio de las declamaciones, que jamás resisten a los ejemplos*”<sup>39</sup>.

La opinión, a nuestro juicio, moderadamente favorable a la pena de infamia de BECCARIA, con las salvedades ya expresadas, coincide en lo sustancial con la mantenida por el teórico español LARDIZÁBAL quien, con más vehemencia, defendía también esta pena sin ambages: “esta terrible pena de la infamia, usada con tino y discreción, podrá evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárquico, cuyo principio es el honor”<sup>40</sup>. Pero, efectivamente, para alcanzar este éxito debían tenerse en cuenta ciertas cautelas a la hora de decretar la pena de infamia, esencialmente, que su aplicación fuera conforme a las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones que son de suyo indiferentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales; y del mismo modo, “la ley no puede desentenderse de la opinión pública considerando laudables u honrosas conductas que, desde la perspectiva de la opinión generalmente recibida, son repugnantes y reprobables, aun cuando tal sentimiento social arranque de un concepto falso, pues es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres y de las preocupaciones, que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley la injuria”<sup>41</sup>.

Esto advertido, hemos de reproducir también las opiniones de quienes se oponían a una pena excesivamente dura e injusta y abogaban por su definitiva desaparición. ROMERO ALPUENTE, miembro de la Comisión codificadora, defendía fervientemente que “la pena de vergüenza pública, que es más destructora del honor, o una marca más indeleble que todas las de hierro ardiente, y que por lo mismo, haga después el hombre aunque sea milagros, le es imposible recobrar en la sociedad su primer puesto, es una pena mucho más cruel que la de muerte, porque la muerte es el fin de todos los males de este mundo, y la pérdida del honor por medio de la vergüenza

---

<sup>39</sup> BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA): *Tratado ...*, op. cit., p. 110.

<sup>40</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso ...*, op. cit., p. 220.

<sup>41</sup> LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso ...*, op. cit., pp. 221 y 222.

pública es el principio de todos ellos”<sup>42</sup>. El diputado ECHEVARRÍA, por su parte, recordaba que la pena de infamia quita toda esperanza de enmienda, dejando a salvo al criminal para que cometa todo género de delitos por haber perdido el pudor, el decoro y la vergüenza, único freno que podía contenerle en la carrera de los vicios<sup>43</sup>. Para terminar, también podemos remitirnos a las palabras del comisionista FLORES ESTRADA, para quien esta pena castigaba demasiado o absolutamente nada, ya que o se ensañaba especialmente con el hombre que aun con algún resto de pudor sufría la pena más dura que podía imaginarse, o se quedaba corta si recaía sobre quien ya no tenía ninguna vergüenza<sup>44</sup>.

En cualquier caso, parece que se escucharon más alto las voces de los partidarios de esta pena; resonaba entre todas ellas la del omnipresente José María CALATRAVA que alababa la utilidad social de esta pena con un doble argumento; por una parte, la pena de infamia atemorizaba al propio delincuente (en su ejemplo, asesino y parricida) que se retraerá de serlo si sabe que va a morir con infamia, y por otra, la infamia hundía sus efectos entre la comunidad que veía el aparato con que son conducidos los reos al cadalso y notaría las diferencias que induce la pena de infamia, recibiendo impresiones más eficaces para el escarmiento<sup>45</sup> (subyaciendo aquí una finalidad ejemplarizante de la pena, de tintes preventivo-generales, que gozaba de gran acogida en estos momentos iniciales del proceso codificador en España).

Fuere como fuese, lo cierto es que la pena de infamia accedió al texto penal de 1822, cuyo artículo 28 incluía en la categoría de penas no corporales (por oposición a las penas corporales) la declaración de infamia. Dicha pena, que sólo podía imponerse

---

<sup>42</sup> SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria de España, II*, Analecta, Madrid, 1918, p. 361. ROMERO también entendía que “la pena de vergüenza, lejos de prometer la enmienda, asegura la incorregibilidad, porque deja al reo sin vergüenza o sin honor, o lo que es lo mismo, sin temor al desprecio de los demás hombres”. Recoge estas palabras SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación Penal a comienzos del Siglo XIX”, ALVARADO PLANAS, J y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios ...*, op. cit., p. 367.

<sup>43</sup> SALILLAS, R.: *Evolución ...*, op. cit., p. 362. Esta misma reflexión la expresa en otros términos MASFERRER DOMINGO: “una vez destruido [el honor y la reputación personales], ¿qué puede refrenar el natural impulso a las malas pasiones? Ciertamente, la prevención general podía ser efectiva por el impacto de esta pena. Pero, ¿hasta qué punto se conseguía la enmienda del delincuente, de modo que quien había sido despojado violentamente -legalmente- de su honor tuviera el ánimo de enmendar su conducta sin poder -en bastantes casos- recuperar jamás la estima y dignidad frente a sus conciudadanos?: MASFERRER DOMINGO, A.: *Tradición ...*, op. cit., p. 163.

<sup>44</sup> SALILLAS, R.: *Evolución ...*, op. cit., p. 363.

<sup>45</sup> SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación ...”, op. cit., p. 367.

sobre mayores de 17 años (tanto varones como mujeres) a tenor de lo dispuesto por el art. 64, se concebía habitualmente como una pena aneja a otra corporal, salvo en los dos únicos supuestos en que se aplicaba de forma exclusiva: a) en caso de perjurio, faltando maliciosamente a la verdad (art. 434); b) en caso de que el marido fuera convencido por la esposa de consentir el adulterio (art. 685)<sup>46</sup>.

Sólo resta por señalar dos particularidades de la infamia. La primera se refiere a la paradoja de que siendo la infamia la pena por excelencia que, como castigo, privaba al delincuente de su honor y reputación, degradándolo en la escala social, ésta no se aplicaba al responsable de los delitos que por antonomasia castigaban los ataques al honor y dignidad ajenas, injurias y calumnias. En cierto modo este hecho evidenciaba un diminuto paso en la senda que conduciría a la adecuada ubicación del honor en el entramado de valores sociales, no como el más elevado, sino como uno más merecedor de protección penal, ya que para reprimir los delitos de injurias y calumnias no se recurría a una pena tan cruel, humillante e indignante como la infamia, sino que se optaba por penas más leves como la reclusión, la multa o la retractación. Y en segundo lugar, consecuencia ineludible del movimiento humanizador de las penas y debido al rechazo cada vez más extendido en los círculos intelectuales hacia esta pena, el Código Penal de 1848 terminó derogándola en su art. 23: “la ley no reconoce pena alguna infamante”<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Para un estudio más detallado de la pena de infamia, sus efectos, los supuestos de aplicación, y demás circunstancias de esta pena, MASFERRER DOMINGO, A.: *La pena de infamia en el derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal española en el marco del ius commune*, Dikynson, Madrid, 2001; del mismo autor, “La pena de infamia en la codificación penal española”, *Ius fugit: Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos*, 7 (1998), pp. 123 a 172.

<sup>47</sup> Cuestión distinta será el proceso de desaparición de penas que sin implicar una condena jurídica de la infamia, eran infamantes o humillantes en atención a su modo de ejecución, tales como el azote o la mutilación, y cuya completa proscripción por las leyes penales no se produjo de modo repentino, sino que fue el resultado de un proceso más lento y gradual. Así, MASFERRER DOMINGO, A.: *Tradición ...*, op. cit., p. 169. Efectivamente, frente a tan categórica declaración del art. 23 del Código Penal de 1848, los hechos apuntan en la dirección opuesta si observamos cómo el art. 24 del Código Penal de 1848, al establecer las clases de penas, incluye la de argolla, que luego figura como accesoria de la cadena perpetua en el art. 52 y cuya forma se describe en el art. 113, o cómo el art. 91 prevé la exigencia de que “el regicida y el parricida sean conducidos al patíbulo con hopa amarilla y un birrete del mismo color, una y otros con manchas encarnadas”. Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 575 y 576. Y es más, ni siquiera la proscripción oficial de tales penas implicaba la efectiva desaparición del efecto infamante del castigo asociado a ciertas sanciones. La razón de este discurrir paralelo entre lo oficial y lo real radicaba en el sentido de prevención general de la pena, que influyó decisivamente en la pervivencia de algunos castigos, que si bien dejaron de ser considerados formal y legalmente como infamantes, producían o acentuaban de hecho el efecto infamante que ya de por sí produce la comisión de cualquier delito. Así, MASFERRER DOMINGO, A.: “La Ciencia del derecho Penal en la Codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, ALVARADO 178



#### **4. LOS AÑOS 30: LA DÉCADA DE LOS PROYECTOS DE CÓDIGO PENAL**

Aunque ninguno de los Proyectos de Código Penal de los años 30 del siglo XIX (1830, 1831, 1834 y 1839) llegó a entrar en vigor y ser plenamente vinculante, sí merecen al menos algunas menciones que expliquen el porqué de tanta y profusa actividad legislativa encaminada a dotar a España de un nuevo texto punitivo, después de que el rey Fernando VII finiquitase con toda fuerza y represión el trienio liberal (1820-1823) y, con él, todos los avances liberales e ilustrados que se plasmaron en sus obras legislativas, singularmente, en el Código Penal de 1822.

La vuelta del absolutismo de la mano de los Cien Mil Hijos de San Luis (las tropas francesas que acudieron en auxilio del rey español para imponer nuevamente un régimen absolutista), supuso la recuperación de la Novísima recopilación y los cuerpos legales supletorios, en tanto no existiese un cuerpo legal punitivo adaptado a las nuevas circunstancias políticas que pudiera sustituir al breve pero imborrable Código Penal de 1822. La vuelta de estas normas antiguas provocó que el sistema penal se debilitara por razón de su desorden y por la desconexión con la realidad de la época en que fueron elaboradas las distintas disposiciones que habían vuelto a cobrar virtualidad<sup>48</sup>. Sin embargo, aun con absolutismo no desapareció el espíritu codificador que germinó a principios del siglo XIX y que se había extendido en la clase política, dirigido al objetivo de recoger las normas penales en un solo cuerpo legal que estableciese con claridad los castigos correspondientes, anulando así una de los más graves lastres del derecho penal del antiguo régimen: la arbitrariedad judicial.

##### **4.1 EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1830**

El 7 de mayo de 1830 se presentaba el Proyecto de Código Penal que había sido redactado por una “Junta de Código Criminal” nombrada al efecto por Real Orden de 30 de abril de 1829. Dicho Proyecto comenzaba con una Exposición firmada por Esteban ASTA, Ramón LÓPEZ PEREGRÍN, Joaquín FERNÁNDEZ COMPANYY y Pedro

---

PLANAS, J y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 335.

<sup>48</sup> MATA Y MARTÍN R.: “Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas”, *Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 5-6 (1996-1997), pp. 297 y 298.

SAINZ DE ANDINO, en la que los autores justificaban los eventuales errores que pudiera contener dicho texto dada la premura del encargo, habiendo contado sólo con ocho meses:

*“lo hemos deseado íntimamente y lo hemos procurado con esmero, [...], pero los límites que la Divina Providencia puso al entendimiento humano, salen siempre al encuentro de las empresas arduas, y ninguna tanto como una legislación criminal, obra tan sublime por su naturaleza misma como extensa en sus relaciones, y sumamente delicada por su inmensa trascendencia en el bien o en el mal de España. No será pues extraño que hecha en el corto espacio de ocho meses, adolezca de algunos defectos que en otras de su clase publicadas de medio siglo acá en Europa, no pudo evitar la sabiduría de sus autores ni el tiempo de cuatro años que por lo menos se ocuparon en hacerlas y perfeccionarlas”<sup>49</sup>.*

El texto se compone de 744 artículos divididos en dos libros. No es posible centrarnos en las líneas principales de este texto para ilustrar su carácter más o menos moderado. Mencionaremos sólo algunos aspectos. El primero de ellos reviste importancia por cuanto refleja la lucha asumida por los redactores del proyecto contra ese mal al que hemos aludido anteriormente: la arbitrariedad de los jueces, que se encorseta en tanto se define el delito en el art. 1 como “trasgresión voluntaria de la ley civil, con ofensa del Estado o de los particulares”, afirmando el principio de legalidad de los delitos<sup>50</sup>. También es interesante detenernos en la novedosa definición de la pena como castigo que es dado a alguno según la ley, por el delito que cometió, para su escarmiento y ejemplo de los demás, de conformidad con el art. 4<sup>51</sup>, orientándose a la prevención general.

En este extenso listado de artículos, prontamente encontramos los que se refieren a nuestro objeto de estudio. Los delitos de injurias y calumnias se tipifican en los artículos 163 a 177. Una lectura de las disposiciones legales nos permite extraer dos

---

<sup>49</sup> “Exposición de la Junta elevando el Proyecto de 7 de mayo de 1830”, en LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 5 Codificación Penal (volumen II)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 138.

<sup>50</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1974, p. 10.

<sup>51</sup> El Proyecto siguió, por tanto, la línea marcada por FILANGIERI, quien insistía igualmente en que la única finalidad de la pena que sigue al delito es asegurar a la sociedad contra la perfidia del reo y alejar a los demás de imitar su ejemplo. Así, CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1830 ...*, op. cit., p. 23.

conclusiones iniciales: en primer lugar, se trata de una regulación más sencilla y menos aparatosa que la que figuraba en el Código Penal de 1822. A tales efectos, conviene recordar las complejas y casuísticas enumeraciones de supuestos en los que podía apreciarse un delito de injuria o calumnia, de conformidad con aquel texto criminal (en función del lugar donde se cometieran: discurso o acto público, papel leído, pasquín, anuncio, lámina, sermón o discurso al pueblo), de los efectos ambiguos que debían producir los ataques al honor (deshonra, odiosidad, sospecha o desprecio, culpa, vicio, mala acción, mancha en la honra... deshonrar, envilecer, desacreditar, mofar, poner en ridículo...). Frente a esta exhaustividad siempre condenada al fracaso, el proyecto de 1830 se muestra más conciso, definiendo la injuria en el art. 163 como “la ofensa hecha a alguno en su honor y buen nombre, sea por hechos, o signos, por escrito o de palabra”, si bien luego precisa que la ofensa al honor puede producirse de varias formas, según el art. 164: mediante una bofetada u otro acto hecho con desprecio, mediante la imputación de un delito que tenga aparejada una pena, o de una mancha de familia, mediante signos de una conducta vil y a través de libelos o anónimos que descubren un defecto grave o infame en el sentido de las leyes, o en el concepto público.

Otra característica destacada del proyecto de 1830 es su voluntad decidida a favor de mantener la distinción entre injurias y calumnias. Así, después de dedicar los arts. 163 a 173 a la injuria, se concentra en los arts. 174 a 177 en la calumnia, a la que define como “imputación en juicio de un defecto grave y falso, o de un hecho falso y criminal con que se ofende la honra de otro o se le ocasiona algún perjuicio”. A partir de ahí, sostiene CASABÓ RUIZ, el proyecto sienta los rasgos básicos de la conceptualización de la calumnia: que la imputación sea falsa y que se formule en juicio o lo sea de un hecho falso o criminal<sup>52</sup>. Sin embargo, nosotros consideramos que tal afirmación no puede asumirse completamente sin discusión. Debe tenerse en consideración que el artículo dice “imputación en juicio *de* un defecto grave y falso, o *de* un hecho falso [...]”, por lo que ha de entenderse, de acuerdo con la redacción literal del precepto, por lo menos a nuestro juicio, que la imputación calumniosa en todo caso se produce en un juicio, de tal manera que el artículo redactado con todos sus términos sería: “imputación en juicio *de* un defecto grave y falso, o [en un juicio] *de* un hecho falso[...]”. Visto así, observamos que las notas diferenciadoras de la calumnia son su acontecer *en un juicio* y

---

<sup>52</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto ...*, op. cit., p. 53

su *falsedad*. Esta interpretación permite evitar el solapamiento que se produciría si, por el contrario, admitiéramos que la imputación de un hecho falso y criminal pudiera ser calumnia aunque no fuera en juicio. En tal supuesto, esa modalidad de calumnia se correspondería con otra de las modalidades de ofensa al honor tipificada como injuria en el art. 164: imputación de un delito que tiene pena determinada por la ley.

Por otro lado y a diferencia del texto punitivo precedente, la intención de injuriar no se presume nunca (art. 166), sino que debe “deducirse de los hechos mismos, y de las palabras y de las circunstancias, que preceden y los acompañan” (art. 167). Por otra, la *exceptio veritatis* sigue contando con un campo de aplicación parcialmente restringido, pues se prohíbe en las injurias conforme al art. 170, según el cual “la certeza del delito y de la tacha o del defecto atribuido, en nada disminuye la calidad de la injuria”; por el contrario, se permite en toda su extensión respecto de las calumnias al afirmar que “el calumniador será castigado con la pena que correspondería al acusado, si hubiese probado la acción” (art. 175), de donde se deduce que el calumniador tiene la oportunidad de probar el hecho delictivo que imputa al calumniado, exonerándose de pena en caso de lograrlo, y sufriendo la pena en el supuesto contrario.

No obstante, hay que hacer una apreciación de este artículo: ¿qué pena se imponía cuando la calumnia consistía en la imputación en juicio de un defecto grave y falso, pero que como simple defecto que era, de ser probado, no conllevaba pena por no ser un hecho criminal? Lo exponemos ahora en sentido afirmativo: da la sensación de que el proyecto sólo previó pena para el supuesto típico de calumnia (imputación de un hecho falso y criminal), en el que la pena era la correspondiente al hecho en cuestión y recaía sobre el calumniador de ser falsa la imputación, como dispone el art. 175, sin tener en consideración que la calumnia podía surgir, *ex art.* 174, de la simple imputación en juicio de un defecto grave y falso, situación en la que aunque se probare el defecto, al no estar tipificado criminalmente por ser simplemente un defecto, no habría pena para el calumniador pues los defectos, por graves y falsos que fueran, eran impunes. Constatamos, pues, un olvido del prelegislador. Y afirmamos esto después de observar que el Proyecto de Código Penal no castigaba ningún defecto en su articulado, ninguna actitud, ninguna consideración, que no se materializara en actos o hechos; ni siquiera lo hacía el Título 26 del Libro primero, bajo la rúbrica de “de los delitos de incontinencia

de todas las especies”, a pesar de ser el que más fácilmente podía prestarse a castigar vicios o actitudes defectuosas o desviadas, conectando esas expresiones a las actividades sexuales donde tradicionalmente solía hablarse de defectos o vicios. Tal título castiga exclusivamente hechos y comportamientos (sodomía, incesto, adulterio o estupro, entre otros), pero no meros defectos; los defectos no encuentran castigo en el Proyecto de Código Penal de 1830 por lo que no podemos averiguar qué pena le correspondería a quien falsamente imputare a otro en juicio un defecto grave y falso y ello es así porque no hay ninguna disposición que lo aclare:

- a) el art. 174 que tipifica la calumnia general no establece pena para tal delito;
- b) el art. 175, como ya hemos visto, sólo resuelve el supuesto de la calumnia consistente en imputación de un hecho falso y criminal; en tal caso, ciertamente el calumniador es castigado con la pena que merecería la víctima de la calumnia de ser cierta la comisión del hecho falso y criminal imputado;
- c) el art. 176.1 dispone que “al falso delator se le impondrá la misma pena corporal que se habría impuesto al procesado, estando probado el delito”; este artículo tampoco es útil para nuestro supuesto ya que se refiere a la imputación de un delito y no a la de un defecto grave y falso, como necesitamos; además, se habla del falso delator y no del calumniador, de modo que si el legislador prefirió utilizar el primer término y no el segundo, que sí empleaba en otras ocasiones, será porque no quería hacer aplicable este artículo precisamente a la persona del calumniador;
- d) el segundo apartado del art. 176 tampoco ofrece alternativa. Señala que “cuando las penas sean civiles, se conmutarán éstas en una pena corporal que no bajará de dos años ni excederá de diez de obras públicas”. Pero el problema sigue presente ya que falta el presupuesto básico para que entre en aplicación: los defectos graves y falsos no son castigados en el proyecto ni con penas de naturaleza corporal, ni civil, ni pecuniaria, y no habiendo pena civil para un defecto grave y falso ya no interesa saber por qué clase de pena corporal se conmutaría. El art. 176.2, a lo sumo, parece estar pensado para las calumnias consistentes en la imputación de un hecho falso criminal castigado con pena civil pero no para calumnias que tengan por objeto un defecto grave y falso.
- e) La única solución que podemos barajar tampoco resuelve el entuerto: consistiría en castigar la imputación del defecto grave y falso como una injuria grave, que sí

tiene prevista pena por la ley (art. 166: pena de seis meses de obras públicas, o de confinamiento por igual tiempo a un castillo o fortaleza). No obstante, es una solución de corto recorrido porque si procediésemos de tal forma, estaríamos asumiendo que la conducta no es constitutiva de calumnia, sino de injuria con la vista puesta en poder castigarla de alguna forma, separándonos así de la voluntad del legislador que quiso que la imputación en juicio de un defecto grave y falso se calificara de calumnia.

## 4.2 EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1831, DE SAINZ DE ANDINO

Los redactores del proyecto de 1830 ya advirtieron a su majestad, Fernando VII, que debido al escaso tiempo con que contaron para redactar el proyecto, unida a esta circunstancia la dificultad intrínseca de emprender una tarea de codificación de las normas penales, el proyecto podía contener errores o defectos, lagunas u olvidos, que justificaran afrontar una revisión del mismo transcurrido un tiempo. Así, tan sólo unas jornadas más tarde de presentarse el proyecto de 1830 (7 de mayo), se encargó a Pedro SAINZ DE ANDINO<sup>53</sup>, quien fuera Secretario de la Comisión que redactó el proyecto de 1830, la elaboración de un nuevo proyecto que sirviera como reforma y revisión del precedente (23 de mayo)<sup>54</sup>. SAINZ DE ANDINO elevó al gobierno el proyecto de Código Penal el 25 de mayo de 1831. A diferencia de otras normas cuya elaboración fue encomendada también al propio SAINZ DE ANDINO y que gozaron de buen éxito, este proyecto nunca llegó a ser promulgado<sup>55</sup> y con el tiempo, recibió severas críticas por quienes tuvieron que redactar sucesivos proyectos alternativos a éste.

---

<sup>53</sup> Para conocer con más detalle la personalidad de este jurista español, su vida y obra, LANDROVE DÍAZ, G.: “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal”, en línea: <http://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/12358>, pp. 449 a 460 (27/05/2011).

<sup>54</sup> Sobre este extremo existe debate pues no se sabe con exactitud si SAINZ DE ANDINO recibió como encargo la elaboración de un nuevo proyecto de texto criminal o si la tarea asignada era menos ambiciosa y consistía simplemente en revisar el proyecto previo de 1830. Vid., entre otros, LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 5 Codificación Penal (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 201; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 38. Por su parte, defiende un cometido de revisión detenida del proyecto de 1830 a cargo de SAINZ DE ANDINO, ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación moderna en España*, Analecta, Pamplona, 2002, p. 40; CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978, pp. 2 y 3.

<sup>55</sup> LANDROVE DÍAZ, G.: “En torno al Proyecto Sainz de Andino de Código Criminal”, en línea: <http://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/12358>, p. 443 (27/05/2011).

Con carácter general, puede decirse del proyecto de SAINZ DE ANDINO, siguiendo las conclusiones sentadas al respecto por CASABÓ RUIZ y recogidas por numerosos autores<sup>56</sup>, que su gran virtud no fue tanto la originalidad, en tanto tomaba como ejemplo en mayor o menor medida el Código de 1822, cuanto el hecho de que “parece constituir el eslabón que une muchas disposiciones de este Código [el de 1822] con el de 1848”<sup>57</sup>. Además, sigue el autor, se trata de un proyecto que destaca por su mentalidad fundamentalmente práctica; es fruto del absolutismo, tal y como evidencian los delitos políticos y los delitos contra la religión y las buenas costumbres, si bien “se separa ideológicamente del Antiguo Régimen e incluso de la influencia de Filangieri, para situarse más cerca del liberalismo incipiente del Código de 1822 y del pensamiento utilitarista”<sup>58</sup>.

En la línea ya iniciada por el proyecto de 1830, asume varios objetivos: fortalece el principio de legalidad de los delitos para aplacar la arbitrariedad judicial, (art. 1), extiende la eficacia del principio de legalidad también a las penas, estableciendo su irretroactividad y la retroactividad de las leyes favorables (arts. 131 y 132, respectivamente), prohíbe la analogía (art. 133) y recoge la garantía de jurisdiccionalidad y de legalidad procesal en el art. 164<sup>59</sup>.

El Proyecto está formado por 1202 artículos repartidos en tres libros. La simple cifra ya evoca un defecto del texto: es excesivamente largo, lo que contrasta con la pretendida orientación práctica con que lo concibió su autor. Debemos remitirnos al libro segundo para encontrar los preceptos que castigan los “delitos contra la honra, reputación y decoro de las personas”. El título 11º centrado en esta cuestión, se compone de tres secciones, cada una ocupada de la regulación de las tres figuras delictivas propuestas por SAINZ DE ANDINO para proteger el bien jurídico honor u honra. La constatación de este hecho supone, *per se*, una auténtica novedad, no sólo respecto del proyecto anterior de 1830, sino en relación con el anterior código criminal

---

<sup>56</sup> Entre otros, IÑESTA PASTOR, E.: *El Código Penal de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 44; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 38.

<sup>57</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino ...*, op. cit., p. 3

<sup>58</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino ...*, op. cit., p. 4.

<sup>59</sup> Las distintas ramificaciones del principio de legalidad que hemos anunciado, han sido apuntadas por CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino ...*, op. cit., p.6.

de 1822. El proyecto que ahora nos ocupa tipifica separadamente las injurias directas, ¡las difamaciones calumniosas y las difamaciones simples! En su análisis del proyecto de 1831, CASABÓ RUIZ no se detiene especialmente en el estudio de estos delitos, limitándose a enumerar las tres conductas delictivas básicas<sup>60</sup>; nosotros, sin embargo, aun sin ahondar exhaustivamente en la materia, entre otras razones porque como mero proyecto que fue, el texto no llegó a entrar en vigor, estimamos que la misma novedad de la introducción expresa de la figura de la difamación (recordemos que en el Código de 1822 ya existía una modalidad de calumnia infamante o difamatoria), bien merece algún comentario al respecto.

La difamación, según el tenor literal del art. 968, consiste en atribuir públicamente a otra persona un hecho criminal, falso o verdadero, o algún hecho, vicio, mal hábito o falta que en la opinión general esté considerado como motivo de deshonra, odiosidad o menosprecio público. Los efectos que puede provocar la difamación nos retrotraen a la definición de calumnia del Código Penal de 1822, cuyo artículo 699 empleaba precisamente los términos de odiosidad, deshonra y menosprecio. Por otro lado, las referencias a los “vicios, malos hábitos o faltas” en que puede consistir la difamación, recuerdan también a la figura de la injuria grave del mismo texto penal, regulada en el art. 704. Ambos datos evidencian la influencia que ejerció el Código Penal de 1822 en la elaboración del proyecto de 1831 de SAINZ DE ANDINO, por más que éste quisiera negarla u ocultarla<sup>61</sup>.

Por lo demás, es interesante analizar la extensión que se otorga a la prueba de la verdad en el ámbito de la difamación simple; a este respecto, los arts. 970 y siguientes ponen de relieve el escaso margen de operatividad de la citada prueba, siendo así que seguirá apreciándose delito de difamación simple aunque los hechos imputados sean ciertos (art. 970), aunque los hechos imputados gocen de fama pública, se hayan insertado en periódicos extranjeros, hayan circulado dentro del reino en impresos públicos, pero carentes de autorización legítima (art. 971), y aunque el delincuente haya delatado judicialmente el delito a que se hubiera referido la difamación (art. 972). En definitiva, la única forma de eludir la condena por delito de difamación es la prueba de

---

<sup>60</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino ...*, op. cit., p. 26

<sup>61</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de Andino ...*, op. cit., p. 5.



no haber cometido tal delito, de conformidad con el art. 970, y ello, en puridad, no es una manifestación de la *exceptio veritatis*, sino una negación de la comisión del delito, simple y llanamente, salvo que se entienda que la *exceptio* opera como causa de atipicidad entendiendo que la falsedad del delito imputado excluye la tipicidad porque la veracidad es un elemento del tipo objetivo, de modo tal que la certeza de la imputación del delito implica la no realización del tipo penal.

A continuación, en la sección segunda del título undécimo, el proyecto aborda la tipificación de las difamaciones calumniosas, es decir, de la calumnia como modalidad agravada de la difamación simple. Frente a la mayor extensión o amplitud de la difamación básica, la calumniosa se caracteriza por restringir sus fronteras hasta la atribución a otra persona, pública y falsamente, de un hecho u omisión que tenga la calificación de delito, a la luz de lo dispuesto por el art. 981. Así pues, la diferencia entre difamación simple y difamación calumniosa estriba en la mayor extensión del objeto de imputación o atribución de la primera frente a la segunda. De manera más precisa, podemos establecer puntualmente el contraste entre ambas figuras:

- a) mientras la difamación simple alcanza a hechos criminales, no necesariamente constitutivos de delitos (pueden ser faltas), y a otros hechos o vicios que sin ser delictivos, en el más amplio sentido de la palabra (comprensivo de delito y falta), son fuente de deshonra o menosprecio público, la difamación en su modalidad calumniosa sólo se refiere a imputaciones de hechos u omisiones que estén penados por la ley.
- b) si la difamación simple se hace presente con la mera atribución del hecho criminal o del vicio generador de deshonra, ya sean uno u otro falsos o verdaderos, la difamación calumniosa exige para su consumación que la imputación sea falsa.

Advertidas estas diferencias, es sencillo llegar a una conclusión: la falsa y pública imputación de un hecho delictivo a otra persona puede ser castigada como difamación simple o calumniosa, pues ambas figuras comprenden esta conducta. Que finalmente se imponga la pena correspondiente a la modalidad básica o a la agravada es una opción que queda en manos del ofendido o difamado. El proyecto lo admite abiertamente en el art. 983 concediendo a la persona a quien se haya difamado la

posibilidad de optar entre acción de difamación simple o calumniosa, con el único límite de que si ha elegido la primera, ya no puede después intentar la segunda (art. 983, párrafo 2º). El simple hecho de que el texto reconozca esta dualidad no la convierte en útil ni lógica; nosotros consideramos que carece de sentido arbitrar dos cauces penales distintos (difamación simple y difamación calumniosa) para proteger un mismo bien jurídico (honor u honra) afectado por una conducta de la misma entidad antijurídica (imputación pública y falsa de un hecho u omisión delictivo). Si al menos la posibilidad de opción otorgada al ofendido respondiera a la distinta naturaleza de las penas ligadas a la difamación simple y a la calumniosa, podría entenderse esta diversificación de caminos; sin embargo, ambas conductas se castigan con penas de reclusión y multa, aunque de cuantía distintas, evidentemente, hecho que por sí solo no aporta justificación suficiente a la dualidad indicada.

La *exceptio veritatis* tiene cierta virtualidad en el ámbito de la difamación calumniosa; así, la presunción de que quien atribuye mediante la difamación un hecho u omisión falso y delictivo a otro, es reo de difamación calumniosa, se destruye si la comisión de dicho acto u omisión por el supuestamente difamado pudiera probarse en virtud de sentencia judicial ejecutoria que lo acredite o mediante documento auténtico que constate tal perpetración (art. 982).

Para concluir, refirámonos a las injurias directas de los arts. 990 a 1003. Hay injuria cuando se intente dirigir a otro afrenta o vituperio por medio de palabra, escrito, gestos, actos, imágenes o signos (art. 990). Tras esta afirmación el proyecto de código penal sorprende a unos y otros con una aclaración más propia de unos comentarios al código penal que del código penal mismo. Nos referimos al art. 991 que explica innecesariamente que si la imputación pública tuviere por contenido un delito o un hecho o un vicio generador de oprobio o vilipendio, la injuria se calificaría legalmente como delito de difamación. Dicha especificación resulta reiterativa y vacía ya que ya que la la imputación pública que tiene por contenido un delito o un hecho o un vicio generador de oprobio o vilipendio, ya se castiga como difamación simple u ordinaria en el art. 968, sin que sea preciso anunciarlo nuevamente a continuación ni crear una especie de “difamación injuriosa” o un supuesto específico de injuria.

Como en ocasiones precedentes, el proyecto de 1831 distingue entre injurias graves y leves. Las primeras son las imputaciones de vicios o delitos, sin la publicidad propia de las difamaciones o realizadas privadamente; por su parte, las segundas son las expresiones que, en atención al honor o decoro correspondiente a la clase social a la que pertenece el destinatario de las mismas, le causan humillación y le producen resentimiento (art. 994).

### 4.3 EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1834

El proyecto de SAINZ DE ANDINO fue posteriormente estudiado y revisado por una Comisión nombrada al efecto, que tomaría ese texto como base, proponiendo las debidas reformas, y elevaría una propuesta definitiva a la Reina para la aprobación final de un nuevo proyecto de Código Penal<sup>62</sup>.

Dejando a un margen estas discusiones cronológicas y centrándonos en lo sustantivo, no cabe duda de que la Comisión encargada de valorar el proyecto formulado en 1831 por SAINZ DE ANDINO emitió un informe ciertamente duro y descalificativo hacia dicho texto. Así, entre otras carencias, se le achacaron las siguientes, aunque siempre manteniendo las formas y evitando el reproche personal:

*“la Junta se hallaba algo embarazada para la continuación del examen del referido proyecto por haber encontrado así en la totalidad de él como en el análisis individual de sus artículos bastantes dificultades y muchos y sustanciales reparos”; [...] olvidando [el autor del proyecto] al mismo tiempo que a pesar de toda su conformidad y dependencia, debe ser tratada cada una [la parte especulativa o penal de un Código criminal, y la práctica o procesal y ordinatoria] distinta y separadamente por la diversidad de sus objetos y materias, las ha mezclado y confundido en su*

---

<sup>62</sup> Sobre las concretas vicisitudes del proceso de revisión del proyecto de SAINZ DE ANDINO y la elaboración de un nuevo texto hay versiones opuestas; así, pueden contrastarse las de ANTEQUERA, J. M.: La Codificación ..., *op. cit.*, p. 41, que apuesta por una Comisión que trabajó sobre la base del proyecto de SAINZ DE ANDINO, proponiendo una importante mejora, y la de CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978, pp. 2 y 3, cuyas investigaciones le conducen a pensar que hubo una primera Comisión que terminó rechazando el proyecto de 1830 y una segunda Comisión que elaboró finalmente un nuevo texto remitido a la Reina. Dan fe de esta polémica en torno a la fechas y etapas de la gestación del proyecto de 1834, IÑESTA PASTOR, E.: *El Código* ..., *op. cit.*, pp. 44 y 45; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 38 y 39.

*obra; [...] la vista de una compilación tan basta [con mil doscientos y dos artículos] es capaz por sí sola de arredrar al hombre más aplicado; y hasta la colocación material de sus puntos y materias [...], contribuye no poco a hacer su estudio penoso e indigesto. Esto empieza a acreditar que su autor escribió sin plan ni método concertado y con una profusión desmedida; [...] por querer explicar demasiado las cosas se dan muchas veces mil vueltas y revueltas sobre una misma idea; se entra en un juego ininteligible de palabras [...]*<sup>63</sup>.

El proyecto de 1834 es el de 1830<sup>64</sup> con leves retoques que no afectan en manera alguna a sus principios informadores<sup>65</sup>. Pero, al mismo tiempo, vuelve su vista al Código Penal de 1822, como revela la similitud de la estructura sistemática (dividida en cuatro libros: “de los delitos y de las penas”, “de los delitos públicos”, “de los delitos privados” y “de la administración de justicia en lo criminal”; en suma, 808 artículos); ahora bien, esa mirada atrás no alcanza a dotar al texto de principios liberales, dado que la extraordinaria severidad de las penas<sup>66</sup>, así como la desigualdad de acuerdo con la condición social del condenado, denotaban que el proyecto era neta expresión del pensamiento absolutista<sup>67</sup>.

Los Títulos IX y X del Libro tercero del proyecto regulan los delitos de injurias, por una parte, y calumnias y falsas delaciones, por otra, y en ellos se observa de un modo meridianamente claro la influencia del proyecto de 1830. Vuelven la simplicidad y la claridad al abanico de cualidades de la técnica legislativa, huyendo de casuismos propios de normas reglamentarias, explicaciones improcedentes en forma de preceptos legales y farragosas disquisiciones dirigidas a justificar las diferentes penalidades que podían recaer sobre cada conducta. La injuria, según el art. 414, es la “ofensa hecha a

<sup>63</sup> Dictamen de la segunda Junta, en sesión de 1832, recogido por LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., pp. 347 y 348. Sin embargo, tantas críticas se encuentran hacia el proyecto que se vuelve difícilmente creíble el intento de la Comisión de evitar los reproches personales hacia al autor, fingiendo que sus reproches eran meramente profesionales. Así, parece estar más dirigida a la galería que al convencimiento del lector la siguiente aseveración recogida por LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 347: “la Junta está muy distante de poner por esto alguna tacha a las luces, amor y adhesión de este Ministro [SAINZ DE ANDINO] al servicio público”.

<sup>64</sup> “Sobreponiéndose la junta a tantas y tan graves dificultades, ha formado su código sobre los principios del proyecto presentado por la primera, que reconoció justo, ordenado, claro y luminoso, [...]”: Exposición del Proyecto de Código Criminal de 1834, presentado a la reina Isabel II, tomado de: CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834 ...*, op. cit., p. 26.

<sup>65</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834 ...*, op. cit., p. 7.

<sup>66</sup> Aun cuando los propios redactores del proyecto digan de éste ha sido elaborado “prefiriendo siempre los medios menos violentos y más benignos a los más repugnantes y severos en los casos en que no podía guardarse una proporción geométrica para el justo nivel del delito con la pena [...]”: CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834 ...*, op. cit., p. 26.

<sup>67</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834 ...*, op. cit., p. 9.

alguno en su honor o buen nombre, sea por hechos, signos, por escrito o de palabra”; a partir de esta definición, el proyecto distingue entre injuria grave (hechos o señales de desprecio, como un bofetón o cualquiera otro acto humillante -art. 415-; palabras dichas delante de otras personas ultrajando la conducta del injuriado o la de sus padres o familia -art. 416-; escritos, caricaturas o anónimos infamatorios refiriendo o suponiendo hechos denigrativos a la persona a quien se refieren -art. 417-) e injuria leve (todas las demás -art. 418-). Merece ser destacada la eliminación de una modalidad de injuria (la injuria calumniosa), consistente en la ofensa del honor por la imputación de un hecho delictivo que llevare aparejada una pena, de tal forma que desaparece el problema que ya apuntamos en su momento<sup>68</sup>, relativo a la coincidencia en cuanto a la descripción típica de esta conducta y la modalidad básica de calumnia, coincidencia que en el proyecto de 1830 se producía entre los arts. 164 (injuria) y 174 (calumnia) y que, sin embargo, ya no tiene lugar con este proyecto.

Por lo demás, se mantiene en la regulación de la injuria la no presunción del *animus iniuriandi* y la necesidad de que el mismo se pruebe a raíz “de los hechos y de las palabras, y de las circunstancias que preceden y los acompañan” (arts. 420 y 421). Igualmente, queda anulada la operatividad de la prueba de la verdad en tanto “la certeza del delito y de la tacha o defecto atribuido a otro en nada disminuye la cantidad de la injuria” (art. 423).

Concluimos con una breve referencia a la regulación legal del delito de calumnia, previsto en el art. 431. Siendo la calumnia “una imputación en juicio de un defecto grave y falso, o de un hecho falso y criminal con que se ofende la honra de otro o se le ocasiona algún perjuicio”, y teniendo en cuenta la novedad del proyecto de 1834 en orden a no incluir bajo el abrigo de la injuria la modalidad de la misma consistente en la imputación falsa de un hecho delictivo castigado con una pena por la ley (como sí sucedía con el proyecto de 1830), entendemos que no son extrapolables las apreciaciones que formulamos en sentido crítico cuando estudiamos la regulación de la calumnia en el proyecto de 1830, a pesar de que uno y otro tengan tantas similitudes también en lo que se refiere a los delitos contra la honra, como estamos pudiendo comprobar. Por ello, insistimos en que, en tanto la definición de injuria que ofrece este

---

<sup>68</sup> Vid. *supra*, Capítulo II.4.1.

proyecto de código criminal de 1834 no abraza entre sus modalidades la de imputación falsa de un hecho delictivo, cualquiera que sea la intelección del tenor literal del art. 431 (bien “imputación en juicio de un defecto grave y falso, o [fuera de un juicio] de un hecho falso y criminal ...”, o bien “imputación en juicio de un defecto grave y falso, o [en un juicio] de un hecho falso y criminal...”), no se producirá el solapamiento en la descripción de la conducta típica de la injuria y la calumnia, que sí apreciábamos en el proyecto de 1830. En cuanto a la *exceptio veritatis*, no se regula expresamente en el ámbito de las calumnias, aunque de lo dispuesto por el art. 431, en su segunda frase, puede deducirse el mantenimiento de la prueba de la verdad a favor del calumniador liberándole de castigo si probare el hecho falso y criminal imputado a la víctima (art. 431, segunda frase).

#### **4.4 EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1839**

El proyecto de Código Penal de 1839 se gesta ya en nuevo ambiente político. Terminada la década ominosa (1823-1833) en la que reinó absolutamente Fernando VII, tras su muerte le sucedió su esposa, la regente María Cristina y el general ESPARTERO, hasta que Isabel II pudo ser mayor de edad y asumir el trono. En este contexto, merece ser destacado el hecho del restablecimiento de la vigencia de la Constitución de 1812, lo que suponía sin duda un claro gesto de acercamiento a los postulados del régimen liberal, después de años de tanta represión. En cumplimiento del mandato constitucional de codificación penal del art. 258, se procedió con los trámites para la creación de una Comisión codificadora. Fue en este marco en el que el 1 de septiembre de 1836 se creó la “Comisión de Código Penal y de procedimientos”, cuya tarea se circunscribía a analizar el texto de 1822 y, mediante las reformas oportunas, proponer un proyecto de Código Penal que tuviese su inspiración en dicho texto. Se puede comprender fácilmente que volviendo a recuperar su fuerza la Constitución de Cádiz, la referencia para la composición del Código Penal fuese el cuerpo penal de 1822, texto que se fraguó e incluso llegó a entrar en vigor durante la única experiencia de régimen liberal que había conocido España: el trienio liberal.

El proyecto, sin embargo, no debió ser de gran calidad, no llegando siquiera a ser presentado a los Cuerpos colegisladores ni a ser publicado<sup>69</sup>; sus deficiencias fueron apuntadas por sendos informes de las autoridades e instancias a las que se les remitió para que formularan un juicio sobre su corrección. Ni el informe de Manuel GARCÍA GALLARDO de 1840, ni el del Tribunal Supremo de Justicia de 14 de septiembre de 1841, se mostraron partidarios del trabajo realizado. Así, se reprochó a la Comisión que, lejos de haber examinado el Código Penal decretado y sancionado en 1822, “había formado un nuevo proyecto de Código Penal, en el que, sin mejorar el de 1822, lo había mutilado y trastornado casi enteramente”<sup>70</sup>.

## **5. LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN Y EL CÓDIGO PENAL DE 1848**

### **5.1 ASPECTOS GENERALES**

Terminado el régimen liberal por la reacción absolutista liderada por los Cien Mil Hijos de San Luis, queda sin aplicación el Código Penal de 1822 y retoma su vigencia la Novísima Recopilación y los cuerpos legales supletorios (Fueros y Partidas)<sup>71</sup>; es decir, se vuelve a la situación previa al código de 1822 con lo que ello implicaba de rudeza y severidad de las penas y de arbitrariedad judicial (si bien es cierto que dicha arbitrariedad se iba matizando con el tiempo, por efecto de la lenta pero persistente penetración de los ideales ilustrados en las capas de la magistratura española). La severidad y la arbitrariedad a que aludimos eran los males que atormentaban de un modo especial a Francisco PACHECO, quien en sus célebres comentarios, dictó un párrafo que ha pasado a formar parte de la historia de la codificación española:

---

<sup>69</sup> Tan anecdótico ha llegado a ser este Código dentro de la historia de la codificación penal española que ni siquiera aparece mencionado por algunos historiadores como uno de los proyectos de código penal previos al texto de 1848. Así, dicen: el Código de 1848 “estuvo precedido por los nonatos proyectos de 1830, 1831 y 1834 [...]”: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, p. 190.

<sup>70</sup> ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación moderna en España*, Analecta, Pamplona, 2002, pp. 44 y 45.

<sup>71</sup> IÑESTA PASTOR recoge abundante bibliografía ilustrativa de la situación penal existente con anterioridad a 1848: IÑESTA PASTOR, E.: *El Código...*, op. cit., p. 51, nota al pie nº 92.

*“Todos los absurdos, todas las crueldades, que distinguían nuestra legislación criminal hace seis siglos, todos ellos han llegado, en su completa crudeza hasta el siglo presente. El tormento solo se ha abolido por las Cortes en 1812, y por el rey Fernando VII en 1817. La confiscación también se ha abolido únicamente por las mismas. Los azotes, las marca [s], la mutilación estaban aún vigentes, y todos hemos visto aplicar la primera de estas tres penas; si no se usaban (que lo ignoramos) las otras dos, efecto era de la arbitrariedad judicial, ese otro singular dogma de nuestras modernas leyes criminales. La pena de muerte seguía aplicada a los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas, o valor de una peseta en Madrid; y en este punto, no solo estaba la aplicación en las leyes, sino que diez años ha se ejecutaban estas con una severidad draconiana. La sodomía y la herejía eran también, crímenes morales; y las hogueras de la Inquisición se han encendido más de una vez para los judaizantes y los hechiceros”<sup>72</sup>.*

A la desaparición de esos lastres se consagró el texto penal de 1822; sin embargo, su derogación tras el regreso del rey absolutista Fernando VII, quien procuró a conciencia eliminar todos los resquicios y conquistas liberales del trienio 1820-1823, retrasó la consecución de la tarea. A pesar de ellos, el éxito de la experiencia liberal ciertamente había propiciado un cierto espíritu codificador que seguiría concretándose en diversos proyectos de textos criminales hasta que fraguara el Código Penal de 1848.

La sección penal de la Comisión General de Codificación, constituida el 10 de agosto de 1843<sup>73</sup>, debía cumplir con el cometido plasmado en un documento de bases, cuya cuarta base disponía así: “en el código penal habrá sanción adecuada á la civilización de la época presente para los delitos contra la religión católica que profesan los españoles”. CORTINA entregó la presidencia de la sección penal de la Comisión de Códigos a Manuel SEIJAS LOZANO<sup>74</sup>, asumiendo desde este momento la tarea de elaboración de un nuevo Código Penal.

---

<sup>72</sup> PACHECO, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado, tomo I*, Imprenta de Santiago Saunague, Madrid, 1848, p. XLVIII.

<sup>73</sup> Con esta decisión, se opta por atribuir la tarea codificadora a un órgano técnico dependiente del Gobierno, en lugar de confiarla a comisiones parlamentarias, integradas por diputados, como había venido haciéndose. Así, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 22

<sup>74</sup> Para más información sobre este jurista español: MARTINEZ DHIER, A.: “Un tránsito del Antiguo Régimen al estado liberal de derecho en España”. *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*. [online], 30 (2008), pp. 425-464; en línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552008000100015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100015&lng=es&nrm=iso) (25/05/2011).



En cuanto a la autoría del Código Penal de 1848 no hay nada aceptado pacíficamente por todos. Algunos autores sostienen que el texto fue elaborado única y exclusivamente por un autor: SEIJAS LOZANO<sup>75</sup>. Otros, por el contrario, reconocen que en la elaboración del texto intervino un nutrido grupo de expertos juristas (SEIJAS LOZANO y CLARÓS), por lo que sería falso atribuir el Código a la pluma de uno sólo de ellos, aun cuando entre todos, hubiera alguien con una participación especialmente destacada<sup>76</sup>.

Todavía en el ámbito de las influencias, podemos referirnos a tres cuestiones más. La primera de ellas se centra en la figura de Joaquín Francisco PACHECO, penalista que no fue en modo alguno autor ni principal ideólogo del texto de 1848, aun cuando no pueda negarse la relevancia de esta figura como destacado orador, jurista y político, que llegó a ser Presidente del Consejo de Ministros. En este sentido se manifiestan numerosos autores reconociendo que el error a que han llegado otros penalistas<sup>77</sup> atribuyendo la paternidad del Código a PACHECO bien puede deberse al éxito que alcanzaron sus célebres “Comentarios del Código Penal” y “Lecciones de

---

<sup>75</sup> Esta es la tesis de varios expertos; entre ellos, ANTÓN ONECA, J.: “El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVIII, fasc. III, septiembre-diciembre (1945), p. 482; CANDIL JIMÉNEZ, F.: “Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXVIII, Fasc. III, septiembre-diciembre (1975), p. 407. El mismo autor también ha analizado la figura de SEIJAS y sus contribuciones en la Comisión General de Códigos, en “Manuel Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34 (1981); TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 65 (“se ha demostrado que el redactor principal del Código de 1848 fue Manuel Seijas Lozano”); BRABO LIRA, B.: “La fortuna del Código Penal de 1848. Historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74 (2004), p. 24 (“principal redactor del Código Penal de 1848 fue Seijas”); VÁZQUEZ SÁNCHEZ, E.: *Pedro José Pidal, un historiador del Derecho*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, p. 199.

<sup>76</sup> Así lo entiende IÑESTA PASTOR, E.: *El Código Penal de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 256 y 257.

<sup>77</sup> Vid., entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, refiriéndose al Código de 1822, señala que “Pacheco, a pesar de que fue el verdadero autor del Código de 1848 [...]”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 572 y 575; SALDAÑA, Q.: “Historia del Derecho Penal en España”, VON LISZT, F.: *Tratado de de Derecho Penal (traducido de la 18ª ed. Alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España de SALDAÑA, Q.)*, tomo I, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914, p. 461; DEL ROSAL, J.: “La palabra ...”, op. cit., p. 211; RODRÍGUEZ GIL, M.: “Joaquín Francisco Pacheco, un penalista en el marco constitucional”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 83 (1993), p. 276; CANDIL JIMÉNEZ, F.: “Algunos datos sobre el pensamiento y actividad política de Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865)”, ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (coords.) y NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam*, Universidad de Salamanca y Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001, pp. 113 a 128; el mismo autor en CANDIL JIMÉNEZ, F.: “Observaciones ...”, op. cit., p. 405.

Derecho Penal”<sup>78</sup>. En segundo lugar, por lo que se refiere a la doctrina proyectada sobre el texto del Código Penal de 1848, se acepta que el autor más influyente en el legislador español fue Pellegrino ROSSI, gracias a la traducción de su obra *Traité de Droit Pénal*<sup>79</sup> y a la difusión de la misma a partir de estudios y comentarios de PACHECO<sup>80</sup>. Y, por último, influencia, pero en este caso de otros textos penales extranjeros, fue la que recibió el Código español del código francés de 1810, el código napolitano de 1819 y, ante todo, el código de Brasil de 1830<sup>81</sup>.

Antes de entrar en el análisis de la regulación de los delitos de injurias y calumnias, apuntemos, aunque sólo sea someramente, que se trata de un Código de perfil autoritario liberal, siguiendo a ANTÓN ONECA, fruto del Gobierno moderado de Narváez: el autoritarismo se manifiesta en los delitos contra el Estado y la Religión, mientras el liberalismo resalta en la impunidad de la proposición y la conspiración o en

---

<sup>78</sup> PACHECO, J. F.: *Código Penal concordado y comentado (tomos I, II y III)*, 2ª ed. (corregida y aumentada), Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856; del mismo, *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 5ª ed., Imprenta y Fundación de Manuel Tello, Madrid, 1887. No obstante la calidad de esta última obra, se ha dicho que “esas lecciones, dichas y escritas en tono muy retórico y campanudo, no solamente guardaban poca sustancia, sino que la que tenían era casi enteramente prestada; la fuente era el *Traité de droit pénal*, de Rossi”. Son las palabras de DORADO MONTERO recogidas por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª. D. M.: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 55. En un sentido también claramente descalificativo se muestra TOMÁS Y VALIENTE cuando expone sus conclusiones sobre las *Lecciones*: “No discuto su mérito y, menos todavía, su influencia entre quienes le rodeaban ni su superioridad con relación a ellos. Pero me parece necesario señalar la indecisión teórica de Pacheco en las cuestiones fundamentales, la ramplonería con que suele abordarlas y despacharlas, su resistencia frente a innovaciones radicales y su escaso bagaje cultural”. Así, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos ...*, op. cit., p. 69.

<sup>79</sup> ROSSI, P.: *Tratado de Derecho Penal* (traducido por CORTÉS, C.), Imprenta de José María Repulles, Madrid, 1839.

<sup>80</sup> CASTEJÓN, F.: “Las ideas penales en la época del Código Penal de 1870”, AA.VV.: *Conmemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1970, pp. 58 y 61.

ROSSI defendía la teoría ecléctica en la que la justicia prevalece sobre la utilidad y este eclecticismo, que reemplazó a las anteriores doctrinas de los utilitaristas de la Ilustración, es abiertamente reconocido por el legislador de 1848. *Vid.*, entre otros, IÑESTA PASTOR, E.: “La proyección ...”, op. cit., p. 507; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 74 y 75; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 575; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 226; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 133; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 99.

<sup>81</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 76; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado...*, op. cit., p. 575; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 227; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 132; BRABO LIRA, B.: “La fortuna ...”, op. cit., p. 45; del mismo, “Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio hasta Filipinas”, *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, XXV (2004), pp. 118 y 119.

el método para aplicar la pena salvaguardando los derechos del individuo frente a la arbitrariedad judicial<sup>82</sup>.

## 5.2 LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

El Código Penal de 1848 castiga los ataques contra el honor en el Título XI del Libro segundo, dedicando a tal fin los artículos 365 a 381. El mencionado título se divide a su vez en dos capítulos, cada uno de los cuales está dirigido a la tipificación de las dos conductas atentatorias contra el honor: las calumnias (capítulo I) y las injurias (capítulo II).

La lectura de las mejores obras de *Comentarios* del Código Penal que han perdurado hasta nuestros días<sup>83</sup>, revela una costumbre por todos ellos mantenida y que consistía en dedicar sus primeras líneas a justificar la existencia de tales delitos; a tales efectos, DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ justificaban el castigo penal para las ofensas al honor sosteniendo que *“la difamación arrebató al hombre el honor, tanpreciado como la vida, y preferible á esta para muchas personas”*. Asimismo, advertían del peligro de que la ley ignorase tales conductas pues *“donde la justicia social no alcanza para defender al hombre, créese éste en la necesidad de hacérsela por sí mismo”*<sup>84</sup>, acudiendo para lavar sus injurias a la sangre. Incluso añadían una reflexión tan cierta y fiel a la realidad que a pesar de los ciento cincuenta años que han pasado, podría seguir encabezando cualquier nuevo ejemplar de unos comentarios al Código Penal: *“las costumbres públicas, el estado político de un país revélense en su legislación penal [...] y esta verdad que hemos comprobado varias veces examinando la relación de las antiguas leyes con las costumbres de nuestros antepasados, y de las*

---

<sup>82</sup> O liberal moderado, como prefiere señalar SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 226; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 575 y 576; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 76.

<sup>83</sup> Nosotros acudiremos a los más representativos, pero ofrece una pormenorizada lista de estas obras, así como de libros de desarrollo práctico, manuales y diccionarios sobre el estado del derecho penal español de la época SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M.: *“Historiografía penal española (1808-1870): la Escuela Clásica española”*, ALVARADO PLANAS, J. y SERRANO MAILLO, A.: *Estudios ...*, op. cit., pp. 69 a 129; proporciona también abundante bibliografía sobre esta cuestión, aunque con una vocación más generalista, desde finales del siglo XVIII hasta finales del siglo XIX, BARÓ PAZOS, J.: *“Historiografía ...”*, op. cit., pp. 30 a 33.

<sup>84</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal (tomo II)*, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848, p. 402.

*legislaciones de otros países con el estado social y político de los mismos, preséntase muy de bulto en los ataques contra el honor”<sup>85</sup>.*

De forma parecida, PACHECO enfrentaba, por una parte, a los pueblos “*encorvados bajo un degradante despotismo, que hace perder a los hombres todo sentimiento de dignidad*”, a los cuales no les atribuye una especial predilección por la persecución de estos delitos, y, por otra, a las naciones cristianas y a los pueblos europeos en los que la humanidad tiene “*tan alta idea de sí propia*” y para los cuales los delitos contra el honor “*son sumamente graves, porque pueden producir consecuencias de gran importancia*”. Añadía, en la línea de los comentaristas ya citados, que en caso de no perseguirse estas conductas “*los ofendidos se verán obligados á lavar las injurias por medio del duelo, [...], no habrá más remedio que el de los combates para responder á las injurias, y quedar libres de la mancha que en la opinión común echan éstas sobre los injuriados*”<sup>86</sup>.

### **5.2.1 Calumnias**

Explicado el punto de partida: el legislador debe proteger el honor de las personas, que es emanación y representación de la dignidad humana, y es “brillo de los ciudadanos”<sup>87</sup>, procede articular los cauces jurídico-penales adecuados para tal fin, no siendo éstos sino los delitos de calumnias e injurias. El artículo 365 abre el capítulo I del Título XI tipificando la calumnia como la “imputación falsa de un delito de las que dan lugar á procedimiento de oficio”. De esta sencilla y comprensible definición deben resaltarse tres aspectos. En primer lugar, la calumnia es una imputación falsa, de tal modo que la certeza de lo imputado anula la tipicidad del comportamiento. No es calumnia la aserción verdadera<sup>88</sup>; en otras palabras, si la imputación fuere cierta y después de un juicio resultare tal, no habrá calumnia<sup>89</sup>.

---

<sup>85</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 400.

<sup>86</sup> PACHECO, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado (tomo III)*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856, p. 167.

<sup>87</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 402.

<sup>88</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 169.

<sup>89</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 403.

En segundo lugar, ha de tratarse de la imputación de un delito, específicamente previsto por las leyes penales y para el cual éstas le asignen una pena determinada. No bastan, consiguientemente, las vagas y genéricas atribuciones de hechos criminales ni “apóstrofes que sólo pueden considerarse injurias”<sup>90</sup>. En fin, no será calumnia la ofensa que no se concrete en hechos determinados con la designación de sus principales circunstancias de criminalidad ni tampoco la imputación de hechos constitutivos de falta<sup>91</sup>.

Finalmente, el delito que se impute ha de dar lugar a procedimiento de oficio. Los comentaristas explican esta circunstancia y determinan cuáles son tales delitos indicando cuáles no lo son. Así, son delitos que dan lugar a procedimiento de oficio aquellos que no sean delitos contra la honestidad, que no sean “culpas de las que solo pueden perseguirse por reclamaciones privadas, individuales, de las personas agraviadas por ella”<sup>92</sup>.

A continuación, los arts. 366 y 367 precisan el catálogo de penas que se impondrían según la calumnia se hubiera propagado por escrito y con publicidad<sup>93</sup> o sin concurrir tales circunstancias, y atendiendo a si lo imputado es un delito grave o menos grave. Obviamente, la severidad de la pena es mayor en el primer caso, que PACHECO bautiza como calumnia cualificada y que a su juicio encierra dos supuestos: “diseño de publicarla [la calumnia], llevado á cabo” y decisión de escribir la calumnia en una carta dirigida a una sola persona “pero contrariado por la indiscreción de quien hizo

---

<sup>90</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 403. Aluden estos comentaristas al art. 367 del código francés que, de un modo más acertado, habla de “*hechos que, [...], espondrían a aquel contra quien se articulan á un proceso criminal ó correccional*”, y desde esta referencia reconocen que habrían preferido que el tipo penal añadiera la palabra *determinado* después de delito (*op. cit.*, p. 404).

<sup>91</sup> IÑESTA PASTOR, E.: *El Código...*, op. cit., p. 720.

<sup>92</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 170.

<sup>93</sup> El propio Código concreta más adelante, en el art. 375 qué debe entenderse por publicidad, extendiendo sus efectos tanto a las calumnias como a las injurias: “*la calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad, cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados ó grabados; por carteles ó pasquines fijados en los sitios públicos, ó por papeles manuscritos comunicados á mas de diez personas*”. Este artículo constituye un nuevo acierto del legislador de 1848 en la medida en que con un comprensible y elogiabile sentido común reduce las calumnias con publicidad a aquellas que se vierten en determinados medios o contextos, eludiendo así las farragosas, muy exhaustivas y casuísticas, pero no por ello cerradas enumeraciones que enfangaban al legislador de 1822 cuando pretendía hacer lo propio, si bien con escasísimo éxito, distinguiendo casi cada supuesto y escenario imaginable en que se podía cometer una calumnia o una injuria.

público lo que en el ánimo del autor debía quedar secreto, ó reservado á pocos”<sup>94</sup>. El agravamiento de la pena cuando la calumnia es escrita deriva de que en un impreso la calumnia puede recorrer los confines del mundo, mientras que vertida en palabras surgidas normalmente de la pasión instantánea la calumnia se la puede llevar el viento y causa menor impresión en el pequeño recinto a que puede alcanzar. Por lo demás, cuanto más grave es el delito imputado, mayor es el ataque al honor, y más profundo daño se causa al calumniado<sup>95</sup>.

Finalmente, la regulación de las calumnias concluye con la referencia al instituto de la *exceptio veritatis*. El art. 368 dispone que “el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. Grande debió ser el acierto del legislador en este punto pues la redacción transcrita se mantiene sin una sola modificación en el art. 207 del Código actualmente vigente. Conviene todos los comentaristas en el modo de justificar la operatividad de la prueba de la verdad en el ámbito de las calumnias: si la calumnia es sólo la falsa imputación de un delito, para castigar esta conducta es preciso permitir al calumniador que acredite la veracidad o certeza de la imputación, quedando libre de toda pena en caso de conseguirlo<sup>96</sup>.

### 5.2.2 Injurias

Procede después el Código con los delitos de injurias previstos en los arts. 369 a 374. La colocación sistemática de las dos figuras atinentes al honor (injurias y calumnias) es cuanto menos sorprendente si aceptamos, como dicen los comentaristas, que la injuria es la modalidad general y la calumnia un supuesto específico de injuria que por la entidad de lo imputado, un delito, merece una respuesta legal de severidad superior<sup>97</sup>.

“Es injuria toda expresión proferida, ó acción ejecutada en deshonor, descrédito, ó menosprecio de otra persona”, establece el art. 369. La definición legal es

---

<sup>94</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 174.

<sup>95</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 405.

<sup>96</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 177; también DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 406.

<sup>97</sup> “Comparando tal definición [la de la calumnia] con la de la injuria, fácilmente se conoce que esta segunda es género, mientras que es especie la primera”: PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 169.

suficientemente ilustrativa de lo que se entendía por injuria conforme al Código de 1848 y cualquier explicación al respecto puede resultar repetitiva. Conformémonos con aclarar que la injuria alcanzaba a la palabra y a la acción, porque “*la injuria puede ser de palabra, ya pronunciada ó ya escrita, y puede ser también un hecho, que conduzca á los mismos resultados*”<sup>98</sup>, que deshonre, desacredite o menosprecie a otra persona. Que una expresión sea afrentosa es muy sencillo de comprender; que lo sea una acción supone algún esfuerzo mayor. A mayor abundamiento, precisa PACHECO que quien abofetea a otro le causa un mal de igual género y entidad que quien llama a otro asesino o publica de él que es un ladrón<sup>99</sup>.

El artículo 370 contempla cuatro supuestos de injurias calificadas como graves, manteniendo la técnica de distinguir entre graves y leves. Es grave la imputación de un delito de los que no dan lugar a un procedimiento de oficio (pues éstos se reconducen a la figura de la calumnia) o la de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado<sup>100</sup>. Los otros dos supuestos del precepto que estamos analizando más que casos de injurias graves son criterios para determinar la gravedad o levedad de la injuria; de hecho el propio legislador en 1822 los introducía como tales en el art. 715. Estos parámetros son: la naturaleza, ocasión o circunstancias de la injuria (art. 370. 3º), el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor (art. 370.4º). Los tres primeros valores de referencia (naturaleza, ocasión y circunstancias) deben contemplarse desde la perspectiva de la opinión pública (el monstruo de la opinión pública, la némesis de los antiguos, el despotismo de la opinión de BECCARIA, regresa). En cuanto a los otros tres, estamos ante el “resbalón” del legislador de 1848, a que nos referíamos

---

<sup>98</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 179.

<sup>99</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 179. Sobre este particular, es útil remitirnos al Código Penal de Brasil que precisaba en su art. 236 que “será considerado crimen de injurias [...]: 5º: [...], los gestos o señales que en la opinión pública sean reputados por insultantes”.

En comparación con el Código de 1822, puede observarse un avance: la injuria por bofetada ya no se tipifica expresamente, aunque en la conciencia de los jueces, los jurados y los comentaristas siga estimándose del mismo modo. Desde esta conciencia social proclive a la criminalización de cualquier mínima ofensa, pueden comprenderse estas afirmaciones de los comentaristas DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ: “*en los países donde existen instituciones liberales, y donde se han resucitado más ó menos ampliamente los debates del foro romano, la personalidad vale más, debiendo los ataques contra el honor, que es brillo del ciudadano, ser más severamente castigados*”: DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 402.

<sup>100</sup> Qué se entienda por fama, interés o crédito no lo sabemos, aunque una buena referencia puede ser el art. 236 del código austriaco que a estos efectos decía: “*perjuicios a una persona en los medios de mejorar su carrera, en la realización de sus negocios o de sus medios de subsistencia*”.

anteriormente. Atribuir mayor o menor gravedad a la ofensa por la supuesta distancia en la posición social de los partícipes constituye un ataque a la igualdad de los ciudadanos, preocupación que a mediados del siglo XIX no ocupaba la mente del legislador ni tampoco perturbaba a los comentaristas que como PACHECO afirmaban que cuando la ofensa se verifica de abajo arriba, de los inferiores á los superiores, esto es natural, y facilísimo de comprender”<sup>101</sup>. A continuación, los arts. 371 y 372 castigan distintamente las injurias según sean graves o leves, y según se hayan cometido con o sin publicidad y por escrito u oralmente<sup>102</sup>.

Y por último, examinando las mismas cuestiones que tratamos en las calumnias, tras analizar la definición, los supuestos y las circunstancias en que pueden concurrir las injurias, resta por atender a la prueba de la verdad. El art. 373 sentencia al respecto así: “al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando estas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”. No se admite la *exceptio veritatis* para las injurias entre particulares pues ningún interés superior puede justificar que se deje sin castigo a quien gratuitamente, con razón o sin ella, desacredite o deshonne a otro mermando sus posibilidades de interacción con el grupo. Sin embargo, cuando la injuria alcanza a un funcionario y tiene por objeto hechos concernientes al ejercicio de su cargo, la prueba de la verdad resurge con toda su extensión. Existe, por consiguiente, un interés superior que justifica autorizar al injuriador a probar la certeza de sus expresiones o actos: la confianza de la comunidad en la Administración pública en cuanto al correcto desempeño de sus funciones. Donde los gobiernos y las autoridades están sujetos a la censura de la opinión pública, es admisible y recomendable que el ciudadano pueda censurar al hombre público en cuanto al ejercicio de su cargo; lo contrario, sería propio del despotismo subalterno, rayano en la arbitrariedad<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 187.

<sup>102</sup> No hay mejor criterio para distinguir las injurias graves de las leves que el método de exclusión, pues el legislador no nos ofrece otros. Son leves aquellas que atendidas sus circunstancias, no pueden reputarse como graves, entrando en juego el prudente proceder de los tribunales y la recta conciencia de la institución del jurado, para apreciar los hechos y el valor legal de la prueba. Así, DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 411.

<sup>103</sup> DE VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios ...*, op. cit., p. 412.



## 5.3 LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 1850

### 5.3.1 Aspectos generales

Aunque la ley que decretaba la aplicación del Código de 1848 imponía en su art. 2 que “el Gobierno propondrá a las Cortes dentro de tres años, o antes si lo estimare conveniente, las reformas o mejoras que deba hacerse en el Código, acompañando las observaciones que anualmente por lo menos deberán dirigirle los Tribunales”<sup>104</sup>, no es menos cierto que el art. 3 de la misma norma autorizaba al Gobierno a realizar cuantas reformas considerara oportunas, antes de transcurrido ese plazo prudencial de tres años, “dando cuenta a las Cortes tan pronto como sea posible”. No sin cierta resignación recuerda IÑESTA PASTOR que el Gobierno de NARVÁEZ, con su particular forma de entender la delegación legislativa, recurrió a la facultad del art. 3 limitándose, para darle cumplimiento, a la remisión a las Cortes de simples Comunicaciones, acompañadas de copias de los correspondientes Reales Decretos<sup>105</sup>.

Paulatinamente fueron practicándose modificaciones puntuales (Decretos de 1 de julio, de 21 y 22 de septiembre y 30 de octubre de 1848, de 30 de mayo, de 2 y 5 de julio y de 28 de noviembre de 1849, y de 7 y 8 de junio de 1850), hasta la de mayor calado de 1850<sup>106</sup>, en una línea más conservadora y represiva, para apretar los resortes del poder después de las agitaciones revolucionarias de 1848<sup>107</sup>.

Este giro en sentido represivo de la política criminal responde a la agitación política que se respiraba por todo el continente europeo en consonancia con las revoluciones liberales de 1848. En este contexto enrarecido tiene lugar una reforma del Código Penal de 1848 que pone su acento en la reafirmación del poder estatal frente a

---

<sup>104</sup> De los Informes de las Audiencias de Sevilla, Granada, Madrid, Barcelona, Zaragoza, Canarias, Pamplona, Valladolid, Valencia, Cáceres, Burgos, Mallorca, La Coruña y Albacete, nos da debida cuenta LASSO GAITE, J. F.: *Crónica* ..., op. cit., pp. 312 a 330.

<sup>105</sup> IÑESTA PASTOR, E.: *El Código* ..., op. cit., p. 801.

<sup>106</sup> Valorada como “de poca monta” por RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho* ..., op. cit., p. 103; y definida como una “atolondrada obra” por SALDAÑA, Q.: “Historia ..., op. cit., p. 462.

<sup>107</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 76; CERESO MIR, J.: *Curso* ..., op. cit., p. 132; IÑESTA PASTOR, E.: “La proyección ..., op. cit., p. 508. Tenía, definitivamente, en palabras de JIMÉNEZ DE ASÚA un sentido marcadamente reaccionario. Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado* ..., op. cit., p. 577. Están de acuerdo con este diagnóstico SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones* ..., op. cit., p. 230; y QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio* ..., op. cit., p. 89.

las rebeliones ciudadanas y que trata de transmitir un mensaje de fortaleza. Desde este punto de vista, la reforma legislativa supuso una radicalización, una reconsideración de las estructuras de poder y de la necesidad de protección de la sociedad y del Estado, frente a la convulsión de la situación social y política<sup>108</sup>.

La reforma de 1850 tiene cierto peso, al menos cuantitativamente, si atendemos al número de artículos a los que afecta, más de noventa; esto advertido, hay quienes no dudan de que la esencia del Código, aun con esta reforma, sigue siendo la misma<sup>109</sup>, es decir, el Código de 1848 se mantenía fiel al espíritu que lo promovió. Entre otras modificaciones, las más relevantes, siguiendo a SAINZ CANTERO, fueron: generalización del castigo para la conspiración y la proposición para delinquir, que el Código de 1848 sólo preveía en determinados delitos; mayor severidad para la represión de los delitos políticos; extensión de la facultad de solicitar el indulto por el Tribunal; modulación del principio de legalidad de las penas, permitiéndose imponer penas previstas no en la ley sino en ordenanzas o mandatos de la autoridad; introducción de la pena de la represión privada y del delito de escándalo público<sup>110</sup>.

### 5.3.2 Repercusión de la reforma de 1850 sobre los delitos contra el honor

La reforma de 1850 motivó la modificación de dos artículos reguladores de ciertas particularidades de los delitos contra el honor. Sin embargo, la reforma, podríamos decir, no iba dirigida ciertamente a esos preceptos, sino que su modificación fue consecuencia necesaria y directa de la introducción de un nuevo tipo penal en el Código: el delito de desacato.

El desacato no había sido regulado expresamente en ninguno de nuestros códigos penales hasta la reforma de 1850. El Código de 1822 se aproximaba a la figura

---

<sup>108</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L, y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: “Códigos penales españoles: recopilación y concordancias”, Akal, Madrid, 1988, p. 189. Añaden los citados autores que “esta regresión tuvo que ver, sin duda, con el carácter autoritario del liberalismo personificado en NARVÁEZ, que contempló con temor la proclamación de la II República Francesa como consecuencia de los sucesos de París de febrero de 1848, al tiempo que surgían en España desórdenes sociales y políticos” -*op. cit.*, 321-)

<sup>109</sup> ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación ...*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>110</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 231.

del desacato con dos preceptos: por una parte, el art. 328, que disponía que “*el que amenazare con alguna fuerza o violencia, ó injuriare á alguno de los funcionarios públicos espresados en el primer párrafo del artículo 326, ó usare ó tomare contra ellos alguna arma, de cualquier clase que sea, cuando se hallen ejerciendo sus funciones ó por razón de su ministerio [...]*”; por otra, el art. 330, conforme al cual “*el que á presencia de alguna de las autoridades públicas, y cuando se hallen ejerciendo sus funciones, ó por razón de su ministerio, les faltare al respeto debido con palabras, gestos ó acciones insultantes ó indecente, ó perturbare la solemnidad del acto, [...]*”. Para ARMENDÁRIZ LEÓN “la confusa regulación de este Código ha hecho que, para un sector de la doctrina, no pueda hablarse de un delito de desacato en el texto de 1822, tipo que, según estos autores, aparecería por primera vez en el Código de 1850”<sup>111</sup>; en términos similares se pronuncia ÁLVAREZ VIZCAYA, advirtiendo que la redacción propuesta por el legislador en 1822 era confusa y desdibujada<sup>112</sup>.

Más tarde, el Código Penal de 1848 previó dos supuestos ciertamente cercanos a la figura del desacato, pero demasiado restringidos, por lo que de conformidad con lo que actualmente entendemos por desacato, no podía afirmarse que este delito estuviera tipificado en 1848. Así, el art. 194 establecía que “*el que de hecho ó de palabra injuriare gravemente á alguno de los cuerpos colegisladores hallándose en sesión, ó á alguna de sus comisiones en los actos públicos en que los representan, será castigado con la pena de prisión mayor. Cuando las injurias fueren menos graves, la pena será la de arresto mayor*”. Por su parte, el art. 195 disponía lo siguiente: “*el que impidiere á un senador ó diputado asistir á las Cortes, ó les injuriare ó amenazare por las opiniones emitidas en el Congreso ó en el Senado, será castigado con la pena de prisión correccional*”. Por lo demás, se observaba la ausencia de toda referencia a conductas injuriosas o deshonrosas dirigidas contra funcionarios públicos por lo que sólo cabía acudir a los delitos de injurias y calumnias contra particulares, “aplicando la agravante nº16 del art. 10 (“ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública”)<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, M. C.: “El tipo del injusto en el delito de desacato”, Tomo I, 2002, p. 12 (en línea: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0020201.pdf>) (31/05/2011).

<sup>112</sup> ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión y Principio de Autoridad: el delito de desacato*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993, p. 9.

<sup>113</sup> ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 13.

De esta regulación, algunos comentaristas indicaron que no protegía suficientemente a la autoridad pública en la medida en que se circunscribía a la protección de los diputados de los cuerpos colegisladores, olvidando que a parte de ellos, existían muchas más personas investidas de autoridad pública. A estos efectos, el voto particular del magistrado y comentarista D. J. DE CASTRO Y OROZCO es completamente ilustrativo de este sentir contrario a la no tipificación del delito de desacato. De dicho voto, tomaremos las ideas más representativas:

*“El que suscribe no comprende cómo personas tan entendidas como los doctos vocales que firman el precedente dictamen, [...], cuando confiesan que tan débil es [la Autoridad pública] y tanta necesidad tiene de que se la vigorice y robustezca, le niegan después uno de los medios con que ha contado siempre para hacerse respetar [...] Se quiere dar fuerza á la Autoridad pública, confesándose que es muy débil en la clase de gobierno que ahora nos rige, y sin embargo se borran del catálogo de los delitos específicos, los ultrajes, las injurias, las amenazas á la misma Autoridad, considerando que estos delitos no salen de la esfera de una injuria hecha á un particular, aunque calificada como agravante por la circunstancia de la persona ofendida”<sup>114</sup>.*

*“Casos habrá ciertamente en que la Autoridad pública, descendiendo al nivel de cualquier particular, ejecute actos puramente privados, en los cuales se vea injuriada y no merezca el ofensor mayor pena que la que se impondría á cualquiera por una injuria común; pero la ley debe distinguir entre los hechos meramente privados y los delitos que tienen relación más ó menos inmediata con el ejercicio de la Autoridad, [...], y así como las injurias hechas á estos [diputados y senadores] con ocasión del ejercicio de su ministerio se castigan con la pena de prisión correccional, mucho más severa que la de destierro; del mismo modo debiera distinguirse respecto de las ofensas ejecutadas á la Autoridad pública por consecuencia más o menos inmediata de sus actos oficiales”<sup>115</sup>.*

El voto particular alude a una segunda cuestión deficiente (y ya mencionada) en la regulación del “desacato”, o de la figura que a ella se aproxima pero sin llegar a serlo: la injuria entre particulares, aunque sólo podría perseguirse la conducta por medio de la presentación de querrela por la persona ofendida. El voto particular lo refería en estos términos:

---

<sup>114</sup> Algo que ya preveía el art. 715 del Código Penal, lo que demuestra el nulo avance cosechado en esta materia después de veinticinco años: “Para la calificación y graduación de las injurias se tendrán siempre por circunstancias [...] la autoridad ó superioridad [...]”.

<sup>115</sup> DE CASTRO Y OROZCO, J., y ÓRTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código Penal reformado, con el texto ajustado a la nueva edición oficial y con anotaciones y observaciones sobre las reformas y sus motivos*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1850, pp. 33 a 40.

*“Laméntase aquel Tribunal (la Audiencia de Granada que formuló una petición de modificación del código en esta materia, dirigida al Gobierno] de que el Código exija para la persecución del delito de injuria contra la Autoridad pública querrela de la parte ofendida. [...]”*

*“Es en efecto una innovación muy peligrosa, y de funestos resultados, la de haber de intervenir querrela de la parte ofendida para que pueda procederse contra el delincuente en los casos de desacato á la Autoridad ó á la justicia. [...]”*

*“Ciertamente que un magistrado no se degrada en acudir ante un delegado del Monarca á reclamar justicia, y que así lo hacen frecuentemente las mas altas dignidades del Estado y hasta los Infantes de España. [...]; pero la cuestión no debe tratarse á límites tan estrechos: los inconvenientes de considerar el desacato como delito privado y de exigir querrela formal para su persecución y castigo, no consisten en que se crea rebajado el respeto de un magistrado por tener que acudir ante un inferior suyo: consisten, sí, en dejarse abandonada y desatendida la Autoridad, sin ninguna clase de protección especial en la justicia, cuando se vé ultrajada y desacatada fuera de los actos de oficio: consisten en la impunidad que este abandono sanciona, porque difícilmente querrá la misma Autoridad erigirse en querellante y acusador del ofensor, que debiera ser perseguido y acusado por el ministerio público”.*

*“Hay muchos delitos que no perturban tanto el órden público, ni causan tanta alarma á la sociedad como un ultraje á la Autoridad pública, y sin embargo los buenos principios confían el desagravio al ministerio fiscal, sin exigir previa querrela”<sup>116</sup>.*

En definitiva, recordando que no se trata tanto de conceder un privilegio para los magistrados, sino de justa protección, fuerza, prestigio en la Autoridad pública, este comentarista reclamaba *“reputar por verdadero desacato las injurias, denuestos ó insultos hechos á la Autoridad pública, con motivo ó por ocasión mas o menos inmediata o remota del ejercicio de su ministerio; establecer penas más severas que las correspondientes á las injurias privadas, esto es, penas especiales para el desacato, y considerarlo como delito público, imponiendo al ministerio fiscal y á los Tribunales la obligación de perseguirlo y castigarlo de oficio sin previa querrela de la Autoridad ofendida ó desacatada”<sup>117</sup>.*

---

<sup>116</sup> DE CASTRO Y OROZCO, J., y ÓRTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código ...*, op. cit., pp. 40 a 43.

<sup>117</sup> DE CASTRO Y OROZCO, J., y ÓRTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código ...*, op. cit., pp. 44 y 45.

Siendo esta la situación denunciada<sup>118</sup>, el legislador, esto es, el Gobierno, aprovechó un Real Decreto que venía a introducir en el articulado las modificaciones operadas durante los dos últimos años (1848-1850), para realizar una reforma en el capítulo III, que suponía la inclusión de dos supuestos nuevos -atentados contra la autoridad<sup>119</sup> y el desacato- y la consiguiente alteración esencial en el articulado (que alcanza, en lo que a nosotros importa, al título dedicado a los delitos contra el honor de los particulares) debido a la reordenación del mismo<sup>120</sup>. Así, la modificación substantiva consiste en la incorporación del art. 191 (capítulo III del Título III) que define el delito de desacato contra las autoridades, declarando que lo cometen: “1º. *Los que perturban gravemente el orden en las sesiones de los Cuerpos colegisladores, y a los que injurian, insultan o amenazan en los mismos actos a algún Diputado o Senador. 2º. Los que calumnian, injurian, insultan o amenazan a un Senador o Diputado por las opiniones manifestadas en el Senado o Congreso, a los Ministros de la Corona o a otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, o a un superior suyo con ocasión de sus funciones. 3º. Los que provocan a duelo a una autoridad aunque sea privada o embozadamente, cuyo acto se considera como amenaza grave*”. Por primera vez y posiblemente para “apuntalar el edificio estatal ante la turbulencia de los movimientos sociales” de la época que podían “desmoronar el Estado”, se configuraba el desacato como un delito autónomo a fin de reforzar y afianzar el concepto de autoridad, frente a eventuales ataques<sup>121</sup>. El resto del capítulo incluye otros supuestos próximos a la modalidad básica de desacato e incorporan sus correspondientes catálogos de penas, sin embargo, no nos detendremos en su análisis pues no es el objeto de este trabajo<sup>122</sup>.

La introducción de los citados preceptos conllevó dos novedades en el antiguo art. 381, que tras la reforma pasaba a ser el art. 391. La regla original decía que “*nadie será penado por calumnia ó injuria, sino á querrela de la parte ofendida. El culpable quedará relevado de la pena impuesta, mediando perdón de la misma*”. De lo indicado

---

<sup>118</sup> Se desconoce si el cambio legislativo vino motivado por las denuncias de la jurisprudencia o por un suceso particular de desacato a la autoridad en el que, precisamente, PACHECO actuó como abogado de un contratista acusado de delito de injurias contra el general NARVÁEZ. Sobre este particular, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M.: *La codificación ...*, op. cit., pp. 53 y 54.

<sup>119</sup> Sobre esta cuestión, extensamente JAVATO MARTÍN, A. M<sup>a</sup>.: *El Delito de Atentado. Modelos Legislativos. Estudios Histórico-Dogmático y de Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2005.

<sup>120</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M.: *La codificación ...*, op. cit., pp. 299 y 300.

<sup>121</sup> ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 14 y 15.

<sup>122</sup> Un estudio más pormenorizado puede encontrarse en ARMENDÁRIZ LEÓN, M. C.: “El tipo ...”, op. cit., pp. 25 y ss; ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 14 y ss.

se deduce que, siendo las injurias y calumnias delitos privados en cuanto a la facultad de perseguirlos, es necesario que exista querrela formal, por lo que si el ofendido no reclama, la justicia no interviene en esta materia y tan pronto como el ofendido perdona, ya no se puede dar un paso más en la causa que iba a comenzar<sup>123</sup>. Sin embargo, la reforma de 1850, al introducir el delito desacato, se ve compelida a incorporar en el título relativo a las injurias y calumnias una disposición que aclare que la regla general según la cual los delitos contra el honor son privados, por lo que su persecución requiere querrela del ofendido, cuyo perdón, a su vez, finiquita el proceso, encuentra una excepción en el caso de las injurias o calumnias contra Autoridades<sup>124</sup>. Y así, el nuevo art. 391, párrafo 1º, tras apuntar la necesidad querrela en las injurias o calumnias entre particulares, añade: “*salvo cuando la ofensa se dirija contra la Autoridad pública, corporaciones ó clases determinadas del Estado*”. El tercer párrafo del mismo precepto precisa que son Autoridades “*los Soberanos y Príncipes de naciones amigas ó aliadas, los Agentes diplomáticos de las mismas y los extranjeros con carácter público que, según los tratados, convenios ó prácticas, debieren comprenderse en esta disposición*”.

En definitiva, la reforma de 1850, entre sus puntos más importantes, influyó en nuestro objeto de investigación mediante la creación de un tipo penal nuevo, el delito de desacato, que implicó el nacimiento de una excepción a la regla general a tenor de la cual los delitos contra el honor eran siempre privados, se perseguían sólo con querrela del ofendido y se ventilaban con el perdón del mismo. La excepción pasaba por entender que la modalidad de injurias o calumnias a la autoridad pública, el desacato, era un delito público<sup>125</sup> y, por consiguiente, su persecución debía iniciarse de oficio, pues en el fondo subyacían intereses superiores a los del honor entre particulares, cuáles eran el prestigio y la dignidad de las autoridades, intereses que también justificaban que aunque la autoridad ofendida otorgase su perdón, el proceso debía continuar pues, por encima de la reparación y satisfacción de la autoridad, se encontraba el orden público y la justa protección de la autoridad pública. Adoptándose la reforma en estos términos, es comprensible que la opinión del magistrado y comentarista DE CASTRO Y OROZCO fuese favorable a la generalidad de la innovación legislativa, como así lo expresaba él

<sup>123</sup> PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 208.

<sup>124</sup> Concluye PACHECO: “*creando toda la criminalidad del desacato, fue consiguiente que tambien se crease el procedimiento de oficio para las injurias que lo constituian*”: PACHECO, J. F.: *El Código ...*, op. cit., p. 209.

<sup>125</sup> ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 16.

mismo: “*baste para nuestro objeto indicar, que estamos en general conformes con los principios aceptados por el Gobierno en la reciente reforma, aunque en ella creemos que á veces se ha ido más allá de donde convenía. La reforma se ha hecho en esta parte bajo la impresión de un suceso lamentable [las injurias contra NARVAÉZ, en las que PACHECO fue abogado defensor del acusado], y se resiente por lo tanto de cierto casuismo y severidad en sus pormenores*”<sup>126</sup>.

## 6. EL CÓDIGO PENAL DE 1870

### 6.1 ASPECTOS GENERALES: CONTEXTO HISTÓRICO, AUTORÍA, INSPIRACIÓN DOCTRINAL Y POLÍTICA

A lo largo de la década de los años 50' del siglo XIX se sucedieron diversos intentos, todos ellos fracasados, de revisión del Código de 1848, ya modificado en 1850. Sin embargo, la inestabilidad política y las continuas interrupciones en el trabajo de la Comisión de Códigos hicieron imposible este cometido<sup>127</sup>. Superados tales propósitos improductivos, llegamos a los años 60 en los que promulgada una Constitución de sólidos ideales políticos progresistas y liberales, surgida de la revolución liberal (la gloriosa) de 1868, era necesario adaptar el Código Penal a la nueva norma fundamental<sup>128</sup>: la adaptación a las normas constitucionales es un objetivo que ha guiado no sólo a este Código y a esta fase de la codificación española, sino a todos los textos previos y posteriores y a todas las fases de dicho proceso codificador, como brillantemente expone SALDAÑA: “Nuestro Código se desprende de la nebulosa constitucional; y en la serie de sus fases, como Código pleno de vigencia -1822, 1848, 1850, 1870-, o en Proyectos -1811, 1831, 1834, 1839-49, 1868-, giran los Códigos y los

---

<sup>126</sup> DE CASTRO Y OROZCO, J., y ÓRTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código ...*, op. cit., p. 45.

<sup>127</sup> Sobre estas vicisitudes, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 575; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Política Criminal. Tomo II. La política criminal aplicada*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 124; ASÚA BATARRITA, A.: *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, p. 240.

<sup>128</sup> Así lo afirman todos los autores, entre otros, CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 135; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 76; ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación ...*, op. cit., p. 112; LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 418; BLANCO LOZANO, C.: *Tratado ...*, op. cit., p. 124; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos ...*, op. cit., p. 489; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “El Código Penal de 1870 y su contexto histórico”, RICO PÉREZ, F.: *Centenario del Código Civil*, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Alicante, 1989, pp. 477 a 491.



Proyectos, así como satélites y cometas, alrededor de las Constituciones”<sup>129</sup>. Efectivamente, como dice SAINZ CANTERO, la reforma definitiva del texto punitivo, después del fracaso de las Comisiones de Codificación de 1851 y 1856, había de tener lugar impulsada por el cambio de rumbo político del país, que se inicia con la Revolución liberal y progresista de 1868<sup>130</sup>.

Tras la dimisión de la Comisión General de Codificación el 2 de junio de 1869, el Gobierno aprobó un Real Decreto con fecha 2 de octubre del mismo año procediendo a la constitución de una nueva comisión codificadora que redactó un proyecto aprobado por el Gobierno y por las Cortes Generales por Ley de 17 de junio de 1870, publicándose el Código por decreto del 30 de agosto. Este Código estuvo en vigor hasta 1932, exceptuando el breve periodo de tiempo de vigencia del Código de 1928 hasta el citado año 1932<sup>131</sup>.

En cuanto a la autoría del Código Penal, pocas son las opciones que se barajan. *A priori* podría pensarse en José María RIVERO, presidente de la sección penal, sin embargo, debido a la importancia de los cargos que ocupó, no debió tener mucho tiempo para el estudio de la reforma del Código Penal. De las actas de sesiones de la Comisión Legislativa deduce LASSO que quien más intensamente se dedicó a la tarea fue MONTERO RÍOS, aparte de la colaboración que indudablemente le prestaría la sección penal de la Comisión Legislativa y particularmente GROIZARD<sup>132</sup>. En la misma dirección, el gran conocedor de la codificación española, ANTEQUERA, entenderá que el verdadero artífice y autor de la reforma fue MONTERO RÍOS<sup>133</sup>. Finalmente, y quizá no tanto atribuyendo la paternidad de la obra, cuanto resaltando la enorme influencia que como experto pudo tener en su concepción, ANTÓN ONECA se

---

<sup>129</sup> SALDAÑA, Q.: *La Reforma del Código Penal de 1870*, 2ª ed. aumentada, Reus, Madrid, 1918, p. 14. De una forma muy gráfica se refería ASÚA BATARRITA a este código de 1870 como el primero de los muchos intentos que han caracterizado la codificación penal española de adaptar el texto penal de referencia, el de 1848, al contexto político: “los códigos penales posteriores [al de 1848], se centran casi exclusivamente en la adaptación política del texto legal de 1848, el cual, zarandeado por abundantes modificaciones parciales, es básicamente el que ha perdurado hasta el momento actual”: ASÚA BATARRITA, A.: *La reincidencia* ..., op. cit., p. 239. Finalmente, también a este respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado* ..., op. cit., p. 579.

<sup>130</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones* ..., op. cit., p. 232.

<sup>131</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica* ..., op. cit., p. 442; CEREZO MIR, J.: *Curso* ..., op. cit., p. 135; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 77.

<sup>132</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica* ..., op. cit., pp. 452 y 457.

<sup>133</sup> ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación* ..., op. cit., p. 112.

decanta por GROIZARD, con las siguientes palabras: “si Pacheco era quien aportaba el perfil científico a la Comisión encargada de redactar el Código Penal de 1848, tal función pasaba a ser desempeñada por GROIZARD en la comisión que debía elaborar el Código Penal de 1870”<sup>134</sup>.

Procedemos ahora a analizar lo que hemos llamado en el epígrafe de este apartado “inspiración doctrinal y política” del Código Penal de 1870. Desde este punto de vista, los comentaristas y exégetas del Código Penal de 1870 no se refieren a ningún gran penalista ni a ninguna corriente del pensamiento penal como claramente inspiradora del texto legal, al margen de la cierta pero no determinante referencia a su eclecticismo. “A partir de 1848, se ha omitido, en la redacción de los Códigos penales, todo decoro de doctrina; se ha renunciado a cualesquiera altura de inspiración científica. Como tendencias, una política y otra filosófica, sólo dos pueden apreciarse en la reforma del 70: *liberalismo* y *humanitarismo*”, sostiene SALDAÑA<sup>135</sup>. Pero al margen de estas apreciaciones iniciales, parece cierto que la orientación del Código siguió siendo ecléctica, aunque el fin de la intimidación aparece menos acusado, resaltando, por tanto, más la idea de la retribución, como sostiene, entre otros, NÚÑEZ BARBERO<sup>136</sup>. Sigue ausente prácticamente la idea de corrección o enmienda del delincuente, pues la escuela correccionalista española se encontraba aún en sus albores y no pudo influir en la elaboración del Código<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> ANTÓN ONECA, J.: “El Código Penal de 1870”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXIII, Fasc. II, 1970, p. 236; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 135; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 235. Aunque no le llegue a atribuir la paternidad de la obra, para LASSO GAITE no cabe duda de la notabilísima aportación de GROIZARD al resultado debido a su excelsa formación e instrucción jurídica, siendo posiblemente, el mejor preparado: LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 458.

<sup>135</sup> SALDAÑA, Q.: *La Reforma* op. cit., p. 109, afirma la convivencia de una inspiración filosófica y política-criminal ecléctica, en la que convergen la orientación clásica de la escuela absoluta -que le impone Pacheco-, templada por el humanitarismo y el *utilitarismo* bajo la inspiración de BENTHAM.

<sup>136</sup> NÚÑEZ BARBERO, R.: *La Reforma Penal de 1870*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969, p. 58. También en esta dirección, CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 135; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 235; SALDAÑA, Q.: *La Reforma ...*, op. cit., p. 99.

<sup>137</sup> CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 135; CASTEJÓN entiende que la difusión de estas ideas había alcanzado un estadio de mayor desarrollo en nuestro país en 1870: CASTEJÓN, F.: “Las ideas ...”, op. cit., p. 63; NÚÑEZ BARBERO, R.: *La Reforma ...*, op. cit., p. 62. Tales teorías correccionalistas de la pena, conforme a las cuales la pena dejaba de ser un mal que el culpable quiso porque quiso su crimen, para imponerse, en su lugar, por vía de corrección o enmienda, comenzaban a alzarse, aunque tímidamente, gracias a la difusión de la principal y más representativa obra de esta corriente penalista “*Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*”, de ROEDER, y a la extensión de estas tesis en nuestro país por medio de GINER DE LOS RÍOS y de “la insigne penitenciarista ARENAL”. Así la califica ASÚA BATARRITA, A: *La reincidencia ...*, op. cit., p. 244

Con el tiempo, desde su publicación, arreciaron numerosas críticas al texto de 1870, algunas con fundamento, otras puros excesos demagógicos. Decía JIMÉNEZ DE ASÚA: “para hacer justicia al Código de 1870 hay que trasladarse a la verdadera fecha de su nacimiento. El salto dado desde la legislación anterior fue enorme”<sup>138</sup>; es decir, el Código de 1870, sin ser el mejor ejemplo de cuerpo de leyes penales, merecía ser alabado por el sustancial paso hacia adelante que supuso en relación con la legislación anterior, que constituye la referencia desde la que deben plantearse las comparaciones.

## 6.2 LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

El Código Penal dedica el Título X del Libro II a la regulación de los delitos contra el honor. Dicho Título se divide, a su vez, en tres capítulos: el primero atiende a la figura de la calumnia (arts. 467 a 470), el segundo se ocupa de las injurias (arts. 471 a 475) y el tercero se concentra en las disposiciones generales y comunes para ambos delitos (arts. 476 a 482); ello evidencia un mantenimiento de la estructura, el sistema y el espíritu del Código Penal de 1848<sup>139</sup>, evitando su casuismo<sup>140</sup>, virtud muy elogiada.

La dinámica iniciada, fundamentalmente, con el Código Penal de 1848, y su versión reformada de 1850, de publicación de obras dirigidas a su comentario y explicación, se acentúa con el Código de 1870. Han llegado hasta nuestros días diversas colecciones de Comentarios del Código Penal que ayudan a comprender la gestación del texto, sus líneas y criterios inspiradores y las particularidades de cada delito. Entre todas estas obras, posiblemente la de mayor autoridad y calidad científica sea la que hizo, precisamente, el miembro más formado y preparado de la Comisión Legislativa que redactó el proyecto: Alejandro GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA (que fue Presidente del Consejo de Estado), y en su célebre trabajo (“*Código Penal de 1870*

---

<sup>138</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 582; el mismo en “La reforma de la legislación penal española”, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas Penales*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1931, p. 25; NÚÑEZ BARBERO, R.: *La Reforma Penal de 1870*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969, p. 67; DEL ROSAL, J.: “La palabra ...”, op. cit., pp. 208 y ss. Contrariamente, calificaba el Código de 1870 como “detestable”, SALDAÑA, Q.: *La Reforma del Código Penal de 1870*, 2ª ed. aumentada, Reus, Madrid, 1918, pp. 11 y 12.

<sup>139</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 579; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 235; SALDAÑA, Q.: *La Reforma ...*, op. cit., p. 99; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos ...*, op. cit., p. 489.

<sup>140</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 448.

*concordado y comentado*”<sup>141</sup>) nos apoyaremos en las siguientes páginas para examinar la regulación de los delitos de calumnias e injurias. Pero junto a las obras de los comentaristas, la legislación penal de 1870 inaugura con éxito una nueva práctica: los comentarios del Código acompañados de extractos jurisprudenciales. Y como muestra de tales comentarios con adiciones jurisprudenciales, contaremos con dos especialmente representativas: por una parte, el “*Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*”<sup>142</sup>, obra de D. Salvador VIADA Y VILASECA, quien fuera Teniente Fiscal del Tribunal Supremo; y por otra, el “*El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*”, de D. Juan Antonio HIDALGO GARCÍA<sup>143</sup>.

Como hicieran los Comentarios de los Códigos de 1848, los de 1870 principian el capítulo dedicado a los delitos contra el honor con una justificación de su existencia. Así, GROIZARD establece una nítida separación entre los delitos sociales que “castigan acciones por lesionar directamente un derecho por la co-asociación creado, y los delitos naturales o humanos”, aquellos que entrañan una negación jurídica que “destruye total o parcialmente un derecho que el hombre tiene y ostenta como tal, no como ciudadano de uno u otro Estado, no como entidad de una u otra sociedad, sino como cualidad inherente a su condición nativa, a su personalidad, a su vida dentro de la humanidad”<sup>144</sup>. Pues bien, en este contexto, es evidente que los delitos contra el honor se sitúan dentro de la segunda categoría mencionada por el comentarista, integrándola junto a los delitos de homicidio, lesiones, violación... que en mayor o menor medida producen daño a la

---

<sup>141</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Esteban-Hermanos, Impresores, Salamanca, 1893.

<sup>142</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, 5ª ed., Fernando Fé, A. San Martín y Donato Guío, Madrid, 1890. Aunque emplearemos siempre la mencionada obra, del mismo autor es otra versión de estos comentarios y extractos jurisprudenciales, más reducida, a modo de compendio: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, 3ª ed., Librería de Fernando Fé, Madrid, 1885.

<sup>143</sup> HIDALGO GARCÍA, J. A.: *El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1908.

<sup>144</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., pp. 269 y 270.

persona física. Y justifica esta catalogación con bellas palabras que merecen ser reproducidas:

*“El hombre no solo vive materialmente como las bestias, sino que goza ó sufre, según se mira, aumentado ó disminuido, el concepto ventajoso que por sus actos ha logrado alcanzar entre sus semejantes. El honor es la vida del espíritu; es un patrimonio, tanto más precioso y querido, cuanto que no es hijo de la herencia, ni de la fortuna, sino resultado del merecimiento propio. El derecho del hombre á que su honor sea respetado, no hay pueblo que merezca el nombre de tal que haya dejado de reconocerlo, ni legislación que no lo haya sancionado. Los delitos contra el honor, son, por lo tanto, también delitos naturales. El derecho herido por ellos, es un derecho que al hombre pertenece como hombre; no es un derecho por la sociedad creado y que la sociedad por su interés vindica. Tiene su raíz en la dignidad personal, ingénita en el corazón humano, en un sentimiento universal de propia estimación que, escarnecido, reclama satisfacción inmediata”<sup>145</sup>.*

Tan importante es el honor y la honra de las personas, que, como sostiene VIADA, la ley debe castigar todos los ataques que contra éstos vienen dirigidos pues de lo contrario, “los ofendidos acudirían, con más frecuencia aún de lo que suele suceder, a la venganza individual o al duelo”<sup>146</sup>.

### 6.2.1 Calumnias

Explicada la importancia del bien honor y la incuestionable lógica de proceder penalmente contra los ataques a él dirigidos, podemos detenernos en el estudio de las dos figuras delictivas previstas para tal fin: calumnias e injurias<sup>147</sup>.

La definición legal de la calumnia se efectúa en el art. 467 en cuya virtud “es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimientos de

---

<sup>145</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 271.

<sup>146</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 162. Nuevo Código, nuevas circunstancias políticas, nuevas doctrinas filosóficas, nuevos comentaristas, pero la esencia de la defensa de la punición de los atentados contra el honor se mantiene inamovible e impenetrable como un bloque de piedra.

<sup>147</sup> GROIZARD, sin embargo, no apoya este método ni esta nomenclatura en tanto considera que lo característico de los delitos contra el honor es la intención depravada en su autor de dañar al ofendido, menoscabando o destruyendo su buena reputación, siendo así que la *difamación* es la fuerza impulsiva, la esencia de su naturaleza, lo que constituye su género máximo, la cualidad que debe determinar su general configuración, mientras que la calumnia y la injuria son sólo dos especies de difamación, pero por sí solas no agotan todo el abanico de posibilidad de difamación, algunas de las cuales podrían quedar sin castigar si sólo se actúa frente a injurias y calumnias. Así, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 273.

oficio”. Ningún cambio respecto de la redacción que presentaba el art. 365 del Código Penal de 1848. Ausencia de modificaciones que abala las opiniones de quienes creen que los verdaderos códigos que han existido en la historia de la codificación española han sido los de 1822 y 1848, siendo todos los restantes reformas más o menos intensas de aquéllos. Consiguientemente, las puntualizaciones que formulamos en su momento sobre el art. 365 del Código de 1848 son también válidas ahora: a) que ha de ser una imputación falsa, porque siendo verdadera no hay calumnia (por lo que debe concederse al calumniador la oportunidad de probar sus acusaciones para exonerarse de pena criminal); b) que ha de imputarse un delito que dé lugar a procedimiento de oficio y ha de ser un delito concreto y determinado<sup>148</sup>.

A pesar de la sencillez y quizá precisamente por esta causa, GROIZARD se muestra en desacuerdo con algunos de los criterios seguidos por el legislador en la tipificación de las calumnias. Reprocha que la ley exija que el objeto de la imputación sea un delito, siguiendo en esta materia el erróneo ejemplo del Código de Brasil, en lugar de tomar como modelos a las legislaciones europeas que se han edificado con posterioridad al código brasileño. Entendiendo que la base de la calumnia no es tanto la imputación falsa de un delito cuanto las imputaciones de hechos que, aunque no sean delito, redundan en desprestigio del honor o descrédito de una persona o la exponen al menosprecio o al odio de sus conciudadanos, sostiene GROIZARD que habrá calumnia, simplemente, cuando se imputen a una persona actos que, sin ser necesariamente delitos, “la ofenden en su dignidad, merman su prestigio y destruyen o disminuyen su fama y buen concepto público”, estando siempre guiado el calumniador por un especial “propósito dañado de privarla, en todo o en parte, de las satisfacciones y bienes que le resultan de estar en posesión de una reputación buena”, por lo que faltando tal propósito o dolo especial del autor, “podrá existir otra responsabilidad, otro delito que reprimir,

---

<sup>148</sup> Por ello, una vaga referencia a los empleados de una Aduana acusándoles de ser una “especie de policía cuyo solo objeto es hacer falsas declaraciones y desacreditar a la Administración para el logro de sus oscuros fines”, no es calumnia, ya que las frases denunciadas no se referían a un hecho concreto del que pudiera deducirse la calificación de calumnia (Sentencia de 1 de febrero de 1871): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 162. Que la calumnia exija que el hecho criminal imputado sea uno, determinado, no implica que deban precisarse en la acusación todos los elementos de la criminalidad o, lo que es lo mismo, que no desvirtúa la criminalidad de la imputación el que no se designe la época y el sitio en que se ejecutaron dichos hechos (Sentencia de 15 de febrero de 1872): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 164.

pero no hay ninguna, con arreglo a los buenos principios, que pueda derivar su especial figura de los derechos que deben ser protegidos en el presente título”<sup>149</sup>.

Por el contrario, el comentarista sí se muestra favorable a la reducción del ámbito de aplicación del tipo penal a los delitos que den lugar a procedimiento de oficio, pues ampliar dicho espectro a los delitos perseguibles a instancia de parte podría poner en peligro el debido respeto al interés del honor, al decoro y al pudor de las personas ofendidas por ciertos delitos y a la familia a que pertenecen, todos los cuales podrían padecer gravemente “el ineludible apuro de divulgar sus secretos en el foro para poner en claro la verdad o falsedad del hecho”<sup>150</sup>.

A continuación, el Código entra en cuestiones menores que reproducen, además, la regulación de 1848. Los arts. 468 y 469 prevén los castigos tanto para la calumnia que se propague por escrito y publicidad, como para la calumnia que se propaga sin esas condiciones, aunque la gravedad de cada una de las penas varía según lo imputado sea un delito grave o menos grave. Una diversa penalidad lógica, a juicio de VIADA, pues no puede ser más grave la calumnia cuando se propaga con escrito y sin publicidad que si se hace de palabra, ante un número limitado de personas y sin publicidad<sup>151</sup>. La razón de esta severidad penal mayor para la calumnia cualificada es incuestionable y la explica así GROIZARD: “cuando la calumnia tiene lugar por escrito y con publicidad, la responsabilidad del culpable evidentemente crece, pues demuestra, por los medios que elige para asegurar el éxito de la difamación, mayor perversidad moral y más deliberado propósito”<sup>152</sup>. Debe tenerse en consideración que la calumnia cualificada del

---

<sup>149</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., pp. 285 a 288.

<sup>150</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 288.

<sup>151</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 181.

<sup>152</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 299. Estando de acuerdo el Fiscal Teniente del Tribunal Supremo con la distinción legal entre calumnia cualificada y no cualificada en función de que se propague por escrito y con publicidad, o sin alguna de estas circunstancias, así como con el hecho de que la pena sea distinta si el hecho imputado es un delito grave o menos grave, sí critica, por el contrario, la escasa flexibilidad de la penalidad general establecida, argumentando que los “delitos contra el honor tiene tal multitud de matices (naturaleza de la imputación, lugar, ocasión, motivo, relación entre los afectados...) y se individualizan por tal número de diversas circunstancias, que será siempre empeño vano del legislador que aspire á preverlas todas”, por lo que reclama mayor espacio para el arbitrio judicial “para procurar la realidad de una plausible proporción entre el delito cometido por un determinado sujeto y la pena que debe el mismo sufrir” (*op. cit.*, pp. 300 y 301). Resulta, cuando menos, curioso que el temido mal de la arbitrariedad judicial que tanto combatieron los legisladores precedentes a principios de siglo, sea ahora invocado por los comentaristas de finales de centuria como la solución a una escasez de flexibilidad en la determinación de las penas.

art. 468 sólo concurre cuando están presentes las dos circunstancias recogidas por el tenor literal del precepto (escrito y publicidad), pues las une la conjunción copulativa “y”, debiéndonos remitir al art. 469 si la calumnia fue propagada de palabra, aunque lo fuera ante un grupo numeroso de personas, o si se vertió ante una concurrencia privada pero por escrito. Con más razón se aplicarán los castigos de la calumnia no cualificada si ésta se propagó de palabra y ante un público reducido. Por lo demás, será preciso acudir al art. 477 (del Capítulo III del Título X, “disposiciones generales”) que indica que la calumnia y la injuria “*se entenderán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografías ó grabados, por carteles ó pasquines fijados en sitios públicos, ó por papeles manuscritos comunicados á más de diez personas*”.

Finalmente, el art. 470 recoge el instituto de la *exceptio veritatis* en idénticos términos a como lo hiciera el art. 368 del Código Penal precedente. El acusado de calumnia puede probar el hecho criminal imputado, quedando exento de pena en caso de conseguirlo. Los comentaristas coinciden en que esta disposición legal es lógica consecuencia de la definición general de calumnia del art. 467<sup>153</sup>, afirmando incluso que se trata de una referencia excusada<sup>154</sup>. Dado que la regulación de la prueba de la verdad mantiene los mismos caracteres que tuvo 1848, únicamente es interesante señalar en este punto la opinión, siempre críticamente constructiva de GROIZARD, en torno a la incorrecta elección de los términos empleados por el legislador en este precepto. Reprocha el comentarista que al utilizar la expresión “queda exento de pena” da a entender que el Código reconoce la existencia de un delito y que sólo por haber utilizado el reo una excepción, queda liberado de responsabilidad, cuando realmente lo más conforme a las doctrinas y principios del Código es afirmar que la absolución debe basarse en “la falta de materia punible, en la inculpabilidad del procesado”, derivada de la no concurrencia de las condiciones exigidas por la ley para constituir la calumnia<sup>155</sup>; en fin, en la atipicidad, diríamos en terminología actual.

---

<sup>153</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 308.

<sup>154</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 184.

<sup>155</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 309. Por lo demás, este autor apuesta por la apertura del trámite de prueba de la verdad en dos puestos: a) cuando el ofendido en un empleado público y el hecho que se le atribuye corresponde al ejercicio de sus funciones (hallándose en juego el prestigio de la Administración pública y de sus empleados) (*op. cit.*, pp. 310 y 311) y, b) cuando el querellado ofrece justificar que al imputar el delito no lo hizo por el deseo de difamar, sino movido por un interés público o en defensa propia o de su familia (en cuyo caso, el interés en juego sería el beneficio



## 6.2.2 Injurias

A continuación, el Código se enfrenta a las injurias, regulando de este modo primero la especie (calumnia) y después el género (injuria). Al respecto nosotros ya hemos mantenido anteriormente, dado que tal colocación sistemática es un rasgo común a la mayoría, que se trata de un orden irrazonable; nuestra postura se ve refrendada por primera vez en los comentarios de GROIZARD quien reconoce que es “ilógico que preceda la exposición de la materia propia de ésta [calumnias] á la exposición de de la materia propia de aquella [injurias]. Porque la calumnia no es otra cosa que una injuria cualificada, y el buen método reclama que el estudio del género se haga antes que el de la especie”<sup>156</sup>.

El art. 471, en consonancia con el Código penal de 1848, define injuria como expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona. A partir de aquí, dice GROIZARD que “*se necesita para su empleo legal de uno de dos medios, con el propósito de llegar a uno de tres fines. Los medios son ó la palabra ó los hechos; los fines, la deshonor, el descrédito ó el menosprecio de una persona*”<sup>157</sup>. El comentarista sigue advirtiendo errores en la configuración de los delitos contra el honor en el ámbito de las injurias. En esta ocasión se muestra contrario a la forma difusa en que el texto afirma que se exige siempre, para poder ser castigado el delito, la concurrencia de un dolo especial, pues sin ánimo deliberado de infamar no puede haber delito de injuria. “No basta, pues, el dolo ordinario: es necesario el dolo extraordinario, el dolo perfecto, para que el delito pueda castigarse”<sup>158</sup>, concluye. Esta crítica viene a poner sobre la mesa un argumento que ha sido defendido hasta hace bien poco tiempo y que encontraba respaldo jurisprudencial constante: la necesaria

---

público o el honor propio o de los suyos). Esto advertido, GROIZARD se ve compelido a reconocer una salvedad para el modelo de calumnia que él defiende (como especie de la difamación, no necesariamente ligada a la imputación falsa de un delito sino más al propósito de dañar y ofender, sometiendo a alguien al desprecio y odio de sus conciudadanos) que supone una debilidad del mismo, aunque no reconocida por su ideólogo. Señala que la prueba de la verdad no es aplicable a hechos que tengan menor trascendencia (graves ofensas) pues en estos casos no puede haber pruebas preconstituídas, ni tampoco puede suspenderse ni abrirse procesos independientes, debiéndose negar la admisión de la prueba de la verdad. La deficiencia a que nos referimos pasa porque al manejar un concepto tan grande de calumnia que abraza desde graves ofensas que causan menosprecio hasta imputaciones de delitos, GROIZARD se ve obligado a reconocer que para una clase de calumnias habrá lugar a la prueba de la verdad, pero para otra no, creando así un régimen dual desconcertante, confuso y abierto (*op. cit.*, pp. 310 a 313).

<sup>156</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 313.

<sup>157</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 331.

<sup>158</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., pp. 332 y 336.

conurrencia de un específico *animus iniuriandi* para apreciar delito de injurias. E igual que en los tiempos presentes, también entonces la apreciación de dicho *animus* como elemento determinante del delito de injurias iba a provocar problemas. Piénsese, por ejemplo, en este supuesto real. Una persona inserta en un periódico un comunicado en el que, entre otras cosas, termina denunciando la incapacidad de cierto sujeto para desempeñar un cargo municipal. El presunto injuriador se defendió alegando que no estaba en su intención cometer un delito, sino simplemente denunciar una incapacidad para desempeñar un cargo concejil; sin embargo, el Tribunal Supremo estimó que tales expresiones desprecian, humillan y deprimen a quien van dirigidas y tienden deliberada e intencionalmente a dañarla en su fama, crédito e interés (sentencia de 8 de noviembre de 1883)<sup>159</sup>. Esta sentencia demuestra cómo la captación del *animus iniuriandi* es cuestión problemática pues por encima de la declaración del acusado de que él no quiso injuriar, el Tribunal tuvo que imponer su propia valoración de la prueba, sosteniendo que sí concurría tal intención, surgiendo así el gran inconveniente del *animus iniuriandi*: obliga al órgano judicial a internarse en las apreciaciones e intenciones individuales para captar un dolo específico, más allá del general.

Qué deba entenderse por descrédito o menosprecio, dice GROIZARD que son cosas que están al alcance de todos<sup>160</sup>. A modo de ejemplo, pueden servir estos casos rescatados de la jurisprudencia de la época. Fue condenado por delito de injurias aunque tuvo que recurrir hasta el Tribunal Supremo, quien dijo de otro que “*tenía ancha conciencia política... audacia en solicitar del Gobierno el sostenimiento de ciertos elementos con perjuicio de la Administración y de la moralidad pública..., tipo el más inconveniente y comercial de nuestra política*”, pues el injuriador con esas palabras afectaba negativamente el crédito y la reputación de la víctima (Sentencia de 13 de noviembre de 1882)<sup>161</sup>. También había atribución de una falta de moralidad que tiende a mermar y perjudicar considerablemente la fama, el crédito o interés del agraviado, en quien por carta, hablando de cierto establecimiento industrial, dice que “*expendía gato por liebre, ó sea latón plateado por metal blanco*”<sup>162</sup>. Por el contrario, tratándose de actos profesionales, literarios o artísticos, la crítica más o menos acerba de que pueda

---

<sup>159</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 204.

<sup>160</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 334.

<sup>161</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 200.

<sup>162</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 200.

ser objeto y que se refiere a la pericia o inteligencia del que los ejecute, no está comprendida en la sanción penal (Sentencia de 27 de diciembre de 1877)<sup>163</sup>.

Avanza el Código en el art. 472 la clasificación de las injurias en graves y leves<sup>164</sup>, señalando las cuatro clases de injurias graves, que son, precisamente, las mismas que ya preveía el Código de 1848: 1º: *La imputación de un delito de los que no dan lugar á procedimiento de oficio*<sup>165</sup>. 2º. *La de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado*<sup>166</sup>. 3º. *Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas*<sup>167</sup>. 4º. *Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor*. Posteriormente, el Código dedica los artículos 473 y 474 a la determinación de

---

<sup>163</sup> HILDAGO GARCÍA, J. A.: *El Código ...*, op. cit., p. 386.

<sup>164</sup> También existen las injurias livianas, prevista en el art. 605.1º del Código: “*serán castigados con la multa de 5 á 25 pesetas y represión: los que injuriaren livianamente á otro, de obra o de palabra, si reclamare el ofendido, cuyo perdón extinguirá la pena*”.

Ciertamente, la distinción entre injurias graves y leves es sumamente sutil y creemos decir algo sensato si afirmamos que la calificación de una expresión como injuria grave o leve depende en gran medida del criterio subjetivo del Tribunal. He aquí, por ejemplo, un supuesto que evidencia tal problemática: La Audiencia de la Coruña castigó como reo de delito de injurias graves a un sujeto que dijo de otro que era un “cochino mal pagador”, al negar éste que debiese a aquél una cantidad que le reclamaba por ciertos derechos. Por el contrario, el Tribunal Supremo casó la sentencia, afirmando que “*si bien estas expresiones constituyen injurias, no merecen la calificación de graves, porque habiendo sido proferidas con ocasión y referencia á una reclamación concreta, la índole é insignificancia de éste no permite sostener con racional fundamento la suposición de que tales expresiones pudieran perjudicar considerablemente la fama ó crédito del agraviado ni de que le causasen afrenta*”. (Sentencia de 30 de junio de 1886): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 243.

<sup>165</sup> Sobre la lógica de castigar como injuria grave esta conducta, GROIZARD no alberga dudas: “*El que afirma que otro ha cometido con una persona determinada adulterio, es evidente que difama, que merma el patrimonio del honor de la mujer á quien se refiere y de la familia á que pertenece, ya sea verdad el hecho, ya no lo sea*”: GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 358. Por su parte, VIADA nos recuerda cuáles son los delitos perseguibles a instancia de parte: amancebamiento (arts. 449, 450 y 452), violación, estupro y rapto (art. 463) e injuria y calumnia (art. 482): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 221.

<sup>166</sup> Justifica el castigo de esta modalidad de injuria grave GROIZARD del siguiente modo: “*Los vicios morales implican faltas de rectitud ó defectos éticos en las acciones, ó malas costumbres, ó hábitos perniciosos; cosas todas que dañan directamente la dignidad y la reputación de las personas y menguan el patrimonio de su honor*”: GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 359.

VIADA nos proporciona algunos ejemplos jurisprudenciales de injurias graves por este segundo motivo: “*miserable, que ofende su solo nombre y sirve de vergüenza, libelista, matón*” (Sentencia de 29 de noviembre de 1871); “*bribona, que ha curado en otro tiempo gálico bajo las paneras*” (Sentencia de 6 de febrero de 1871); “*calla tú, calla, que todavía no me ha pegado mi madre por tapar ésta*”, señalando la barriga y dirigiéndose a una joven soltera de intachable conducta, (Sentencia de 26 de octubre de 1872); “*alcahueta, embustera*” (Sentencia de 17 de diciembre de 1872). Así, HILDAGO GARCÍA, J. A.: *El Código ...*, op. cit., p. 430.

<sup>167</sup> Debe considerarse ejemplo de esta modalidad de injuria grave el hecho de “*escupir una persona á otra en la cara y sombrero á presencia de otras muchas*” (Sentencia de 28 de octubre de 1872): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 223.

la pena de las injurias graves, según se cometan con publicidad y por escrito o sin estas condiciones, y de las injurias leves, en los mismos dos supuestos (en caso de ausencia de tales circunstancias, se tipifica la conducta como falta), respectivamente. Así pues, el Código utiliza un doble criterio que GROIZARD enuncia así: *“Por su intensidad moral, las injurias graves reclaman mayor pena que las leves. Por su difusión, las hechas por escrito y con publicidad, deben ser reprimidas con más rigor que las que, teniendo su misma intensidad, no lo hayan sido ejercitando aquellos medios de extraordinaria propagación”*<sup>168</sup>.

Concluye el Código la regulación de los delitos de injurias con una referencia a la *exceptio veritatis*, que, como es sabido, tiene escaso alcance en esta figura delictiva. Nuevamente, la explicación del comentarista GROIZARD es tan certera que merece ser reproducida aquí:

*“Como no imputa á otro la perpetración de ningún hecho que los Tribunales puedan por sí solos perseguir, no hay un interés público primordial en depurar la verdad de lo que habló ó escribió. Sea cierto ó no lo sea el hecho, el vicio ó la falta moral que se atribuya con la expresión proferida ó la acción ejecutada en deshonor, descrédito ó menosprecio de una persona, los caracteres físicos del delito de injuria se manifiestan, y la pena debe ser pronunciada sin otras investigaciones que el que conste en el proceso la existencia del elemento moral característico de este linaje de delitos: la intención de injuriar. [...]”*

*“Las personas y las familias tienen, para ellos, derechos que el Estado debe amparar y respetos y consideraciones á que no puede consentir se falte. Las investigaciones y pesquisas en el santuario del hogar, acerca de acciones relacionadas con la vida moral del hombre, no deben permitirse sino en casos excepciones, puesto que la mayor parte de las veces serían de más entidad los daños sociales que resultarían de emplear aquellos medios para descubrir secretos de familia ó verificar vicios y faltas morales de sus*

---

<sup>168</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 356. A modo ilustrativo, como ejemplo de esta especial severidad de la pena para las injurias propagadas por escrito y con publicidad, puede servir este caso: reproducción en un periódico de un suelto publicado en otro, depresivo para la honra y crédito de una persona. La Sala de lo criminal que analizó el caso declaró que el autor del suelto no era responsable del delito de injurias que se le atribuía en la querrela porque se había limitado a transcribir de otro periódico la noticia sin aseverar su exactitud. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante el recurso del querellante, declaró haber lugar a él, desechando, por lo tanto, como inadmisibles la doctrina de la Sala: *“considerando, dice, que prohibido y penado por la Ley, como lo está, el proferir de palabra y por escrito frases denigrantes para la honra ajena, y habiendo ejecutado voluntariamente este acto... al insertar en su periódico el suelto injurioso referido, no puede menos de reputársele autor del mencionado delito, [...], sin que á ello obste el que hubiere copiado las frases denunciadas de otro periódico y no las hubiese él mismo compuesto y redactado, porque no es la composición y redacción, ó sea el pensamiento de la injuria, lo que la Ley castiga, sino el hecho de la emisión ó propalación de ella”* (Sentencia de 8 de noviembre de 1882): VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 241.

*individuos conexiónados con la vida privada, que no las ventajas que pudieran obtenerse de comprobar por ellas delitos que, por sus circunstancias técnicas, ó por la opinión general, merecen escaso valor. Una pequeña impunidad es preferible, en determinadas circunstancias, á las inevitables grandes vejaciones que ciertos procedimientos producen siempre, cuando se trata de comprobar actos solo comprendidos en el círculo de la vida privada”*

*“Diciendo verdad se puede difamar. [...] Á la ley basta con que el honor resulte atacado sin otro fin que el ánimus iniuriandi, para apreciar el delito, sin necesidad de conocer si es cierto ó es falso el hecho, el vicio ó la falta de moralidad que se atribuye al ofendido. La prueba, por punto general, en el delito de injuria debe ser rechazada, porque no conduce á ningún resultado influyente en los elementos esenciales del delito y porque en la mayor parte de los casos dá ocasión á nuevos agravios contra el honor, estériles para los fines de la justicia. [...]”<sup>169</sup>.*

La explicación dada por GROIZARD es exquisita, con independencia de que se comparta o no su criterio. En los párrafos arriba transcritos es capaz de sintetizar los principales argumentos a favor de la exclusión de la prueba de la verdad en el ámbito de las injurias; argumentos que pivotan en torno a la ausencia de un interés público que pudiera justificar la oportunidad de probar la verdad de las acusaciones del injuriador. No cabe duda de que tal interés está vacío cuando se trata de vicios morales, pues a nadie interesa saber qué conductas supuestamente desviadas de la rectitud moral, practica determinada persona<sup>170</sup>. Pero ni siquiera, continúa GROIZARD, hay tal interés cuando lo imputado alcanza la categoría de delito, perseguible a instancia de parte, pues en tales casos, por tratarse de delitos privados, la averiguación de la verdad de las acusaciones a base de entrometerse en los asuntos y secretos familiares produciría a los afectados perjuicios mayores que la pretendida bondad de conocer la verdad.

No obstante lo anterior, la regla general según la cual la verdad de las acusaciones injuriosas no libera de pena al injuriador, conoce una excepción, la cual ya fue contemplada novedosamente en el Código de 1848: cuando las injurias son dirigidas

---

<sup>169</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 365.

<sup>170</sup> Por ello, “*sean o no éstos vicios, el injuriador no puede librarse de la pena del delito sino por el perdón de la parte ofendida*”: VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., pp. 244 y 245. En similares términos se mueve la justificación de VIADA de la prohibición de la prueba de la verdad: “*con ella [la injuria] tan sólo se lastima el honor de la persona ofendida, pues que la imputación en que consiste sólo á su vida privada trasciende: por eso no tiene interés alguno la sociedad en inquirir si son ó no ciertos los hechos en que semejantes injuriosas imputaciones se fundan*” (op. cit., p. 245).

contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, en cuyo caso el acusado será absuelto si prueba la verdad de las imputaciones (art. 475, párrafos 1º y 2º)<sup>171</sup>. No existe ningún género de dudas en cuanto a la motivación de tal excepción, por ello nuestros comentaristas de referencia comparten argumentos: para GROIZARD esta particularidad *“lejos de estar en contradicción con el principio generador de la regla, lo confirma y justifica. Toda imputación injuriosa de un hecho, de un vicio ó de una falta de moralidad, conexas con el ejercicio de los deberes de un empleado público, tiene el Estado un interés primordial en que sea comprobada ó desvanecida”*<sup>172</sup>. VIADA, por su parte, sostiene que *“cuando la injuria se ha dirigido al empleado público sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, [...], el Estado a quién presta aquél sus servicios, tiene interés en averiguar si realmente concurren en sus servidores esos vicios ó faltas de moralidad que se les imputa”*, y añade un supuesto particular en relación con la injurias contra empleado público en que tal regla-excepción no tiene operatividad práctica: *“pero si las imputaciones que se dirigiesen al funcionario público versasen sobre actos ú omisiones de la vida privada, que no tengan relación directa ni indirecta con sus funciones públicas, no se le admitirá al acusado prueba alguna sobre la certeza de aquéllas, ya que entonces no es injuriado el empleado, sino el particular”*<sup>173</sup>.

### 6.2.3 La Ley de Imprenta de 1883

Sin alejarnos del tema que nos ocupa, merece atención la proyección de los delitos contra el honor en el ámbito de la prensa y del ejercicio del periodismo. La relación entre el régimen jurídico penal de los delitos contra el honor y la prensa se ha caracterizado por la veloz e incluso caótica sustitución de las normativas reguladoras, situación especialmente llamativa en la década de los años 60, en la que los textos legales se sucedieron sin apenas pausa: hubo leyes de prensa en junio de 1864 (en el mismo mes dos leyes distintas, ambas de perfil aperturista y liberal), en mayo de 1866

---

<sup>171</sup> Según Sentencia de 4 de junio de 1888, el artículo 475 del Código penal dispone que se admite prueba sobre la verdad de las imputaciones que fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, sin distinguir entre empleados que tengan el carácter de Autoridad y los que carezcan del mismo. Sentencia recogida por HILDAGO GARCÍA, J. A.: *El Código ...*, op. cit., p. 442.

<sup>172</sup> GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código ...*, op. cit., p. 369.

<sup>173</sup> VIADA Y VILASECA, S.: *Código ...*, op. cit., p. 245.

(de carácter restrictiva) y en marzo de 1867 (de carácter marcadamente antiliberal). La dinámica de censura y restricción de libertades informativas se revirtió en 1868 tras el triunfo de la Revolución de *La Gloriosa*, hito histórico que animó a la prensa y a los profesionales a exigir inmediatamente la recuperación del terreno perdido y cedido a la fuerza, siendo ello posible gracias a la activa colaboración y a la visión liberal y progresista de SAGASTA<sup>174</sup>, que desde una u otra posición pilotó el devenir político de España durante el último cuarto del siglo XIX. Así, en 1868, al frente del Ministerio de la Gobernación dictó un Decreto que reconducía los delitos comunes de prensa a las reglas del Código Penal.

Pero fue en 1883 cuando SAGASTA, a la sazón Presidente del Gobierno, aprobó la ley más avanzada y liberal en esta materia y cuya calidad puede ser proclamada a la vista del largo periodo de vigencia, dado que rigió desde 1883 hasta 1938<sup>175</sup>. La Ley de Imprenta de 1883 se construyó sobre dos pilares básicos: la proclamación de la libertad de imprenta como un derecho fundamental (con la consiguiente proscripción de la censura previa) y el sometimiento del régimen sancionatorio de la actividad periodística al Código Penal, lejos de cualquier legislación especial, con lo que se garantizaba la aplicación igualitaria de las normas penales con independencia de la afiliación política e ideológica de los periodistas y de las informaciones<sup>176</sup>. El artículo 19 de la Ley de Imprenta se encargada de sujetar los delitos comunes de la prensa al Código Penal. A estos efectos, las disposiciones del texto punitivo de 1870 que entraban en aplicación eran el art. 10.5ª que introducía la agravante de la comisión del delito “por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad” y el art. 477 que, como estudiamos anteriormente, precisaba en qué casos se entienden cometidas las injurias y calumnias “por escrito y con publicidad”.

---

<sup>174</sup> ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C. J.: “Sagasta ante la opinión pública española”, DELGADO IDARRETA, J. M. y OLLERO VALLÉS, J. L. (eds.): *El liberalismo europeo en la época de Sagasta*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, pp. 293 y 294.

<sup>175</sup> Si bien es cierto que la Dictadura de PRIMO DE RIVERA modificó radicalmente el entorno de la prensa y las libertades informativas a través de la introducción del instrumento de la censura previa.

<sup>176</sup> ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C. J.: “Sagasta ante la opinión ..., *op. cit.*, pp. 294 y 295.

## 7. EL VERTIGINOSO PROCESO DE CODIFICACIÓN PENAL DE FINALES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

La aprobación de la Constitución de 1876, que introducía importantes novedades en temas tan trascendentales como los delitos religiosos y políticos en una línea más conservadora, pues no olvidemos que la Constitución de 1869 fue fruto de la Revolución liberal que había expulsado a Isabel II, volvía a poner sobre la mesa la acuciante necesidad de reformar el texto penal de 1870 para adaptarlo al naciente contexto político<sup>177</sup>. En definitiva, los cambios políticos y socio-religiosos exigían ciertamente un texto penal compatible con la Constitución de 1876 para lograr una convivencia armónica de los principales textos jurídicos. SALDAÑA lo expresaba con claridad meridiana: “obra de la revolución, nuestro Código penal resulta fatalmente inadaptado después del primer cambio político. Desentona, en lo político-religioso y en lo político-social, con la vigente Constitución y con las leyes. Se requiere, pues, una reforma política parcial del Código penal”<sup>178</sup>.

En este contexto, el 10 de mayo de 1875 se dictó el Decreto por el que se creaba la Comisión que debía asumir la tarea de adaptación de la legislación penal al nuevo contexto político. Después del intento infructuoso de reforma de 1876 se elaboraron varios proyectos que aparecen a lo largo del último cuarto de siglo XIX, cuya finalidad fue la de conseguir la coordinación entre Constitución y texto punitivo, pero que aprovecharon para introducir otro tipo de modificaciones reclamadas unas veces por exigencias políticas y otras procedentes de las críticas al texto vigente que la experiencia y el sentido común destacaban<sup>179</sup>, y derivadas de las exigencias de otras escuelas o doctrinas que habían ganado influencia en el terreno científico<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> En este sentido, ANTEQUERA reconoce que el cambio político producido con el advenimiento de Alfonso XII hizo que de hecho, ya que no de derecho, quedasen sin efecto muchas de las cosas que habían caracterizado a la situación anterior, y que fuese necesario hacer grandes reformas en las instituciones y en las leyes: ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación ...*, op. cit., p. 119.

<sup>178</sup> SALDAÑA, Q.: *La Reforma ...*, op. cit., p. 16.

<sup>179</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 237.

<sup>180</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 493.



La doctrina admite que los Proyectos de mayor calidad e influencia ulterior fueron dos: el Proyecto de SILVELA de 1884 (el mejor, sin duda) y el Proyecto de MONTILLA-BERNALDO DE QUIRÓS de 1902:

1. D. Francisco SILVELA, Ministro de Gracia y Justicia, presentó este proyecto de Código penal a las Cortes el 29 de diciembre de 1884. Su confección debe, sin embargo, atribuirse a su hermano, el insigne penalista y catedrático de la Universidad de Madrid, D. Luis SILVELA<sup>181</sup>. El Proyecto de los hermanos SILVELA se inspiraba simultáneamente en el texto de 1848 y en los proyectos recientemente publicados de 1880 y 1882, pero que no llegaron a concitar el apoyo suficiente, reuniendo de esta forma alrededor del proyecto el beneplácito de los sectores más conservadores de su partido y, al mismo tiempo, de los liberales moderados al confesar la utilización del Proyecto de ALONSO MARTÍNEZ<sup>182</sup>. A pesar de todo lo cual no llegó a ser discutido. La crítica ha sido mayoritariamente favorable a este texto, calificándolo como “una obra de las más alta estima; el mejor de todos los proyectos elaborados entre 1870 y 1928”<sup>183</sup>, “un progreso indudable en nuestra historia legislativa científica; es el fruto más sazonado de nuestra política criminal; pone las bases para el sistema correccional; de máximo valor y trascendencia está considerado unánimemente”<sup>184</sup>, y “el más conocido y celebrado por sus méritos”<sup>185</sup>.
2. MONTILLA fue el Ministro que presentó para su aprobación el Código de 1902, elaborado por BERNALDO DE QUIRÓS. El proyecto se redactó tomando como modelo el anteproyecto suizo de Código federal de STOOS en su versión de 1886,

---

<sup>181</sup> De hecho, el proyecto no puede esconder el evidente desarrollo de los principios penales en que se fundamenta la obra culmen del SILVELA penalista: “El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España”. Así, ANTÓN ONECA, J.: “Los Proyectos ...”, *op. cit.*, p. 259.

<sup>182</sup> ALVARADO PLANAS, J.: “El Proyecto de Código Penal de 1884, de Silvela, y el Código Penal del Protectorado español de Marruecos”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1 (1992), p. 90 (en línea: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1992-1-911857FD&dsID=PDF>, 10/06/2011; p. 90).

<sup>183</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 585.

<sup>184</sup> SALDAÑA, Q.: “Historia ...”, *op. cit.*, pp. 558 y 559.

<sup>185</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, *op. cit.*, p. 94. Incluso sus virtudes han sido alabadas fuera de los confines del Estado español, como demuestra el hecho de que algunos de los principales penalistas europeos del momento mostraran su decidido apoyo al texto, quizá más como muestra de un respaldo personal al Catedrático de Derecho Penal autor del mismo que como adhesión a su contenido. Tal circunstancia se evidencia en el trabajo que firmaron GARÓFALO, LEHR Y KIRCHENHEIN, que referenciamos seguidamente: GARÓFALO, B., LEHR, E. y KIRCHENHEIN.: *El Proyecto de Código Penal del Gabinete Liberal Conservador juzgado por los extranjeros. Juicios críticos de Garófalo, B., Lehr, E. y Kirchenhein*, Imprenta y Fundación de M. Tello, Madrid, 1887.

y poseía un perfil correccionalista, escorado al positivismo, coherente con las más modernas exigencias político-criminales<sup>186</sup>. Por lo que a nosotros respecta, resulta de interés recordar que el autor admitió verse obligado a incluir la represión más severa del duelo, por indicación expresa del Ministro, y la regulación prevista por el proyecto de Ley contra la difamación en que el Ministro MORET tenía empeño, a pesar de ser verdaderamente defectuosa<sup>187</sup>.

Precisamente de MONTILLA fue un proyecto de reforma parcial del Código Penal que por afectar a los delitos contra el honor, merece ser brevemente comentado. Siguiendo a LASSO GAITE, el Ministro MONTILLA trataba de robustecer, con estas adiciones, la acción del Estado en defensa de la honra de los ciudadanos y de los poderes públicos, poniendo coto a la difamación y el escándalo que con tanta facilidad se producían; por ello, se amplía el concepto de calumnia hasta la falsa imputación de hechos que darían lugar a procedimientos disciplinarios o gubernativos para corregir a su autor (frente a la vigente redacción del CP de 1870 que mencionaba sólo los delitos perseguibles de oficio, concepto mucho más restrictivo) y se crea el delito de insulto como la forma más leve de los atentados contra el honor (castigado con penas personal, satisfacción honoraria, publicación de la sentencia condenatoria e ¡indemnización para la víctima!)<sup>188</sup>.

De menor importancia, fueron otros tantos proyectos: el de SALMERÓN de 1873, el de ENTRALA y DANVILA COLLADO de 1877 (vocales de la sección segunda de la Comisión) y 1879, el de BUGALLAL (Ministro de Gracia y Justicia) de 1880, el de ALONSO MARTÍNEZ de 1882, otro de ALONSO MARTÍNEZ (Ministro de Gracia y Justicia) de 1886 (presentado como Ley de Bases), el de FERNÁNDEZ VILLAVERDE de 1891, el de MAURA de 1895, el de UGARTE de 1905, el de LANDEIRA y COVIÁN de 1912 y los de SALDAÑA y PIÑIÉS de 1921<sup>189</sup>.

---

<sup>186</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado ...*, op. cit., p. 78.

<sup>187</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 558.

<sup>188</sup> LASSO GAITE, J. F.: ..., op. cit., p. 231.

<sup>189</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., pp. 493 a 651. Junto a LASSO, también JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado ...*, op. cit., pp. 584 y ss; y ANTÓN ONECA, J.: "Los Proyectos ..., op. cit., nos proporcionan abundante información sobre esta etapa de la historia de la codificación penal española, que fue ciertamente productiva pero no fructífera.

Paralelamente se fueron adoptando pequeñas modificaciones del Código Penal: ley de 17 de julio de 1876, restableciendo como delitos hechos que el Código de 1870 había calificado de faltas; ley de 3 de enero de 1907, convirtiendo delitos contra la propiedad en faltas; ley de 17 de enero de 1901, disponiendo el abono de la prisión preventiva; ley de 10 de abril de 1900, suprimiendo la publicidad de la pena de muerte; ley de 21 de junio de 1904, ampliando el castigo del proxenetismo y corrupción de menores conforme al protocolo para la represión de la trata de blancas firmado en París en 1902; ley de 27 de abril de 1909, derogando el precepto que castigaba de modo general las huelgas y paros<sup>190</sup>.

## **8. EL CÓDIGO PENAL DE 1928 O “CÓDIGO PENAL GUBERNATIVO”**

### **8.1 ASPECTOS GENERALES**

Fue el Gobierno del Capitán General D. Miguel PRIMO DE RIVERA el que afrontó la tarea de reformar profundamente el Código de 1870 y adaptarlo a un contexto político ciertamente diferente a aquel en que se confeccionó el cuerpo penal aún vigente. La llegada de PRIMO DE RIVERA se produjo mediante un Golpe de Estado acaecido el 13 de septiembre de 1923, al que le siguió, sólo dos días después, la constitución del Directorio Militar que asumía todas las funciones del poder ejecutivo, y en cuyo marco, el dictador se convertía en Jefe de Gobierno y Ministro único. El mismo día fue decretada la suspensión de la Constitución de 1876. Desde el poder, PRIMO DE RIVERA se planteó dos órdenes en los que debía afrontar severos cambios: políticamente, se propuso la liquidación de los partidos, el restablecimiento del orden y la finalización de la guerra de África<sup>191</sup>; en lo jurídico, ambicionó una intensa actividad legiferante mediante reales decretos, dirigida a acomodar el ordenamiento penal a la nueva situación política de una manera gradual, teniendo en mente como gran aspiración la reforma global del texto punitivo<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 78.

<sup>191</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, p. 666.

<sup>192</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 108; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 240.

JIMÉNEZ DE ASÚA explica este proceso como una sucesión de dos fases, siendo la primera la consumación de una “obra negativa”, consistente en “descuajar la vieja política e instaurar en España un

De nuestro interés fue el camino emprendido en el terreno jurídico. Por Real Orden de 12 de marzo de 1926 se encomendó a la Comisión codificadora, sección tercera (Derecho Penal), por parte del Ministro de Gracia y Justicia, PONTE, que en el plazo de seis meses redactara un proyecto de nueva edición del Código Penal de 1870, refundiendo en él las modificaciones verificadas e introduciendo una serie de reformas que se enumeraban en forma de bases. El Proyecto fue concluido a fines de junio de 1927 y entró en vigor el 1 de enero de 1929, si bien durante un escasísimo periodo de tiempo<sup>193</sup>, pues en 1932 España se dotó de un nuevo Código penal.

Por cuanto se refiere a la autoría del texto penal, cuestión siempre discutida en etapas precedentes de nuestra codificación penal, el Código de 1928 no arroja mayores dudas: su redacción final no fue obra de una única persona, sino de varias, pudiendo citar entre ellas a DE LA CIERVA (Presidente de la sección tercera de derecho penal), SALDAÑA<sup>194</sup>, CUELLO CALÓN<sup>195</sup>, ANTOLÍN BECERRO DE BENGOA y HENESTROSA. Entre los miembros de la sección tercera, un caso especial merece ser comentado, no tanto por sus contribuciones a los debates, cuanto por su abrupta y conocida ausencia y renuncia. Nos referimos a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien fue nombrado miembro de la Comisión codificadora por decisión del Rey, aunque sin su mismo conocimiento, y quien tan radicalmente opuesto a los métodos legislativos y

---

ambiente en que las sedicentes nuevas gentes pudieran ir depositando sus concepciones”, y la segunda, una labor positiva que cristalizaría en la empresa de componer un nuevo Código penal: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La reforma de la legislación penal española”, en JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas Penales*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1931, p. 26.

<sup>193</sup> “No hubo tiempo no de enterarse de su presencia”, dice DEL ROSAL, J.: “La palabra ..., op. cit., p. 203. Sobre los avatares de elaboración del texto de 1928, SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928, p. 24; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 591; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 79; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: ..., op. cit., p. 108; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., pp. 239 y 241.

<sup>194</sup> El propio SALDAÑA considera el Código Penal de 1928 “la obra de su vida”, tal y como recoge QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, op. cit., p. 91.

<sup>195</sup> Este Catedrático de Derecho Penal fue quien asumió la presidencia de la sección tercera de Derecho Penal cuando se consumó la renuncia para tal cargo de JIMÉNEZ DE ASÚA, como a continuación se explicará. Este último dijo de aquel que siendo un técnico de fina formación, “lo poquísimo de bueno que el Código tiene, se debe a su mano, y todo lo otro, o se hizo antes de que él ingresara, o se hizo con su disgusto, tal vez no manifestado con la debida energía con que pudo o debió hacerlo”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La reforma de la legislación penal española”, en JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas Penales*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1931, p. 29.

codificadores emprendidos por el monarca estaba, que no dudó en abandonar tal cargo antes de aceptarlo siquiera<sup>196</sup>.

La cuestión de las fuentes de inspiración de las que se bebió para redactar el texto de 1928 ha de analizarse desde una triple perspectiva. Histórico-legislativamente, fueron referencias el proyecto de SILVELA, el proyecto de 1912 y las bases elaboradas y publicadas por SALDAÑA<sup>197</sup>. Científicamente, se acepta que el Código no respondía a una orientación doctrinal única y exclusiva, decididamente perfilada, sino que en él confluían aspectos de diversas corrientes (clasicismo y teoría de la defensa social), si bien con predominio de unas sobre otras<sup>198</sup>, por lo que en este sentido, se puede afirmar que el Código mantuvo un carácter ecléctico<sup>199</sup>. Por último, desde la óptica política, el Código siguió la orientación del Gobierno que le sancionó<sup>200</sup>, acentuando la penalidad de ciertos delitos, aumentando la lista de las agravantes, sancionando la conspiración y proposición en otras figuras delictivas, creando algunas figuras nuevas de delitos políticos y ampliando otras, como las de atentado<sup>201</sup>.

Apuntó SAÍNZ CANTERO en relación con el texto que “el Código penal de 1928 ha sido objeto de aceradas críticas, la mayoría de ellas sobrecargadas de pasión política”<sup>202</sup>. A partir de aquí, se ha dicho, en tono despectivo, que abundaban en él las tendencias doctrinales más opuestas, en forma de “amasijo” y “extraños maridajes”, al tiempo que otros veían en este rasgo un correcto equilibrio de corrientes científicas. Aunque nuevamente, la crítica más ilustrativa y pasional es la que formula JIMÉNEZ DE ASÚA, posiblemente influida por el hecho de su implicación personal en los

---

<sup>196</sup> Explicaba así, brillantemente, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 591 y 592, su decisión: “Yo no podía colaborar en la faena de componer un Código para la Dictadura. [...] Sin juzgar los principios del Gobierno, deseo dejar constancia de mi disconformidad, oriunda del respeto a la ley fundamental del Estado español. Convencido de las excelencias del Parlamento, deseo apartarme de un sistema que legisla a espaldas de las Cortes y no puedo cooperar en empresas legislativas que van a ser sustraídas al conocimiento de las Cámaras”.

<sup>197</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 242.

<sup>198</sup> DEL ROSAL, J.: *Principios ...*, op. cit., p. 406; CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal español (exposición y comentario; vol. I)*, Bosch, Barcelona, 1929, p. 8; SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código ...*, op. cit., pp. 36 y 40.

<sup>199</sup> DEL ROSAL, J.: *Principios ...*, op. cit., p. 406; CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 8.

<sup>200</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 243; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 105.

<sup>201</sup> Para entrar más en detalle en el agravamiento del régimen del delito de atentado por obra del Código de 1928: JAVATO MARTÍN, A. M<sup>a</sup>.: *El Delito ...*, op. cit.

<sup>202</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 247.

procesos de elaboración del texto, o, más precisamente, por el hecho de “ser implicado” en tales procesos:

*“es una obra que merece las más ásperas censuras. El engendro de la Dictadura..., cuya Parte general parece compuesta con el deliberado designio de hacerla inaplicable, no sabe a qué dirección se afilia... los párrafos del Código de 1928, causante del jadeo en quien los leía..., el Cuerpo legal de los dictadores contenía disparates superlativos en este orden [técnica], ..., Como es lógico en la España totalitaria de hoy, que reproduce ensangrentándola la dictadura de Primo de Rivera, tenía que reivindicarse ese Cuerpo de leyes punitivas. Lo hace un abogado Fiscal -Puig Peña-, que atribuye al partidismo político haber obscurecido exageradamente las excelencias de tipo técnico y científico”<sup>203</sup>.*

Finalmente, por cuanto respecta a las características generales del propio texto, podemos indicar que constaba de 858 artículos, distribuyéndose en un título preliminar (“de la ley penal y de su esfera de aplicación) y tres libros (“de la infracción criminal y de su represión”, “delitos y sus penas”, “de las faltas y sus penas”). El abultado número de artículos, debido al criterio prevalente de los prácticos de llevar al articulado de las leyes todos los casos contemplados en su vida profesional<sup>204</sup>, no pasó desapercibido y fue sumamente criticado por los comentaristas y tratadistas españoles, que le reprochaban su redacción prolija y su excesivo casuismo. Entre las novedades más importantes del Código de 1928, dos merecen ser destacadas: por una parte, la introducción de las medidas de seguridad<sup>205</sup>, en otras palabras, la llegada del dualismo; y por otra, la ampliación del arbitrio judicial, justificado en el estrecho margen de que gozaba el juez conforme al anterior cuerpo de leyes penales<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado de Derecho Penal, tomo I*, Losada, Buenos Aires, 1950, pp. 593 a 595. La defensa a que se refiere del texto por parte de PUIG PEÑA es esta: “se le criticaba por criticar, teniendo sólo a la vista consideraciones de tipo político y aludiendo machaconamente al origen del mismo, sin ver las excelencias de su contenido”: PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 105.

Especialmente lacerantes fueron algunas críticas, como la irónicamente expresada por PÉREZ BUENO (reflejada por LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 690): “está muy mal redactado. El dictamen parece más bien una fe de erratas”.

<sup>204</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 80; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 109.

<sup>205</sup> Tales medidas no volverán a gozar de regulación en el cuerpo penal hasta 1995, en su Libro I. Las demás veces han sido objeto de regulación, en nuestro sistema positivo, por leyes especiales: la ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933, la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970: SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, 1<sup>a</sup> ed., Lex Nova, Valladolid, 2003, p. 11.

<sup>206</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., pp. 737, 738 y 741; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 110; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 246. Precisamente sobre la extensión del arbitrio a disposición de los jueces mantuvieron un acalorado

## 8.2 LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Retoma fuerza la afirmación que venimos reflejando cada cierto tiempo en virtud de la cual el auténtico esqueleto de la legislación penal española viene conformado por los Códigos de 1822 y 1848, que a modo de columna vertebral dan consistencia a un cuerpo legal en el que los demás textos, aun cuando no se concibieran originalmente como reformas de éstos, no fueron sino versiones más o menos mejoradas y más o menos modificadas de aquellos documentos pioneros. Esta realidad se vuelve tangible con los delitos contra el honor del Código de 1928 y, así, el legislador mantuvo el esquema básico diseñado por el Código de 1848 y conservado por el de 1870<sup>207</sup>. Como originalidad propuso la creación de un nuevo delito, el de difamación, desconocido en teoría como categoría delictiva autónoma e independiente de las injurias y las calumnias, si bien el Código de 1822 en su afán tipificador y casuístico, ya creaba esta figura, bajo la denominación de “libelos infamatorios” como delito intermedio entre las injurias y las calumnias.

Los delitos contra el honor se insertan en el Libro II, Título XI, y son resultado de la ponencia de Quintiliano SALDAÑA<sup>208</sup>. Inicialmente el proyecto componía de los arts. 790 a 811, aunque finalmente el propio Código dedicó los preceptos 624 a 640, distribuyéndolos en cuatro capítulos: a) Capítulo I sobre las calumnias (arts. 624 a 626); b) Capítulo II relativo a las injurias (arts. 627 a 631); c) Capítulo III dedicado al flamante delito de difamación (art. 632); y, d) Capítulo IV que contenía las disposiciones generales (arts. 633 a 640). Esta regulación se levantaba sobre cimientos bien consolidados (preceptos y definiciones del Código de 1870) y otras mezclas de argamasa más frescas (adiciones del proyecto de 1912, que regulaba esta materia bajo la

---

enfrentamiento el Ministro de Justicia PONTE ESCARTÍN, G.: *Discurso leído por el Excmo. Señor D. Galo Ponte Escartín, Ministro de Gracia y Justicia en la Solemne Apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1928*, Reus, Madrid, 1928, pp. 19 y 20, y JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La reforma ..., *op. cit.*, p. 35; apoyando a este último se manifestaba también ANTÓN ONECA, J.: “Los antecedentes ..., *op. cit.*, p. 57. .

<sup>207</sup> Opción legislativa que critican JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA de manera categórica: “el nuevo Código penal define la calumnia y la injuria con análogo y erróneo criterio que el de 1870”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código de 1928 obra ajustada al programa de 10 de Julio de 1929 para el Cuerpo de aspirantes a la judicatura*, Reus, Madrid, 1929, p. 265.

<sup>208</sup> Téngase presente a este respecto que la elaboración de todo el texto del Código se dividió en ponencias que eran encargadas a cada uno de los juristas que conformaban la sección penal de la comisión codificadora, correspondiendo la ponencia sobre delitos contra el honor a SALDAÑA.

rúbrica “delitos contra el honor y la tranquilidad privada”, en el Título XIV del Libro II)<sup>209</sup>. En definitiva, siguiendo a LASSO GAITE, podemos concluir que el régimen de los delitos contra el honor del Código de 1928 se saldó con un mantenimiento de la estructura básica heredada de 1870 y con un agravamiento de las penas impuestas al que se llegó tras un movimiento pendular: a la derecha, promovido por la Comisión Permanente de la Comisión Codificadora que incrementó los castigos en parte para compensar la supresión de la especial figura del duelo<sup>210</sup>, a la que recurrían muchos para reparar las injurias; y a la izquierda, de la mano de la Comisión constituida por el Ministro PONTE ESCARTÍN y los profesores de Derecho Penal, que rebajaron penalidades y suprimieron disposiciones<sup>211</sup>.

Antes de analizar individualmente cada figura delictiva, mantengamos el método empleado en epígrafes anteriores, cual es el de remitirnos a algún célebre comentarista del Código Penal para justificar la existencia de este grupo de delitos. En esta ocasión, nos remitimos a los insignes penalistas JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, que razonan la utilidad de estos delitos de la siguiente forma:

*“la base de la difamación [entendámosla como referencia genérica a cualquier delito contra el honor] es la opinión general que se tiene sobre el individuo. Cada hombre puede influenciar los juicios que los demás tienen sobre una persona cualquiera, porque en la mayoría de los casos, la apreciación de los individuos entre sí, descansa sobre ideas sugeridas por otro; y puesto que es un interés social que los hombres se estimen unos a otros en lo que valen, surge el deber, por parte del Estado, de penar ciertos ataques que pueden perjudicar a una persona en la opinión que los demás tienen de ella”<sup>212</sup>.*

### 8.2.1 Calumnias

Sigue siendo la calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, de conformidad con el tenor literal del art. 624. A partir de esta definición inicial puede distinguirse entre calumnia grave si el delito imputado es grave,

---

<sup>209</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 671.

<sup>210</sup> Supresión que se explicaba, a juicio de CUELLO CALÓN, desde los cambios operados en las concepciones jurídicas, morales y sociales: CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 17.

<sup>211</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., pp. 677, 711 y 727.

<sup>212</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 261.



o leve, cuando el delito atribuido sea de esta categoría (art. 624, prr. 2º). En caso de mediar publicidad en la propagación de la calumnia<sup>213</sup>, el castigo podrá variar desde una horquilla inicial de cuatro meses a cuatro años de prisión, en caso de ser una calumnia grave en la que concurre publicidad, hasta una segunda horquilla de cuatro meses a dos años, en caso de calumnia menos grave con ausencia de publicidad (art. 625)<sup>214</sup>. También hay dos castigos distintos para las calumnias no propaladas con publicidad, con pena de prisión y multa más severa si lo imputado fue un delito grave o menos grave. En definitiva, la calumnia se clasifica según la entidad del delito imputado y se castiga, sobre la base de esa distinción, como un criterio que se aplica encadenadamente, en atención a la concurrencia de publicidad.

Situando en el frontispicio la referida definición legal de calumnias, podemos especificar, siguiendo a CASTEJÓN, los tres requisitos de las calumnias: a) que se impute la comisión de un delito (no bastando sospechas ni vaguedades y debiéndose precisar los actos constitutivos del delito); b) que se atribuya a persona determinada (aunque no se la designe por su nombre, siendo suficiente otro distinto o su apodo o mote); y, c) que la imputación sea falsa<sup>215</sup>; siendo la falsedad de la imputación un elemento inherente a la calumnia, ésta se evapora cuando se prueba la certeza del delito atribuido, toda vez que en el ámbito de las calumnias la *exceptio veritatis* opera con la máxima extensión.

### 8.2.2 Injurias

---

<sup>213</sup> Art. 634. La calumnia, la injuria y la difamación, se reputarán hechas con publicidad, cuando se propaguen o extiendan por medio de papeles impresos, litografiados, grabados o por cualquier otro procedimiento mecánico de reproducción gráfica o de difusión, por carteles o pasquines fijados en los parajes públicos, por papeles manuscritos comunicados a varias personas, o se cometan ante un concurso de gentes o por medio de discursos pronunciados o de gritos lanzados en reuniones públicas en circunstancias que faciliten su propagación.

Ha de tenerse en consideración que tal publicidad también está presente aunque el delito de calumnia, injuria o difamación se haya realizado en país extranjero, pudiéndose en cualesquiera de estos casos ejercitar la acción, a la luz de lo dispuesto por el art. 638.

<sup>214</sup> Adviértase la diferencia respecto del Código de 1870 de que junto a la publicidad, ya no es preciso que se propale la calumnia por escrito para castigarla en su grado más alto, distinguiendo a su vez si lo imputado es un delito grave o menos grave, ya que los artículos indicados sólo aluden al elemento de la publicidad y no al de la escritura. Así, CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal (tomo I). Criminología General y especial*, Reus, Madrid, 1931, p. 462.

<sup>215</sup> CASTEJÓN, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 460 y 461.

Como en las calumnias, el legislador de 1928 prefirió seguir la senda ya recorrida y tipificó las injurias como expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 627). Dado que se mantiene la subdivisión de las injurias en graves<sup>216</sup>, leves<sup>217</sup> y livianas<sup>218</sup>, y la diferenciación de la penalidad en atención al hecho de que se propalen con publicidad, a tenor de los arts. 629 y 630 (hasta el punto de que no concurriendo publicidad, el delito de injuria leve se rebaja a la categoría de falta), la novedad más destacada en el ámbito de las injurias<sup>219</sup> se refiere a la *exceptio veritatis*. En este sentido, se introduce la admisión excepcional de la prueba de la verdad cuando lo imputado sea un delito privado, esto es, perseguible sólo a instancia de parte. En tal supuesto, quien imputa el delito privado estando facultado para instar su persecución, queda absuelto si prueba la verdad de la imputación (art. 631.2º). CASTEJÓN propone este ejemplo: el padre de la seducida que reprocha al seductor el delito de estupro que ha cometido, no es castigado como injuriador<sup>220</sup>. Podemos suponer que esta concesión a la *exceptio veritatis* responde a un cambio en el criterio del legislador, que de esta forma llega a aceptar que quien expone públicamente que él mismo o alguien de su círculo más cercano ha sido víctima de un delito privado de los que por su perfil íntimo deberían quedar bajo el velo del secreto, merece al menos no ser castigado como injuriador cuando se atreve a dar el paso de reconocer tal suceso escabroso y eventualmente fuente de deshonra, acusando al autor del delito en cuestión, si probare la certeza de la comisión del mencionado delito privado<sup>221</sup>. Es, a nuestro juicio, una recompensa a quien se ve forzado a admitir hechos

---

<sup>216</sup> Art. 628. Son injurias graves:

1º. La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.

2º. La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama o crédito social, económico o profesional del agraviado.

3º. Las expresiones o acciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancias sean tenidas en el concepto público por afrentosas.

4º. Las demás expresiones o acciones que racionalmente merezcan la calificación de injurias graves, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor.

<sup>217</sup> Art. 627. prr. 2º. Son injurias leves las no consignadas en los números anteriores.

<sup>218</sup> Art. 630. prr 2º. Son injurias livianas, castigadas como faltas, las injurias leves no propaladas con publicidad y las injurias propiamente livianas realizadas de palabra (art. 823.1º).

<sup>219</sup> Al margen de la idea de incorporar a la pena de destierro y multa, la alternativa de prisión y multa, para las injurias con publicidad, *ex art. 629*. Particularidad advertida por SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código ...*, op. cit., p. 175.

<sup>220</sup> CASTEJÓN, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 641. Las condiciones del art. 631.2º se cumplen en este supuesto hipotético pues estamos ante un delito privado y el padre de la seducida es una de las personas facultadas para perseguir el delito de estupro, en virtud del art. 613.

<sup>221</sup> El cambio de criterio se vuelve especialmente visible si recordamos las reflexiones de GROIZARD a favor de la restricción de la prueba de la verdad en el ámbito de las injurias ya que “*sea cierto ó no lo sea el hecho, el vicio ó la falta moral que se atribuya con la expresión proferida ó la acción ejecutada en*”

de su vida privada, que después de superado este trance, consigue eludir la pena correspondiente al delito de injurias que podría imputársele, evitando así la doble herida de padecer, directa o indirectamente, un delito privado y ser condenado por delito de injurias. Al mismo tiempo, desde la perspectiva del supuestamente injuriado, este cambio legislativo implica negarle la protección de su honor cuando se le acusa fundadamente de haber cometido un delito privado. Esta orientación legal camina en la dirección de quienes promueven la tutela sólo del honor real y no el aparente, esto es, no cabe entender que se menosprecia o desacredita a alguien por acusarle de haber cometido un delito que, ciertamente, ha perpetrado. Una verdad como imputar tal delito no puede ser origen de deshonor para el responsable del mismo.

Por lo demás, la prueba de la verdad sigue siendo válida y despliega sus efectos cuando la injuria se dirige contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (art. 631. 1º). Responde esta eficacia de la *exceptio veritatis* en el consabido interés en que la ciudadanía mantenga la confianza en la Administración pública y quienes están investidos de autoridad pública.

### 8.2.3 Difamaciones

Sin ningún género de dudas, la tipificación del delito de difamación es la gran novedad en materia de delitos contra el honor que ofrece el Código Penal de 1928 y una de las más importantes, con carácter general, en relación con el propio texto punitivo, tal y como es advertido por toda la doctrina<sup>222</sup>. Desde esta perspectiva, establece el art. 632 que “difamación es toda información pública, tendenciosa, sistemáticamente proseguida contra una persona natural o jurídica, revelando o divulgando hechos de su conducta privada o situaciones morales o económicas, o bien estados patológicos o

---

*deshonra, descrédito ó menosprecio de una persona, los caracteres físicos del delito de injuria se manifiestan, y la pena debe ser pronunciada sin otras investigaciones”, [...], “puesto que la mayor parte de las veces serían de más entidad los daños sociales que resultarían de emplear aquellos medios para descubrir secretos de familia ó verificar vicios y faltas morales de sus individuos conexonados con la vida privada, que no las ventajas que pudieran obtenerse de comprobar por ellas delitos”. Vid. supra, Capítulo II.6.2.2.*

<sup>222</sup> CASTEJÓN, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 456 y 464; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1172 y 1173; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 111; SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código ...*, op. cit., p. 175; SAINZ GUERRA, J.: *La evolución del Derecho Penal en España*, 1ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2004, p. 774.

sexuales con propósito de que redunden en su desprestigio o descrédito, o ruina de su fama o intereses”. El precepto, del que QUINTANO RIPOLLÉS dice que rebosa barroquismo, errores gramaticales y fea reiteración de conjunciones, constituye una aportación estimable que viene a rellenar una laguna que ha sido constantemente denunciada en la tutela penal del honor<sup>223</sup>. De la definición legal de difamación pueden destacarse varios elementos como auténticamente definitorios e identificativos de esta modalidad delictiva:

- a) El medio: “información pública y tendenciosa”. La difamación diverge de la injuria y la calumnia en tanto es consustancial a ella la comisión del delito con proyección pública, mientras que en las otras dos figuras delictivas, la publicidad sólo opera como circunstancia agravatoria del delito y de la pena (para la injuria, arts. 629 y 639; para la calumnia, art. 625), pero no inherente o constitutiva. En este sentido, no hay difamación si la información ofensiva para el honor no es pública, pero sí hay injuria o calumnia privadas. Junto a ese portazo que supone la restricción del ámbito material de la difamación a los casos en que hay publicidad, hay una compensatoria apertura de ventanas al no vincular la difamación (como tampoco sucede ya con el Código de 1928 en materia de injurias y calumnias) a la forma escrita, al modo comisivo escriturario<sup>224</sup>; tan es así que se reconoce que una modalidad de difamación, pero no la única, es la que se lleva a cabo de palabra aunque mediando publicidad, de donde se infiere que puede haber difamación por escrito y sin él (art. 632. prr 2º <sup>225</sup>).
- b) El modo: “sistemáticamente proseguida” con propósito de desprestigiar, desacreditar o arruinar la fama o intereses de alguien. Posiblemente sea este rasgo el más característico del delito de difamación<sup>226</sup>. Difama quien guiado por un ánimo de demoler la fama u honor ajenos difunde informaciones públicas tendenciosas con carácter permanente, constante, sistemático, con la vista puesta en la destrucción a largo plazo de la fama de otra persona. QUINTANO

---

<sup>223</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1172.

<sup>224</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1172.

<sup>225</sup> Art. 632. prr 2º. Difamación grave es la que se realiza por medio de la Prensa u otro medio de publicación o difusión; menos grave, la que se lleva a cabo de palabra o por escrito, pero en ambos casos con publicidad.

<sup>226</sup> CASTEJÓN, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 464.

RIPOLLÉS encuentra las palabras precisas señalando que lo importante de la especie difamatoria es “lo sistemático de la maquinación lesiva del honor, la persistencia del ánimo en un tracto de agresividad sistemática al honor”<sup>227</sup>, es decir, la voluntad del difamador se orienta a minar progresivamente la reputación o fama de su víctima, resultado que exige una actuación preconcebida, continuada y sistemática de desprestigio de cierta persona, frente al ataque espontáneo, esporádico u ocasional que, por oposición, sería propio de la injuria.

- c) El objeto: “hechos de su conducta privada o situaciones morales o económicas, o bien estados patológicos o sexuales”. Con esta cláusula, el legislador está distinguiendo a la difamación por tener como objeto una narración de hechos. Sin embargo, en este apartado el legislador resbala al querer acotar la difamación con la adición de este nuevo elemento, cuando ya resultaba bastante con los de la publicidad y el modo sistemático. Si la difamación se materializa en narraciones de hechos será porque la injuria tiene otro objeto, el cual podría ser los juicios de valor. Pero llegados a este punto, entramos en un juego de palabras superfluo, estéril y confuso en tanto queramos diferenciar la difamación como un atentado contra el honor por constituir un juicio de valor, de la injuria, ataque a la reputación mediante narraciones fácticas<sup>228</sup>.

## 9. CÓDIGO PENAL REPUBLICANO DE 1932

### 9.1 ASPECTOS GENERALES

Los meses y años inmediatamente posteriores al fin de la Dictadura de PRIMO DE RIVERA transcurrieron en un ambiente político convulso en el que la normalidad

---

<sup>227</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (tomo II), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1173.

<sup>228</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (tomo II), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1174. A tal confusión contribuye, igualmente, la equiparación en la pena de la difamación grave y menos grave con la calumnia grave y menos grave con publicidad (*ex art. 632.prr 3º*), difuminando la íntima esencia de la difamación, que es la injuria publicitaria (CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal, Tomo I. Criminología General y especial*, Reus, Madrid, 1931, p. 464) y sistemáticamente proseguida. También sostiene que la difamación emerge como una modalidad de la injuria, MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código Penal de 27 de octubre de 1932, anotado, concordado y precedido de la Ley de Bases de 8 de septiembre de igual año para la reforma del Código penal*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1933, p. 87, nota 487.

institucional era un sueño utópico. Además, la confianza popular en el régimen monárquico perdía enteros. En este contexto se celebraron las elecciones municipales de 12 de abril de 1931, en las que los partidos políticos de izquierdas se proclaman vencedores por el mayoritario respaldo obtenido en las principales capitales del país, aunque no en términos generales, como es de justicia reconocer. A pesar de lo dicho, los resultados electorales tomaron un perfil general y nacional, de tal modo que los resultados se extrapolaron más allá de los límites municipales y fueron interpretados como un plebiscito entre República y Monarquía<sup>229</sup>, que se saldó con victoria de la primera, gracias al apoyo, no debe olvidarse, de manifestaciones populares, propiciadas hacía tiempo en las Universidades y a la total inhibición de los defensores de la monarquía<sup>230</sup>. Nace así la II República española, casi por aclamación, rodeada del fervor popular reflejado en calles y balcones. D. Niceto ALCALÁ ZAMORA asumió la presidencia del primer Gobierno republicano.

En el terreno que a nosotros nos importa, el de la legislación penal, los acontecimientos acaecidos tras la estela de la nueva República se sucedieron con velocidad. Con tantas críticas como había recibido, el “Estatuto penal faccioso” (como algunos gustan de llamarlo), el Código de 1928 no podía extender su vida más allá de la vida del propio régimen que lo vio nacer. Por ello, acabada la dictadura se apagó la vela de aquél. El 15 de abril de 1931 se acordó, en virtud de Decreto, la anulación del Código penal de 1928. En su lugar se dictaría el Código Penal de la República surgido bajo el amparo y la vigencia de la magna obra de este periodo de la historia de España: Constitución de 1931, cuya entrada en vigor provocaba en el ordenamiento penal la inminente necesidad de reformar el texto punitivo vigente, el de 1870 (el paradójicamente “*código provisional de verano*”), para hacerlo compatible con los nuevos postulados políticos consagrados en la norma fundamental<sup>231</sup>. Para tal tarea se contó con la Comisión Jurídica Asesora, presidida por D. Ángel OSSORIO Y GALLARDO, y compuesta por dos secciones, la civil y la penal, recibiendo la tarea de presidir la segunda JIMÉNEZ DE ASÚA.

---

<sup>229</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 597.

<sup>230</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 749.

<sup>231</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de elaboración de la Constitución republicana*, Reus, Madrid, 1932, es una obra de referencia sobre las aportaciones de la Constitución republicana.

En su trabajo, la Comisión Jurídica Asesora tomó como texto de referencia el Código Penal de 1870, el cual, a su vez, no era sino una edición reformada y revisada del texto punitivo de 1848<sup>232</sup>.

Como detalladamente se refleja en la Exposición de Motivos, el Código Penal de 1932 se planteaba reformas en cuatro flancos o, en palabras de LASSO GAITE, direcciones: dirección política, dirección meramente técnica, dirección humanitaria y dirección excepcional<sup>233</sup>. La primera vertiente estaba integrada por las reformas dirigidas a compatibilizar la norma fundamental con el texto punitivo; la segunda se refería a la necesidad de corregir errores materiales<sup>234</sup> e incorporar leyes complementarias que no debían hallarse dispersas; en tercer lugar, era preciso humanizar el texto y dotarle de elasticidad (siendo ésta eje principal de la tarea codificadora, a juicio del Presidente de la Sección Penal<sup>235</sup>). Por último, el Código de 1932 perseguía también, en otro orden de cosas, afrontar algunas cuestiones de reforma excepcional.

Comentadas las líneas teóricas más destacadas del texto, podemos apuntar sintéticamente cuáles fueron las principales novedades, estando dos de ellas estrechamente vinculadas con el nuevo contexto político que nacía tras la llegada de la República. La primera viene impuesta por la citada forma de gobierno; era imprescindible incluir un título dedicado a “delitos contra la Constitución”, redactado en términos congruentes con el régimen republicano; así, había novedades en cuanto a los delitos contra las Cortes y sus miembros y contra el Consejo de Ministros, los

---

<sup>232</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 146; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 250; LÓPEZ-REY Y ARROYO, M.: “La reforma del Código Penal”, *Revista de Derecho Público*, 14 (1932), pp. 2 y 4; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal, volumen I*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 97; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 113; DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal. Parte General*, 1<sup>a</sup> ed., Reus, Madrid, 1940, p. 28; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 111; PUIG PEÑA, F.: *Comentarios a las últimas disposiciones penales (las principales reformas habidas en el Código)*, Editorial J. Schmoll, San Sebastián, 1943, p. VI; ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2<sup>a</sup> ed., Akal, Madrid, 1986, p. 80.

<sup>233</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 5 Codificación Penal, volumen I*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 773.

<sup>234</sup> “No se pretendió corregir todos los defectos de técnica del Código de 1870, sino que sólo se enmendó alguna errata de imprenta y numerosos casos de técnica tan torpe, que ya entran en la categoría de yerros”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La legislación penal de la República española”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 159 (1931), p. 583.

<sup>235</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La legislación ...”, op. cit., p. 587, cifraba la humanización del código penal en datos como la inimputabilidad por enajenación mental o trastorno transitorio, la minoría de edad penal, la sordomudez como eximente.

delitos contra la forma de Gobierno republicana y los delitos cometidos por los funcionarios públicos en infracción de los deberes constitucionales. En segundo lugar, en correspondencia con el artículo 27 de la Constitución, se crea el título atinente a los “delitos relativos a la libertad de conciencia y al libre ejercicio de los cultos”<sup>236</sup>.

Otra de las novedades comúnmente advertidas por la doctrina es la original división bipartita de las infracciones, distinguiendo entre delitos y faltas en el art. 6, y rompiendo de este modo con la tradicional clasificación tripartita, que diferenciaba entre delitos graves, menos graves y faltas<sup>237</sup>. Y si la clasificación de los delitos experimentó un notable cambio, la del otro elemento por antonomasia del Derecho Penal, las penas, no fue menor. Así, puesto que sólo de nombre había penas correccionales y “no debe ser la expiación fin confesado del tratamiento punitivo, se hacía imprescindible suprimir las clases de penas aflictivas y correccionales”, de un modo tal que la escala general del art. 27 pasó a ofrecer sólo cuatro grupos en vez de cinco (los antiguos eran: penas aflictivas, correccionales, leves, comunes a las tres clases anteriores y accesorias): penas graves, leves, comunes a las dos clases anteriores y accesorias<sup>238</sup>.

Concluimos este análisis de las líneas generales sobre el Código penal de 1932 con algunas reflexiones sobre el estilo, la técnica y, con carácter más amplio, el contenido del Código penal, a juicio de la doctrina y los comentaristas de este texto punitivo. A favor de la calidad artística y literaria del texto encontramos a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien sostiene que “en cuanto al estilo, se conserva la elegancia literaria del Código de 1870, modelo de pureza y claridad castellanas; [...] nos hemos esforzado en no desentonar del severo y correctísimo lenguaje que emplearon nuestros antecesores”; al tiempo que elogiaba el texto republicano, aprovechaba el penalista para dirigir un dardo envenenado al Código Penal precedente que tanto repudiaba: “hemos puesto

---

<sup>236</sup> No en vano, tal y como rezaba el Preámbulo del Anteproyecto de Constitución que remitió la Comisión Jurídica Asesora al Gobierno: “el tema religioso, [...], ha sido tratado ya como lo es en todos los pueblos, aun en los de más acendrado sentimiento católico, a saber, separando la Iglesia del Estado y respetando sin titubeos la libertad de conciencia y la de cultos, proclamadas en más de un pasaje del texto”.

<sup>237</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio op. cit.*, p. 93; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 112; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 608; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 108; DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 29.

<sup>238</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La legislación ..., op. cit., p. 584. Justifica el autor la medida teniendo en cuenta que las penas correccionales sólo existían de nombre y que las aflictivas, por evolución de la ciencia penal, debían suprimirse, por lo que la eliminación de las referencias a ambas tipologías era consecuencia ineludible (*loc. cit.*)



cuidadoso empeño en huir del lenguaje retorcido y conceptuoso que campeaba en muchos párrafos del sedicente Código penal de la Dictadura”<sup>239</sup>. Por otra parte, se ha dicho que la técnica es buena<sup>240</sup>, que gracias a su prudencia (dejando a un lado ambiciones reformistas de mayor calado, que, no obstante, podían haberse abordado sin socavar los cimientos del Código) el texto penal pudo prolongar su vigencia doce años más<sup>241</sup> y, en fin, que constituye un importante paso en el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento penal<sup>242</sup>.

## 9.2 LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

A lo largo de las páginas precedentes hemos podido comprobar que la reforma del Código de 1932 no tenía por objetivo un vuelco radical de las normas penales vigentes en España, sino que, como en otras ocasiones, sus propósitos eran menos ambiciosos debido a la premura del tiempo, y se limitaban a una adaptación del Código a los nuevos postulados políticos emanados de la norma fundamental de 1931, especialmente en lo que se refería al nuevo régimen de gobierno y a la cuestión religiosa. Desde este punto de vista, una temática tan consolidada y estable como los delitos contra el honor, que solamente de manera puntual puede sufrir algunos cambios (y no para bien, nos atrevemos a añadir; téngase en cuenta a estos efectos las críticas que formulamos frente a la tipificación del delito de difamación por obra del “*Estatuto penal faccioso*” de 1928), no podía hallarse en el grupo de materias necesitadas de reforma urgente para el legislador republicano, pues los cambios políticos acaecidos no tenían una influencia especial sobre esta materia, que, contrariamente, suele verse resentida cuando el viraje político toma la dirección inversa al que en este momento experimentó España: de democracia a dictadura, ya que en estos casos los delitos contra el honor sí pueden sufrir alteraciones orientadas a una mayor y más severa represión de la libertad de expresión, libertad que siempre se halla en el otro plato de la balanza. Además, aunque ciertamente la dirección política no era la única en mente del

---

<sup>239</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, L: *Tratado ...*, op. cit., pp. 615 a 619. También alaba la obra LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: “La reforma ..., op. cit., p. 324. Más comedido se muestra el profesor DEL ROSAL, J.: “La palabra ..., op. cit., p. 212., que frente a la claridad y pureza de que hablan otros, opone una redacción prolija, demasiado retórica y recargada de acentos técnicos innecesarios

<sup>240</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 113.

<sup>241</sup> ANTÓN ONECA, J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 81 y 106.

<sup>242</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 251. En contra, PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 110.

legislador, tampoco las restantes (a las que previamente nos hemos referido como técnica, humanitaria y de aspectos puntuales o excepcionales) podían justificar una modificación del régimen penal de los delitos contra el honor. Podemos concluir que se trataba de una materia que ni por unas razones ni por otras mereció la atención específica del legislador penal salvo en lo referente a la corrección de los errores heredados, los cuales, sencillamente, se borraron del texto como si nunca hubieran sido escritos.

Los delitos contra el honor se regularon en el Código Penal de la II República en el Título XI del Libro II, dedicándose a tal fin tres capítulos: el primero a la calumnia (arts. 447 a 450), el segundo a la injuria (arts. 451 a 455) y el tercero para las disposiciones generales (arts. 456 a 461). Como ya hemos advertido, la más importante novedad de este título es, precisamente, una ausencia, la de la difamación, siendo así que la regulación propuesta por el Código de 1932 vuelve sus ojos enteramente al texto punitivo de 1870, castigando los delitos de calumnias e injurias, en las que, con carácter general, debe mediar intervención de oficio para su persecución cuando se dirigen contra autoridades, agentes de ella, funcionarios públicos y corporaciones u organismos (como forma o expresión de desacato), mientras que se persiguen a través de querrela de la parte agraviada cuando se formulan contra un sujeto particular<sup>243</sup>.

### **9.2.1 Calumnias**

Sin cambios. Este es el diagnóstico que podría sostenerse de la regulación del delito de calumnias por el Código de 1932. Así las cosas, procederemos a su análisis de manera somera, citando algunos casos jurisprudenciales y comentarios doctrinales que sirvan para clarificar cuanto digamos. Define el art. 447 la calumnia como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio. Se mantienen, pues, los principales rasgos de esta figura delictiva: a) la imputación ha de ser falsa; b)

---

<sup>243</sup> MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código Penal de 27 de octubre de 1932, anotado, concordado y precedido de la Ley de Bases de 8 de septiembre de igual año para la reforma del Código penal*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1933, p. 87, nota 487.

el objeto de la imputación ha de ser un delito<sup>244</sup>; c) el delito imputado debe ser perseguible de oficio.

A continuación, el Código distingue dos clases de calumnias, la básica y la cualificada, castigándolas con distinta pena según el delito se haya cometido concurriendo publicidad<sup>245</sup> y por escrito. Como apuntan LÓPEZ-REY Y ARROJO y ÁLVAREZ VALDÉS, en este punto el legislador de la II República introduce una novedad en tanto ya no atiende al elemento de la gravedad del delito imputado para endosar distinta penalidad a las diversas modalidades del delito de calumnia<sup>246</sup>, sino que se remite únicamente al requisito de la publicidad para distinguir a los efectos de la pena imponible. Por tanto, desaparece ciertamente uno de los rasgos habituales en la definición de las calumnias cualificadas, cual era el de la gravedad del delito imputado, desde la óptica de que cuanto más grave fuera el delito imputado, mayor menoscabo del honor ajeno se causaba y, consiguientemente, mayor debía ser la pena con que se castigara al culpable. Con este cambio legislativo se entiende que la única circunstancia que puede motivar una pena mayor es la de la propagación por escrito y con publicidad<sup>247</sup>, siendo indiferente que el delito imputado sea más o menos grave. En fin, el deterioro del honor ajeno causado es el mismo, cualquiera que sea la entidad del

---

<sup>244</sup> La imputación debe referirse a un delito concreto, no siendo bastante una manifestación genérica e indeterminada. Así, la Sentencia de 28 de junio de 1929 que se pronunciaba sobre un delito de injurias, y no de calumnias, contra una Sociedad explotadora de aguas a la que se acusaba de detentarlas y defraudar a los enfermos, no constituyendo tal aseveración una imputación susceptible de calificarse como calumniosa, pero sí injuriosa. Por las mismas razones, acusar a otro de “llevarse todos los días cosas de los almacenes de la estación”, para así “tener su casa llena de robos”, no es constitutivo de calumnia por la vaguedad de los hechos que carecen de la debida precisión y concreción (Sentencia de 6 de enero de 1933). Por el contrario, aparecen definidos con la suficiente especificidad los elementos de criminalidad del delito de calumnias cuando una persona acusa a otra de falsear los balances de una Sociedad de Seguros, señalando igualmente que dicha Sociedad tenía desamparados los intereses de los asegurados mientras distribuía beneficios entre consejeros y accionistas (Sentencia de 12 de julio de 1929). Se trata de supuestos jurisprudenciales recogidos por LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 429.

<sup>245</sup> Como en Códigos anteriores, la definición de publicidad figura en el capítulo tercero de los delitos contra el honor. Según el art. 457 “la calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas”.

<sup>246</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código ...*, op. cit., pp. 430 y 431.

<sup>247</sup> “Por escrito y con publicidad” con circunstancias que han de concurrir conjuntamente debido a la conjunción copulativa “y”. En este punto debemos advertir que la regulación de 1932 se distancia de la precedente en tanto la consideración de una calumnia como cualificada exige que concurren las dos condiciones de publicidad y escritura, mientras que el Código de 1928 (art. 634) hablaba únicamente de la publicidad, incluyendo tanto la que se obtenía por medio de la difusión de la escritura como a través de la difusión oral (con discursos o gritos). Para comparar., *vid. supra*, Capítulo II.8.2.

delito que se atribuya. Es, por último, una modificación obligada si tenemos en consideración que el art. 6 del Código rompe con la tradicional clasificación tripartita de las infracciones, que distinguía entre faltas, delitos leves y delitos graves. Al no existir las categorías del delito grave y leve, no tiene sentido castigar distintamente a quien imputa falsamente a otro un delito grave frente al que imputa uno leve.

Por lo demás, el Código de 1932 se mantiene fiel a la tradición de reconocer eficacia a la prueba de la verdad en el ámbito de las calumnias, a la luz de lo dispuesto en el art. 450. La misma definición de calumnia impone esta particularidad: si la calumnia es la falsa imputación de un delito, sólo podrá condenarse como reo de calumnia a quien no consiga acreditar la comisión por la víctima del delito imputado, quedando, por el contrario, exonerado de la pena en caso de demostrar la comisión de tal delito.

### **9.2.2 Injurias**

También leve será el cambio operado en sede de injurias, como leve ha sido el apreciado en relación con las calumnias. En primer lugar, el capítulo segundo del título relativo a los delitos contra el honor sigue castigando como reo de injuria, en virtud del art. 451, a quien por expresión o acción, actúa en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. Sentando una doctrina que se mantendrá inalterada hasta nuestros días, el Tribunal Supremo afirmó que, debiéndose atender a la intención de deshonrar, desacreditar o menospreciar, no sólo es importante el sentido y significación gramatical de las palabras, sino también los antecedentes de hecho, lugar, ocasión, forma en que fueron dichas y demás circunstancias que concurrieran, dado que se trata de un delito esencialmente circunstancial<sup>248</sup>, doctrina establecida en las Sentencias de 27 de marzo de 1930, de 26 de enero de 1931 y 16 de octubre de 1929, y que mantiene el rumbo trazado por otros pronunciamientos jurisprudenciales dictados con arreglo a anteriores Códigos penales.

Existen otras cuestiones de las que nos dan debida cuenta LÓPEZ-REY Y ARROJO y ÁLVAREZ VALDÉS en sus comentarios al Código penal de 1932, gracias

---

<sup>248</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VADDÉS, F.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 432.

a su selección de jurisprudencia. En primer lugar, se sigue sosteniendo, aunque no de manera firme y determinante, que el ánimo de injuriar (o *animus iniriandi*<sup>249</sup>), elemento completamente definitorio del delito de injurias, se presume salvo que se demuestre lo contrario (Sentencias de 24 de junio de 1929 y de 2 octubre de 1931), si bien su existencia debe deducirse de los antecedentes de hecho y de las circunstancias concurrentes (Sentencia de 27 de enero de 1931)<sup>250</sup>.

Otra cuestión que merece nuestra atención es la “colisión entre libertad de expresión y derecho al honor en el ámbito público”. A este respecto, se sostenía en la primera mitad del siglo XX una doctrina que ha experimentado una considerable modulación. Frente a una creciente y potencialmente extensiva intelección de la libertad de expresión en relación con la crítica o la censura pública como la que predomina en nuestros días, el Tribunal Supremo en la época de la II República afirmaba que el fin político que con la injuria se perseguía no desvirtuaba su trascendencia y, por lo tanto, no anulaba el delito de injurias. Así, decir de los redactores de otro diario que “como Judas Iscariote, se habían vendido por dinero, traicionando sus conciencias y abandonando la defensa de los intereses de la región”, era constitutivo de injurias, aun cuando tales palabras se insertaran en un contexto de campaña política, pues incluso en este caso se habían excedido de la legalidad y el respeto debidos (Sentencia de 15 de mayo de 1932). En el mismo sentido, era injuria sostener de un candidato a diputado que ejercía de médico “que como organizador de una Asociación protegió a los individuos más ineptos e inmorales de la profesión médica, vejando a los pueblos con multas injustas y exorbitantes, y dejándolos sin asistencia cuando no se avenían a médicos desvergonzados”. Tales expresiones sobrepasaban los límites que la necesaria convivencia social y el mutuo respeto de las personas imponen y, por ello, merecían castigo penal (Sentencia de 5 diciembre de 1932)<sup>251</sup>. No creemos errar si afirmamos que

---

<sup>249</sup> MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código Penal de 27 de octubre de 1932, anotado, concordado y precedido de la Ley de Bases de 8 de septiembre de igual año para la reforma del Código penal*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1933, p. 88, nota 493, se refieren a este elemento como “dolo específico, propósito de deshonorar, desacreditar o menospreciar, intención malvada tendente a perjudicar la fama, el crédito o interés del agraviado”.

<sup>250</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 432. En el mismo sentido, aunque con otra selección de sentencias, MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código Penal de 27 de octubre de 1932, anotado, concordado y precedido de la Ley de Bases de 8 de septiembre de igual año para la reforma del Código penal*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1933, p. 89, nota 493.

<sup>251</sup> LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 433.

estas sentencias no habrían contenido tales juicios de haberse dictado en los tiempos presentes en los que ideales como el debate público, la libre formación de la opinión, el pluralismo y la libre discusión sobre temas de interés general, marcan los senderos por los que transita la doctrina sobre el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, caminos mucho más favorables (quizá en exceso) a la primera; sin embargo, en 1930 no existía una conciencia tan arraigada de fomento de la discusión pública al servicio de una sociedad instruida y crítica, por lo que los tribunales eran sensiblemente más rígidos a la hora de apreciar vulneraciones del derecho al honor (quizá, también, en exceso).

La clasificación de las injurias (en grave, leve y falta de injurias) sigue los mismos parámetros de los Códigos precedentes. De manera sintética MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT lo explica así: “la injuria merece la calificación de grave cuando afecta a alguna de de las formas previstas en el art. 452<sup>252</sup> y cuando siendo leve por su propia esencia, se profiere por escrito y con publicidad (art. 454, párr. 1º) y no pasa de la categoría penal de falta contra las personas en los demás casos (arts. 454, párr. 2º, y art. 580, nº 1)”<sup>253</sup>. En otra palabras, serán injurias graves las que consistan en imputación de un delito no perseguible de oficio, las que versen sobre vicios o faltas de moralidad infamantes, las que por sus circunstancias sean afrentosas desde la óptica del concepto público y las que racionalmente merezcan esta calificación en atención al estado, dignidad y circunstancia del ofendido y el ofensor (art. 452). Cuando esta clase de injurias, de por sí graves, se comenten por escrito y con publicidad, la pena que se impone será más grave (art. 453, prr 1º) que si, siendo de la entidad descrita, se cometieran de forma oral y sin publicidad (art. 453, prr 2º). Finalmente, si la injuria es, por su contenido, de carácter leve (art. 454, prr 1º), merecerá una pena más severa si

---

<sup>252</sup> “Art. 452. Son injurias graves:

1º. La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.

2º. La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama o crédito social, económico o profesional del agraviado.

3º. Las expresiones o acciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancias sean tenidas en el concepto público por afrentosas.

4º. Las demás expresiones o acciones que racionalmente merezcan la calificación de injurias graves, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor”.

<sup>253</sup> MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código ...*, op. cit., pp. 88 y ss.

nuevamente concurriera la publicidad y el escrito<sup>254</sup>, frente las injurias simplemente leves no propagadas por escrito y con publicidad que se calificarán como meras faltas (art. 454, prr 2º).

Finalmente, el legislador de 1932 mantiene el criterio general de rechazar la *exceptio veritatis* en el ámbito de las injurias, a menos que éstas “fueran dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”, *ex* art. 455, prr 1º, supuesto en el que el acusado sería absuelto del delito de injurias si probare la verdad de las imputaciones (art. 455, prr 2º). Queda claro, por tanto, que se mantiene la excepción de la prohibición de la prueba de la verdad para el caso de injurias contra empleados públicos concernientes al ejercicio de su cargo, ya que en este caso por encima de consideraciones de respeto a la intimidad que hacían desaconsejable la *exceptio veritatis* para las injurias frente a particulares, prevalece el interés superior de la confianza ciudadana en la Administración pública. Por último, debe apuntarse la desaparición de la segunda excepción que en el ámbito de las injurias se contemplaba en el Código de 1928 a favor de la prueba de la verdad: imputación de delitos que no den lugar a procedimiento de oficio. El Código de 1932 vuelve al criterio general y tradicionalmente seguido, descartando también en ese caso de injurias la admisión de la *exceptio veritatis*.

## **10. CÓDIGO PENAL O TEXTO REFUNDIDO DE 1944**

### **10.1 LA NECESIDAD DE UNA REFORMA TOTAL Y LOS PROYECTOS PARCIALES PREVIOS AL CÓDIGO FRANQUISTA**

La experiencia en el análisis de la historia de la codificación española nos ha mostrado, hasta ahora, el gusto del legislador español por las reformas del Código Penal. Hemos podido comprobar que los simples cambios de gobierno, dando paso a un partido político de signo distinto, incluso los meros traspasos del Ministerio de una persona a otra, han justificado a lo largo de este periodo la aparición de nuevos

---

<sup>254</sup> “Por leves que sean las injurias, si medió publicidad, no cabe penarlas como falta” (Sentencia de 11 de 1904). LÓPEZ-REY Y ARROJO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código ...*, op. cit., p. 439.

proyectos y de leyes efectivamente vigentes de reforma del Código Penal, tantos y tantas como cambios de partido gobernante y de Ministros.

En este contexto y con tales antecedentes, nadie podía dudar que la llegada de un régimen político completa y radicalmente opuesto en sus fundamentos y sistema de valores (no sólo morales-religiosos o sociales, sino incluso los más elementales, los democráticos) al anterior, no produciría un nuevo vuelco en nuestra ajetreada historia codificadora. Así fue. Terminada la vertiente militar de la Guerra Civil con la victoria del bando sublevado a las órdenes del general Francisco FRANCO, comienza la Dictadura. Se edifica sobre los restos aniquilados de la breve experiencia republicana un régimen político totalitario y autoritario que moldeará los contornos de las instituciones sociales y políticas a la hechura de nuevos parámetros.

Dejando la investigación histórica a los historiadores, nos corresponde a nosotros profundizar en las consecuencias que el alzamiento y el consiguiente marco político provocaron en sede penal. Como había sucedido con anteriores cambios políticos más o menos traumáticos, apenas echó a andar la Dictadura se hizo notar la necesidad de adaptar la legislación penal a los nuevos aires. La incompatibilidad del régimen político y el Código vigente era tan visible que incluso se llegaba a tocar con los dedos. Un Código reformado por la República no podía servir para un régimen que nace por oposición a la República y a todo cuanto pudiera recordar a ella. La reforma era imprescindible. Irrefutables son estas palabras de PUIG PEÑA sobre el particular:

*“los viejos textos nacieron al calor de ideas distintas, envueltos en un ambiente diferente, y han sido tantos y tantos los diversos casos de la vida que han tenido que disciplinar que, al ser traídos y llevados en interpretaciones de opuestos sentidos, en ocasiones ni se encuentran a sí mismo, pidiendo al legislador que acuda, ante el trance apurado, a restablecer la buena doctrina” [...] El antiguo ordenamiento está pidiendo ya su jubilación definitiva; ha cumplido la edad y su ancianidad no le permite ya renovarse [...] Es una ley vieja ante un Estado nuevo<sup>255</sup>”.*

Pese a ello, lo cierto es que no se procedió inmediatamente a una reforma parcial del texto punitivo en aquellas materias que más necesitadas estuvieran de

---

<sup>255</sup> PUIG PEÑA, F.: *Comentarios...*, op. cit., pp. V y VI.



actualización (delitos contra la religión, delitos políticos), sino que se optó por modificaciones de leyes penales especiales, cuyas principales innovaciones serían definitivamente incorporadas al texto legal surgido de la reforma de 1944<sup>256</sup>. Así sucesivas disposiciones legales (Ley de 5 de julio de 1938, de 19 de febrero de 1942 y de 19 de julio de 1944), en sus Preámbulos o Exposiciones de Motivos, fueron anunciando la necesaria reforma, apuntando que se efectuaría a medio plazo<sup>257</sup>.

Hasta que se afrontó la reforma penal de mayor calado de 1944, que tampoco llegó a ser profunda y total como se decía, salieron a la luz dos Proyectos de Código Penal a los que nos referiremos brevemente a continuación y de los que CASABÓ RUIZ, experto en las lides de la historia de la codificación penal española, nos proporciona debida cuenta:

1. Proyecto de Código Penal de 1938. Elaborado por disposición del Delegado de Justicia y Derecho de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, constituye uno de los proyectos de Código Penal de mayor interés entre los formulados en épocas recientes pese a encontrarse el país en un contexto de plena guerra civil<sup>258</sup> que, en buena lógica, debería haber desincentivado el impulso codificador. La paternidad del texto se atribuye a Antonio LUNA GARCÍA y, sobretodo, a Federico CASTEJÓN<sup>259</sup>. En los delitos contra el honor (Libro II,

---

<sup>256</sup> Vid., entre otros, LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 797; y en el mismo sentido, PUIG PEÑA, F.: *Comentarios ...*, op. cit., pp. VI y VII; CERREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 143; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio ...*, op. cit., p. 97.

JIMÉNEZ DE ASÚA, nada condescendiente con lo que tenga que ver con el “Nuevo Estado”, explica que tal actitud del legislador no respondía a razones de cercanía con la legislación penal republicana ni a deseos de evitar rupturas traumáticas, ni mucho menos, sino que “con el Código de Justicia Militar, del que hicieron aterrador empleo, ya le bastaba al régimen para someter a los rebeldes, distribuyendo a diestro y siniestro su severo arsenal de penas, al tiempo que la interpretación de los jueces hacía el resto”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 623.

<sup>257</sup> CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p. 4. En la doctrina, PUIG PEÑA, F.: *Comentarios ...*, op. cit., pp. VII y VIII, y CUELLO CALÓN, E.: *La reforma penal en España. Discurso de recepción del Académico de número D. Eugenio Cuello Calón y contestación del académico de número Excmo. Sr. D. Eloy Montero Gutiérrez*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1946, pp. 9, 11 y 18, se manifestaban a favor una intensa reforma penal, que debería realizarse de forma sosegada a fin de cuidar la pulcritud del lenguaje, la impecabilidad de la redacción y la acertada sistemática.

<sup>258</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T y de las J.O.N.S. estudio preliminar y edición*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, p. 2.

<sup>259</sup> Al hilo de la colaboración de CASTEJÓN en la elaboración de este Anteproyecto, JIMÉNEZ DE ASÚA lo tachó de “servidor sin escrúpulos de todos los regímenes: quiso ser diputado con la monarquía,

Título XI, arts. 427 a 441) se introduce como novedad la regulación de la responsabilidad civil por ataque al honor, dando entrada así a la doctrina de la indemnización de los daños morales en la legislación<sup>260</sup>.

2. Proyecto de Código Penal de 1939, del Ministerio de Justicia. De menor importancia científica es este Proyecto de texto punitivo que, a la espera de una reforma honda de la legislación vigente ajustada a los nuevos principios políticos y rumbos jurídico-penales, se conformó con ser una reforma provisional dentro de la línea tradicional, con un intenso reforzamiento de los resortes autoritarios<sup>261</sup>. Respecto a los delitos contra el honor (Libro II, Título XII, arts. 433 a 447), la única novedad, de escasa relevancia, es la vaga alusión, al especificar cuándo se entienden hechas con publicidad y por escrito la calumnia y la injuria, a “cualquier otro medio de difusión”, sin que a continuación el Código desarrolle el alcance de esta cláusula<sup>262</sup>.

## 10.2EL TEXTO REFUNDIDO DE 1944

### 10.2.1 Aspectos generales

Caídos en el olvido los Proyectos citados, el legislador siguió prestando atención a la necesidad de adaptación de la legislación penal a los postulados políticos y sociales del nuevo régimen. Por ello, desde comienzo de los años cuarenta el camino hacia la promulgación del texto refundido fue andado con más decisión, como lo demuestra la firme opción de restablecer la Comisión General de Codificación por Decreto de 25 de marzo de 1938, suprimiéndose al mismo tiempo la Comisión Jurídica Asesora de la República.

Las discusiones parlamentarias (con todas las connotaciones que merece el adjetivo “parlamentario” en plenos comienzos de la Dictadura) tomaron como punto de

---

aduló a la República y luego se hizo, al triunfo de Franco, decidido falangista”: JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 624.

<sup>260</sup> Art. 441. prr 5º: “La responsabilidad civil en los delitos contra el honor se graduará por la condición social y situación económica del agraviado”.

<sup>261</sup> LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., pp. 811, 812 y 815; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 255.

<sup>262</sup> CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Penal de 1939. Estudio preliminar y edición*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Murcia, Murcia, 1978, p. 23.

partida sendos informes de Bases presentados por dos prestigiosos profesores: CUELLO CALÓN y SÁNCHEZ-TEJERINA, siendo las de éste último las definitivamente aprobadas. Tras un largo periplo pasando por las manos de distintas Comisiones y Departamentos, el Texto Refundido de Código Penal fue aprobado por el Jefe del Estado por Decreto de 23 de diciembre de 1944, siendo publicado en el BOE el 13 de enero de 1945 y rigiendo, tras veinte días desde su publicación, el 3 de febrero de 1945<sup>263</sup>.

En lo que respecta a los textos legales que fueron tomados como referencia o fuente de inspiración, no existe la más mínima duda en el seno de la doctrina. Se afirma unánimemente que estamos ante una reforma provisional más, como tantas otras que ya se han efectuado, del Código “maestro” de 1870, el cual a su vez, escondía la música de la obra legislativa de 1848<sup>264</sup>. A esta afirmación basta añadirle dos precisiones. En primer lugar, siendo tan lejano su antecedente y habiéndose respetado de éste sus líneas fundamentales, cabe sospechar que su técnica será anticuada y notable su alejamiento en muchos extremos de la realidad social a la que se impone<sup>265</sup>. Y en segundo lugar, debemos mencionar la especial conexión que se detecta entre este texto refundido y el otro texto penal gestado en un periodo de represión de libertades, como fue el Código Penal de 1928, que ha servido como modelo para el actual cuerpo de normas penales en materia de delitos religiosos, depurando aquellas disposiciones que apenas condujeran tíbiamente a la secularización del principio moral<sup>266</sup>.

El espíritu del texto refundido o el móvil que gobernó la actuación del legislador fue la creación de un texto penal que, a modo de espejo, mostrara el rostro del “Nuevo Estado”, siendo sus facciones los nuevos postulados sobre los que se asentaba el régimen naciente, en el plano social, moral-religioso y político<sup>267</sup>. Es el mismo

---

<sup>263</sup> CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946, p.14.

<sup>264</sup> Entre muchos otros, CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 143; LASSO GAITE, J. F.: *Crónica ...*, op. cit., p. 843; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado ...*, op. cit., p. 624; SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 256; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 121.

<sup>265</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos ...*, op. cit., p. 1176.

<sup>266</sup> DEL ROSAL, J.: *Principios ...*, op. cit., p. 425.

<sup>267</sup> Insiste en esta idea DEL ROSAL, J.: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2ª ed., Imprenta de la Exma. Diputación de Valladolid, Valladolid, 1953, p. 139, afirmando que “el pensamiento penal es expresión fidelísima de una situación histórico-política determinada. De suerte que en ningún

legislador el que nos suministra las claves para desentrañar los ejes de la reforma y los objetivos perseguidos:

- a) por lo que a la parte técnica se refiere, el legislador se planteó “depurar erratas, antinomias y errores técnicos, evitando extranjerismos de lenguaje”<sup>268</sup>;
- b) en el terreno de los cambios políticos, los autores coinciden en la dirección represiva tomada por el legislador de 1944, siendo el texto punitivo expresión del Derecho penal autoritario (más cercano al fascismo italiano que al nazismo), entonces en auge en Europa, tal y como se advierte en la severidad de las penas, la acentuación de la prevención general -inclusión de la pena de muerte en las escalas penales, aunque nunca como pena única- y en la inspiración política de la regulación de los delitos contra la seguridad interior y exterior del Estado<sup>269</sup>;
- c) por último, en lo que se refiere al tercer plano de las reformas, el de los valores sociales y morales, el legislador imprime un barniz católico a toda la regulación penal tal y como reconoce en la Exposición de Motivos del texto legal, aseverando que “el Código de delitos y penas y la Ley de Prisiones significan el amparo de la Autoridad para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la Ley para los que se aparten de las reglas de moralidad y rectitud que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del cristianismo y el sentido católico de la vida”<sup>270</sup>.

En su habitual tono complaciente con los textos surgidos bajo regímenes dictatoriales, PUIG PEÑA afirma que la mayoría de las reformas introducidas por el

---

otro Derecho, como en el penal, se refleja de modo más nítido las peculiaridades culturales, éticas, religiosas y políticas, puesto que los preceptos incriminadores defienden valores de esas clases, de inexcusable existencia para el quehacer de la vida personal y comunitaria”.

<sup>268</sup> Sobre estas cuestiones, más ampliamente, FERNÁNDEZ BARRUTIA, J.: *Datos prácticos sobre el Código Penal de 1944. Exposición y breve comentario de las reformas del cuerpo legal no aludidas en su preámbulo. Cuadro de correspondencia de su articulado. Esquema comparativo de penalidad*, Imprenta Viuda del Juan Pueyo, Madrid, 1945, pp. 44 y 45; DEL ROSAL, J.: *Principios ...*, op. cit., p. 425; y el mismo autor en *La personalidad ...*, op. cit., p. 153.

<sup>269</sup> Entre otros, PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 123; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 145; y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUÉLA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, p. 1177; DEL ROSAL, J.: “Ideas histórico-dogmáticas del Código Penal de 1944 (Doctrina general y especial)”, *Información Jurídica*, 54, noviembre (1947), p. 15.

<sup>270</sup> Manifestaciones de este planteamiento legislativo son los delitos emergentes de adulterio y amancebamiento, de uxoricidio, de abandono de familia, así como la modificación del régimen de los delitos de estupro y rapto. Y, sin duda, con carácter general, el mejor ejemplo de esta actitud moralizante es la novedosa tipificación de los delitos contra la Religión Católica (arts. 205 a 212).

Código Penal de 1944 son dignas de alabanza, aunque otras merezcan severa censura. Tampoco nos sorprende el tono duro y crítico de JIMÉNEZ DE ASÚA, quien reprocha a este texto, “que sojuzga a España”, su origen radicalmente ilegítimo, su ostentosa orientación a proteger, así como el avieso designio de sus más sonadas reformas<sup>271</sup>. Quizá menos influido por consideraciones políticas y reacciones algo viscerales, un tercer sector doctrinal defiende una opinión intermedia que reprocha incorrecciones de estilo, defectos de contenido, faltas de equilibrio al contemplar y sancionar determinadas conductas, lagunas, y agravamiento de la penalidad en numerosos delitos, al tiempo que admite otros aciertos como el desembarco del sistema de redención de penas por trabajo<sup>272</sup>, los avances en prevención especial o la eliminación de la pena de muerte como pena única<sup>273</sup>.

## 10.2.2 Los delitos contra el honor

Los delitos contra el honor se regulaban en el texto refundido de 1944 en el Título X del Libro II. Siguiendo la división tradicional de los atentados contra la honra, el Código distinguía entre calumnia (arts. 453 a 456), la injuria (arts. 457 a 461) y las disposiciones generales y comunes a ambas figuras delictivas (arts. 462 a 467).

Como si fuera un *déjà vu*, los comentaristas del Código Penal justifican la existencia de los delitos contra el honor en estos términos: el honor es un bien jurídico merecedor de tutela jurídico-penal en la medida en que el ser humano vive en

---

<sup>271</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 126; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: ..., op. cit., pp. 626 y 627. Por ser un duro Código dirigido a proteger exacerbadamente las retrógradas ideas políticas, religiosas y sociales de una determinada clase social, se posicionan visiblemente en contra del texto, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: ..., op. cit., p. 1176.

<sup>272</sup> Este sistema es una de las innovaciones más originales del texto penal, generalmente aplaudida por la doctrina. Siguiendo la definición de MÉNDEZ CASTRILLÓN, G.: “Un aspecto de la reforma del Código Penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1, abril (1945), p. 47, dicho sistema puede concebirse como “institución por medio de la cual se hace del trabajo el eje de nuestro sistema penitenciario que, aplicado a los condenados a penas privativas de libertad, establece a favor de éstos una compensación de tipo económico y otra en orden a la redención o reducción de su pena, ambas en proporción al trabajo realizado”. Alaba efusivamente esta propuesta que califica de innovación fundamentalísima del Código Penal y una obra genuinamente española ( “este sistema es creación personal del Caudillo, que lo impulsa, lo vigila y lo sigue día a día y hora a hora con cariño e interés de padre, DÍEZ ECHARRI, D. E.: “Un nuevo sistema dentro del régimen Penitenciario: La Redención de las Penas por el Trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1, abril (1945), pp. 63 y 64.

<sup>273</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 117 y 118; DEL ROSAL, J.: *La personalidad ...*, op. cit., p. 160; CERESO MIR, J.: ..., op. cit., p. 146.

comunidad y necesita que el concepto o valoración que los demás tengan de él sea positiva, para así acrecentar sus posibilidades de interacción social y de autorrealización. En este contexto de enjuiciamiento social del comportamiento individual, los ataques contra el honor han de ser reprimidos porque merman las opciones de desarrollo de la personalidad humana en el grupo; así, el sujeto espera del Estado que le garantice dicha protección a ese patrimonio moral o espiritual que es el honor, dado que en ausencia de tutela pública buscará el afianzamiento de su reputación a través de la venganza privada<sup>274</sup>. En fin, bien podría parecer que lo expuesto es una justificación propia de otras épocas, de otros tiempos, pero sencillamente es la conciencia social que vuelve a los valores y consideraciones más tradicionales.

Por lo demás y todavía con carácter meramente introductorio, podemos indicar que los delitos contra el honor siguen catalogándose como delitos privados, de tal modo que nadie será penado por delitos de injurias o calumnias sino en virtud de querrela del ofendido (art. 467); la privacidad de estos delitos se refuerza con lo dispuesto por el art. 467.4º, según el cual el culpable de injuria o calumnia contra particulares quedará relevado de la pena impuesta mediante el perdón de la parte ofendida (consecuencia lógica del absoluto dominio procesal concedido al querellante); así mismo, el perfil privado de estas figuras también conecta con el artículo 122, en cuya virtud la responsabilidad penal se extingue por perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delito solamente perseguible mediante denuncia o querrela del agraviado. Todo ello no hace sino reforzar la posición de privilegio de que disfruta el particular en el entorno de los delitos contra el honor, en tanto él decide con el ejercicio de la acción penal que se active la maquinaria judicial para castigar el ataque a su honor, y también marca con la concesión de su perdón el archivo de la causa<sup>275</sup>.

---

<sup>274</sup> SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho Penal Español. Parte especial: los delitos y las faltas en particular y sus penas*, Tomo II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1945, p. 290; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1150; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Tomo II, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946, p. 100.

<sup>275</sup> Con acierto QUINTANO RIPOLLÉS insiste en este aspecto declarando que se hace “del particular Juez único e inapelable para valorar *ab initio* el menoscabo de su propio honor, aunque la decisión definitiva de reproche, esto es, de culpabilidad, quede naturalmente encomendada al Juzgador”: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1152.

### 10.2.2.1 Calumnias

Ya nos hemos referido antes a la escasa originalidad del texto de 1944; consecuentemente, ese defecto se siente también en la regulación del delito de calumnia que no presenta ningún cambio, ni sustancial ni adjetivo, respecto del régimen precedente de 1932, lo que no es óbice para que ya la definición legal de calumnia, presente en el artículo 453 (“la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”), sea objeto de discusión y crítica por parte de la doctrina; unos, reprochan que se trata de un enunciado inexacto porque su tenor también es predicable, sin mayor apreciaciones, de la acusación falsa, distinguiéndose de la calumnia en que aquella ha de perpetrarse ante funcionario administrativo o judicial; además, es una definición incompleta porque nada dice sobre el elemento psicológico, esto es, sobre el *animus*. QUINTANO va más allá y critica la propia inclusión sistemática del delito de calumnia en el capítulo de los delitos contra el honor, debiendo ser un delito contra la Administración de Justicia, como sucede en otros países, circunstancia que aplaude el autor<sup>276</sup>.

A partir de la tipificación de la calumnia, se puede proceder con la descripción de sus características o elementos básicos, advirtiendo nuevamente que no hay novedades en el régimen de las calumnias. En primer lugar, es requisito para la apreciación de la calumnia que exista una falsa atribución en nombre propio a otra persona de la comisión de un hecho, de forma precisa, concreta y determinada. Estamos ante el elemento material u objetivo<sup>277</sup>. A su vez, derivada obligada de esta afirmación previa es la posibilidad a favor del acusado de contrarrestar la presunción que pesa sobre él conforme a la cual la imputación efectuada no es verdadera mientras no se pruebe lo contrario, debiendo responder ante la justicia como reo de calumnia. Lo mismo puede predicarse, en sentido positivo, a raíz del art. 456, cuyo tenor literal dispone que “el acusado de calumnia quedará exento de pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. Una y otra son las dos perspectivas que se pueden adoptar para analizar la cuestión de la *exceptio veritatis* en el delito de calumnias. Una

---

<sup>276</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 102; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1180.

<sup>277</sup> DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., *et al.*: *Código Penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1964, p. 581.

vez acreditada la imputación, su naturaleza delictiva y la relativa concreción de la persona a quien se dirige, se presume su falsedad en virtud del principio universal de que toda persona se considera inocente hasta que no se haya probado su culpabilidad<sup>278</sup>, objetivo que quedaría acreditado si el presunto calumniador, en uso de su facultad de prueba de la verdad, demostrase la certeza de la imputación realizada. De lo expuesto puede inferirse que la razón de ser de la *exceptio veritatis* reside en el interés mayor o superior de la justicia<sup>279</sup> que exige desenmascarar a los delincuentes, aunque sea con sacrificio del derecho del particular a reservar en el ámbito de su privacidad determinadas informaciones relativas a su vida privada<sup>280</sup>.

En segundo lugar, como viene siendo habitual, la imputación ha de tener por objeto un delito perseguible de oficio. Ello conlleva dos supuestos de restricción de la calumnia: por un lado, la imputación de una falta no puede dar lugar a un delito de calumnias, aunque sí de injurias si la actuación se guiara por un propósito de desacreditar o deshonar a alguien; y por otro, ha de atribuirse un delito perseguible de oficio, no de carácter privado, en cuyo caso nos situaríamos nuevamente ante un supuesto de injurias. En el otro lado de la balanza, la calumnia amplía su ámbito de aplicación teniendo en cuenta que la imputación no exige completa corrección jurídica (aunque sí debe hacerse de forma precisa), ni ha de ser a título de autor, pues las demás formas de coparticipación también son delictivas y perseguibles de oficio<sup>281</sup>.

Finalmente, el tercer elemento del delito de calumnias, si bien no expresamente indicado en la definición legal, es el elemento psicológico o espiritual, esto es, ánimo de infamar. Sobre este componente apuntan los comentaristas del Código de 1944 que se cierne un debate, cuyo punto central es si basta un dolo genérico o es preciso un claro y

---

<sup>278</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1217; CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal y Leyes Penales Especiales*, Bosch, Barcelona, 1963, p. 422.

<sup>279</sup> SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., p. 298.

<sup>280</sup> En este punto, QUINTANO y PUIG PEÑA advierten de un uso manipulado de la prueba de la verdad consistente en imputar repetidas veces, con respeto a la verdad, la comisión de un delito, buscando, en última instancia, la deshonra ajena, y aprovechando que al poderse probar la certeza de la imputación, la actuación resultará siempre impune a pesar del innegable objetivo de desacreditar o menospreciar a otro. Por ello, proponen restringir la posibilidad de la *exceptio* cuando la calumnia se ha cometido con intención malévola, aun siendo verdadera la imputación (así PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 103), o reducir su eficacia a una sola vez, entendiéndose que al reiterarse el aserto ya valorado como verdadero puede recibir una nueva desvalorización como injuria si persiguere una nueva finalidad deshonrosa (QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1306).

<sup>281</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 105.



terminante propósito de vulnerar el bien jurídico honor para poder apreciar el delito de calumnias. A esa polémica contribuía además la propia jurisprudencia que se manifestaba vacilante, admitiendo en un primer momento la suficiencia del dolo en un grado mínimo que se concreta en el conocimiento de la falsedad de la imputación, no siendo imprescindible en la calumnia al ánimo de menospreciar o el propósito difamatorio (Sentencia de 5 de enero de 1933<sup>282</sup>); otras sentencias posteriores acentuaron este debate; así, una de 1955 defendía que no es necesario en la calumnia atender, como en la injuria, al propósito difamatorio, mientras que otra de 1956 sostenía que “el propósito de deshonor es dolo específico común a los delitos de calumnia e injuria”. Sobre este particular, tanto SÁNCHEZ-TEJERINA como QUINTANO se muestran partidarios de la segunda tesis, sosteniendo que el dolo específico es un elemento impuesto por la propia definición de calumnia, inherente, por tanto, a la esencia del delito como un elemento subjetivo del tipo. Por el contrario, DEL ROSAL rechaza la doctrina del dolo específico, bastando para la calificación por calumnia que el hecho sea voluntario, dado el carácter objetivo de la infracción<sup>283</sup>.

Examinados los requisitos básicos de la calumnia, resta por comentar la clasificación que de esta figura, en consonancia con la tradición histórica, contempla el Código. Desde este punto de vista, el texto distingue entre calumnia y calumnia cualificada o agravada, siendo ésta segunda, de acuerdo con el art. 454, la que se propague por escrito y con publicidad, circunstancias que han de concurrir simultáneamente para subsumir la conducta en el tipo del art. 454 (correspondiendo pena de prisión menor y pena de multa), pues de lo contrario, estaríamos ante un delito de calumnias simple o básico (castigado con pena de arresto mayor y pena de multa)<sup>284</sup>. El criterio para situar una acción concreta bajo el paraguas de uno u otro precepto es

---

<sup>282</sup> “Considerando que si en el delito de injurias es necesario el fin de deshonor, descrédito o menosprecio a la víctima, en la calumnia no ha expresado la ley esta finalidad, y que ha destacado por la doctrina de esta Sala el carácter objetivo de la infracción, que consiste en la falsa imputación de un delito perseguible de oficio, independientemente de los móviles con que haya sido realizada”.

<sup>283</sup> SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 294 y 295; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1270 y 1271; DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., et al.: *Código ...*, op. cit., pp. 582 y 583.

<sup>284</sup> Ha desaparecido, por tanto, el tradicional criterio que diferenciaba las calumnias en atención a la entidad del delito imputado, siendo grave la calumnia consistente en la atribución falsa de un delito grave, y leve la que hiciera lo propio con un delito leve. Dicha supresión responde a la eliminación, con carácter general, de la distinción entre delito grave y menos grave de los textos punitivos previos. Por otro lado, el criterio del texto refundido de 1944 sigue la línea marcada por el Código Penal de 1932 exigiendo la concurrencia cumulativa de los requisitos de publicidad y escritura para apreciar la modalidad agravada de la calumnia, distanciándose., de este modo, del Código de 1928.

suministrado por el artículo 463, cuyo tenor literal dice así: “la calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografiados o gravados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas”<sup>285</sup>. La modalidad agravada recuerda a la figura del *libelo famoso* y responde al hecho de que con publicidad, la difamación del agraviado es mayor y revela una mayor frialdad de ánimo y reflexión, así como máxima eficacia potencial y perdurabilidad, conforme al viejo aforismo “*verba volant, scripta manent*”<sup>286</sup>.

#### 10.2.2.2 Injurias

Si nulos son los cambios en el régimen de la calumnia, también casi inalterado permanece el de las injurias, salvo por un pequeño cambio en la regulación de la prueba de la verdad, que añade una excepción a la regla general de prohibición de esta figura como se analizará más adelante. Por lo pronto, el art. 457 consagra la misma definición legal de injuria que textos pretéritos: “expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”. Sobre esta base, sostiene DEL ROSAL que la lesión jurídica que reprime la ley no está en la desvaloración en el concepto ajeno de la reputación del injuriado, sino en el ataque al concepto propio, ya que la divulgación y publicidad no es nota esencial de este delito cuya falta haga perder el carácter delictivo al hecho<sup>287</sup>.

A partir del tenor literal, los elementos constitutivos del delito de injurias son tres. En cuanto al primero, elemento material es la expresión que se profiere o acción que se ejecuta, de donde se deriva la distinción de injuria real (como bofetada,

<sup>285</sup> La publicidad tiene que ser abarcada por la mente del culpable y haber sido buscada para perpetrar el hecho de modo que la afrenta tenga la mayor difusión posible (Sentencia de 29 de enero de 1946).

Por otra parte, el requisito de la comunicación del escrito injurioso a más de diez personas responde a la exigencia legal de una difusión de la injuria como determinante de la posibilidad de formar un estado de opinión difamatorio que sirva para aumentar la trascendencia de la ofensa y del descrédito o menosprecio que representa (Sentencia de febrero de 1957).

<sup>286</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 106. Advierte QUINTANO RIPOLLÉS que la referida exigencia copulativa de ambas condiciones queda en entredicho a la luz de lo dispuesto por el art. 463. prr 2º, que asimila a calumnia propagada por escrito y con publicidad, la calumnia emitida ante un concurso de personas, o por discursos, o gritos, o por radiodifusión, concediendo de este modo a lo publicitario, independientemente de la forma escrita, una trascendencia autónoma que contradice lo sentado en dichos preceptos. Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1223 y 1224.

<sup>287</sup> DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., et al.: *Código ...*, op. cit., pp. 584 y 585.

escupitajo) y la injuria verbal (insulto). Como apuntan PUIG PEÑA y SÁNCHEZ-TEJERINA, no disponiendo la ley un catálogo de expresiones injuriosas, se confiará al juzgador el alcance concreto de las palabras, fijándose no sólo en el valor gramatical de las mismas, que pueden tener significados totalmente distintos, sino atendiendo además a las circunstancias del lugar y tiempo, ocasión, tendencia y sentido en que se vertieran. En segundo lugar, el elemento personal es el sujeto pasivo: la injuria se comete en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, lo que incluye también a las personas jurídicas en la medida en que las sociedades no son entidades abstractas a quienes no afectan los atentados contra el honor y en que tales ataques pueden trascender a los individuos que las dirigen y representan<sup>288</sup>.

Finalmente, el elemento psicológico viene representado por el *animus iniuriandi*, que constituye uno de los elementos subjetivos del tipo que integra el dolo específico de la figura de la injuria, y que toma un carácter principal y esencial en la apreciación de dicho delito. Es el requisito esencial que caracteriza y da vida a este delito (Sentencia de 25 de mayo de 1944). Este *animus* que se conecta con el propósito u objetivo del autor, es fundamental y alude al propósito del autor, el cual debe ser supuesto, por regla general, a menos que se pruebe lo contrario, en consonancia la nota de “voluntariedad” que predicaba el art.1 en relación con toda acción delictiva. En conexión con lo anterior puede afirmarse que rige el principio de ofensividad inicial de la injuria<sup>289</sup>.

En torno al elemento del ánimo infamante se ha desarrollado una extensa doctrina según la cual este *animus* llega a desaparecer en los supuestos en que el sujeto consigue acreditar que el afán que motivó su conducta no perseguía un propósito difamatorio de otra persona, sino otros ánimos cuya concurrencia excluyen o “desplazan” al *animus iniuriandi*. Se trata, no obstante, de una doctrina débil, incierta e insegura, pues en su virtud todo termina reduciéndose al campo de las valoraciones

---

<sup>288</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 110 y 111; SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 296 y 299; DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., et al.: *Código ...*, op. cit., p. 585. No obstante, no es preciso que en el momento de consumación del delito, la injuria se concrete ya en una persona, siempre que ésta pueda ser determinada posteriormente: SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., p. 295; DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., et al.: *Código ...*, op. cit., p. 585; CUELLO CALÓN, E.: *Código ...*, op. cit., p. 422.

<sup>289</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1217 y 1218; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 112; SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 295 y 296; CUELLO CALÓN, E.: *Código ...*, op. cit., p. 426.

comparativas (discutibles y subjetivas por naturaleza) dado que resulta en la práctica casi imposible no sólo probar la existencia conjunta de dos *animi*, sino “la neta prevalencia del no antijurídico con vigor suficiente como para anular el infamatorio”<sup>290</sup>; esto advertido, debemos reconocer al mismo tiempo que esta doctrina ha subsistido hasta hace poco tiempo. Sobre esta base, se distinguen distintos ánimos:

- a) el ánimo de corregir (*corrigendi*) o enmendar a alguien, que puede justificar la comisión de una injuria, aunque cuando la corrección se impone por vía de sanciones contempladas por nuestro ordenamiento, no existe ilicitud pues está legalmente amparada<sup>291</sup>; por ello el recurso al *animus corrigendi* para desplazar al *iniuriandi* y liberarse de la pena por injurias apenas encuentra respaldo en la jurisprudencia, como tampoco el *animus iocandi* o de bromear;
- b) los ánimos de aconsejar (*consolandi* o *consulendi*) y de narrar (*narrandi*), por su parte, no excluyen la injuria, pero la ponen en duda, aunque por regla general, volatilizan el dolo<sup>292</sup>;
- c) también el *animus defendendi* puede prevalecer sobre el infamante cuando debidamente se acredite que el propósito era defenderse de ataques o imputaciones ajenas que podían hacer sucumbir las conductas propias o ajenas, preservándolas por medio de frases objetivamente injuriosas<sup>293</sup>;
- d) el *animus criticandi*, que responde a la necesidad de que haya libertad en la crítica literaria y científica. El debate atinente a este ánimo de la conducta estriba en un complicado movimiento pendular que indica QUINTANO RIPOLLÉS: “un excesivo rigor en la materia sería susceptible de anquilosar la vida social, política y científica o artística, sin embargo, la laxitud haría ilusoria toda tutela jurídico-

---

<sup>290</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1276.

<sup>291</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1286.

<sup>292</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 113. Añade QUINTANO que la operabilidad exculpatoria del *animus narrandi* para anular la propia del *infamandi* suele reconocerse en manifestaciones hechas a requerimiento de autoridades, o bien testificalmente para su ilustración; verificadas, por tanto, en cumplimiento de un deber, salvo en caso de probada malicia: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1281. DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., *et al.*: *Código ...*, op. cit., p. 587; CUELLO CALÓN, E.: *Código ...*, op. cit., p. 428.

<sup>293</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1278.

penal del honor, ya que el camino de la crítica puede llevar a las metas de deshonra más eficaces y odiosas, precisamente por lo hipócritas y solapadas”<sup>294</sup>. Por ello, tal crítica debe ser máxima en lo político, a favor de la discusión abierta, aun cuando la crítica “hiera el amor propio del autor” de tales actos, siempre que no menoscaben su crédito y honra, pues en tal caso se sobrepasarían los límites de cultura propios y aquellos que imponen el respeto del censurado<sup>295</sup>.

e) en cuanto al *animus retorquendi* (injuria que se profiere en respuesta a otra previa dirigida por la víctima de la segunda), hay dudas sobre su admisión y sobre el valor que debe concederse: ¿exculpación, atenuación, degradación del delito a falta?<sup>296</sup>; aventuraba PUIG PEÑA que la doctrina jurisprudencial resolvería las dudas que albergaba todavía optando por reconocer a la retorsión un solo valor atenuante<sup>297</sup>.

Zanjada la cuestión de los elementos del delito de injurias, es tiempo de estudiar su clasificación, que se construye sobre los mismos pilares que en ediciones precedentes del Código Penal. La injuria grave de conformidad con el art. 458 presenta una tipología que distingue cuatro clases: 1º: La imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio<sup>298</sup>; 2º. La de un vicio o falta de moralidad, cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado; 3º. Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas; 4º. Las que racionalmente merezcan la calificación de graves, atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor<sup>299</sup>. Estas cuatro clases de injurias graves pueden ser castigadas de forma diversa según se hagan por escrito y con publicidad (correspondiendo pena de arresto mayor o destierro y multa, *ex*

<sup>294</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1288.

<sup>295</sup> DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., *et al.*: *Código ...*, op. cit., p. 588, CUELLO CALÓN, E.: *Código ...*, op. cit., p. 427.

<sup>296</sup> Reflejan acertadamente las posiciones por las que ha transitado la doctrina jurisprudencial, DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., *et al.*: *Código ...*, op. cit., pp. 586 y 587; y CUELLO CALÓN, E.: *Código ...*, op. cit., p. 427.

<sup>297</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 114; en el mismo sentido, SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., p. 297.

<sup>298</sup> Es la modalidad llamada “injuria calumniosa” por QUINTANO RIPOLLÉS, en la medida en que posee un rasgo típico de la calumnia, cual es la imputación de un delito, aunque con la particularidad de no ser de los perseguibles de oficio. Así, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1192.

<sup>299</sup> A juicio de QUINTANO, las cláusulas número 3 y 4 de este artículo adolecen de gran indeterminación, revelando el relativismo de los conceptos injuriosos y la insuficiencia de su tenor literal: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1196.

art. 459) o sin estas condiciones (pena de destierro y multa de menor cuantía, según el art. 459. prr 2º). Por último, son injurias leves las que por sus circunstancias no puedan catalogarse como graves, admitiendo en este extremo su calificación como delito si se realizaron por escrito y con publicidad (art. 460) o como falta de injuria leve si se cometieron sin concurrir estos requisitos. También se consideran faltas las injurias que por su características y naturaleza, sean livianas (art. 586. prr 1º).

Para concluir, debemos atender a la cuestión de la prueba de la verdad, ahora en materia de injurias. Como viene siendo habitual en el texto punitivo, la *exceptio veritatis* disfruta de un reducido margen de aplicación en las injurias pues se entiende que la necesidad social y jurídica de protección del honor debe restringir la eficacia de este instituto a fin de evitar la perturbación<sup>300</sup> que para el derecho al honor y a la intimidad de las personas podría provocar la prueba o demostración de las expresiones o acciones en que ha consistido o se ha materializado la injuria, y ello aun en el caso de que tales acciones o expresiones fueran verdaderas. Así, afirma contundentemente el art. 461 que “al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones”. A la sociedad le interesa que se respete la vida privada de cada cual, y lejos de tener interés en que se conozca con escándalo, prefiere que no se divulgue<sup>301</sup>.

Sin embargo, el art. 461 contempla dos excepciones a esta prohibición general de prueba de la verdad en materia de injurias: la primera, heredada de mucho tiempo atrás, se refiere a las injurias que se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos; por su parte, la segunda, copiada del art. 631. 2º del Código Penal de 1928, autoriza la prueba de la verdad cuando el acusado de injuria tenga derecho a perseguir el delito imputado<sup>302</sup>. Tales excepciones sitúan a la regulación

---

<sup>300</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 118.

<sup>301</sup> SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho ...*, op. cit., p. 298.

<sup>302</sup> Para QUINTANO la redacción de esta disposición es criticable pues parece que su intención, no exitosamente reflejada, sería la de que la *exceptio* no operara en tales supuestos de delitos sino mediando el previo consentimiento de la presunta víctima de la imputación, lo que al menos sería lógico: QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1312.

Conviene trazar un recorrido, a modo de recuerdo, de la regulación de la prueba de la verdad en relación con las injurias consistentes en la imputación de delitos, para observar las diferencias y su proyección en el tiempo. El Código de 1870 no admitía la prueba de la verdad para las injurias salvo para el caso de los funcionarios. Recordemos, a tales efectos, la lúcida defensa de tal postura que formulaba GROIZARD (*vid. supra* Capítulo II.6.2.1); el Código gubernativo de 1928 autorizaba la *exceptio* cuando lo imputado es un delito privado (CASTEJÓN era en este caso quien asumía la labor de justificación de tal opción legislativa: *vid. supra* Capítulo II.8.2.2), igual que hace el Texto Refundido de 1944, como

española en un punto intermedio entre aquellas legislaciones que admiten la *exceptio* no sólo en los delitos de calumnias, sino en los de injurias, y aquellas otras que la restringen completamente para las injurias, apostando de esta forma por un modelo intermedio, con el que, como señala BERNALDO DE QUIRÓS, se armoniza la defensa del honor como patrimonio inalienable de todos, con la de los públicos intereses entregados a la gestión de los funcionarios<sup>303</sup>.

### **10.3 LAS REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1963 Y 1973 Y LA LEY DE PRENSA E IMPRENTA DE 1966**

Aunque la reforma parcial de 1944 se llevó a cabo conservando la esperanza de poder afrontar en el futuro a medio plazo una modificación más profunda y general del texto punitivo, este proyecto de revisión exhaustiva que siempre ha rondado la mente del legislador no encontró reflejo cierto. De este modo, las reformas a que se sometió el Código Penal de 1944 durante las décadas siguientes fueron de segundo nivel o de escaso calado. Perdura, por tanto, el esqueleto del texto de 1944, que a su vez lo toma, nada más y nada menos, que del Código Penal de 1870 e, incluso, del de 1848.

De manera sucinta, procuraremos a continuación dar cuenta de las dos reformas penales de relativa entidad que fueron llevadas a término bajo la Dictadura: la de 1963 y la de 1973, diez años después de la primera. Ninguna de las dos tuvo eco alguno en materia de delitos contra el honor, incorporando exclusivamente cambios menores en cuanto a la penalidad de estos delitos, siempre en sentido agravatorio.

#### **10.3.1 El Texto revisado de 1963**

La reforma del Código Penal de 1963 arrancó con el envío de un proyecto de revisión parcial del Código penal y otras leyes penales, remitido por el Consejo de Ministros. Dicho proyecto constaba de un preámbulo y tres artículos, conteniendo el primero de ellos un total de veinte bases que enumeraban las cuestiones que de forma

---

estamos viendo; entre ambos, el Código de 1932 nada disponía al respecto, recuperando así el criterio tradicional de no permitir la prueba de la verdad para las injurias salvo en caso de funcionarios.

<sup>303</sup> PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones ...*, op. cit., p. 118.

más urgente requerían una reforma legislativa. El proyecto fue trasladado a las Cortes para su discusión y sobre estos trabajos, se adoptó la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961. Finalmente, los decretos 168/1963 de 24 de enero y 691/1963 de 28 de marzo (éste último modificando algunos extremos del anterior) convirtieron en norma jurídica vinculante la reforma propuesta del Código Penal.

Con tan buena intención como escasa confianza en sus palabras, el legislador recordaba que una reforma profunda y general de la ley punitiva seguía ocupando un lugar preferente entre los proyectos del Ministerio. Una reforma que “con un sentido unitario y obediente a nuestro particular modo de ser, coronara la obra en nuevo Código, fruto de la evolución y de la tradición jurídico-penal, armonizado con las modernas conquistas técnicas que han ido adquiriendo carta de naturaleza en la política criminal contemporánea”. Pero en tanto llegaba esa reforma no quedaba otra opción que esperar y parchear el texto punitivo con una nueva revisión parcial del mismo<sup>304</sup>.

Las valoraciones que sobre esta reforma se han formulado están más cerca de la crítica que del aplauso. Quizá entre todos sea el más contundente DEL ROSAL, quien reprocha que el texto finalmente aprobado fuera sustancialmente distinto al que se propuso en un primer momento por la Comisión General de Codificación, éste sí más ambicioso y con algunos aspectos verdaderamente “nobles”; igualmente critica la escasa homogeneidad del objeto de regulación de los delitos contra la honestidad, que parecían más propios de una policía de buenas costumbres que de un código penal, y, en conclusión, se lamenta de haber perdido una nueva oportunidad de revisar seriamente la ley penal, emprendiéndose solamente una reforma de escaso relieve que dejaba atrás las cuestiones que requerían una mudanza completa<sup>305</sup>.

---

<sup>304</sup> Para CUELLO CALÓN esta reforma venía impuesta, en general, por las constantes mutaciones de las condiciones de vida, y, en particular, por “las transformaciones económicas, sociales, culturales, técnicas, el progreso de las Ciencias penales, las nuevas exigencias de la política criminal y de la prevención y represión de la delincuencia”<sup>304</sup>: CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 163.

DEL ROSAL, por su parte, observa también, como nosotros, que la reforma objeto de estudio no es más que un intento desesperado de seguir adaptando la legislación penal española a los nuevos tiempos, sin que de verdad se realizase el tan necesitado estudio en busca de un consenso a favor de una revisión del texto punitivo de mayor calado. Así, sostiene que con este reforma “nos dedicamos a remendar, con un espíritu de perfección imposible, los viejos cuerpos legales, llevados de un espíritu que pugna con los ademanes de renovación del dispositivo penal en la lucha contra la criminalidad”: DEL ROSAL, J.: *Tratado ...*, op. cit., p. 206.

<sup>305</sup> DEL ROSAL, J.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 214 y 215. Objeta a la reforma ser una revisión parcial que pierde “una magnífica ocasión para construir de nueva planta un Código Penal con arreglo a principios



De manera escueta, porque nada puede añadirse, podemos referirnos a las reformas operadas en el ámbito de los delitos contra el honor que reciben una ubicación sistemática algo particular en tanto dejan de ser un Título independiente, para convertirse en un capítulo (el octavo) del título de los delitos contra la honestidad, que comprende delitos tan diversos como la violación, los abusos deshonestos, la corrupción de menores, el adulterio o la prostitución. Bajando a la arena de su contenido, se mantienen sin la más mínima modificación las definiciones de los tipos básicos de injurias (art. 457: “es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”) y calumnias (art. 453: “es calumnia la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio”), las clasificaciones que distinguen entre calumnia y calumnia cualificada (arts. 454 y 455, radicando la distinción en la propagación por escrito y con publicidad), y entre injuria grave y leve (arts. 458, 459 y 460, con idéntico motivo de diferenciación). Permanece así mismo inalterado el régimen de la *exceptio veritatis*, tanto en la calumnia, otorgándole la máxima eficacia (art. 456: “el acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”), como en la injuria, en la que se restringe su operatividad, circunscribiéndola a la excepción tradicional del funcionario público y a la intermitente del delito privado (art. 461: “al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando estas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tengan derecho a perseguir el delito imputado en el caso del número 1º del artículo 458. En estos casos será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones”).

Advertido lo anterior, sólo resta por apuntar el único aspecto sujeto a revisión en estos preceptos, atinente a la agravación de las multas impuestas como pena por el delito. Así, se quintuplican los límites mínimos y máximos de las multas de los delitos de calumnia (art. 455), calumnia cualificada (art. 454), injuria grave por escrito y con publicidad (art. 459. prr 1º) e injuria grave (art. 459. prr 2º). La única modalidad delictiva que no sigue esta regla de elevación de la cuantía es la injuria leve por escrito y con publicidad, cuyo límite mínimo se multiplica por cinco y su límite máximo crece

---

uniformes y de acuerdo con las orientaciones técnicas de la doctrina y las legislaciones más avanzadas”, BUENO ARÚS, F.: “La reforma del Código Penal español, de 1963”, *Revista de estudios Penitenciarios*, 162, (julio-septiembre, 1963), p. 569.

diez veces respecto de la cantidad original prevista en el Código penal de 1944 (pasando de 10.000 pesetas a 100.000 pesetas). La reforma no afectó a las penas de naturaleza no pecuniaria por lo que se mantienen, al margen de las multas, las penas de prisión menor para la calumnia cualificada y de arresto mayor para la calumnia básica, así como las penas de arresto mayor o destierro para las injurias graves por escrito y con publicidad y la de destierro para las injurias graves no concurriendo aquellas circunstancias. Que tengamos que dedicarnos con tanto esmero a estas cuestiones pecuniarias es suficientemente ilustrativo de la escasa envergadura de la reforma operada en 1963 y de su nula incidencia en materia de delitos contra el honor.

### **10.3.2 La Ley de Prensa e Imprenta de 1966**

A fin de “lograr el máximo desarrollo y el máximo despliegue posible de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, consagrada en el artículo doce del Fuero de los Españoles, conjugando adecuadamente el ejercicio de aquella libertad con las exigencias inexcusables del bien común, de la paz social y de un recto orden de convivencia para todos los españoles”, tal y como establecía el legislador en la Exposición de motivos, se adoptó el 18 de marzo de 1966 la Ley de Prensa e Imprenta, conocida popularmente como “ley FRAGA”, ya que fue promovida por Manuel FRAGA IRIBARNE, a la sazón Ministro de Información y Turismo.

Las opiniones que ha suscitado esta Ley entre los expertos han sido por lo general ampliamente desfavorables. Aunque ciertamente representó un avance en relación con la normativa precedente de 1938, aprobada en plena Guerra Civil, especialmente por la eliminación de tres losas que estrangulaban la libertad de prensa: libertad para designar al director del periódico, supresión de la censura previa y posibilidad de participar en empresas informativas<sup>306</sup>, más allá de estos aciertos y de haber contribuido al inicio de cierto movimiento crítico entre los periodistas y los medios de comunicación que comenzaban a desarrollar su tarea informativa con más

---

<sup>306</sup> MUÑOZ, J.: “Prensa y franquismo. 'Nuevo Diario': un ejemplo de la escasa apertura de la Ley Fraga”. *Revista Latina de Comunicación Social*, 20 (1999), en línea: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/a1999eag/56nd.htm> (17/11/2013).

pluralidad y diversidad dando cabida, incluso, a un pensamiento crítico moderado<sup>307</sup>, se acepta que la ley sólo concedía a la profesión una “apariencia externa de libertad”<sup>308</sup>, estaba plagada de deficiencias y lagunas y abusaba de conceptos jurídicos indeterminados y vagos<sup>309</sup> con la clara intencionalidad de otorgar un amplio poder sancionador a la Administración, de lo cual la mejor prueba es el art. 66 de la propia ley que confería capacidad a la Administración para imponer sanciones en caso de comisión de alguna de las infracciones que la norma preveía (y que clasificaba como muy graves, art. 67, graves y leves, art. 68), sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera derivarse de esas mismas conductas si eran constitutivas de delito conforme al Código Penal. Teniendo en consideración que por Ley de 8 de abril de 1967 se efectuó una reforma del Código Penal que introducía los delitos de prensa y que incorporaba al texto penal en el art. 165.bis, b) la pena de arresto mayor y de multa a “los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información”, la potestad sancionadora y el poder represivo de la Administración crecían exponencialmente en “flagrante violación del principio “*non bis in idem*”<sup>310</sup>.

Para nuestro estudio tiene interés el artículo 2 que bajo la rúbrica “extensión del derecho”, establecía los límites al ejercicio de la libertad de prensa conforme al siguiente redactado: “la libertad de expresión y el derecho a la difusión de informaciones, reconocidas en el artículo primero, no tendrán más limitaciones que las impuestas por las leyes. Son limitaciones: el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a la Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal

---

<sup>307</sup> DAVARA TORREGO, F. J.: “Los periódicos españoles en el tardo Franquismo. Consecuencias de la nueva ley de prensa”, *Revista de Comunicación y Hombre*, 1 (2005), p. 132.

<sup>308</sup> YANES MESA, R.: “La complicada evolución de la libertad de prensa en España durante el siglo XX. Apuntes para su estudio”, *Espéculo. Revista de estudios literarios*, en línea, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/especulo/numero30/liprensa.html>, p. 7 (17/11/2013).

<sup>309</sup> GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta: un modelo de autocensura”, *Dereito*, vol. 16, 1 (2007), p. 212.

<sup>310</sup> YANES MESA, R.: “La complicada evolución ...”, *op. cit.*, p. 8; GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La Ley ...”, *op. cit.*, p. 216.

y familiar”. Como se observa, la última frase del precepto transcrito contiene una referencia al honor como límite a la libertad de prensa. No existe, sin embargo, jurisprudencia que aclare el concepto de honor personal aplicado en el ámbito de la prensa como límite al ejercicio de esta libertad; tampoco los expedientes sancionadores de la Administración aportaron información alguna sobre este extremo, limitándose, en clara ausencia de un criterio uniforme de actuación, en ocasiones a sancionar sin esperar el pronunciamiento previo del juez penal para valorar si los hechos eran también susceptibles de reproche penal (compatible con la sanción administrativa en virtud del art. 66, antes mencionado) y otras veces postergando su decisión a la actuación del tribunal penal<sup>311</sup>.

### 10.3.3 El Texto refundido de 1973

La reforma de 1973 trae por causa la Ley de 15 de noviembre de 1971, que originó el texto refundido<sup>312</sup> y que fue publicada en el BOE de 16 de noviembre de 1971. La reforma ha sido valorada, en términos generales, favorablemente. Se reconocen varios éxitos, tales como la reducción del número de disposiciones penales que permanecían fuera del texto punitivo dificultando su aplicación, una nueva orientación a favor de la rehabilitación del delincuente, la adecuación de la legislación penal española a los Convenios internacionales y la mayor tutela de la libertad religiosa<sup>313</sup>. En conclusión, fue una revisión penal dirigida a satisfacer las necesidades de adaptación de la normativa penal básica a la coyuntura técnica, social y económica del momento<sup>314</sup>.

---

<sup>311</sup> GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “Las infracciones al artículo 2.º de la Ley de Prensa”, *Revista de Administración Pública*, 69 (septiembre/diciembre de 1972), p. 172.

<sup>312</sup> Y es que la citada Ley contenía una disposición final en cuya virtud “el Gobierno, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, publicará un texto refundido del Código penal”. A dicha disposición se le dio cumplimiento, aunque con retraso, por medio del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre que llevaba por título: “Texto refundido de Código penal conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre”.

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ DE VESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho Penal Español. Parte General*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 125. Los mencionados autores únicamente reprochan algún exceso en la ampliación del arbitrio judicial, a cuyo poder se entrega la determinación de la pena en algunos delitos entre seis meses y un día y veinte años (*op. cit.*, p. 126).

<sup>314</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I (volumen I)*, 18ª ed. (revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.) Bosch, Barcelona, 1980, p. 179.

Si damos por buena aquella reflexión tendremos que asumir que el contexto general no reclamaba ninguna modificación en materia de delitos contra el honor, dado que éstos no sufrieron ningún cambio, ni siquiera en relación con la gravedad de la penalidad. No obstante, la escala de penas para los delitos contra el honor sí fue objeto de atención un año más tarde por la Ley 34/1974, de 28 de octubre (BOE de 30 de octubre de 1974), apoyándose el legislador para tal cambio en la evolución experimentada de las condiciones de vida con posterioridad a 1963 y en la necesidad de dotar a las penas de multa de mayor ejemplaridad; en cuanto a las penas no pecuniarias (es decir, las de prisión, arresto y/o destierro), se mantiene el mismo régimen plasmado en el texto refundido de 1944. Así, por lo que se refiere a los delitos contra el honor, tanto las calumnias como las injurias graves, unas y otras no propagadas por escrito o sin publicidad, duplican sus multas hasta una horquilla de 10.000 y 50.000 pesetas (artículo primero. b) 3º). El mismo criterio del duplo se aplica a las calumnias e injurias graves propagadas por escrito y con publicidad, elevándose las multas hasta las 10.000 y 100.000 pesetas (artículo primero. b) 4º). Quedan con una pena entre 10.000 y 200.000 pesetas las injurias leves propagadas por escrito y con publicidad (artículo primero. b) 5º).

## **11. LAS REFORMAS PREVIAS AL CÓDIGO PENAL DE 1995. UN PROYECTO: EL REGRESO FRUSTRADO DEL DELITO DE DIFAMACIÓN EN 1992.**

### **11.1 UNA REFORMA DESAPERCIBIDA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR**

Antes de referirnos a las reformas y proyectos de reforma de los años 80' es preciso volver la vista a una norma dictada ya bajo el primer Gobierno democrático surgido de la Transición, presidido por D. Adolfo SUÁREZ GONZÁLEZ, que introdujo diversas modificaciones en el régimen de los delitos contra el honor. Nos referimos al Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre la libertad de expresión.

Comienza este Real Decreto-Ley con una declaración de principios incuestionable, al señalar que “el derecho de todos los ciudadanos tanto a la libre

información como al respeto de su honor y de los demás derechos inherentes a la persona, es principio fundamental de todo Estado de Derecho, y, como tal, afirma su pretensión de máxima eficacia en el ordenamiento jurídico español”. Estas sencillas pero profundas líneas, sitúan el centro de atención, como nunca antes, en el conflicto entre dos derechos: el derecho al honor y el derecho a la información (contemplado desde la perspectiva de los ciudadanos, con su correlato en la libertad de información y expresión, desde la perspectiva de los periodistas o informadores). Y es comprensible que se plantee dicho conflicto de una forma tan clara justamente en este momento y no antes; téngase en cuenta que en el régimen político precedente, la libertad de expresión e información era una utopía: con un único partido y todas las instituciones políticas y sociales al servicio del poder, la libertad de expresión era, al mismo tiempo, absoluta y nula: lo primero, para los partidarios del régimen y lo segundo para los atrevidos opositores. Si aceptamos que las libertades y los derechos nunca son absolutos, sino que conviven en la realidad social con otros derechos y libertades que los restringen recíprocamente, pero no los anulan, podemos llegar a la conclusión ya apuntada de que la libertad de expresión durante la Dictadura fue un mito y una utopía. Por ello, las transformaciones políticas hacia un régimen democrático pusieron el acento, de manera prioritaria, en la libertad de expresión, auténtico pilar de los sistemas democráticos respetuosos de los derechos y libertades individuales.

En consonancia con lo anterior, el legislador de la transición comienza a construir los cimientos sobre los que se asentará el futuro debate en torno al conflicto entre libertades informativas y derechos de la personalidad. De esta forma, el Real Decreto-Ley de 1977 trata de reforzar ambos flancos desde postulados lógicos y razonables, al menos en democracia: por un lado, “se suprimen los límites que la indeterminación de los tipos o la discrecionalidad de la Administración imponían a la libertad de expresión a través de los medios informativos”; pero ello se hace, por otro lado, fortaleciendo “los instrumentos ya previstos por nuestro ordenamiento procesal para defender el honor y la fama de los particulares mediante las correspondientes acciones ante la jurisdicción ordinaria y se garantiza la correspondiente responsabilidad civil de quienes atenten contra dichos valores”.

Para alcanzar el primer objetivo, el artículo primero del Real Decreto reducía los límites de la libertad de información ejercitada por medio de impresos a las limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico con carácter general, suprimiendo las excesivas restricciones previstas en la funesta Ley de Prensa de 1966<sup>315</sup>, cuyo artículo 2, después de reconocer falsamente la libertad de expresión, la anulaba sujetándola a límites tan amplios, maleables y manipulables por un régimen dictatorial como: “el respeto a la verdad y a la moral; el acatamiento a la Ley de Principios del Movimiento Nacional y demás Leyes Fundamentales; las exigencias de la defensa Nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y la paz exterior; el debido respeto a las Instituciones y a las personas en la crítica de la acción política y administrativa; la independencia de los Tribunales, y la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar”. Términos como “verdad”, “exigencias de Defensa Nacional” o “respeto a las Instituciones y a las personas”, en manos de los funcionarios del Régimen, eran mordazas para la libertad de expresión.

Así mismo, el Real Decreto suprimía el art. 165 bis del Código Penal<sup>316</sup>, que elevaba a delito sancionado con pena de arresto mayor y multa la publicación de cualquier impreso que trasgrediera los límites previstos en la Ley de Prensa.

Finalmente, en la línea de fortalecer la libertad de información, el artículo tercero del Real Decreto incorporaba una fundamental reforma del art. 64 de la Ley de Prensa que permitía a la Administración, en caso de tener conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de delito cometido por medio de la Prensa o Imprenta, ordenar el secuestro a disposición de la autoridad judicial del impreso o publicación

---

<sup>315</sup> La ley consagraba la libertad de expresión, la libertad de creación de empresas periodísticas y la libertad de designación de los directores de las publicaciones, pero al propio tiempo, los mismos preceptos de la norma coartaban y limitaban de tal forma estas libertades que puede dudarse seriamente de la voluntad del legislador de crear una auténtica libertad de prensa y de expresión. Así, BEL MALLÉN, J. I.: “La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles”, *Documentación de las Ciencias de la Información*, 13 (1990), p. 45 (en línea: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/inf/02104210/articulos/DCIN9090110023A.PDF>; 19/07/2011).

<sup>316</sup> “Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres, contrarias a las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad, del Estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior, o que ataquen a los Principios del Movimiento Nacional o a las Leyes Fundamentales, falten al respeto debido a las instituciones o a las personas en la crítica de la acción política o administrativa, o atenten contra la independencia de los Tribunales.”

delictivos donde quiera que éstos se hallaren, así como de sus moldes para evitar la difusión; tras la modificación, la Administración conserva dicha facultad pero sujeta a varios límites, de tal modo que sólo podrá decretar el secuestro administrativo de los impresos en tres supuestos: a) cuando sean contrarios a la unidad de España; b) cuando constituyan demérito o menoscabo de la Institución Monárquica o de las personas de la Familia Real; c) cuando de cualquier forma atenten al prestigio institucional y al respeto, ante la opinión pública, de las Fuerzas Armadas<sup>317</sup>.

La otra vertiente del Real Decreto-Ley profundiza en la protección penal del derecho al honor, siendo de destacar dos novedades, que refuerzan la tutela de este bien jurídico<sup>318</sup>. En primer lugar, el artículo cuarto dispone respecto de las injurias y calumnias cometidas por escrito y con publicidad (y para las injurias livianas, de conformidad con el párrafo tercero de este mismo precepto) que “para su persecución bastará denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal”; esta disposición implica una aligeración de los requisitos para perseguir tales hechos criminales, por cuanto el art. 164, párrafo tercero del Código penal, antes de la reforma, exigía la presentación de querrela de la parte ofendida para poder proceder a la persecución de los delitos de injurias y calumnias, mientras que tras la reforma es suficiente una denuncia, con lo que ello conlleva en cuanto a los más livianos requisitos exigidos a uno y otro documento procesal para su presentación y admisión (entre otros, el deber de prestar fianza), de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, el artículo sexto de la norma que analizamos imponía una agravación de las penas previstas para delitos de calumnias e injurias graves cometidas con publicidad durante la campaña electoral con motivo u ocasión de ella, que en el caso de la calumnia cualificada permitía castigarla con la pena prevista en su grado máximo, y en el de la injuria grave con publicidad, autorizaba al juzgador a imponer la pena privativa de libertad inmediatamente superior a la prevista en el Código Penal en su grado mínimo.

---

<sup>317</sup> Hay que admitir que cualquiera de esos límites era verdaderamente amplio pues hablamos de instituciones como la Monarquía, la Familia Real y el Ejército. La referencia a “la unidad de España”, no hace sino corroborar nuestro planteamiento.

<sup>318</sup> CHISLETT, W.: *La prensa extranjera durante la Transición española, 1974-1978. Un relato personal (Documento de Trabajo número 2)*, Fundación Transición Española, Madrid, 2011, p. 26 (en línea: <http://www.transicion.org/90publicaciones/DocumentoTrabajo2.pdf>; 19/07/2011).



Aunque este Real Decreto-Ley fue derogado por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales, sus principales innovaciones se mantuvieron inalteradas. De este modo, el artículo cuatro de la citada norma dispuso que para las calumnias e injurias propagadas por escrito y con publicidad sería bastante para su persecución la mera presentación de denuncia (apartado primero), haciendo extensiva esa disposición para las injurias livianas del art. 586 (apartado tercero). Incluso incorporó la novedad de valoración judicial de la indemnización por perjuicios materiales y morales en atención a tres parámetros: la entidad del agravio, el medio de comisión del delito y la difusión del mismo (apartado quinto).

## 11.2 LAS REFORMAS PENALES DE 1983 Y 1989

Resulta evidente que los profundos y notabilísimos cambios operados por nuestro régimen político exigían una sustancial revisión de la legislación penal para hacer compatible el texto punitivo al nuevo marco de derechos y libertades. La democracia no podía dar un paso hacia su consolidación con semejante lastre a sus espaldas. La Constitución de 1978 consagraba derechos y libertades en un grado y con una extensión que no podían desplegarse efectivamente si mantenía vigencia un Código propio de tiempos de represión y negación de libertades.

De esa necesidad de adaptación del Código Penal al texto constitucional ya fue consciente el Gobierno de la Unión de Centro Democrático, que publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día 17 de enero de 1980 el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, profunda reforma del sistema punitivo español<sup>319</sup> que nunca llegó a ser discutida por el Parlamento y que, constatado el fracaso, fue retirada del debate por el Gobierno. Este Proyecto, en cuyo análisis no podemos profundizar, ha sido alabado y, al propio tiempo, vilipendiado: en el mejor de los casos, es un Código de nuestros días en el sentido más elogioso del término<sup>320</sup>, y en el peor, de forma cruda y contundente,

---

<sup>319</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 182; RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, p. 10.

<sup>320</sup> RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto ...*, op. cit., p. 10. También favorable se muestra CERESO MIR, J.: "Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en AA.VV: *La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980, p. 201.

constituye nuestra pieza más vergonzosa de nuestra no muy brillante trayectoria jurídico penal desde 1848<sup>321</sup>. No obstante, incluso los críticos reconocen que la Ponencia nombrada para su redacción se dedicó con honradez y esfuerzo a la tarea, para cuyo fin se le concedió un escaso periodo de tiempo, de tal forma que esta precipitación terminó pasando factura<sup>322</sup>.

Siguiendo a RUIZ VADILLO, el Proyecto incorporaba pocas modificaciones en materia de delitos contra el honor, pues se mantienen las definiciones básicas de la calumnia, como falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio (art. 220), y de la injuria, como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 223); del mismo modo, se persiste en las clasificaciones dentro de cada una de las dos figuras delictivas básicas y en el régimen de la *exceptio veritatis*, autorizada en sede de calumnias (art. 221), pero no en relación con las injurias, salvo en los dos casos que viene aceptándose desde 1928, salvo con el paréntesis del Código de 1932 (art. 227.1)<sup>323</sup>. Debe destacarse el acierto que suponía, al menos desde nuestra perspectiva, la propuesta de supresión de una de las categorías de injuria grave, la de las injurias que racionalmente merecieran tal calificación atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor, por cuanto tal alusión a la dignidad y estado se hacía difícilmente conciliable con los postulados básicos del principio de igualdad. No obstante las restantes modalidades de injuria se mantenían en el Proyecto, frente a las cuales nos ratificamos en nuestra consideración de farragosas y escasamente útiles. Por lo demás, resulta novedosa la eliminación de la pena de multa en las calumnias propagadas por escrito y con

---

<sup>321</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 149. Refiriéndose a ciertas críticas, apuntan QUINTERO OLIVARES Y MUÑOZ CONDE que una buena porción de las mismas respondieron a la feroz oposición política dirigida por los sectores más conservadores de nuestra sociedad y de los propios estamentos profesionales afectados (judicatura y abogacía), que veían con recelo todo lo que obligara a adaptarse a nuevas formas de concebir el derecho penal y su aplicación. Así, QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 15.

<sup>322</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup> y GÓMEZ SERRANO, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 146; también, CÓRDOBA RODA, J.: "Valoración crítica", AA.VV: *El Proyecto de Código Penal*, Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1980, p. 236.

<sup>323</sup> El autor centra su principal crítica en el rechazo de la comisión de estos delitos en su forma culposa, entendiendo que tal opción debería contemplarse en el texto, constituyendo delito aquella expresión falsa que injuria o calumnia, aunque se haya emitido imprudentemente sin intención de injuriar o calumniar. Así, RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto ...*, op. cit., p. 47.

publicidad y la posibilidad de retractación del ofensor, con la consiguiente reducción de la pena correspondiente en un grado<sup>324</sup>.

Tras el naufragio del Proyecto de 1980 y celebradas las elecciones de 1982 con victoria del Partido Socialista Obrero Español, el Gobierno comprendió al instante la necesidad de afrontar una perentoria reforma de la legislación penal para adecuar el texto punitivo por excelencia a la norma fundamental<sup>325</sup>, que ya llevaba cuatro años en vigor. A pesar del escaso tiempo con que se contó, lo cierto es que la reforma emprendida fue calificada entonces como la más amplia revisión del texto punitivo llevada a cabo desde hacía mucho tiempo<sup>326</sup>, la obertura de una legislación penal<sup>327</sup>, giro copernicano del sistema anterior<sup>328</sup>, e, incluso, el mayor hito legislativo de los últimos años<sup>329</sup>.

La reforma de 1983, que toma como punto de partida el Proyecto de 1980 y la misma Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (que resultó ser más ambiciosa que el texto de la reforma finalmente adoptada), se aprueba definitivamente como Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal. Las razones fundamentales de la actuación del legislador se evidencian en la Exposición de Motivos, afirmándose que la realidad penal y penitenciaria española padecía unos problemas que exigían la inmediata intervención legislativa a fin de solucionarlos, sin perjuicio de que a medio plazo pudiera afrontarse una revisión más profunda del texto legal. Igualmente, la reforma urgente respondía a la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento punitivo a las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho<sup>330</sup>, tales como el principio de culpabilidad y el de concreción al hecho. Además, también son ejes de la reforma, a juicio de SAINZ

---

<sup>324</sup> BEATO VÍBORA, M.: "La reforma de los delitos contra el honor: nueva configuración de los delitos de injuria y calumnia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 12-13 (1994-1995), p. 254.

<sup>325</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 277.

<sup>326</sup> COBO DEL ROSAL, M.: "Introducción", COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983 (Libro I del Código Penal)*, Tomo V-vol. 1º, Edersa, Madrid, 1983, p. 1.

<sup>327</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma ...*, op. cit., p. 17.

<sup>328</sup> MUÑOZ CONDE, F. (coord.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M.: *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 14.

<sup>329</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 285.

<sup>330</sup> Adaptación que pasaba por acabar con situaciones incompatibles con el Estado de Derecho social y democrático, como la responsabilidad objetiva, el tratamiento del error de derecho o las medidas alternativas al internamiento de los inimputables. Así, QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, p. 17.

CANTERO, la incorporación al Código punitivo de los nuevos valores encarnados en la Constitución (como la libertad religiosa derivada de la aconfesionalidad del Estado, del art. 16.3 del texto constitucional, o la libertad de sindicación y de huelga), la preocupación por trazar una frontera clara entre Derecho y Moral, la humanización del sistema de penas y la profundización en los principios de legalidad y taxatividad<sup>331</sup>.

En relación con los delitos contra el honor es preciso primero remitirnos a la Propuesta de Anteproyecto para observar cómo la reforma de 1983 aspiró a objetivos más humildes. La Propuesta de Anteproyecto de 1983 no planteaba una remoción completa del sistema de los delitos contra el honor, pero sí, al menos, algunos cambios de considerable envergadura. Y de este modo, se proponía un concepto amplio de calumnia circunscrito a la falsa imputación de un delito (art. 194), que alcanzaba pues tanto a los delitos perseguibles de oficio como a instancia de partes, desapareciendo, consiguientemente, la modalidad de injuria calumniosa -arts. 198 y 199-; llamativa era también la ampliación del ámbito de eficacia de la *exceptio veritatis* para los delitos de injurias, de conformidad con el art. 203.1 en cuya virtud “al acusado de injuria no se le admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones sino cuando éstas fueren dirigidas contra autoridades o funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o *cuando sean constitutivas de falta*”<sup>332</sup>; finalmente, merece destacarse la pena de inhabilitación para los profesionales de la información de seis meses a cuatro años, según la entidad y el daño causado<sup>333</sup>.

Frente al atrevimiento de los redactores de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, las reformas introducidas por la ley de 1983 fueron secundarias, evidenciando la menor ambición del legislador. La Ley de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal 1983 no afectó a la esencia de las figuras delictivas contra el honor, sino tan sólo a su castigo penal<sup>334</sup>. Así, con la reforma de 1983 los cambios en

---

<sup>331</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones ...*, op. cit., pp. 283 y 284.

<sup>332</sup> La cursiva es nuestra y sirve para enfatizar la extensión de la prueba de la verdad en relación con las injurias dirigidas contra funcionarios también a hechos constitutivos de faltas. La referencia a la prueba de la verdad en caso de faltas constituía, ciertamente, una novedad y una extensión de la *exceptio* en el ámbito de las injurias.

<sup>333</sup> LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma de los delitos contra el honor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 16 (1992-1993), pp. 254 y 255.

<sup>334</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que después del agravamiento de las penas operado por la Ley 39/1974, se produjo otro que elevó el límite de 10.000 pesetas para las penas de multa establecido en 278

las penas de multa aparejadas a los delitos contra el honor fueron éstos: a) las injurias graves no propagadas por escrito o sin publicidad se castigan con una multa de entre 30.000 y 150.000 pesetas (artículo quinto. b) 3º); b) con una multa que oscila entre las 30.000 y 300.000 pesetas serán castigados los reos de calumnias e injurias graves en que concurrieran publicidad y escritura (artículo quinto. b). 4º); c) finalmente, la multa por injurias leves perpetradas por escrito y con publicidad extiende sus márgenes hasta las 30.000 y 600.000 pesetas (artículo quinto. b) 5º)<sup>335</sup>. La reforma no afectó a las penas de naturaleza no pecuniaria por lo que se mantienen, al margen de las multas, las penas de arresto mayor para la calumnia básica y de prisión menor para la calumnia cualificada, así como las penas de arresto mayor o destierro para las injurias graves por escrito y con publicidad y la de destierro para las injurias graves no concurriendo aquellas circunstancias.

Con posterioridad a la reforma de 1983, se dictó Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, cuyo artículo 1 establecía el supuesto de hecho en que el derecho consagrado podía operar, en los siguientes términos: “Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”. La citada norma bordeaba el derecho al honor en tanto la inexactitud de los hechos o el perjuicio causado por su divulgación podían menoscabar su honor, pero al margen de este dato, lo cierto es que la reforma no tenía mayor incidencia penal que la de la derogación del art. 566. 1º del Código punitivo que castigaba como reo de faltas de imprenta al director de una publicación que se negara a rectificar la narración de hechos falsos o a dar una explicación sobre la misma.

La última de las reformas penales de mayor calado de la década de los ochenta fue la LO 3/1989, de 21 de junio, bautizada como Ley de actualización del Código Penal. Tenía como uno de sus objetivos nucleares la plena realización del principio de intervención mínima, que el propio legislador definía así en el Preámbulo de la norma:

---

1974 a 20.000 pesetas, cantidad que pasó a constituir la frontera entre la multa de la pena grave y la multa de la pena leve.

<sup>335</sup> BOE nº152 de 27 de junio de 1983, p. 17918. <http://www.boe.es/boe/dias/1983/06/27/pdfs/A17909-17919.pdf>

“el aparato punitivo reserva su actuación para aquellos comportamientos o conflictos cuya importancia o trascendencia no puede ser tratada adecuadamente más que con el recurso a la pena”. Para reforzar la presencia en el Código de la referida máxima jurídica se optó por la reducción de las faltas previstas en el texto legal, que constituían “un cuerpo de infracciones penales de excesiva amplitud”. Así, se practica un intenso recorte del Libro III del Código penal, suprimiendo, por ejemplo, las faltas de imprenta porque “describen conductas que, de ser realmente relevantes, pueden ser subsumidas en tipos de delito desde tiempo existentes, pero que si carecen de esa relevancia no merecen reacción punitiva alguna”. Algunas de las faltas eliminadas pasarían a ser objeto de regulación por la normativa administrativa (celebración de espectáculos sin permiso) y otras, sencillamente, se despenalizaban por no atentar contra ningún bien jurídico digno de tutela penal (baño ofensivo de las reglas de decencia). Precisamente, en el ámbito de las ofensas contra el honor, esta línea de actuación podría haber tenido repercusión suprimiendo la falta de injurias, las llamadas injurias livianas, en atención al argumento ya expuesto de que o bien el castigo de la conducta puede reconducirse a los comportamientos delictivos o bien, si ello no es posible, quizá sea porque la conducta tiene escasa entidad, en cuyo caso el principio de intervención mínima recomienda dejar dicha actuación fuera de la órbita penal, impune por tanto. Sin embargo, el propio legislador atiende a este supuesto y señala que respecto de ciertas conductas ofensivas en las que la gravedad del comportamiento depende de criterios valorativos y elementos personales y circunstanciales, conviene mantener abierto un abanico de posibilidades que pueda dar adecuada respuesta a tantas situaciones imaginables. De esta forma, la falta de injurias leves fue una de las que resistió a la criba emprendida por esta reforma.

Finalmente, la reforma persigue también la actualización y revisión de la cuantía de las penas. Esta fue la única vertiente de la revisión de 1989 que afectó al régimen de los delitos contra el honor. Conforme al agravamiento de las penas de multa que impuso la Ley 3/1989, para las injurias leves que no fueran propagadas por escrito o con publicidad (art. 459. prr 2º), la multa oscilaría entre un mínimo de 100.000 pesetas y un máximo de 500.000 pesetas (artículo decimosexto. b) 3º). Las calumnias (art. 454) y las injurias graves (art. 459. prr 1º) difundidas por escrito y con publicidad, pasaron a castigarse con una pena que abarcaba desde las 100.000 pesetas hasta 1.000.000 de pesetas (artículo decimosexto. b) 4º). Y, en último lugar, se castigarían más severamente

las injurias leves difundidas por escrito y con publicidad (art. 460), con una pena de multa de entre 100.000 y 2.000.000 pesetas (artículo decimosexto. b) 5º). Advirtamos que las penas de naturaleza no pecuniaria (prisión, arresto, destierro) se mantenían delitos contra el honor sin sufrir ningún cambio; la reforma afectó sólo, como hemos reflejado, a la cuantía de las penas de multa.

### **11.3EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992. DE NUEVO EL DELITO DE DIFAMACIÓN**

Las reformas penales de 1983 y 1989 no borraron la sensación de inadaptación de la legislación penal a los nuevos postulados políticos y sociales y en tanto seguía sin llegar la promulgación de un nuevo Código resultante de un debate sosegado, intenso y de vocación generalista, se imponía la urgencia de satisfacer esa necesidad de actualización de la legislación penal con una nueva reforma de dicho texto. En este contexto vieron la luz el Anteproyecto de Código Penal de 1992 y el posterior Proyecto de Código Penal del mismo año.

El propio legislador justificaba la necesidad de la reforma en la vetustez de Código, en el surgimiento de nuevos problemas que preocupaban a la sociedad española y en la conveniencia de la penetración en el texto punitivo del nuevo espíritu derivado de las finalidades de reeducación y reinserción de la pena. Pero como tantos otros Proyectos, a pesar de su necesidad, la disolución de las Cortes cuando todavía se hallaba en fase de discusión motivó la caída de este texto y el cese de su tramitación, si bien, dos años más tarde, con las modificaciones en forma de enmiendas que habían sido aceptadas, accedió al Congreso como Proyecto de Código Penal de 1994, alcanzando la aprobación el 8 de noviembre de 1995.

Para la elaboración del Proyecto<sup>336</sup> se acudió al Derecho comparado, a las últimas reformas de la legislación penal española, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Sala Penal del Tribunal Supremo, así como a los trabajos prelegislativos previos (Proyecto de Código Penal de 1980 y Propuesta de Anteproyecto

---

<sup>336</sup> Tarea asignada a una Comisión redactora formada por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, GARCÍA MIGUEL, GARCÍA VALDÉS -Coordinador General-, MESTRE DELGADO, PAZ RUBIO, QUINTERO OLIVARES y VIVES ANTÓN.

de nuevo Código Penal de 1983), respecto de los cuales este Proyecto de 1992 es tributario de su sistemática y de su espíritu transformador<sup>337</sup>.

El Proyecto incorpora numerosas novedades, que el legislador enumera en su Preámbulo; sin embargo, de todas ellas, centrarán nuestra atención de manera destacada las relativas a los delitos contra el honor porque, ciertamente, este texto, en sus dos fases de Anteproyecto y Proyecto, proponía un auténtico cambio en los pilares y fundamentos de la respuesta punitiva a los atentados contra el honor. Para examinar el régimen penal planteado por el legislador en 1992, analizaremos cada figura delictiva, haciendo referencia a los cambios advertidos en la redacción final del Proyecto respecto de la originaria del Anteproyecto. Esto advertido, antes de empezar conviene sentar una base fundamental por cuanto supone un vuelco del sistema tradicional en materia de delitos contra el honor: tanto el Anteproyecto, de forma expresa, como el Proyecto, encubiertamente, apuestan por una división tripartita de los delitos contra el honor, que distingue entre calumnias, injurias y la gran novedad de la difamación.

### **11.3.1 Calumnias**

El delito de calumnia asumía perfiles completamente nuevos y desconocidos hasta entonces, adelantando ciertos aspectos que han accedido a la legislación vigente. Desde esta perspectiva, el Anteproyecto definía en el art. 200, apartado primero, la calumnia como la “falsa imputación de un delito”, entendiendo por falsa “la imputación hecha con conocimiento de que no se ajusta a la verdad o manifiesto desprecio hacia la misma” (art. 200.2), y por imputación “la atribución a una persona de la comisión de un hecho susceptible de ser calificado como delito o la participación en el mismo” (art. 202). El art. 203 completaba la descripción del supuesto de hecho de la calumnia reflejando otra modalidad, consistente en la atribución falsa a otro de un hecho delictivo sobre la base de datos o informaciones no comprobados debidamente. Como aspecto novedoso merece ser destacado, igualmente, la previsión de una penalidad agravada para el supuesto de que la calumnia se cometiere reiteradamente. Por lo demás, la *exceptio veritatis* conservaba en el art. 204 su operatividad tradicional en el ámbito de

---

<sup>337</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 12 y 13.



las calumnias eximiendo de pena al que probare el hecho criminal imputado.

A partir de esta enumeración inicial de las características del delito de calumnias según el Anteproyecto, podemos proceder al estudio y comentario de las más significativas. En primer lugar, hay que señalar la extensión de la definición legal del delito, que crece hasta acoger en su seno la falsa imputación de un delito, sin mayores precisiones acerca del carácter público o privado del delito en cuestión, abandonando la tradicional vinculación de la calumnia a los delitos perseguibles de oficio (esto es, a los que dieran lugar a procedimiento de oficio, como establecía el entonces vigente art. 453 del texto punitivo). El otro elemento definatorio del supuesto de hecho de la calumnia venía suministrado por el art. 203, ya enunciado. Siguiendo con acierto el criterio del Consejo General del Poder Judicial<sup>338</sup> y de algunos autores<sup>339</sup>, el legislador terminó por suprimir esta referencia hueca en el Proyecto. Así, por ejemplo, ARMENDÁRIZ LEÓN sostenía que esta disposición estaba vacía de contenido por constituir una modalidad de calumnia sin ninguna entidad individual. GONZÁLEZ RUS, por su parte, aunque sí apreciaba distinción entre los supuestos de hecho que regulaba cada precepto, consideraba que la previsión del art. 203 era prescindible; reconocía que se trataba de planos valorativos distintos: en el caso del art. 200, se estaba ante la calumnia dolosa, esto es, el sujeto que la comete sabe que lo que imputa es falso, o, al menos, es consciente de la debilidad de la investigación y mantiene dudas sobre la certeza de lo que imputa, reconduciéndose este comportamiento al “manifiesto desprecio hacia la verdad”; por el contrario, en el supuesto del art. 203, el sujeto había de creer que lo que imputaba era verdadero. Sin embargo, aún aceptándose este punto de partida, la calumnia culposa, que es la modalidad que pretendía punir el art. 203, no alcanza entidad de las graves negligencias en la investigación, que sí son, por el contrario, los

---

<sup>338</sup> Que proponía su eliminación pues si con esa mención se quería hacer alusión a la forma imprudente o negligente de calumnia, estimaba suficiente que se transitase hacia el criterio norteamericano del “temerario desprecio hacia la verdad” (“*reckless disregard*”) en lugar del “manifiesto desprecio hacia la verdad” que figuraba en el Anteproyecto y en el Proyecto: “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal” del Consejo General del Poder Judicial, en *Código Penal (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, p. 341.

<sup>339</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia al delito de difamación a propósito de su introducción en el Anteproyecto de Código Penal de 1992”, AA.VV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 88.

únicos supuestos que merecen ser castigados por la vía del “manifiesto desprecio hacia la verdad”, por lo que la supresión del art. 203 era acertada<sup>340</sup>.

Por otro lado, debemos apuntar algunos aspectos en los que el prelegislador del Anteproyecto y el legislador del Proyecto mantuvieron un criterio coincidente: a) ambos se inclinaron por el criterio de la falsedad o inveracidad subjetiva para definir la calumnia, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano de la *actual malice*, aspecto alabado por el Consejo General del Poder Judicial<sup>341</sup>; b) así mismo, también permaneció en la versión definitiva del Proyecto, art. 206, la aclaración de que se entiende por imputación: atribución de un hecho susceptible de ser calificado como delictivo o la participación en el mismo<sup>342</sup>; c) el régimen de la *exceptio veritatis* en el Anteproyecto (art. 204) y en el Proyecto (art. 207), es idéntico y en su virtud quedarán exentos de pena quienes logren probar la certeza de las imputaciones realizadas, tanto si confiaban en dicha certeza como si dudaban de la falsedad de la información; d) mantienen el agravamiento del castigo penal para el caso de que la calumnia se propagare con publicidad (arts. 200. 2 y 3, y 204. 2 y 3, respectivamente), desapareciendo ya cualquier mención a la escritura, presente en textos punitivos pretéritos; e) conservan la novedosa referencia a la reiteración en la comisión de la calumnia, circunstancia cuya concurrencia provocaba un efecto agravatorio de la pena (art. 201 y 205, respectivamente)<sup>343</sup>.

---

<sup>340</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor”, AA.VV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 690, 691 y 699. En el mismo sentido, alegando que la disposición del art. 203 no representaba más que una tautología respecto del precepto definidor de calumnia, LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ...”, *op. cit.*, p. 278.

<sup>341</sup> “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal” del Consejo General del Poder Judicial, en *Código Penal (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, p. 340.

<sup>342</sup> GONZÁLEZ RUS, sin embargo, criticaba esta disposición pues consideraba que nada añadía a la cláusula general del art. 200, de forma que su inclusión sólo podía responder a una simple cuestión de estilo que, sin embargo, podía suscitar confusiones: GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ...”, *op. cit.*, p. 691.

<sup>343</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos de expresión ante la reforma del proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1992”, AA.VV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 241, se muestra contraria a esta innovación por cuanto, en primer lugar, la referencia a la reiteración no aparece en el marco de otras infracciones previstas en el Proyecto, y, en segundo lugar, porque al ser una circunstancia no definida por el legislador debía interpretarse en el sentido gramatical de “repetición, insistencia o redundancia”, “con lo que se corre el riesgo”, continúa la autora, “de limitar de antemano las informaciones sobre asuntos de interés general, que por su propia naturaleza necesitan realizarse de forma continuada en el tiempo” para garantizar una puntual comunicación al público de la noticia.

### 11.3.2 Difamación

La figura delictiva de la difamación es la gran protagonista del Anteproyecto de 1992 y del Proyecto, aunque en este segundo texto apareciese oculta y bajo el disfraz de una modalidad de la injuria. El art. 205 del Anteproyecto definía la difamación como la imputación maliciosa a otro de hechos que racionalmente puedan atentar contra su intimidad o perjudicar su fama, imagen, dignidad u honorabilidad. Además de disponer una penalidad más severa para la difamación que se hiciera con publicidad (art. 205.2), el Anteproyecto articulaba el régimen de la prueba de la verdad en el ámbito de la difamación autorizando la exención de pena para el difamador que probare la verdad del hecho imputado y la legitimidad de su difusión; dicha legitimidad concurriría siempre respecto de hechos relativos a personas de relevancia pública, salvo que el notorio conocimiento de tales hechos contribuyera a satisfacer intereses no conectados con el libre flujo de informaciones en una sociedad democrática o afectara al derecho a la intimidad personal o familiar del difamado (art. 205.3).

GARCÍA VALDÉS, Coordinador general de la Comisión encargada de redactar la reforma de la Parte especial, explicaba que con la previsión de esta disposición no se trataba de introducir un hecho delictivo nuevo, sino de construir un precepto penal que ya estaba en el Código penal pero de forma ambigua y difuminada: “tras la fórmula “expresión proferida” del actual artículo 457 estaba, doctrinal y jurisprudencialmente, la difamación”<sup>344</sup>. Esta circunstancia también era percibida por el Consejo General del Poder Judicial que, al contraponer la difamación del Código de 1928 a la del Anteproyecto de 1992, apuntaba cómo la nueva figura no hacía sino asumir algunas de las conductas ya prohibidas por la legislación penal vigente de 1944 bajo la denominación de la injuria, por lo que no constituía un intento de aumentar la punibilidad, a diferencia de la difamación del antiguo texto que sí sometía a la amenaza del castigo penal una conducta no tipificada hasta entonces<sup>345</sup>. Ciertamente, la lectura de un precepto penal que tipifica la difamación evocaba el recuerdo del Código de 1928, en cuyo art. 632 se castigaba también la difamación; sin embargo, aquella disposición legal

<sup>344</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 35 y 38.

<sup>345</sup> “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal” del Consejo General del Poder Judicial, en *Código Penal (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, pp. 342 y 343.

sólo puede ser invocada como antecedente de la difamación pero no como fuente de inspiración para el legislador de 1992. En este sentido, existe un elemento que distingue ambos tipos penales: la difamación de 1928 se caracterizaba por ser una maliciosa y sistemática imputación de hechos, sin embargo, la difamación propuesta en 1992 prescindía de la circunstancia de la sistematicidad para convertirse en un nuevo delito que se originaría mediante la simple atribución a otro de un solo hecho<sup>346</sup>, hasta el punto de que la reiteración se configuraba no como un elemento del tipo sino como una circunstancia agravante (art. 205.2 del Anteproyecto). Sin embargo, los intentos por romper puentes de unión con la regulación de 1928 y los argumentos para justificar la oportunidad de esta novedad legislativa fracasaron, como comprobaremos más tarde.

Parece que la intención de la Comisión redactora del Anteproyecto fue la de aproximar la legislación española a la de otros países de nuestro entorno jurídico aun cuando ello supusiera “romper con la tradicional regulación española de los delitos contra el honor”<sup>347</sup>. En este sentido, algunos sistemas de derecho comparado castigaban la imputación de hechos deshonrosos y ofensivos para la consideración de la persona, distinguiéndose esta conducta de las injurias, que en la mayor parte de aquellos sistemas jurídicos se caracterizaba por actuar sobre las expresiones o afirmaciones atentatorias o ultrajantes para el honor del sujeto. Por ello, el propósito era loable en cuanto a su voluntad de aproximación a los modelos extranjeros, y así lo reconocía el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto, advirtiendo que la punición por separado de las imputaciones de hechos deshonrosos y las expresiones ultrajantes respondía a una técnica punitiva generalizada en nuestro entorno cultural. Sin embargo, esto señalado, el Consejo terminaba admitiendo que, en la mayoría de las veces, las imputaciones de hechos vienen acompañadas de expresiones insultantes, volviéndose diabólica la distinción entre hechos y valoraciones, por lo que concluía que ante la cierta posibilidad de que, en la práctica, las dos conductas se confundieran indisolublemente, era preferible operar con una sola figura delictiva, la injuria,

---

<sup>346</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ..., *op. cit.*, pp. 239 y 240; LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ..., *op. cit.*, p. 261.

<sup>347</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma Penal. A) Contra el delito de difamación”, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 71. El mismo GIMBERNAT ORDEIG negaba la mayor al rechazar la argumentación oficial de que se pretendía acercar el Ordenamiento español a la experiencia del derecho comparado, ya que tampoco en ese ámbito había precedentes (*ib.*).

respetando así la división bipartita tradicional de la legislación penal española<sup>348</sup>.

Analizadas las razones que condujeron al prelegislador de 1992 a incluir la difamación en el Anteproyecto, corresponde examinar la respuesta que esta decisión legislativa encontró en la doctrina. Ésta fue, sin vacilaciones, negativa<sup>349</sup>. Los argumentos contrarios pueden sintetizarse en dos:

- a) Posiblemente, el motivo más destacado para rechazar la incriminación de las difamaciones guarde relación con uno de los puntos centrales que utilizaba la Comisión redactora del Anteproyecto para justificar su creación legislativa, según el cual la difamación no venía a castigar comportamientos que antes estaban impunes, sino que quería perfilar los tipos penales que ya reprimían esas conductas. Sin embargo, como han demostrado algunos autores, tal afirmación no era cierta, de tal modo que la difamación sí representaba un aumento de las conductas penadas. ARMENDÁRIZ LEÓN señala, en este sentido, que el nuevo delito de difamación extendía el castigo penal a conductas que antes resultaban impunes; tal era el caso de las imputaciones de hechos que atentaban contra la intimidad o que perjudicaban la imagen, sin llegar a ser por ello deshonorosas o atentatorias con la honorabilidad<sup>350</sup>; en sentido inverso lo explica GIMBERNAT ORDEIG: “si el art. 205 se aprobara con su actual redacción [la del Anteproyecto] pasaría a ser constitutiva de delito la revelación de hechos *no deshonorosos* referentes a la intimidad”<sup>351</sup>. De esta forma, las otrora impunes imputaciones de hechos que atentaran contra la intimidad o perjudicaran la imagen sin causar

---

<sup>348</sup> “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal” del Consejo General del Poder Judicial, en *Código Penal (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, pp. 343 y 344.

<sup>349</sup> Sirvan como ejemplo el contundente juicio al respecto de LANDROVE DÍAZ, que se explica por sí mismo: “muy pocas palabras más sobre tan discutida tipicidad. Lo que el Anteproyecto califica de difamación es, simplemente, una chapuza impresentable”: LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ..., *op. cit.*, p. 262. Otro de los autores más combativos contra esta nueva figura delictiva fue ORDEIG, E.: “La Reforma ..., *op. cit.*, p. 75, quien lo censuraba especialmente, además de por sus deficiencias, por representar “también uno de los mayores obstáculos que se oponen a la deseable promulgación de un nuevo Código Penal”. También MUÑOZ MACHADO, S.: “Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 74 (1992), p. 171; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Introducción al debate jurídico sobre la libertad de prensa”, BARBERO SANTOS, M. y DIEGO DÍAZ-SANTOS, M<sup>a</sup>. R. (coords.): *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal. VII jornadas Greco-latinas de Defensa Social*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, p. 33; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 119.

<sup>350</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ..., *op. cit.*, p. 84.

<sup>351</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma ..., *op. cit.*, p. 72.

mayor repercusión sobre el honor, se transformaban por obra del Anteproyecto de 1992 en comportamientos típicos y antijurídicos, aun cuando sigan siendo neutros desde la perspectiva del honor. Ello evidencia, por consiguiente, un apartamiento del legislador del principio de intervención mínima<sup>352</sup>, que impone evitar el recurso al Derecho penal cuando las conductas susceptibles de incriminarse no tengan la suficiente entidad o gravedad. En otras palabras, si se alega que la reforma no pretende arrojar el Derecho penal sobre conductas que antes escapaban a su sanción, sino que tan sólo se busca una mejor descripción de los tipos penales ya existentes, pero al propio tiempo se advierte que la nueva fórmula legal sí repercute sobre comportamientos que antes no estaban castigados penalmente, puede concluirse que la actuación legislativa ha sometido a castigo penal comportamientos anteriormente impunes porque no revestían la suficiente gravedad, y que, sin embargo, ahora se reprimen, constatándose, en última instancia, la vulneración del principio de intervención mínima, en tanto que, no habiéndose producido un cambio en las concepciones sociales, tales comportamientos seguían sin ser merecedores de atención por el Derecho penal.

- b) En conexión con lo anterior, la referencia a la intimidad y la imagen como bienes jurídicos dignos de protección por el delito de difamación, constituía otro problema para los críticos. Así, se apunta que tales intereses tutelables (imagen e intimidad) no debían protegerse a través de un delito incardinado en el título de los ataques contra el honor, pues ello suponía una incongruencia técnica en la medida en que estos bienes jurídicos no estaban expresamente previstos en el Título X<sup>353</sup>. Buena prueba de que se protegían bienes jurídicos distintos del honor a través de un delito contra el honor, era el hecho de que el difamador no podía liberarse de pena aun probando la certeza de los hechos imputados, cuando tales

---

<sup>352</sup> Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma ...”, *op. cit.*, p. 72, que ejemplifica el exceso de penetración del legislador penal en la realidad social castigando, por ejemplo, “que un personaje público tiene preferencia por una determinada marca de papel higiénico o que usa ropa interior estampada de flores; [...] que el político lleva peluquín, que se ha sometido a una operación de *lifting* o que tiene una pierna artificial”.

<sup>353</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ...”, *op. cit.*, p. 239; también de esta opinión, es GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ...”, *op. cit.*, pp. 694, quien sostiene que en la incriminación de la difamación debería prescindirse de la intimidad, limitándola a los aspectos relacionados con el honor y reservando los comportamientos que ofenden a la intimidad para el Título IX, dedicado a los delitos contra la intimidad y el domicilio. Y, en fin, así también GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma ...”, *op. cit.*, p. 71.

hechos afectaban a la intimidad personal o familiar del difamado (art. 205.3), pues aquella difamación que pugnara con la intimidad nunca sería legítima. En fin, que el merecimiento de pena de la conducta no procedía de un ataque al honor sino de que la imputación de hechos traspasaba los límites de la intimidad.

Todas estas reflexiones refuerzan, al mismo tiempo, el argumento anteriormente expuesto en cuya virtud el delito de difamación sí suponía la incriminación de conductas antes impunes y no una simple reformulación de los tipos penales, pues es claro que conforme al texto revisado de 1973, entonces vigente, ninguna de las figuras de los delitos contra el honor, a saber, ni las calumnias ni las injurias, protegían frente a atentados contra la intimidad (o la imagen), y en la medida en que la nueva difamación sí lo hacía, resultaba patente el aumento de las conductas castigadas penalmente<sup>354</sup>.

- c) Finalmente, después de valorar negativamente el contenido del nuevo delito, se reprocha también su confusa redacción. En la tipificación de la difamación, y en general de los delitos contra el honor, el prelegislador afirmaba haber procurado prescindir de elementos opinables, valorativos o susceptibles de interpretaciones subjetivas, acudiendo, en su lugar, a “criterios objetivantes”<sup>355</sup>. Sin embargo, un análisis pegado a la realidad revela lo contrario. El Anteproyecto de 1992 emplea los términos “maliciosamente” y “racionalmente” para tipificar el delito de difamación, conceptos que están sujetos a diversas interpretaciones, menoscabando el principio de seguridad jurídica<sup>356</sup>. También se violenta el principio de certeza al incluir como objeto de protección por la difamación el bien de la “dignidad”, un concepto demasiado amplio y abstracto “para servir de base a una tipificación mínimamente precisa y calculable”<sup>357</sup>.

---

<sup>354</sup> En este línea, advertía GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma ..., op. cit., p. 71, que “el nuevo delito de *di-famación* contiene conductas que no sólo afectan a la *fama* (honor) del sujeto pasivo, sino también a su intimidad, imagen o dignidad”.

<sup>355</sup> “Memoria del Proyecto de Ley Orgánica de 1992” del Ministerio de Justicia, en *Código Penal (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal)*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, 1992, p. 457.

<sup>356</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ..., op. cit., p. 86; defiende el mismo punto de vista, aunque en atención a otros argumentos relacionados con las teorías del dolo y de la culpabilidad, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ..., op. cit., pp. 695.

<sup>357</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma ..., op. cit., pp. 73 y 74.

Indicadas las carencias del delito de difamación, tal y como se había previsto en el art. 205 del Anteproyecto, y que fueron enérgicamente proclamadas por la doctrina y por el Consejo General del Poder Judicial, sería lógico pensar que el legislador renunciaría a la incriminación de las difamaciones en el Proyecto de 1992. Y esto es lo que parece que sucedió, a juicio de GARCÍA VALDÉS, quien apunta que el Proyecto no incluyó “el *nomen iuris* de difamación en los delitos contra el honor, volviéndose, así, al sistema legislativo bipartito”; no obstante, matiza estas palabras añadiendo que en el Proyecto se incorpora una segunda modalidad de injurias que podría bautizarse como injurias difamatorias<sup>358</sup>, con lo que deja la puerta abierta a la aceptación de que la esencia del delito de difamación del Anteproyecto seguía viva en el Proyecto.

Efectivamente, la opinión doctrinal defiende unánimemente que la desaparición del delito de difamación es sólo “aparente”<sup>359</sup>, de tal modo que la difamación sigue presente, aunque “camuflada” como modalidad específica de injuria<sup>360</sup>. Debemos concederles la razón. No hay ninguna referencia a la difamación en el Proyecto, pero su “espíritu” se deja notar en la segunda modalidad de injuria prevista en el art. 208.2.1º, cuyo tenor literal dice así: “Se considera en todo caso injuriosa: 1ª. La imputación de hechos que puedan perjudicar el crédito, imagen, dignidad u honorabilidad de otro”. Como se observa, permanecen, ahora bajo el abrigo de las injurias, los dos elementos característicos de la difamación: imputación de hechos y eventual perjuicio para crédito (fama), imagen, dignidad u honorabilidad. Los únicos cambios se refieren a la ausencia de referencias a la intimidad y a la malicia<sup>361</sup>, lo cual debe valorarse positivamente por las críticas que tales menciones recibieron y que ya hemos apuntado. Esta conclusión mantiene su validez aun cuando el art. 211.2 del Proyecto, al disciplinar el régimen de la *exceptio veritatis* en las injurias, establezca que no podrá aplicarse la prueba de la

<sup>358</sup> GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto ...*, op. cit., pp. 42 y 43.

<sup>359</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ...”, op. cit., p. 87.

<sup>360</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ...”, op. cit., p. 240. De este modo se cumplen las proféticas palabras de LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ...”, op. cit., p. 264, que después de reprochar la creación del delito de difamación por el Anteproyecto, aconsejaba su total eliminación y advertía frente al posible intento del legislador de, aparentando guiarse por la corriente mayoritaria, efectuar un simple cambio cosmético, prescindiendo de alguna terminología pero manteniendo, en definitiva, la filosofía represiva antes denunciada”. Una vez perpetrado el cambalache, el citado autor finiquita el tema afirmando que el cambio “sólo puede engañar a los más ingenuos” (op. cit., 278).

<sup>361</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ...”, op. cit., pp. 699; ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ...”, op. cit., pp. 87 y 88; y CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ...”, op. cit., p. 240. Esta última autora, sin embargo, apunta equivocadamente que el Proyecto elude cualquier alusión a la intimidad y a la imagen, pasando por alto que la imagen sigue contemplándose como uno de los blancos de ataque de la primera modalidad de injuria, según el art. 205.2.1ª.



verdad en los casos de injurias consistentes en la imputación de hechos referidos a una persona pública que afecten “a su derecho a la intimidad personal y familiar”; aunque se haga referencia a la intimidad como límite a la operatividad de la *exceptio veritatis*, no hay confusión de bienes jurídicos ya que el honor sigue siendo el interés jurídico tutelado, pero con la particularidad de que para su defensa se pone como límite la no vulneración de otro bien jurídico, la intimidad.

### 11.3.3 Injurias

La regulación del delito de injurias sufría importantes modificaciones por obra del Anteproyecto y Proyecto de Código Penal de 1992, algunas de las cuales ya han sido avanzadas al tratar la difamación, por cuanto son modalidades delictivas que se entrecruzan.

El artículo 206 del Anteproyecto definía la injuria como la expresión o calificativo innecesario y abiertamente ofensivo o vejatorio, aún cuando se profiriera con ocasión de referir un hecho cierto. El mismo tenor literal del precepto citado establecía el régimen de la prueba de la verdad en sede de injurias, reduciéndola al máximo, hasta el punto de anularla, dado que el injuriador será castigado con la misma pena tanto si el hecho es cierto como si es falso, en tanto lo definitorio de la injuria es el ataque ofensivo o vejatorio, no su adecuación a la realidad. Por lo demás, sorprende la falta de cualquier mención al supuesto de que las injurias se cometan con reiteración<sup>362</sup>, incrementando en este caso la penalidad, tal y como sucede con las calumnias, pues ya se estuviera de acuerdo o en desacuerdo con el fundamento de la reiteración, es claro que el mismo criterio debía reinar tanto para las injurias como para las calumnias.

Aunque el precepto dedicado a la injuria es breve, son trascendentales las modificaciones que incorpora respecto a las regulaciones pasadas. En primer lugar, podemos señalar que la redacción del artículo evidencia que el delito de injuria se circunscribe a los ataques a la dignidad personal, dejando a un lado los dirigidos contra la reputación social (reconducibles a la figura de la difamación que el Anteproyecto

---

<sup>362</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ..., *op. cit.*, p. 241; también, GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ..., *op. cit.*, pp. 696; LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ..., *op. cit.*, p. 265.

preveía en el art. 205, más dirigida a la fama o crédito del sujeto). En este sentido, suscribimos las palabras de GONZÁLEZ RUS cuando afirmaba que “por su formulación, el precepto parece estar orientado a la sanción de las que se han llamado injurias absolutas, lesivas, por la gravedad objetiva de los términos o expresiones utilizadas, de la dignidad personal del sujeto”<sup>363</sup>. La redacción propuesta venía a prohibir, en el ámbito de la libertad de expresión, las frases formalmente injuriosas o innecesarias a la esencia del pensamiento o idea que se manifestara<sup>364</sup>.

En conexión con lo anterior, la negación de cualquier efecto a la *exceptio veritatis* era consecuencia lógica de la concepción de la injuria como expresión innecesariamente atentatoria de la dignidad individual. Dado que lo que se castigaba no era el fondo o contenido de la expresión, sino la forma, ofensiva o vejatoria, que las expresiones vinieran referidas a hechos ciertos o falsos era irrelevante, pues el injusto de la conducta radicaba en el gratuito y grosero ataque contra la dignidad, ataque que ninguna persona, por el mero hecho de serlo, merecía sufrir, debiéndose castigar a quien lo hubiera efectuado<sup>365</sup>.

La simple lectura de la disposición que comentamos, teniendo presente la farragosa configuración de este delito en el Código Penal entonces vigente de 1973, pone de relieve el propósito simplificador que ha gobernado la actuación del prelegislador de 1992. Partiendo del planteamiento de distinguir entre imputaciones de hecho y expresiones o valoraciones, la injuria ha quedado reducida a las afirmaciones insultantes o vejatorias, reservando las calumnias a las imputaciones de hechos delictivos y las difamaciones a las imputaciones de hechos que, no siendo delictivos, pueden atentar contra la intimidad o perjudicar la fama, imagen dignidad u honorabilidad del individuo. Precisamente la limitación de la injuria a “la afirmación insultante o vejatoria” evidencia una segunda simplificación del tipo: las injurias reales, que conforme al Texto Refundido de 1944 encontraban cabida en el delito de de injurias bajo la fórmula del art. 457 “*acción ejecutada*”, quedan expulsadas del ámbito objetivo de aplicación del tipo penal; en este punto, quizá el ánimo pragmático del prelegislador

---

<sup>363</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ..., *op. cit.*”, pp. 696.

<sup>364</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ..., *op. cit.*”, p. 238.

<sup>365</sup> Contundentemente afirmaba GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto ...*, *op. cit.*, p. 36, “en la injuria, no se aceptaba, ni se puede aceptar nunca, la prueba de la verdad de las desvaloraciones o insultos”.

incurriera en un exceso pues ciertamente las injurias reales pueden constituir un ataque a la dignidad personal (nuevo bien jurídico emergente en la conducta de las injurias según las interpretaciones doctrinales expuestas) y deben ser sancionadas por la legislación penal. Por último, se constata también la desaparición de toda clasificación de la injuria que distinga entre graves y leves, como sucedía también en el Código de 1973.

Al margen de algunos reproches menores (falta de castigo para la injuria reincidente y la injuria real), la fórmula del Anteproyecto era sustancialmente correcta. Se podría apoyar o censurar, pero no cabía duda de que partía de un esquema claro: las injurias se circunscribían a expresiones, nunca a imputaciones de hecho. Y sin embargo, a pesar de esta aparente corrección, el régimen de las injurias experimentó un notable cambio en el Proyecto de 1992, si bien derivado de la desaparición formal del delito de difamación y de la necesidad de repartir las conductas por él castigadas en otros preceptos, ya que el legislador si bien renunció a introducir el delito de difamación como tal, mantuvo inamovible, por el contrario, su deseo de reprimir las conductas para las que estaba previsto. Así, en el Proyecto, las injurias vieron aumentar considerablemente su ámbito de actuación: “es injuria toda expresión proferida, o acción ejecutada, que lesione la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación” (art. 208.1); con este tenor literal, el Proyecto se aproximaba al más amplio art. 457 del texto punitivo vigente, aunque con la actualización de algunos términos: “des crédito” por “menoscabo de su fama” y “menosprecio” por “atentado contra su propia estimación”<sup>366</sup>. La extensión del concepto de injuria trae por causa también la recuperación de la cláusula “o acción ejecutada”, con lo que se vuelve a dar cabida en el ámbito de las injurias a los ataques deshonrosos consistentes en gestos o tratos vejatorios o humillantes (las injurias reales), a veces más lesivos de la dignidad incluso que el insulto o la desvaloración<sup>367</sup>.

---

<sup>366</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ..., *op. cit.*, p. 87, también cree que la antigua referencia a la “deshonra” puede equivaler a la “lesión de la dignidad de otra persona” prevista en el Proyecto 1992. Así como estamos de acuerdo con las igualaciones anteriormente señaladas, entendemos que esta última no es del todo acertada pues el concepto de honra siempre ha tenido un matiz unido a la consideración pública o la reputación, mientras que la dignidad de la persona remite, contrariamente, a la esencia del ser humano.

<sup>367</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ..., *op. cit.*, pp. 697 y 700. De esta forma, parafraseando a LANDROVE DÍAZ, “el celtibérico “corte de mangas” no pierde su rango criminal”: LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma ..., *op. cit.*, p. 266.

En tanto la descripción de la injuria ofrecida por el art. 208.1 del Proyecto era muy amplia, proseguía el segundo apartado con una especificación de lo que consideraba en todo caso injurioso: “1ª. La imputación de hechos que puedan perjudicar el crédito, imagen, dignidad y honorabilidad de otro. 2ª. Las referencias a otras personas que se realicen utilizando expresiones o calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios, aun cuando ello se produzca con ocasión de referir un hecho cierto”. Contenía, por tanto, el art. 208.2 dos modalidades de injurias: la segunda se correspondía con la definición de injuria proporcionada por el Anteproyecto, mientras que la primera no era sino el resultado de la recolocación del delito de difamación<sup>368</sup>, ahora bajo la rúbrica de injuria, por lo que bien podía hablarse de una injuria difamatoria.

Si tenemos en mente las formulaciones originales del Anteproyecto, el régimen de la prueba de la verdad de cada modalidad no cambia: la injuria básica será delictiva aunque se acredite la certeza del hecho al que se refiere, pues esta eventual veracidad no puede anular la lesión de la dignidad que ha ocasionado la injuria; la injuria difamatoria, por su parte, quedará exencionada de pena cuando el injuriador pruebe el hecho imputado siempre que sea legítima su difusión, esto es, siempre que el hecho se refiera a una persona pública y contribuya al flujo de información libre en una sociedad democrática, sin traspasar el límite de la intimidad personal y familiar del afectado (art. 211. 1 y 2). Al margen de una alteración del tenor literal del precepto respecto de su correlativo en el Anteproyecto<sup>369</sup>, el régimen de la *exceptio veritatis* permanece inalterado tanto en relación con la injuria absoluta, no teniendo ninguna operatividad, como en relación con la modalidad difamatoria, lo que evidencia, nuevamente, que la desaparición del delito de difamación sólo alcanzó a su *nomen iuris*, pero no al contenido ni al espíritu de la figura, que siguió presente bajo el resguardo de las injurias<sup>370</sup> porque, por una parte, el tipo penal de la difamación adopta una nueva denominación como modalidad alternativa de la injuria, y, por otra, el régimen de la

---

<sup>368</sup> ARMENDÁRIZ LEÓN habla de un “cambio estratégico” de situación, pero no de contenido. *Vid.*, ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: “Breve referencia ...”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>369</sup> El art. 205.3 del Anteproyecto definía difusión legítima con un requisito positivo (persona pública) y dos límites (intimidad personal y familiar, y libre flujo de información), mientras que el art. 211.2 del Proyecto lo hace por medio de dos requisitos positivos (persona pública y libre flujo de información) y un límite (intimidad personal y familiar). El cambio, ciertamente menor, es valorado positivamente, por su brevedad y precisión, por GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones ...”, *op. cit.*, p. 700.

<sup>370</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos ...”, *op. cit.*, p. 240.

prueba de la verdad de la difamación se mantiene creando *ad hoc* una excepción a la regla general de la ineficacia de la *exceptio veritatis* para las injurias, como acabamos de observar; en fin, la difamación sigue latiendo bajo la piel de la injuria.

## 12. RECAPITULACIÓN

El estudio de la regulación de los delitos contra el honor en los Códigos Penales españoles desde la perspectiva del derecho histórico, pone de manifiesto una observación inicial. No cabe duda de que los delitos contra el honor forman parte de lo que ha venido denominándose la zona nuclear del Derecho penal. Por representar ataques socialmente indeseables contra un bien jurídico básico, indispensable y personalísimo para una convivencia pacífica y ordenada, los delitos contra el honor integran, junto a otros, el corazón del Derecho Penal, circunstancia que explica su presencia inamovible en la legislación penal española desde sus inicios, con el texto punitivo de 1822. Constatado su protagonismo en el Código, el análisis histórico ha mostrado también que la regulación de los delitos contra el honor ha seguido una estructura similar en las distintas legislaciones proyectadas en el tiempo; dicha estructura ha descansado en dos figuras penales básicas: la calumnia y la injuria, aunque accidentalmente este régimen dual se ha visto alterado con la incorporación tan efímera como errática del delito de difamación.

Ya el Código Penal de 1882 consagraba sin ningún género de dudas lo afirmado antes. No es el momento de repetir el análisis detallado del régimen legal de los delitos contra el honor del Código Penal de 1822; basta con recordar aquí la diferencia esencial entre los delitos que contemplaba la legislación: mientras la calumnia (art. 699) consistía en la imputación falsa de un hecho (incluso de un hecho delictivo), la injuria (art. 703) era la imputación verdadera de un delito, vicio, culpa, mala acción o propiedad, que causa deshonor en la víctima; en un segundo nivel, la distinción entre injuria grave e injuria leve residía en que la leve tenía por objeto un acto realizado o unas palabras proferidas, mientras que la injuria grave suponía la imputación incluso de delitos o culpas, hechos que por estar desvalorados penalmente, comportaban un mayor deshonor, por lo que quien los imputaba a otra persona era castigado más severamente.

Por lo demás, el Código Penal de 1822 ya asentaba una de las notas características del régimen de los delitos contra el honor en la legislación española: el *reducido margen de eficacia o ámbito de aplicación del instituto de la prueba de la verdad*. A la *exceptio veritatis* se le negaba (casi) toda proyección aunque lo enunciado fuera cierto. La regla general era, por consiguiente, la prohibición general de la prueba de la verdad. Una norma de dicho tenor ha conocido tradicionalmente, sin embargo, ciertas *excepciones o matizaciones* en la legislación, *para reconocer efectos a la prueba de la verdad en aquellos casos en que resultara demasiado pernicioso la condena por ataque al honor aun pasando por encima de la verdad de lo imputado o afirmado*. Así, el Código de 1822 incluía excepciones en dos supuestos: a) respecto de la calumnia, se admitía la prueba de la verdad, empero no con efectos plenamente liberadores de sanción penal, sino únicamente atenuantes, imponiéndose la pena correspondiente al delito de injurias en caso de ser cierto lo afirmado (art. 710); b) en relación con las injurias, sólo quedaba autorizada la práctica de la prueba de la verdad respecto de la imputación de delito, defecto o exceso cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones (art. 707).

Los proyectos de Código Penal de los años 30 ahondaron en la configuración de la injuria como la ofensa hecha a alguien en su honor o buen nombre, fuera por hechos, signos, por escrito o de palabra, y de la calumnia como falsa imputación de defectos graves o delitos. El legislador de 1848 dio un paso cualitativamente importante en materia de injurias y calumnias con el nuevo Código Penal. De destacar son varios aspectos. El primero de ellos y el más evidente a los ojos del intérprete de las leyes es la sencillez y concisión de la regulación legal. Atrás quedaban las enjundiosas descripciones de los tipos de injurias y calumnias, presentes en el texto de 1822, que no podían concebirse sino como inocentes e infructuosos deseos de abrazar toda la realidad en una norma penal mediante la desesperante enumeración de supuestos delictivos. El avance en lo relativo a la técnica legislativa es palpable, por consiguiente. En cuanto al contenido de las conductas típicas, el legislador acuñó descripciones que se han mantenido hasta la regulación actual; así, se definía la calumnia en el Código Penal de 1848 como “imputación falsa de un delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio”, aunque actualmente se elude toda referencia a los delitos que dan lugar a procedimiento de oficio, para ampliarse esta figura hasta la imputación de cualquier

clase de delito; igualmente se introdujo la admisión general de la *exceptio veritatis* para las calumnias. La injuria permanecía, por otra lado, como “la expresión proferida, ó acción ejecutada en deshonra, descrédito, ó menosprecio de otra persona”, y seguía sujeta al restrictivo régimen de la prueba de la verdad admitida sólo respecto de los funcionarios públicos.

Cierto es que quedaban aun algunas aristas por pulir, como la excesiva penalidad prevista para estos delitos o el recurso a criterios que atentaban contra la igualdad de las personas, como la determinación de la gravedad de las injurias en atención a “la dignidad del ofendido y del ofensor (art. 370.4º); tales cambios, sin embargo, sólo podían producirse con la evolución del pensamiento social; además, legislaciones coetáneas a la nuestra presentaban los mismos defectos; este era el caso del Código austriaco, que también consideraba circunstancia agravante el que la injuria fuera dirigida por un subordinado a su superior. Precisamente, las deficiencias que estamos advirtiendo en la legislación de 1848 han pervivido durante todo el siglo XX hasta el Código de 1995, lo que evidencia la dificultad de hallar fórmulas legales más precisas.

El mérito reconocido al Código de 1848 por representar un salto cualitativo respecto del régimen anterior de 1822, casuístico hasta la extenuación e incompasivamente severo, no se repetirá con el legislador de 1928. Cabía esperar que 80 años más tarde de aquel acierto, nuevas concepciones y técnicas de tutela del honor desarrolladas por los teóricos y los prácticos hubieran podido ser incorporadas a la legislación penal, mejorando los instrumentos existentes, toda vez que la regulación legal seguía presentando deficiencias, especialmente en materia de injurias, como la farragosa y poco ilustrativa enumeración de los supuestos de injurias graves que seguía cobijando el art. 628. La calumnia, por su parte, se mantenía como la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio; siendo la falsedad de la imputación un elemento inherente a la calumnia, ésta se evaporaba cuando se probaba la certeza del delito atribuido, toda vez que en el ámbito de las calumnias la *exceptio veritatis* operaba con la máxima extensión.

No siendo suficiente lo anterior, el legislador de 1928 realizó su propia contribución y dejó huella en la historia de la codificación con la introducción de un polémico delito contra el honor: la difamación. Un punto de partida a la hora de cuestionar la oportunidad de la creación de un delito contra el honor es el de entender que el interés jurídico en cuestión que pretendía proteger, el honor, se había vuelto más vulnerable debido al aumento de ataques que contra él se dirigen. Si a ello sumamos dos circunstancias: a) que muchos de esos ataques podían proceder del ejercicio de la libertad de expresión; b) que nos situábamos históricamente en un contexto político de censura, propio de un régimen autoritario y totalitario, como son por definición las dictaduras; resulta que atando estos cabos podemos intuir que en el fondo de la voluntad del legislador se hallaba un ánimo de eliminación de las opiniones libres y críticas<sup>371</sup>. Se nos podrá achacar que los delitos contra el honor, desde otra perspectiva, pretenden proteger un bien jurídico pisoteado por una sociedad demasiado permisiva con los límites de la libertad de expresión, la cual puede llegar a desvirtuarse por el lado del exceso; sin embargo, mucha ingenuidad o, lo que es peor, voluntad de ocultar la realidad percibimos si se quiere desvincular esta actitud legislativa protectora del honor que silenciaba las opiniones de una circunstancia incontestable como es la existencia de un marco político de dictadura. Por supuesto que habrá condenados por delitos al honor que merecieran sus castigos, pero ¿alguien puede dudar que con la figura de la difamación no se situaba bajo el manto de la censura y la amenaza a los periódicos, a los informadores, a los intelectuales, a los librepensadores que sostenían opiniones enfrentadas al poder? No es casualidad que en la historia de la codificación penal española nazca el delito de difamación cuando se instaura un régimen dictatorial.

Un delito como la difamación que, a pesar de ser querido por ilustres penalistas, se definía en el Código penal de 1928 de manera ambigua y amplia, conectándolo con la concurrencia del polémico elemento del *animus iniuriandi*, en tanto se precisaba que la narración de los hechos en que consistía la información pública tendenciosa se dirigiera a desprestigiar, desacreditar o arruinar la fama o interés de otra persona, representaba un peligro y una amenaza más que una garantía para el honor. Esta tipificación conducía a admitir que acciones que aisladamente no eran constitutivas de injurias, por encuadrarse

---

<sup>371</sup> SAINZ GUERRA, en esta dirección advierte que la política represiva de la dictadura de Primo de Rivera influyó a la hora de tipificar este delito de difamación: SAINZ GUERRA, J.: *La evolución ...*, op. cit., p. 774.



en una práctica continuada pudieran ser castigadas como difamaciones, lo que es tanto como presumir que tales acciones se realizaban en el marco de un comportamiento sistemático de ataque al honor de otra persona; y ello, en última instancia, es un salto argumentativo que requiere una explicación más sólida, y no un ramplón atajo consistente en una presunción *iuris tantum*.

La legislación penal republicana de 1932 introdujo escasos cambios en forma de supresiones: a) supresión de la distinción entre calumnias y calumnias cualificadas en atención a la extinta clasificación de las infracciones en graves, leves y faltas; b) supresión de la excepción de admisión de la prueba de la verdad para las injurias consistentes en la imputación de un delito que no dé lugar a procedimiento de oficio; c) supresión de la figura delictiva de la difamación. El legislador penal por pereza, falta de originalidad o incluso por convicción (extraño pero posible), prefirió mantener en esencia las regulaciones pretéritas. Así, se mantenía un listado de injurias graves difícilmente comprensible, se hacía referencia a elementos que pugnaban claramente con el valor de la igualdad de los ciudadanos (como atender a la “dignidad” del ofendido y del ofensor, elemento que estaba presente desde 1848)... En fin, que entre tanto tiene lugar la esperada y ansiada gran reforma que se llevaba anunciando largamente, teníamos que conformarnos con una regulación conservadora y nada novedosa de los delitos contra el honor. No obstante, a favor del legislador debemos reconocer que el viento de la intrínseca incertidumbre política española de los años 30’ del siglo XX soplabla en contra de trabajos científicos profundos y concienciados. Analizar los mejores ejemplos de legislaciones extranjeras, compararlos con la regulación nacional, recoger los llamamientos jurisprudenciales y aunar los comentarios de la doctrina, era una tarea inmensa e ingente que difícilmente podía llevarse a cabo si en la mente del legislador germinaba la idea de que su esfuerzo regiría unos pocos años, hasta que un nuevo cambio de partido político, o, en el peor de los casos, un barrido del sistema político anterior y la instauración de un nuevo régimen, fueran a relegar su trabajo al olvido de las crónicas legislativas.

Llegado el texto punitivo de 1944, el régimen de los atentados contra el honor repite sus deficiencias sin atisbarse ningún intento de corregirlas; mientras tanto, las otrora virtudes no son más que recuerdos difusos de tiempos mejores. La injuria se

define como “la expresión proferida, o acción ejecutada en deshonra, descrédito, o menosprecio de otra persona”. Permanece la inútil enumeración de supuestos de injurias que han de ser calificadas como graves para ser punibles: una lista cerrada en cuanto al número de casos contemplados, pero que no podía ser más abierta si nos atenemos a su contenido. La primera modalidad de injuria grave, la consistente en la imputación de un delito no perseguible de oficio, es ciertamente la más concreta; en cuanto avanzamos a la segunda, nos asalta la indeterminación: atribución de vicio o falta de moralidad que pueda desacreditar. Y ya con la tercera y cuarta cláusulas sencillamente nos hundimos en las aguas movedizas de la retórica huera: serán graves las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias y atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor, lo merezcan, que es tanto como decir: son graves las injurias que por sus circunstancias, todas ellas, sean graves. Evidentemente. Para colmo, son injurias leves las que por sus características no sean graves. Con sus tipificaciones extensas y parcialmente estériles, el legislador sólo reforzaba el carácter circunstancial de estos delitos dado que reconocía abiertamente que son las circunstancias del caso, valoradas por el juez, las que marcarían el merecimiento de sanción penal por la conducta. Y ello conducía necesariamente a una ampliación no siempre positiva del arbitrio judicial<sup>372</sup>, pero inevitable en tanto el juez no disponía de ningún criterio legal sólido que le sirviera de referencia, sino que han de ser sus valoraciones personales, fundadas en la medida de lo posible en pautas jurídicas y culturales, las que le guiaran a la hora de condenar por delitos contra el honor. En cuanto a la *exceptio veritatis*, también seguía inalterado el restrictivo régimen conforme al cual la prueba de la verdad no se admitía en el delito de injurias, salvo en dos casos excepcionales: el primero, heredado de mucho tiempo atrás, se refería a las injurias que se dirigían contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos; por su parte, el segundo, copiado del art. 631. 2º del Código Penal de 1928, autorizaba la prueba de la verdad cuando el acusado de injuria tuviera derecho a perseguir el delito imputado.

Por lo demás, el régimen de la calumnia conservaba sus dos particularidades clásicas: la descripción típica, como “la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio” (art. 453), y la prueba de la verdad, con plena eficacia.

---

<sup>372</sup> Esta es, por ejemplo, la opinión de QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1152 y 1195. 300

Finalmente, aunque no llegara a ser derecho positivo, merece nuestra atención el Proyecto de 1992, en la medida en que anunciaba importantes cambios que afectaban a algunos de los pilares tradicionales de la regulación de los delitos contra el honor, y que tomarían forma y adquirirían vigencia definitivamente con la aprobación del Código Penal de 1995, el “Código Penal de la democracia”.

Así, la calumnia repetía el tronco de su definición típica como la “falsa imputación de un delito”; la novedad aparecía a continuación cuando se precisaba el significado de la falsedad: “imputación hecha con conocimiento de que no se ajusta a la verdad o manifiesto desprecio hacia la misma”. Esta cláusula reflejaba el esfuerzo del legislador español por acercarse a las regulaciones más avanzadas del derecho comparado, en este caso, del derecho estadounidense, por cuanto la referencia al “manifiesto desprecio hacia la verdad” no podía traer otra inspiración que la mencionada. Ahora nos conformamos con apuntar este aspecto; más adelante, cuando analicemos el contenido y significado pleno de esta expresión importada del “*Common Law*”, estaremos en mejor posición para discutir si la incorporación de tal referencia legal constituye un acierto o, por el contrario, representa la traslación un tanto precipitada de una fórmula quizá exitosa en otros regímenes jurídicos, pero no en el nuestro.

En cuanto a la injuria, el Proyecto también innovaba considerablemente y proponía la siguiente tipificación: es injuria toda expresión proferida, o acción ejecutada, que lesione la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Es la fórmula que, prácticamente en los mismos términos, ha pasado al Código actualmente vigente. A partir de esa definición se especificaban dos modalidades: “1ª. La imputación de hechos que puedan perjudicar el crédito, imagen, dignidad y honorabilidad de otro. 2ª. Las referencias a otras personas que se realicen utilizando expresiones o calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios, aun cuando ello se produzca con ocasión de referir un hecho cierto”. Precisamente, la segunda modalidad venía a dar entrada discreta al delito de difamación, cuya inclusión en una primera fase de los trabajos legislativos fue seriamente contestada

por la doctrina y los profesionales del periodismo<sup>373</sup>. Para la injuria básica, la autorización de la prueba de la verdad seguía estando vedada; respecto de la injuria difamatoria, cabía prueba de la verdad, que exoneraba de pena al injuriador siempre que imputara un hecho cuya difusión fuera legítima.

Después del examen efectuado podemos retomar las observaciones que formulamos al inicio de esta recapitulación. El régimen de los delitos contra el honor a lo largo de la historia de la codificación penal se ha caracterizado por una estructura dual levantada sobre las figuras de la injuria y la calumnia. Desde el Código de 1848, la descripción típica de estos comportamientos adquirió los rasgos básicos que los han definido hasta nuestros días. Así, el criterio elegido por el legislador español, que difiere del seguido en otras legislaciones estatales como más adelante tendremos ocasión de comprobar, es la imputación de un delito: la calumnia ha sido tradicionalmente la imputación de un delito, aunque con matizaciones que, estas sí, han ido cambiando: a) inicialmente debía ser un delito perseguible de oficio, elemento que terminó perdiéndose; b) la imputación, que según el texto de 1848 y otros posteriores, debía ser falsa, ha mutado a la imputación hecha “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Por su parte, las injurias se han caracterizado por ser ataques al honor, bien mediante expresiones que afirmaran hechos o contuvieran juicios de valor (injurias verbales), bien mediante acciones (injurias reales), pero en cualquier caso sin que lo imputado tuviera la categoría penal de delito público<sup>374</sup>. Con el paso del tiempo el legislador ha ido simplificando acertadamente las características definitorias de las injurias, eliminando subdivisiones o pautas de valoración discriminatorias y alejadas de los cánones propios de un Estado de Derecho.

En cuanto a la *exceptio veritatis*, el legislador español estableció prontamente las líneas fundamentales por las que transitaría esta cuestión. Respecto de la calumnia, en 1848 el legislador definió con vocación de permanencia el régimen de la prueba de la verdad, estableciendo la plena eficacia de la verdad a los efectos de liberar de pena al acusado de calumnia: de ser cierto el delito imputado a la víctima, el acusado de

---

<sup>373</sup> Sobre las particularidades del delito de difamación cuya incorporación se postulaba en el Proyecto de 1992, y las críticas a tal figura, ya nos extendimos antes. *Vid. supra* Capítulo II.11.3.2.

<sup>374</sup> Es importante el adjetivo “público”, esto es, delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, dado que hasta el Código Penal de 1995, la injuria acogió también la imputación de delitos privados.

calumnia no era condenado. En la calumnia, por lo tanto, la prueba de la verdad ha operado en plenitud, algo comprensible teniendo en cuenta que el objeto de la imputación calumniosa es susceptible de someterse al filtro de la *exceptio veritatis*.

Esa es la razón que explica el distinto régimen de la prueba de la verdad en sede de injurias. Cuando la injuria consiste en la emisión de juicios de valor deshonrosos, la prueba de la verdad está excluida pues tales afirmaciones no pueden ser objeto de contrastación con la realidad. Pero es la otra modalidad de injuria, consistente en la afirmación de hechos, la que mejor ilustra la actitud del legislador ante la prueba de la verdad en las injurias. Y aquí observamos que el legislador español ha optado tradicionalmente por mantener un régimen restrictivo: la regla general es la prohibición de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias, siendo por tanto indiferente que lo afirmado fuera cierto o falso, pues el ataque al honor se había producido en cualquiera de esos casos. Creemos que nadie lo expresaba con mayor claridad que GROZIARD: “una pequeña impunidad es preferible, en determinadas circunstancias, á las inevitables grandes vejaciones que ciertos procedimientos producen siempre, cuando se trata de comprobar actos solo comprendidos en el círculo de la vida privada”,<sup>375</sup>. Tal marco normativo ha conocido escasas excepciones en la historia de los Códigos Penales españoles. La primera de ellas ha estado presente, no obstante, desde el principio: ya el Código de 1822 contemplaba la posibilidad de practicar la prueba de la verdad para injurias consistentes en afirmación de hechos relativos a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. El otro supuesto excepcional ha tenido una presencia testimonial en la historia del Código Penal español: durante la breve vigencia del Código Penal gubernativo de 1928, bajo la dictadura de PRIMO DE RIVERA, y con el texto refundido de 1944 se autorizó la prueba de la verdad en las injurias cuando lo imputado fuera un delito privado, esto es, perseguible sólo a instancia de parte. En tal supuesto, quien imputaba el delito privado estando facultado para instar su persecución, quedaba absuelto si probaba la verdad de la imputación. Siendo cierto lo anterior creemos que la existencia de esta excepción a la prohibición de la prueba de la verdad no puede desconectarse de la definición tradicional del delito de calumnia como falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, dejando la imputación de delitos perseguibles a instancia de parte en el ámbito de la injuria.

---

<sup>375</sup> Más detalles sobre las opiniones de este prestigioso comentarista: *vid. supra* Capítulo II.6.2.2.

Cuando la imputación de delitos privados se recondujo a la figura de la calumnia, la excepción que estamos comentando perdía su sentido y debía desaparecer ya que en el ámbito de la calumnia cualquier delito que fuera imputado, público o privado, podía ser demostrado para eludir la condena penal.

En conclusión, siendo estas las líneas fundamentales del régimen de la prueba de la verdad podemos sostener que el legislador español, desde una perspectiva histórica, ha mantenido tradicionalmente una actitud restrictiva sobre la eficacia de la verdad a los efectos de eliminar la sanción penal. Esta postura, sin duda, contrasta con la que mantienen otros ordenamientos, paradigmáticamente el alemán, pero también el austriaco, el francés o el portugués, que vinculan el ataque al honor a la falsedad de lo imputado, atribuyendo a la verdad relevancia a efectos penales. Sobre la posición del ordenamiento español en el marco del derecho comparado ya tendremos ocasión de pronunciarnos más adelante; por ahora es suficiente con evidenciar la alineación de la norma española con aquellos sistemas jurídicos, como el italiano, que cierran el paso a la prueba de la verdad en las injurias, salvo algunas excepciones. Se trata de la clásica dicotomía entre el “modelo latino” y el “modelo alemán”.

**CAPÍTULO III.**  
**LA PROTECCIÓN DEL HONOR**  
**EN EL DERECHO EUROPEO**





## **CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN DEL HONOR EN EL DERECHO EUROPEO**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Cabría preguntarse, *a priori*, qué interés posee el estudio del derecho de la Unión Europea a los efectos de la investigación que realizamos. El derecho de la Unión Europea no puede encuadrarse ni catalogarse como derecho de un Estado ni como ordenamiento jurídico estatal, por lo que, en este sentido, no tiene cabida desde la perspectiva del derecho comparado. Por otra parte, tampoco existe una rama o sector del ordenamiento comunitario que sea estrictamente penal; es más, la competencia para legislar en numerosas materias penales todavía sigue residenciada en los Parlamentos estatales. Por ello, no podemos hablar de delitos contra el honor en el derecho de la Unión Europea ni de figuras delictivas protectoras del honor, ni podemos emplear, en general, la nomenclatura habitual en materia de delitos contra el honor que sí está a nuestra disposición cuando de los ordenamientos punitivos estatales se trata.

Llegados a este nos cuestionamos por qué conviene examinar la normativa adoptada en el seno de las instituciones europeas para la protección del honor. Y a tal pregunta hay que responder que las instancias judiciales europeas han suministrado ciertas claves en el ámbito de la protección del honor que han ejercido una influencia notabilísima en la jurisprudencia constitucional tanto de España como de otros países de nuestro entorno jurídico continental, por lo que el interés científico del derecho de la Unión Europea en materia de protección del honor está justificado. Es cierto que la tarea fundamental en la elaboración de esa jurisprudencia inspiradora es obra fundamentalmente del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, órgano judicial que no se integraba en el esqueleto institucional de la Unión Europea sino que es la instancia judicial instaurada por el Convenio Europeo de Derecho Humanos adoptado por el Consejo de Europa (organización internacional creada en Roma en 1950), con sede en Estrasburgo. Sin embargo, como veremos luego con más detalle, desde la adopción del Tratado de Lisboa y la adhesión de la Unión Europea como miembro de dicho Convenio, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo pasa a formar parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, establecido en

Luxemburgo, de forma que, en lo que a nosotros se refiere, las normas jurisprudenciales dictadas en relación con la protección del derecho al honor en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos se han incorporado al derecho de la Unión Europea.

Concretamente, la influencia europea se constata en dos aspectos determinantes de la regulación del régimen de protección del derecho al honor. Por un lado, fueron las instancias judiciales europeas las que iniciaron y consolidaron la extensión del honor a las personas jurídicas, especialmente a las empresas, ante las demandas planteadas por estas entidades reclamando la tutela de su reputación frente a informaciones difamatorias. A partir de ahí, los aplicadores del derecho estatal comenzaron a ampliar la esfera de los sujetos titulares del honor más allá de las personas físicas, superando, por tanto, los argumentos tradicionales personalistas sobre este bien jurídico. Por otro lado, a Europa también debemos un conjunto de pautas de interpretación y de resolución de conflictos entre dos derechos humanos fundamentales, como son el derecho al honor y la libertad de expresión e información. De hecho, algunas aportaciones jurisprudenciales europeas forman parte del repertorio de argumentos frecuentemente utilizados por los jueces y tribunales estatales para inclinar la balanza del lado del honor o del de la libertad de expresión.

Los aspectos anteriormente mencionados serán examinados, junto a otros, con más detalle a continuación. Ahora interesaba simplemente reflejarlos para justificar el interés del estudio del régimen jurídico europeo de protección del derecho al honor.

## **2. MARCO NORMATIVO: EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA**

La determinación del marco normativo de referencia para el estudio de la protección del honor o la reputación en Europa representa una tarea más compleja de lo que pudiera parecer *a priori*, máxime si lo comparamos con la relativa facilidad con que se identifican las normativas reguladoras del régimen jurídico del honor en cada uno de los ordenamientos estatales. Por este motivo, consideramos conveniente analizar con cierto detalle estas cuestiones previas o introductorias.

La protección de los derechos fundamentales en Europa se articula sobre un entramado normativo que descansa en dos ejes, como hemos adelantado anteriormente. En primer lugar y de modo preferente, el binomio formado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia dictada en aplicación e interpretación de dicho Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Más concretamente, en lo que a nosotros se refiere, la protección del honor en el Convenio Europeo encuentra cabida por la vía de los límites a la libertad de expresión (reconocida en el art. 10), bajo la fórmula de “protección de la reputación”. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en esta materia ha sido muy significativa, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, tal y como refleja la huella que ha imprimido en la jurisprudencia de los más altos órganos judiciales de los Estados miembros, siendo el Tribunal Constitucional español un buen ejemplo de dicha influencia. A la luz de lo anterior se comprenderá bien que las soluciones aportadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituyan la principal pauta de trabajo que guiará nuestra investigación en las páginas sucesivas.

Esto advertido, y en segundo lugar, cabría preguntarse si la Unión Europea se ha dotado de una normativa y una jurisprudencia protectoras de los derechos fundamentales en el ámbito de los países miembros. La respuesta a tal pregunta es, sin duda, positiva: el ordenamiento jurídico comunitario (integrado por el Derecho comunitario primario y el Derecho comunitario derivado) y la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aplicación e interpretación de esas disposiciones jurídicas, han contribuido de manera constante a la protección de los derechos fundamentales en el entorno comunitario; sin embargo, la influencia de aquellos instrumentos en materia de libertad de expresión y protección de la reputación ha sido más que discreta, por no decir nula. El mejor ejemplo de la situación que describimos viene representado por el hecho de que el catálogo de derechos fundamentales de la Unión Europea, la “Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, que sí ampara las libertades de expresión e información en su artículo 11, no contiene ninguna mención al derecho al honor o la reputación, ni siquiera como límite explícito de aquéllas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Se trata de un listado de derechos fundamentales elaborado en el año 2000 por un amplio grupo de expertos (denominados *Convención*) a los que el Consejo Europeo de Colonia de 1999 les asignó un cometido histórico, a la par que ambiguo: “hacer visibles los derechos” en la Unión Europea. Dicho texto

En conclusión, la protección de los derechos fundamentales en Europa pivota sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sobre el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Existe entre tales pautas de referencia interpretativa una vinculación muy estrecha. La protección de los derechos fundamentales en la Unión, que ha alcanzado su cenit con la aprobación de la Carta, ha estado siempre notablemente influida por el Convenio Europeo de Derecho Humanos, el cual, junto a la labor interpretativa de su Tribunal, ha ocupado tradicionalmente un lugar destacado en la historia de la protección de los derechos fundamentales en la comunidad europea<sup>2</sup>. Por ello, aunque el Convenio no forme parte del ordenamiento comunitario como norma interna del mismo, su inestimable ayuda como herramienta interpretativa de primer nivel hace que encontremos en él una fuente de inspiración privilegiada para la jurisprudencia del Tribunal de la Unión<sup>3</sup>, que ha irradiado su influencia sobre la comunidad europea desde los primeros momentos de la protección de los derechos fundamentales, con las sentencias *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft* y, ante todo, *Nold*, hasta nuestros días, con el Tratado de Lisboa. En fin, el Convenio es una guía para el Tribunal comunitario que le permite sostener la existencia de un derecho fundamental en el ordenamiento, pero no tanto una fuente formal que aplicar en cuanto tal a los casos concretos<sup>4</sup>.

---

que fue proclamado solemnemente el 7 de diciembre de 2000 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364 de 18 de diciembre de 2000), ha sufrido varias modificaciones y reformas, siendo las más importantes las del año 2004, en el marco de la Conferencia Intergubernamental de Niza y en 2007. Con la adopción del Tratado de Lisboa (Diario Oficial de la Unión Europea C 306 de 17 de diciembre de 2007), ha adquirido, definitivamente, plena eficacia jurídica (la versión consolidada de la Carta puede consultarse en el Diario Oficial de la Unión Europea C 83 de 30 de marzo de 2010).

Sobre los avatares vividos en el largo proceso de elaboración de la Carta, *vid.*, entre otros: RUBIO LLORENTE, F.: “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, ALONGO GARCÍA, R. (coord.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 113 a 150; FONSECA MORILLO, F. J.: “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, MATIA PORTILLA, F. J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 87 a 121; y CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario*, 9, 2001, pp. 1 a 14. Para completar este proceso con las referencias más recientes: MANGAS MARTÍN, A.: “Introducción. El Compromiso con los derechos fundamentales”, MANGAS MARTÍN, A. (dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, pp. 57 a 68.

<sup>2</sup> Realidad puesta de manifiesto por RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.: “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, 1992, p. 341.

<sup>3</sup> HERMIDA DEL LLANO, C.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, p. 163. En el mismo sentido, MATIA PORTILLA, F. J.: “La eficacia de la Carta de Niza”, MATIA PORTILLA, F. J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 150.

<sup>4</sup> PI LLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 84. O en palabras de JARASS, H. D.: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*, C.H.Beck, München, 2010, p. 446, es “sólo una fuente del derecho, pero no la única

A favor de esta buena sintonía entre el Convenio y el Derecho de la Unión Europea juega el art. 6 del Tratado de Lisboa, con una declaración de sentido cristalino: “2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados<sup>5</sup>. 3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”<sup>6</sup>. Y aunque los artículos antes transcritos ya son muestra meridianamente clara de la “cuasi” incorporación del Convenio a la cultura jurídica de la Unión, posiblemente la referencia más importante a efectos de nuestra investigación se encuentre en el art. 52.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo tenor literal es éste:

*“En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”.*

El artículo 52.3 es una de las cláusulas horizontales, generales o transversales de la Carta, contenidas en los artículos 51 a 54, y destinadas a resolver los problemas relativos a la interpretación y aplicación de la Carta, tales como el ámbito de aplicación, el sentido y alcance de los derechos y principios, el nivel de protección y la prohibición de abuso de derecho<sup>7</sup>. Concretamente, estamos ante una cláusula de apertura de la Carta

---

o verdadera fuente del derecho” (“... nur eine Rechtserkenntnisquelle, keine echte Rechtsquelle”); así también, von ARNIM, D.: *Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, p. 431.

<sup>5</sup> Sobre las incertidumbres y problemas de dicha incorporación, STOFFEL VALLOTON, N.: “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 179 a 198.

<sup>6</sup> Cláusula que no hace sino incorporar al Tratado el punto de partida introducido décadas atrás por el Tribunal comunitario para proteger, de forma pretoriana, derechos fundamentales a nivel europeo a partir de los derechos fundamentales de las Constituciones estatales y de otros instrumentos internacionales ratificados por los Estados miembros

<sup>7</sup> No es momento de entrar con detalle en el estudio de estas cláusulas y de las caóticas situaciones a que dan lugar la aplicación e interpretación de las mismas, apuntadas, entre otros, por RODRÍGUEZ BEREJO, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1 (2º semestre, 2001), p.54; ROLDÁN BARBERO, J.: “La Carta de Derechos

de Derechos Fundamentales al Convenio Europeo a través de la cual la Carta asume con carácter general el sentido y alcance de los derechos previstos en el Convenio que se *correspondan* con otros recogidos en ella misma<sup>8</sup>. Es una “cláusula de incorporación”

---

Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16 (septiembre-diciembre, 2003), pp. 985 y ss; SAIZ ARNAIZ, A.: “Los derechos fundamentales y la integración: de las Comunidades al Tratado Constitucional”, <http://www.euskonews.com/0191zkb/gaia19106es.html>; y en la doctrina extranjera, entre otros, por WATHEL, M.: “Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de Droit Européen*, 5-6 (2000), pp. 588 y ss; TRIANTAFYLLOU, D.: “The European Charter of Fundamental Rights and the Rule of Law: restricting fundamental rights by reference”, *Common Market Law Review*, vol. 39, 1, 2002, pp. 57 y ss. Nosotros también compartimos estas críticas.

Bien es cierto que, por el contrario, para otros autores, como BOROWSKY, M.: “Artikel 52. Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze”, MEYER, J. (hrgs.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 668, estos preceptos constituyen una regulación sin fisuras y un marco interpretativo completo o pleno (“... ein lückenloses Scharnkensystem und ien nahezu vollständiger Interpretationsrahmen...”). También valoran positivamente el conjunto de las disposiciones horizontales de la Carta, VITORINO, A.: “La Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne”, *Revue du Droit de l’Union Européenne*, 1/2001, pp. 37 a 40; y MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 52. Alcance e Interpretación de los derechos y principios”, MANGAS MARTÍN, A. (dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008, pp. 838 y 839.

<sup>8</sup> Hay que indicar que las correspondencias de derechos establecidas en las Explicaciones tampoco son suficientemente clarificadoras y plantean problemas, como advierten, entre otros, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “Droits de l’homme. La Charte des droits fondamentaux et au delà”, *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001 ([http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013501-02.html#P143\\_42157](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013501-02.html#P143_42157)), pp. 670 y ss; VON DANWITZ, T.: “Art. 52..., *op. cit.*, p. 798; WATHEL, M.: “Charte..., *op. cit.*, p. 588; TULKENS, F. y CALLEWAERT, J.: “Le point de vue de la Cour européenne des droits de l’homme”, CARLIER, J-Y. y SCHUTTER, O. (dir.): *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 223. Hay quienes fijan su atención también en esos desajustes, aunque parecen concebirlos como dificultades comprensibles y admisibles habida cuenta la tensión existente entre “la simplificación normativa y divulgativa y la seguridad jurídica” que sobrevoló la elaboración de la Carta. Así ROLDÁN BARBERO, J.: “La Carta..., *op. cit.*, p. 985.

Las tensiones que estamos apuntando no eran sino el reflejo de las dos posturas que se enfrentaron a la hora de decidir cómo se limitarían los derechos reconocidos en la Carta: por un lado, se podían indicar específicamente los límites de cada derecho (siguiendo el *modus* del Convenio para la salvaguarda de los derechos humanos); por otro, se apostaba por incluir una disposición final que fijara con carácter general las condiciones en las que los derechos enumerados en la Carta serían susceptibles de limitación. Sintetiza de este modo las corrientes dominantes quien fuera en aquel tiempo Comisario de Justicia y de Asuntos Interiores, VITORINO, A.: “La Charte..., *op. cit.*, p. 47; también DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: “La Charte..., *op. cit.*, p. 679; VON ARNIM, D.: *Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006, pp. 393 y ss.

La victoria de la segunda modalidad respondió al deseo del Consejo de Colonia de 1999 de componer una Carta que, sencillamente, “pusiera de relieve” ante los ciudadanos europeos los “derechos vigentes a nivel de la Unión”, “reflejando su sobresaliente importancia y su alcance”, según RUBIO LLORENTE, F.: “Mostrar los derechos..., *op. cit.*, p. 27. Primaba, consiguientemente, una finalidad pedagógica o de concienciación de la existencia de derechos, por lo que no se buscaba tanto un texto exhaustivo, preciso y detallado, técnica y jurídicamente elevado, cuanto una Carta que fuera sencilla, comprensible, breve y casi lacónica, modesta y discreta. Así, BÚRCA, G.: “Human Rights: The Charter and Beyond”, *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001 ([http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013601-02.html#P13\\_754](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013601-02.html#P13_754)); MANGAS MARTÍN, A.: “Introducción..., *op. cit.*, pp. 57 a 68; CONSTANTINESCO, V.: “La Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2001, p. 190. En fin, se quería facilitar la visibilidad o proyección pública de los derechos fundamentales de cara a los ciudadanos: VON DANWITZ, T.: “Art. 52..., *op. cit.*, p. 779.

(“*Incorporationsklausel*”) como la ha bautizado ZIEGENHORN<sup>9</sup>, o “cláusula de transferencia” (“*Transferklausel*”) siguiendo la denominación propuesta por BOROWSKY y VON DANWITZ<sup>10</sup>, o, en fin, una cláusula de “transferencia de límites” (“*Schrankentransfer*”), ahora en palabras de JARASS<sup>11</sup>.

Aplicada esta disposición a nuestro ámbito de trabajo, nos encontramos con un problema: la reputación no se prevé en el Convenio como un derecho autónomo sino como un límite a una libertad fundamental, la libertad de expresión, por lo que una interpretación rigurosa del art. 52.3 de la Carta y de su referencia al “alcance y sentido de los derechos” conduciría a entender que la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de protección de la reputación no es trasladable al ámbito comunitario. Tal aseveración, sin embargo, debe rechazarse. La clave está efectivamente, en el contenido que quiera darse a la expresión “alcance y sentido de los derechos”. A la luz de lo dispuesto en las “Explicaciones de la Carta” al art. 52.3, las limitaciones de los derechos también se considerarán incluidas en el “sentido y alcance”, de forma que “el legislador, al fijar limitaciones a estos derechos, deberá respetar las mismas normas establecidas por el régimen preciso de limitaciones contemplado en el CEDH”<sup>12</sup>. Así pues, el Tribunal de Luxemburgo no sólo debe incorporar la jurisprudencia sobre libertad de expresión establecida por la Corte de Estrasburgo, sino también la fijada en relación con sus límites, uno de los cuales es la protección de la reputación ajena.

---

<sup>9</sup> ZIEGENHORN, Z.: *Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta. Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 29.

<sup>10</sup> BOROWSKY, M.: “Artikel 52...”, *op. cit.*, pp. 668 y 687; VON DANWITZ, T.: “Art. 52...”, *op. cit.*, p. 797. Se adhiere a esta nomenclatura EISNER, C.: *Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 150.

<sup>11</sup> JARASS, H. D.: *Charta...*, *op. cit.*, p. 446.

<sup>12</sup> Como apunta KNECHT, M. H.: *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Würdigung der Entstehung und rechtsvergleichende grundrechtsdogmatische Analyse*, Kohlhammer, Stuttgart, 2005, p. 209, hay que dilucidar si la interpretación que se da a los conceptos de alcance (“*Tragweite*”) y sentido (“*Bedeutung*”) es la que recibirían en el marco de la dogmática alemana (“... *aus den deutschen Grundrechtsdogmatik bekannt...*”) o la que se desprende de la lógica y sistemática imperantes en la regulación de los derechos y sus límites prevista en la propia Carta (“... *sowohl auf den Schutzbereich der in der Charta gewährten Grundrechte als auch auf die Schranken der Grundrechtsgewährleistung*”). Parece que la solución facilitada por las Explicaciones de la Carta, que acabamos de comentar, pone fin a este debate resolviendo en la dirección de la segunda tesis interpretativa.

La inclusión del art. 52.3 se dirigía a evitar los riesgos derivados de la coexistencia o convivencia de una multiplicidad de sistemas jurídicos de protección<sup>13</sup>. Se buscaba con el art. 52.3 proyectar un mensaje: en el contexto de la Unión Europea nunca se dispensaría un nivel de protección de los derechos fundamentales inferior al que dimanase del Convenio de Roma, que se convertiría de esta forma en el estándar mínimo de protección o una norma de mínimos<sup>14</sup> y al mismo tiempo en norma de referencia para el ordenamiento jurídico comunitario en lo relativo a la protección de derechos fundamentales<sup>15</sup> a fin de garantizar la “estricta coherencia” entre ambas constelaciones jurídicas<sup>16</sup>. Desde esta óptica, se comprende que el art. 52.3 también haya recibido la denominación de “cláusula de armonización” (“*Harmonisierungsklausel*”) o “cláusula de conformidad” (“*Korformitatklauseel*”) <sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La Carta..., *op. cit.*, p. 56.

<sup>14</sup> *Vid.*, entre otros, VITORINO, A.: “La Charte..., *op. cit.*, pp. 39 y 47; RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La Carta..., *op. cit.*, p. 56; SCHUTTER, O.: “The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monnet Working Papers* (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/04/040701.pdf>), 7, 2004, p. 35; CRUZ VILLALÓN, P.: “Impulse aus der spanischen Verfassungstradition für den europaischen Grundrechtsschutz”, TETTINGER, J y STERN, K. (hrgs.): *Europaische Grundrechte-Charta*, C.H.Beck, München, 2006, p. 150; DÍAZ CREGO, M.: “El triple origen de la parte dogmática de la Constitución Europea”, [http://www.unizar.es/union\\_europea/files/La%20parte%20dogm%20etica%20de%20la%20Constituci%20F3n%20Europea.pdf](http://www.unizar.es/union_europea/files/La%20parte%20dogm%20etica%20de%20la%20Constituci%20F3n%20Europea.pdf), p. 6; PIETSCH, J.: *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 121.

Se trata de una norma de mínimos porque, en virtud de la segunda frase del art. 52.3, siempre cabe la posibilidad de que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa, supuesto en el cual prevalecerá esta última. Como refleja ZIEGENHORN, Z.: *Der Einfluss...*, *op. cit.*, p. 28, cuanto mayor sea el peso (o nivel de protección) que asigne a un derecho la primera frase del art. 52.3 (que sitúa el nivel de protección de la Carta a la altura de los umbrales del Convenio), mayor tendra que ser a su vez el nivel de protección que le conceda el Derecho de la Unión para que sea éste el que prevalezca, según dispone nuevamente la segunda frase del art. 52.3; también así von DANWITZ, T.: “Art. 52..., *op. cit.*, p. 797.

<sup>15</sup> De hecho, se ha afirmado que el Convenio se mantiene, por obra de la Carta de Derechos Fundamentales, como autoridad interpretativa de los derechos fundamentales. Así, McCRUDDEN, C.: “The Future of the EU Charter of Fundamental Rights”, *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001, (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013001.html>); por su parte, VON ARNIM, D.: *Der Standort...*, *op. cit.*, p. 432, eleva el Convenio a la categorıa de estandar interpretativo de observancia “irresistible” (obligada; “... *zu dem zwingend zu beachtenden Auslegungsstandart der Charta*”).

<sup>16</sup> PIETSCH, J.: *Das Schrankenregime...*, *op. cit.*, p. 119, “... *eine umfassende Kohärenz zwischen den Grundrechtsordnungen von Union und Europarat sicherzustellen*”; también enfatizan la busqueda de la coherencia entre ambos catalogs de derechos VON DANWITZ, T.: “Art. 52..., *op. cit.*, p. 779; EISNER, C.: *Die Schrankenregelung...*, *op. cit.*, p. 150; y, finalmente, TULKENS, F. y CALLEWAERT, J.: “Le point..., *op. cit.*, p. 221.

Desde otra óptica, según la fórmula negativa de VON ARNIM, D.: *Der Standort...*, *op. cit.*, p. 392, pretendía evitarse que la incoherencia (en el sentido de no correspondencia) entre el Convenio y la Carta pudiera debilitar el nivel de protección de los derechos fundamentales y enterrara el principio de seguridad jurídica (“*die Rechtssicherheit in diesem Bereich zu untergraben*”).

<sup>17</sup> VON ARNIM, D.: *Der Standort...*, *op. cit.*, pp. 420, 446 y ss. Para EISNER, C.: *Die Schrankenregelung...*, *op. cit.*, p. 152, esta segunda frase del art. 52.3 constituye una “cláusula de apertura (o abierta) con orientación (visión) de futuro”: “*zukunftsorientierte Offnungsklausel*”.



La importancia de este precepto para nuestra investigación es indubitable desde una triple perspectiva. Por una parte, introduce en el ámbito de la Unión Europea y en su ordenamiento jurídico “la protección de la reputación” como límite a la libertad de expresión, del mismo modo que lo hace el Convenio Europeo en su art. 10.2, en la medida en que se *traspasan* del uno a la otra, por aplicación del art. 52.3, el sentido y alcance de los derechos que se correspondan, y entre ellos, los que ocupan nuestra atención: la libertad de expresión e información. Pero los efectos del art. 52.3 trascienden lo indiciado. Así, en segundo lugar, no se trata sólo de incorporar una norma jurídica aislada, sino todo el contenido o alcance del que la ha dotado dinámicamente el Tribunal de Estrasburgo en su interpretación jurisprudencial<sup>18</sup>. En otras palabras, junto a la referencia misma al límite de la protección de la reputación como pauta normativa, debe considerarse incorporada también la jurisprudencia sentada en esta materia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a lo largo de décadas de actividad jurisprudencial y la que pueda dictarse en lo sucesivo.

Y ya en tercer lugar, en el ámbito del derecho al honor o a la reputación, el tantas veces mencionado precepto cumple una función más destacada si cabe. Hemos observado que, en virtud del art. 52.3, segunda frase, el Derecho de la Unión prevalecerá sobre los derechos reconocidos en el Convenio Europeo en los casos en que el primero otorgue una protección mayor, tanto en el contenido del propio derecho como en el régimen de limitaciones posibles<sup>19</sup>, a fin de mantener a salvo la autonomía de la Carta de Derechos Fundamentales y el acervo jurídico comunitario<sup>20</sup>. Sin embargo, esta constatación teórica resulta estéril en el supuesto práctico del honor o la reputación, ya que debido a la ausencia de toda referencia a estos objetos de protección

---

<sup>18</sup> PIETSCH, J.: *Das Schrankenregime...*, op. cit., pp. 117, 118 y 122, “... nicht als isolierte Rechtsnormen, sondern in ihrer konkreten Auslegung durch den EGMR. [...] Der Willen des Konvents [...] favorisierte eine dynamische Lösung”. Así también von DANWITZ, T.: “Art. 52..., op. cit., p. 798; y, por último, JARASS, H. D.: *Charta...*, op. cit., p. 462; LOUCAIDES, L. G.: *The European Convention on Human Rights*. Collected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 143.

Por lo demás, la vinculación del Tribunal de Luxemburgo a la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo ha sido una cuestión siempre controvertida, hasta el punto de que, como se apunta en EDITORIAL COMMENTS: “The EU Charter of Fundamental Rights still under discussion”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 1, 2001, p. 5, “durante los debates, la posibilidad de hacer expresa referencia en la Carta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue una cuestión de extrema controversia”. Sin embargo, tal opción terminó imponiéndose al descubrirse, como recuerda PIETSCH, J.: *Das Schrankenregime...*, op. cit., pp. 121, que el consenso entre los defensores y los detractores de la codificación de los límites de los derechos en el texto de la Carta sólo podía garantizarse mediante sendas referencias al deber de observancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de límites, como las previstas en el Preámbulo de la Carta y en las Explicaciones del art. 52.

<sup>19</sup> JARASS, H. D.: *Charta...*, op. cit., p. 461.

<sup>20</sup> VON ARNIM, D.: *Der Standort...*, op. cit., p. 431.

en el art. 11 de la Carta como límites a la libertad de expresión e información, se vuelve difícil imaginar que el Derecho de la Unión pudiera otorgar una protección mayor a la reputación ajena como límite de la libertad de expresión e información cuando ni siquiera se contempla como tal en la propia Carta. En este contexto, ante la escasez de instrumentos para articular un régimen sólido de protección de la reputación por la vía de la Carta de Derechos Fundamentales, la incorporación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia por la vía del art. 52.3 se convierte en una pasarela de tránsito obligatorio.

Concluimos ya con una aclaración y una recapitulación. En primer lugar, no pretenden las reflexiones precedentes zanjar la compleja cuestión del grado de incorporación del Convenio al ordenamiento jurídico comunitario, sino sólo ofrecer una visión panorámica del estado de la cuestión, que debería ser abordado con más detalle en una investigación específica sobre este particular. En segundo lugar, a modo de recapitulación del estudio realizado y, al propio tiempo, como punto de partida para las reflexiones que siguen a continuación, repetimos que la principal referencia para el estudio del derecho a la reputación en Europa viene representada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. De manera secundaria, aunque con un potencial que ignoramos aun, ya que nos encontramos en las primeras fases de su evolución, constituyen también un foco de atención la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la jurisprudencia que, en aplicación de la misma y en concordancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sienta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### **3. LA RELACIÓN ENTRE LA REPUTACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN, FUNDAMENTO DE LA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA EUROPEA**

#### **3.1 Posición de la libertad de expresión e información en el sistema europeo de derechos y libertades**

El contenido del bien jurídico “reputación”, a cuya concreción venimos dedicándonos, no puede ser comprendido en abstracto, aisladamente, sino que ha de ser puesto en relación con otro bien o interés público: la libertad de expresión e

información. El Convenio, en el art. 10.1, y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en el art. 11.1, proclaman la libertad de expresión e información en los siguientes términos:

*10.1 (CEDH) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

*11.1 (CDFUE) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*

En un segundo escalón, el Convenio (art. 10.2) y la Carta (art. 11.1, en conexión con art. 52.3) se refieren a la reputación, conceptuándola como un límite al derecho a la libertad de expresión e información bajo la fórmula “protección de la reputación y derechos ajenos”, hecho que evidencia con meridiana claridad en qué brazo de la balanza se pone mayor énfasis: en el de la libertad de expresión. En consonancia, las alusiones a la reputación en la jurisprudencia de la Corte Europea han de ser contempladas en todo momento como alusiones a una eventual restricción o limitación de la libertad de expresión.

De este modo, es preciso estudiar el significado que se atribuye a la libertad de expresión en el contexto europeo, qué funciones cumple, a qué intereses sirve y, en fin, qué posición ocupa en el entramado jurídico de los derechos y libertades en Europa. A partir de ahí, podremos deducir cuál va a ser el contexto en el que la protección de la reputación desplegará sus efectos y entenderemos por qué dicho entorno es tan residual o, cuando menos, subordinado al de la libertad de expresión e información. En definitiva, pretendemos reflejar con claridad la omnipresencia de la libertad de expresión e información en el sistema de libertades edificado por los altos tribunales europeos (especialmente, por el Tribunal de Estrasburgo) para, ulteriormente, poder ubicar la protección de la reputación en la posición que le corresponde en su relación

con la libertad de expresión, una relación que no es equilibrada ni *inter pares*, sino en la que la referida libertad actúa como *primus*<sup>21</sup>.

Siguiendo el trazado de esta propuesta metodológica, resulta fácil comprender cuál es el papel concedido al primero de los elementos del binomio “libertad de expresión e información - reputación” a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Handyside v. United Kingdom*, la Corte afirmó que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad [democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”<sup>22</sup>. Tales afirmaciones permiten concluir que el Tribunal eleva la libertad de expresión a la categoría de derecho fundamental constitutivo de una sociedad democrática<sup>23</sup>. Se trata, por lo demás, de una consideración no original o novedosa pues la relevancia de la libertad de expresión e información viene siendo reconocida al máximo nivel desde la Constitución Federal de los Estados Unidos<sup>24</sup> y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 23 de agosto de 1789<sup>25</sup>, hundiendo sus raíces en el constitucionalismo ilustrado<sup>26</sup>.

Sentado lo anterior, no podemos concluir que la libertad de expresión e información sea absoluta, sino que en ocasiones también ha de soportar límites y restricciones a causa de otros derechos o libertades que como ella son igualmente

---

<sup>21</sup> En este sentido, conviene recordar, como hace MATIA PORTILLA, que el derecho al honor (junto a otros como el derecho a la intimidad, a la vida o a la integridad física y psíquica) sólo ha recibido silencio desde los Tratados comunitarios. Así, MATIA PORTILLA, F. J.: “Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea”, PEÑEZ SÁNCHEZ, G. A.: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem Ediciones, Asturias, 2001, p. 46.

<sup>22</sup> STEDH *Handyside v. United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976, parágrafo 49. La misma doctrina se repite en STEDH *The Sunday Times v. The United Kingdom*, de 26 de abril de 1979, parágrafo 65 y STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, parágrafo 41.

<sup>23</sup> STERN, K.: “Art. 11. Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit”, TETTINGER, J y STERN, K. (hrgs.): *Europäische Grundrechte-Charta*, C.H.Beck, München, 2006, p. 365.

<sup>24</sup> Cuya Primera Enmienda dispone que “el Congreso no podrá hacer ninguna ley relativa al establecimiento de una religión, o para prohibir alguna; *no podrá tampoco restringir la libertad de palabra o de la prensa*, ni atacar el derecho que tiene el pueblo de reunirse pacíficamente y de dirigir peticiones al gobierno para obtener la rectificación de sus agravios” (la cursiva es nuestra).

<sup>25</sup> Un estudio sobre la proclamación de este derecho en la mencionada Declaración puede encontrarse en BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: “Libertad de expresión: un derecho que no todos pueden ejercer del mismo modo”, BALADO, M. y GARCÍA REGEUIRO, J. A. (dirs.): *La declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 243 a 269.

<sup>26</sup> BERNSDORFF, N.: “Artikel 11. Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit”, MEYER, J. (hrgs.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3 auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011, p. 244. Más ampliamente, sobre el origen de la justificación de la libertad de expresión en Inglaterra y Francia, MORANGE, J.: *La liberté d’expression*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 25 a 32.

imprescindibles para la convivencia armónica en sociedad. Existen varias consideraciones que corroboran esto último: en primer lugar, el propio art. 10.2 del Convenio contiene límites a la libertad de expresión; en segundo lugar, es una de las libertades susceptibles de derogación por las Altas Partes Contratantes (esto es, los Estados que han ratificado el Convenio) en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, conforme al art. 15 del Convenio<sup>27</sup>; finalmente, la prohibición del art. 17 del mismo texto<sup>28</sup>, en el ámbito de la libertad de expresión, viene a dejar fuera del amparo que otorga el art. 10 del Convenio aquellas formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio (*hate speech*)<sup>29</sup>.

Pero aun con las salvedades que acabamos de indicar, la relevancia de la libertad de expresión se vuelve incuestionable si atendemos los distintos contextos en que se proyecta: libertades económicas de circulación, sociedad de la información y sistema político.

Por una parte, en su consideración como límite a las libertades de circulación económicas, auténtico pilar del proceso de integración europea durante varias décadas. Así, en el caso “*Schmidberger*”, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (nuevamente teniendo en mente el texto del Convenio) se pronunció por primera vez ante las alegaciones de un Estado que había invocado la necesidad de proteger derechos fundamentales para justificar una restricción a la libre circulación de mercancías<sup>30</sup>. Estableció que, en la medida en que tanto a la Comunidad como a los Estados miembros se les impone el respeto de los derechos fundamentales, la protección de los mismos constituye un interés legítimo que puede justificar, en principio, una restricción a las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad

---

<sup>27</sup> Por ello, COSTA recuerda que la libertad de expresión e información no es un derecho, por supuesto, absoluto, ya que conoce límites previstos por el propio Convenio, pero tampoco, y esto es lo más importante en este momento, inderogable, como sí lo es la prohibición de tortura del art. 3 del Convenio Europeo. Así, COSTA, J. P.: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, 44 (2001), p. 243.

<sup>28</sup> Artículo 17: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

<sup>29</sup> LAZCANO BROTONS. I.: “Artículo 10: Libertad de expresión”, LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas Thomson, Navarra, 2009, p 455.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia Schmidberger”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 227 (2003), p. 62.

fundamental garantizada por el Tratado como es la libre circulación de mercancías. En otras palabras, siguiendo a SCHUTTER, “el juez confirma que el Estado miembro puede justificar la imposición de una determinada restricción sobre las libertades de circulación fundamentales consagradas en el Tratado de la Comunidad Europea en base a la necesidad de proteger derechos fundamentales reconocidos por el Derecho de la Unión”<sup>31</sup>.

En segundo lugar, no podemos olvidar citar un ámbito que adquiere notoriedad a gran velocidad en los tiempos modernos y en el que la libertad de expresión se convierte en eje central: la sociedad de la información, es decir, aquella sociedad en la que la creación, obtención, tratamiento, difusión, distribución y manipulación de la información forma parte importante de las actividades sociales, culturales y económicas<sup>32</sup>. La sociedad de la información, sobre el pilar de la libertad de expresión e información, ha encontrado numerosas aplicaciones en el derecho comunitario (política de telecomunicaciones, redes transeuropeas del transporte y la energía o tecnologías de la información y las comunicaciones), circunstancia que evidencia la actitud claramente receptiva de la Unión Europea al nacimiento de este fenómeno y que se concreta, en lo que a nosotros respecta, en la protección de la libertad de expresión e información en el art. 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en el respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo, consagrado en el párrafo segundo del mismo precepto<sup>33</sup>. Pluralismo, apertura y publicidad son ideales a los que aspira la sociedad de la información, pero que en sus entrañas encierran al mismo tiempo peligros potenciales para los derechos de la personalidad y particularmente, para el

---

<sup>31</sup> SCHUTTER, O.: “The Implementation...”, *op. cit.*, p. 10. Siguiendo con la misma idea, hay que resaltar que la relación entre libertad de expresión e información y las libertades económicas de circulación (y, por extensión, “el mercado”), ha jugado un papel positivo en la garantía judicial de los derechos y, de forma destacada, de la libertad de información, como acertadamente ha demostrado BASTIDA FREIJEDO. Por una parte, porque ha permitido que por medio de la tutela de las libertades económicas se plantee la posibilidad de que surja la garantía de otros derechos que de otro modo no habría podido suscitarse. Por otro lado, la idea de mercado permite la utilización de las libertades económicas como equivalentes funcionales de otras libertades. Así, el hecho de que la prensa sea tratada como una mercancía tiene la ventaja, junto a otros evidentes reproches, de incidir en el equivalente funcional de la libertad informativa, como libre circulación de “informaciones” y merecer la misma, por intensa y extensa, protección de que ésta disfruta. BASTIDA FREIJEDO, F. J.: “La libertad de información en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, AA.VV: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 576 a 579.

<sup>32</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “La Sociedad de la Información en Europa (I)”, TORRES DEL MORAL, A., (dir.): *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 1215.

<sup>33</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “La Sociedad...”, *op. cit.*, p. 1225.

derecho a la reputación; son, en definitiva, “una oportunidad y, al propio tiempo, una amenaza”<sup>34</sup>.

Pero su importancia trasciende las libertades económicas de circulación y apunta al núcleo del sistema político, alzándose hasta el frontispicio de los derechos fundamentales. El Tribunal de Estrasburgo le confiere el cometido de garantizar la circulación de las informaciones que, en una sociedad democrática, constituyen la base de la acción política y proporcionan a los ciudadanos los elementos necesarios para la creación de la opinión pública libre<sup>35</sup>, instituto básico, primordial e inherente al sistema de derechos y libertades<sup>36</sup>. Por ello, la libertad de expresión (concretamente, la libertad de prensa) cumple en cualquier sociedad democrática la primordial función de participar en el proceso político por medio del “chequeo del desarrollo del debate sobre cuestiones públicas planteadas por los representantes políticos”, erigiéndose en garante del debate político, del corazón del concepto de sociedad democrática y siendo merecedora del máximo nivel de protección<sup>37</sup>. Es, en definitiva, el instrumento a través del cual la prensa cumple su rol de “*public watchdog*” (perro vigilante), tal y como ha sentado el Tribunal de Estrasburgo invariablemente desde la Sentencia *The Observer and The Guardian v. United Kingdom* de 1991, hasta la más reciente *Era Hlynisdóttir v. Iceland* de 2012<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> BALKER, W.: “Persönlichkeitschutz und Massenmedien im Licht der Grunfreiheiten und Menschenrechte”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, p. 494: “*Öffentlichkeit als Chance und Bedrohung*”.

<sup>35</sup> FREIXES SANJUÁN, T.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 2003 (mayo-agosto), p. 468.

<sup>36</sup> En este sentido, la opinión pública desarrolla tareas tan vitales como convertir en discurso la fuerza política, servir como argumento de las actuaciones del gobierno y la oposición y legitimar sus decisiones. “La opinión pública posee esa capacidad legitimadora que le hace convertirse en punto de referencia de la ordenación jurídico-constitucional del Estado”. *Vid.*, SAAVEDRA, M.: “Opinión pública libre y Medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14 (1993), p. 143; CALLEJO, J.: “El instituto sociológico de la opinión pública”, TORRES DEL MORAL, A., (dir.): *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009, pp. 118 y 119.

<sup>37</sup> GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europeo del siglo XXI*, Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2001, pp. 48 y 49. Apunta MERRILLS, J. G.: *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, Manchester University Press, Manchester, 1993, p. 134, que si la democracia consiste en participar en el gobierno, la libertad de expresión se convierte en presupuesto o condición previa (“*precondition*”) del sistema democrático mismo.

<sup>38</sup> Esta doctrina jurisprudencial está firmemente consolidada. A las ya citadas, podemos sumar también estas sentencias: *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, de 1992, *Jersild v. Denmark*, de 1994, *Goodwin v. United Kingdom*, de 1996, *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* de 1999, *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, de 2004, *Gutiérrez Suárez v. Spain*, de 2010, *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH v. Austria*, de 2012, y *Krone Verlag GmbH v. Austria* de 2012. La doctrina especializada también se hace eco de esta realidad: así, STERN, K.: “Art. 11. Freiheit...”, *op. cit.*, p. 380; HELDRICH, A.:

## 3.2 La protección de la reputación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un límite a la libertad de expresión e información

### 3.2.1 El concepto de “reputación”

Como ya hemos apuntado, la protección de la reputación en el Convenio Europeo se materializa en un límite particular que acompaña a la definición abierta o amplia de la libertad previamente descrita<sup>39</sup>. En este punto, suscribimos plenamente el reproche que formula LOUCAIDES a los autores del Convenio que consideraron oportuno proteger derechos de menor importancia, como el respeto a la correspondencia, y, por el contrario, relegaron la salvaguarda de la reputación, emanación de la dignidad humana, a la mera categoría de límite de la libertad de expresión, máxime considerando la aborrecible experiencia del Nazismo<sup>40</sup>. Ante el mismo conflicto se situó el legislador europeo a la hora de adoptar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, barajando tres opciones: reconocer explícitamente el derecho al honor o reputación dentro del elenco de derechos fundamentales de los ciudadanos europeos, recogerlo expresamente como límite a la libertad de expresión o no hacer mención al mismo. Triunfó la última opción, como describe BALKER, con lo que se pretendía visualizar que no existía ningún cambio en la consideración de la posición preferente de la libertad de expresión ni en la relación de “equilibrio” (desequilibrado) existente entre ambos derechos<sup>41</sup>, de modo que el honor o la reputación sólo encontraron como vía de entrada en la Carta la cláusula horizontal del art. 52.3, ya comentada.

---

“Persönlichkeitschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, p. 484.

<sup>39</sup> BADENHOP, J.: *Normtheoretische Grundlegung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Nomos, Baden-bBden, 2010, p. 244.

<sup>40</sup> LOUCAIDES, L. G.: *The European Convention on Human Rights*, Collected Essays, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 153.

<sup>41</sup> BALKER, W.: “Persönlichkeitschutz und Massenmedien im Licht der Grundfreiheiten und Menschenrechte”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, pp. 512 y 513: “Während sich aber manche Delegierten nur an dem als antiquiert empfundenen Begriff der Ehre stießen, der durch persönliche Ehre ersetzt werden sollte, setzten sich schließlich jene durch, die eine vollständige Streichung des grundrechtlichen Eherenschutzes forderten: durch die Aufnahme des Begriffes der Ehre könnte der Eindruck erweckt werden, im Falle eines Grundrechtskonflikts mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung verschiebe sich das Gleichgewicht zu Lasten der Meinungsfreiheit”.



Más allá del plano del derecho positivo, predomina en el orden europeo una visión excesivamente desplazada hacia lo externo, lo objetivo, lo que se proyecta socialmente, ignorando las consideraciones más personales, internas o subjetivas. Si bien, como decimos, se opta por una concepción restringida de la reputación, por mirar sólo “hacia fuera”, es amplia en cuanto a sus manifestaciones ya que el Tribunal de Estrasburgo encuentra concreciones de la misma en el ámbito familiar, racial y, fundamentalmente, en el comercial y profesional<sup>42</sup>. Que esto sea apropiado o inapropiado, no es una cuestión que deba tratarse ahora (aunque sí más tarde). Sencillamente, es una realidad.

Prácticamente, poco más puede decirse sobre el valor de la reputación ya que la jurisprudencia europea es poco explícita al respecto. Prefiere resolver los problemas concretos relativos a la titularidad de la reputación y a su conflicto con la libertad de expresión, que eternizarse en concepciones teóricas. Tan es así que, en sus fallos, el Tribunal no suele distinguir entre reputación y derechos ajenos (que son los dos elementos en que se divide este límite general a la libertad de expresión según el art. 10.2 del Convenio, bajo el sintagma “protección de la reputación y de los derechos ajenos”), conformándose con señalar que la injerencia viene avalada por la protección de la reputación y de los derechos ajenos, pero sin concretar cuándo es por una y cuándo por otros<sup>43</sup>.

Parece comprensible que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no supere este límite, por dos razones: en primer lugar, porque su tarea no es realizar grandes construcciones dogmáticas o teóricas; y en segundo, porque no habría forma de alcanzar un consenso europeo en la materia que arrojara una definición útil de honor y no mera retórica. A tal meta no podría llegarse ni por la técnica de los *concepts autónomos* ni por la del *activismo judicial*, ambas acuñadas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo

---

<sup>42</sup> Son ejemplos de estos últimos campos, las SSTEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v. Germany*, de 20 de noviembre de 1989, *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland*, de 29 de octubre de 1992, *Groppera Ragio AG and others v. Switzerland*, de 29 de marzo de 1990, y *Nilsen and Johnsen v. Norway*, de 25 de noviembre de 1999, entre otras.

<sup>43</sup> BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática”, *op. cit.*, p. 620. A modo de ejemplo, MOWBRAY, A.: *Cases and Material on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 717, recuerda que en el caso *Goodwin v. The United Kingdom*, de 27 de marzo de 1996, el objeto de protección que subyacía en la cláusula “otros derechos” eran los “derechos contractuales y de propiedad” (*proprietary and contractual rights*) de una empresa, mientras en STEDH *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, la Corte recondujo los “otros derechos” al respeto a las creencias religiosas (*ibídem*, p. 718).

de Derechos Humanos. De una parte, el contenido concreto del concepto de honor queda sujeto a numerosas circunstancias sociales, culturales e históricas, que difieren de una comunidad a otra, por lo que la elaboración de un concepto único y autónomo de honor o reputación a nivel europeo, aunque deseable, torna en *desideratum*. No resulta plausible, al menos todavía, la confección por parte del Tribunal Europeo de un concepto autónomo de reputación dotado de independencia semántica respecto de los ordenamientos nacionales que resuelva la tensión entablada entre los términos de la Convención Europea y el significado atribuido a ellos por el derecho nacional<sup>44</sup>. De otra, tampoco es adecuado forzar los métodos interpretativos de la Corte judicial a través del activismo<sup>45</sup> para desarrollar una doctrina jurisprudencial sobre el concepto de reputación que pretendiendo innovar en esta materia, pudiera convertirse en un salto cualitativo injustificado e imposible de conectar con el nivel de desarrollo alcanzado en materia de derecho a la reputación.

A la espera de un concepto armonizado de reputación u honor, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha tomado como base solamente la dimensión exterior de la reputación cuando se ha visto compelida a resolver conflictos entre ésta y las libertades informativas<sup>46</sup>. Y afirmamos lo anterior aun cuando a nuestro juicio sería deseable que la jurisprudencia europea extendiera también su protección hasta la dimensión interna del honor, de modo que el Convenio y el Tribunal reaccionaran activamente no sólo frente a ataques a la reputación de las personas que les hagan desmerecer ante la opinión pública y que rebajen el juicio que la comunidad proyecta sobre ellos a causa de la realización de hechos o la emisión de expresiones que sean tenidas en el concepto

---

<sup>44</sup> LETSAS, G.: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2007, p. 42.

<sup>45</sup> Siguiendo a MERRILLS, J. G.: *The development...*, op. cit., pp. 231 a 233, consideramos activista judicial a quien pone el énfasis en el uso y desarrollo de las normas para alcanzar un resultado (“*the ideology of activism emphasizes using and developing the rules to achieve results*”), siendo más importante el *qué* se decide frente al *cómo* se decide, de tal modo que la innovación jurisprudencial llegue de la mano de una interpretación de las normas sujeta a los límites (“*constraints*”) y a los precedentes (“*previous decisions*”), pero con amplitud de miras, con vocación, por una parte, de hacer justicia en el caso concreto según el resultado deseado y, por otra, de actualizar la norma (“*doing justice in individual cases and keeping the law up to date*”)

<sup>46</sup> En este sentido, no estamos de acuerdo con BUSTOS GISBERT cuando afirma que la admisión de la *exceptio veritatis* y la prohibición, *ab initio*, de términos insultantes, son factores de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que apuntan hacia un concepto de reputación más extenso, cercano al honor. Así, BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos...”, op. cit., pp. 623 y 624. A nuestro parecer, no son argumentos suficientemente sólidos en la medida en que nada permite descartar, con seguridad, que la aceptación de la prueba de la verdad y la exclusión de expresiones formalmente injuriosas no sean elementos dirigidos nuevamente a evitar menoscabos de la imagen pública del ofendido y de su consideración social, en cuyo caso, seguiría protegiéndose sólo la dimensión objetiva o externa de la reputación de la persona.

público por afrentosas (posibilidad ya cubierta por la jurisprudencia europea), sino que también se opusieran a otros ataques susceptibles de lesionar el autoestima de las personas, afectando negativamente a la propia valoración que tengan de sí mismas y menoscabando, indefectiblemente, su dignidad, la cual se erige, en última instancia, en fundamento de los derechos humanos y en fuente de su protección, esparciendo toda su esencia sobre el Preámbulo y el texto articulado del Convenio, especialmente sobre los artículos 1 a 5 (obligación de respeto de los derechos humanos, derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud y del trabajo forzado y derecho a la libertad y a la seguridad).

### 3.2.2 Reputación y vida privada

Finalmente, existe un concepto comprensivo de la reputación, pero con un contenido mucho mayor, que también es conveniente delimitar, aunque sea someramente: la vida privada. La extensión de este derecho es ciertamente amplia a la par que incierta, en el sentido de que sería imposible determinar todas las realidades que encuentran cobijo bajo la expresión “respeto a la vida privada”, que consagra el art. 8 del Convenio Europeo<sup>47</sup>. Buena prueba de ello es el contenido de “vida privada” que manejaba la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 428 (1970): “comprende la vida privada, la familia, la vida en el domicilio, la integridad física y moral, el honor y la reputación, el evitar ser colocado bajo una falsa luz, la no revelación de hechos irrelevantes o embarazosos, la publicación no autorizada de fotografías privadas así como la protección de la divulgación de información dada y recibida por el individuo de manera confidencial”<sup>48</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo parte también de la consideración del respeto a la vida privada como un derecho no susceptible de descripción concreta aunque ofrece

---

<sup>47</sup> Por otra parte, también la Carta de los derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en el art. 7 un derecho a la protección de la vida privada en los exactos mismos términos que el Convenio de Roma: “Respeto de la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. Así lo advierte, entre otros, BALKER, W.: “Persönlichkeitsschutz und Massenmedien im Licht der Grundfreiheiten und Menschenrechte”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, p. 512.

<sup>48</sup> Referencia extraída de SANTOLAYA MACHETTI, P.: “Derecho a la vida privada y familiar”, SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J. (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 547.

algunos perfiles definitorios en la reciente Sentencia *Axel Springer v. Germany*, de 2012: “incluiría la integridad física y psíquica de una persona, albergando a su vez distintos aspectos como la identidad, el género, la orientación sexual, el nombre u otros derechos relacionados con la imagen, así como la información personal que un individuo puede legítimamente desear que no sea publicada sin su consentimiento”<sup>49</sup>. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido esa cercanía señalando que la protección de la reputación es un derecho incardinado en el derecho al respeto de la vida privada, del art. 8 del Convenio<sup>50</sup>, si bien es preciso que el ataque a la reputación individual incorpore un grado de gravedad suficiente para amenazar el disfrute del derecho al respeto de la vida privada<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> STEDH *Axel Springer v. Germany*, de 7 de febrero de 2012, párrafo 83. Amplia concepción de la que se hace eco también la doctrina. *Vid.*, HELDRICH, A.: “Persönlichkeitschutz...”, *op. cit.*, p. 482. Con carácter general afirma CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, *op. cit.*, pp. 366 y 367, que el derecho a la protección de la vida privada, encuadrado entre los derechos de la personalidad, configuradores del *status libertatis* del individuo, persigue “crear un ámbito a salvo de injerencias de terceros, ya sea el Estado ya sean particulares que no puede ser invadido sin el consentimiento del propio interesado”.

Incluso la interceptación de las comunicaciones podría constituir una violación del derecho amparado por el art. 8 y del derecho a la libertad de expresión, como apunta CLEMENTS, L.: *European Human Rights. Taking a case under the Convention*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 172.

<sup>50</sup> STEDH *Chauvy v. France*, de 29 de junio de 2004, párrafo 70: “[...] to protect their reputation, a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life”. En la doctrina, *vid.*, entre otros, LOUCAIDES, L. G.: *The European Convention ...*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>51</sup> STEDH *Era Hlynisdóttir v. Iceland*, de 10 de julio de 2012, párrafo 58: “However, as the Court also pointed out in that judgment [*Axel Springer AG v. Germany* ([GC], no. 39954/08, § 83, 7 February 2012)], in order for Article 8 to come into play, an attack on a person’s reputation must attain a certain level of seriousness and in a manner causing prejudice to personal enjoyment of the right to respect for private life (...)”.

Dicho esto, hay autores como ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media Law*, 5ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 67, que se muestran enormemente críticos con la referida asimilación del derecho a la reputación y el derecho a la vida privada, que la catalogan como descuidada e infundada o ilegítima línea argumental (“carelessly and illegitimate”), ya que el primero es un mero límite a la libertad de expresión y el segundo es un auténtico derecho consagrado por el Convenio, de modo que ocupan diferentes posiciones jerárquicas. Al propio tiempo debemos advertir que la opinión de ROBERTSON y NICOL suele ser sumamente negativa hacia la más mínima concesión por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a favor de la protección del derecho a la reputación frente a libertad de expresión, alegando supuestas inclinaciones de los jueces europeos a trasnochadas concepciones napoleónicas del derecho al honor y animando a los jueces británicos a alejarse de la jurisprudencia de Estrasburgo (“British courts should have ignored”), que llegan a calificar de verborrea, jerga de psicólogos (“psychobabble”) o errática prosa (“stumbling Euro prose”). (*op. cit.*, pp. 57, 58 y 69.) Contrastan con esta oposición las elogiosas palabras de HELDRICH, A.: “Persönlichkeitschutz...”, *op. cit.*, p. 491, cuando reconoce que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sienta un acertado equilibrio al limitar la libertad de publicación de informaciones carentes de interés público sobre la vida privada de los personajes públicos (“[...] sind die Exzesse der Bildberichterstattung über das Privatleben der Prinzessin trotz ihres Unterhaltungswerts ohne tiefere Bedeutung für eine Debatte von allgemeinem Interesse”), sin obstaculizar por ello el periodismo de investigación (“das Urteil bedeutet auch keineswegs [...] das Ende des sog. Investigativen Journalismus”), alcanzándose, por consiguiente, un adecuado equilibrio.

No podemos decir que el Tribunal Europeo haya contribuido con su doctrina jurisprudencial a sentar unas claras bases para distinguir estos conceptos. Todo lo contrario. Gracias a una jurisprudencia relativamente indeterminada y genérica, la Corte de Estrasburgo ha podido situar indistintamente la reputación en dos sedes de muy diversa importancia jerárquica: en ocasiones, como parte integrante del derecho a la vida privada (art. 8) y, por tanto, como parte de un derecho explícitamente reconocido en el Convenio, y, en otras, como límite a la libertad de expresión (art. 10.2), con lo que eso conlleva de disminución de la importancia jerárquica dado que pasa de derecho consagrado por el Convenio (derecho a la vida privada) a mero límite de una libertad reconocida por el Convenio (libertad de expresión). Conviene insistir en este aspecto por cuanto la diferencia no es baladí: cuando la reputación se mueve en el ámbito de la vida privada, estamos ante un conflicto entre derechos de primer rango o nivel reconocidos en el Convenio Europeo: vida privada *vs.* libertad de expresión; sin embargo, cuando la reputación se arroja en el cajón de los límites a la libertad de expresión, el conflicto se plantea en unos términos bien distintos: libertad de expresión (libertad fundamental) *vs.* reputación (límite de una libertad fundamental).

En conexión con lo anterior, es interesante referirnos a un caso recientemente examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *Delfi AS v. Estonia*, de 2013<sup>52</sup>, en el que la Corte judicial inserta la protección de la reputación en el más amplio derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio, y por lo tanto, lo convierte en parte integrante de un derecho fundamental reconocido por el propio texto, y no como un simple límite<sup>53</sup>; se plantea en este caso un conflicto entre dos derechos proclamados por el Convenio que merecen la misma protección (“*deserve equal respect*”). Aquí, el Tribunal Europeo estimó ajustada al Convenio la restricción impuesta por las autoridades estonias contra un portal de internet que no había impedido que se publicaran mensajes (“*post*”) difamatorios contra una persona por parte de terceros, entendiendo que la interferencia en la libertad de expresión de la citada compañía era

---

<sup>52</sup> STEDH *Delfi AS v. Estonia*, de 13 de octubre de 2013.

<sup>53</sup> STEDH *Delfi AS v. Estonia*, de 13 de octubre de 2013, parágrafo 80: “*The Court reiterates that the right to protection of reputation is a right which is protected by Article 8 of the Convention as part of the right to respect for private life*”.

razonable a la luz del otro interés en juego: la reputación de un tercero, como componente del derecho a la vida privada<sup>54</sup>.

Esta reciente sentencia podría iniciar una senda beneficiosa para el Tribunal pero caótica para el intérprete en la medida en que la Corte decide primero el fallo y “fuerza” o “acomoda” a continuación la fundamentación jurídica a sus intereses previamente acordados: si el resultado deseado es privilegiar la protección de la reputación por encima de la libertad de expresión, el Tribunal reconducirá la primera al contexto del derecho a la vida privada, planteando un conflicto de derechos reconocidos por el Convenio en el que la protección de la reputación, ubicada en la casa del derecho a la vida privada, termina prevaleciendo; si el resultado querido es prohibir cualquier restricción de la libertad de expresión que pudiera justificarse en la protección de la reputación, el Tribunal degradará o rebajará ésta última a la consideración de mero límite de una libertad fundamental consagrada por el Convenio con lo que, no tratándose de un conflicto entre derechos de igual rango jerárquico, el Tribunal habrá encontrado “coartada” para que el de más alto rango prevalezca, tal y como había *diseñado*. Una vez fijados los objetivos y el camino, la Corte Europea ya sólo tendrá que glosar sus consabidos argumentos teóricos.

Fuera de este peligroso precedente, volviendo a la distinción conceptual entre vida privada y reputación, como indica RUIZ MIGUEL, la relación entre ambas se pone de manifiesto en aquellos supuestos de ataques al honor de las personas, producidos fuera de los márgenes del debate político, y, consiguientemente, atentatorios también contra su vida privada<sup>55</sup>. Cuando la discusión se mueve en los contornos de los asuntos

---

<sup>54</sup> Más extensamente, el Tribunal Europeo también reprochó a la compañía que gestionaba el portal de internet que ni los sistemas de búsqueda de contenidos difamatorios habían funcionado correctamente (ya fuera el automático -“*automatic filtering*”-, que se acciona cuando detecta ciertas expresiones ofensivas o violentas, o el de “notificación y eliminación” -“*notice-and-take-down*”-, que se activa cuando algún usuario envía la señal de advertencia sobre un comentario determinado que puede ser eventualmente difamatorio) ni la compañía misma había puesto en práctica las suficientes medidas técnicas o manuales para evitar que el mensaje difamatorio hubiera gozado de difusión durante seis semanas. Así, especialmente, STEDH *Delfi AS v. Estonia*, de 13 de octubre de 2013, parágrafos 88 y 89.

<sup>55</sup> Tomado de la opinión disidente del juez THOR VILHJALMSSON a la STEDH *Obershelick*, en RUIZ MIGUEL, C.: *El derecho...*, op. cit., p. 56. Apunta el autor otras manifestaciones de la proximidad entre vida privada y reputación, tales como: a) las referencias recíprocas en materia de límites al “respeto a la vida privada” del art. 8.2 del Convenio y límites a la “libertad de expresión” del art. 10.2 del mismo texto, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (con la salvedad de que en el primer caso la reputación formaría parte del ámbito del derecho protegido, mientras que en el segundo sería un límite al derecho protegido); b) el art. 10.2 del Convenio contempla como límite a la libertad de expresión

públicos, la reputación de los personajes de notorio reconocimiento social debe protegerse de manera equilibrada teniendo en cuenta, simultáneamente, la libertad de expresión. Existe, pues, una ponderación que puede y, posiblemente, ocasione una relativización del deber de proteger la reputación ajena cuando las necesidades de expresión e información en una sociedad democrática así lo aconsejen<sup>56</sup>. Sin embargo, la solución es distinta cuando nos situamos en el marco de la vida privada. En éste, el debido respeto a la vida privada se convierte en piedra angular, siendo así que los personajes públicos merecen la protección de una esfera íntima y privada en la que el secreto de sus asuntos personales se eleva sobre la libertad de expresión e información sin necesidad de ponderación alguna, o, más claramente, “con una prevalencia terminante”<sup>57</sup>.

#### 4. TITULARES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA REPUTACIÓN

La coherencia es una virtud y en materia de titularidad de la reputación, el Tribunal Europeo la persigue y la consigue. Partiendo de una concepción claramente externa u objetiva de la reputación como la consideración social de que pueda disponer el sujeto en atención a sus actos y actividades, parece lógico que la reconozca tanto a personas físicas como jurídicas en la medida en que la dimensión interna de la reputación (es decir, la que dimana de la dignidad humana y que, consiguientemente,

---

“los demás derechos ajenos”, y entre ellos se encuentra, por tanto, el derecho al respeto de la vida privada del art. 8.

<sup>56</sup> STEDH *Chauvy v. France*, de 29 de junio de 2004, parágrafo 70: “[...] the Court must verify whether the authorities struck a fair balance when protecting two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other in this type of case, namely, on the one hand, freedom of expression protected by Article 10 and, on the other, the right of the persons attacked by the book to protect their reputation [...]”.

<sup>57</sup> RUIZ MIGUEL, C.: *El derecho...*, op. cit., pp. 115 y 116. Vid., también HELDRICH, A.: “Persönlichkeitschutz...”, op. cit., p 486.

Si anteriormente calificamos la STEDH *Delfi AS v. Estonia*, de 13 de octubre de 2013 como “caótica” fue, precisamente, porque contradice este criterio resolutorio del conflicto que otorga prevalencia a la libertad de expresión si estamos ante asuntos de carácter público y concede preponderancia a la protección de la reputación, bajo del disfraz del derecho a la vida privada, si son de carácter privado. En *Delfi AS*, sin embargo, se rompe esta regla ya que si bien se trata de un asunto público, tal y como el propio Tribunal reconoce en la medida en que el artículo periodístico origen de los mensajes difamatorios reunía cierto grado de interés público (*Delfi AS Austria*, de 13 de octubre de 2013, parágrafo 86: “The Court notes that the news article published on the Delfi news portal addressed a topic of a certain degree of public interest ...”), no es menos cierto que, finalmente, admite el Tribunal la restricción de la libertad de expresión, que decae ante la protección de la reputación y de la vida privada, contrariando así el criterio jurisprudencial de resolución del conflicto, que hasta ahora venía arrojando luz en esta materia.

ofrece más dificultades teóricas para reconocerse a favor de las personas jurídicas) no juega ningún papel en el régimen jurídico de la reputación tal y como se protege por el Convenio Europeo.

Primeramente, por lo que a las personas físicas se refiere, la Corte Europea ha distinguido tradicionalmente entre particulares y personas públicas, con especial atención, dentro de estas últimas, para los políticos o representantes públicos. Dicha separación arroja consecuencias importantes en cuanto a la fuerza que despliega en uno u otro caso la libertad de expresión, en sentido amplio, de tal modo que su campo preferente de actuación, su “escenario preferido” será aquel donde participen los personajes públicos, los cuales han de consentir un margen de crítica mayor al haber pasado a las “tablas del teatro” (a la vida pública, queremos decir), mientras que será un actor secundario cuando tomen la palabra los particulares, a favor de los cuales debe reconocerse el máximo nivel de tutela de la reputación y del honor individuales. En esencia, el libreto es ése, aunque podemos y debemos hilar más fino:

- a) Es jurisprudencia consolidada y reiterada, desde la Sentencia de la Corte de Estrasburgo en el caso *Lingens*, que “el político se expone, inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante”, por lo que en su caso, “las exigencias de esta protección [de la reputación] deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones públicas”<sup>58</sup>. Dicho con otras palabras, los políticos han elegido voluntariamente participar en la vida pública y por ello, las actuaciones o manifestaciones que realicen en ese ámbito adquieren automáticamente notoriedad, relevancia e interés público dado que son los depositarios de la confianza de los ciudadanos, expresada con el voto, en el sistema democrático. En consecuencia, la discusión sobre sus actos y discursos, en definitiva, sobre

---

<sup>58</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, párrafo 42. De hecho, puede concluirse del caso *Lingens* que “los comentarios sobre los políticos han de ser libres, incluso si las afirmaciones pudieran caer bajo el ámbito de aplicación de las leyes contra la difamación”. Así, ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 54. Por su parte, en la STEDH *Dabrowski v. Poland*, de 19 de diciembre de 2006, el Tribunal estableció que “los políticos deben mostrar un mayor grado de tolerancia frente a las críticas” (párrafo 35) por lo que la condena por difamación impuesta a un periodista era injustificada y, consiguientemente, contraria al Convenio. En palabras de STERN, en pro del debate público y libre los políticos deben aceptar ataques o intromisiones más intensas (“*schärfere Angriffe*”) que las personas privadas: STERN, K.: “Art. 11. Freiheit...”, op. cit., p. 369.



cuestiones relativas a la *res publica*, nutren y fortalecen las raíces de la sociedad democrática por lo que han de gozar de la máxima protección (incluso, difusión y promoción), de la mano de la libertad de expresión, por lo que la crítica permitida a los políticos debe poder ir más allá<sup>59</sup>.

b) Si bajamos un escalón, nos encontramos con los personajes públicos que no son políticos. En este grupo nos referiremos primeramente a los funcionarios públicos (“*public officials*”). Es cierto que éstos, por su condición de trabajadores al servicio de la sociedad, de lo público, también han de soportar mayor intromisión en sus derechos de la personalidad que los particulares. Sin embargo, precisamente porque desarrollan tareas públicas que inciden directamente en el bienestar de los ciudadanos, necesitan de su confianza, de su respeto. Los funcionarios deben, para ejercitar sus funciones, beneficiarse de la confianza del público y no ser indebidamente perturbados<sup>60</sup>. Siendo cierto lo anterior, ha de reconocerse que a pesar de estos límites, la evolución jurisprudencial viene primando en los últimos tiempos la libertad de expresión del art. 10.1 del Convenio a costa de hacer casi imposible encontrar cobijo bajo el art. 10.2 so pretexto de la protección de la reputación de los funcionarios de varias formas: restringiendo el margen de apreciación nacional, reconociendo una potencial amplitud a los juicios de valor, que no están sujetos a prueba, y reforzando el

---

<sup>59</sup> MEYER-LADEWIG, J.: *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 170. Esto advertido, la especial tolerancia de los políticos a las críticas dirigidas contra ellos también conoce límites. Paradigmática fue la STEDH *Lindon, Ostchakovsky-Laurens and July v France*, de 22 de octubre de 2007, en la que se ratificó la condena por difamación contra tres periodistas que refiriéndose al líder francés de extrema derecha Jean Marie Le Pen, escribieron que era “el jefe de una banda de asesinos”, “un vampiro que se nutre de la amargura de su electorado, pero a veces también de su sangre”. La Corte impuso un límite a la libertad de expresión e impulsó la protección de la reputación de los políticos al recordar que “a pesar de la contundencia de las luchas políticas, es legítimo asegurarse de cumplir con un mínimo grado de moderación y decoro, en la medida en que la reputación de un político, aunque sea polémico, debe beneficiarse de la protección conferida por la Convención”, pues de lo contrario se estaría “removiendo la violencia y el odio, yendo más allá de lo tolerable en el debate político, incluso con personas situadas en un extremo del espectro político” (parágrafo 57). En fin, el Tribunal en este caso no modificó su doctrina, sino que sencillamente vino a reequilibrar los intereses en juego para valorar debidamente el derecho a la protección de la reputación ajena como componente del derecho al respeto de la vida privada. *Vid.*, MORANGE, J.: *La liberté...*, op. cit., pp. 199 y 200.

<sup>60</sup> STEDH *Janowski v. Poland*, de 21 de enero de 1999, parágrafo 33. Para mayor abundamiento, “expuestos a un control menos atento que los políticos, la reputación de los funcionarios se protege contra los ataques verbales, injuriosos e insultantes, que van más allá de los límites de la crítica admisible”. Así, COUNCIL OF EUROPE (DIRECTION GÉNÉRALE DE DROITS DE L’HOMME): *La liberté d’expression en Europe. La jurisprudence relative à l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’Homme. Dossiers sur les droits de l’homme*, 18 (revisé), Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2002, p. 73. También, MEYER-LADEWIG, J.: *EMRK. Konvention...*, op. cit., p. 171.

papel que cumple la prensa en una sociedad democrática al servicio de la discusión pública, de tal manera que por su posición las acciones de la prensa han recibido mayor protección que los funcionarios a los que se dirigían sus críticas<sup>61</sup>.

- c) Todavía dentro del grupo de los personajes públicos no políticos merecen particular atención los jueces y magistrados. La especial relación entre libertad de expresión, reputación y jueces ya fue prevista y anticipada por los autores del Convenio cuando incluyeron, además de la cláusula referida a la reputación y los derechos ajenos, otra circunstancia susceptible de ser considerada como título justificador de una injerencia pública sobre la libertad de expresión: la autoridad e imparcialidad del poder judicial; en otras palabras, sucede que en tales casos la protección de la reputación de los otros se combina con la garantía de la autoridad del poder judicial<sup>62</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo suele concebir a los jueces como un grupo de funcionarios públicos especialmente vulnerable en tanto que, debido a su trabajo y “por el deber de secreto o de sigilo sobre los asuntos de que conocen, pueden estar abocados a un mutismo *cuasi* absoluto, lo que podría provocar su indefensión si, además de no poder expresar sus opiniones, no pudieran defenderse de las críticas extremas que contra los mismos pudieran efectuarse”<sup>63</sup>. En estos casos, a fin de proteger y mantener la imprescindible confianza de los ciudadanos en el sistema

---

<sup>61</sup> MORANGE, J.: *La liberté...*, op. cit., p. 74. Vid., también ADDO, M. K.: *Freedom of Expression and the Criticism of Judges. A comparative study of European legal standards*, Ashgate, Burlington, 2000, p. 223.

<sup>62</sup> ADDO, M. K.: *Freedom...*, op. cit., p. 229. Es interesante contrastar esta observación con la catalogación que propone CATALÁ I BLAS, quien prefiere considerar la reputación de los jueces y, por extensión, la imparcialidad del poder judicial como una manifestación de la reputación de las personas jurídicas y, particularmente, de las instituciones. Vid., CATALÁ I BLAS, A.: “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, 62, 2001, p. 21. Recalca MEYER-LADEWIG, J.: *EMRK. Konvention...*, op. cit., p. 173, que cuando la imparcialidad y la autoridad están en juego, la libertad de expresión de estos oficiales públicos de la Justicia debe ejercerse con moderación.

<sup>63</sup> Acertada apreciación de ERGEC, recogida por LAZCANO BROTONS. I.: “Artículo 10..., op. cit., p. 480. Y decimos acertada porque no hay día que no amanezcamos con fuertes críticas a la actuación de los jueces y magistrados, que por su dureza y, en ocasiones, parcialidad, socavan la reputación de los miembros del poder judicial y la integridad del propio sistema judicial, en perjuicio del interés de la comunidad. Esta opinión, que compartimos, se inspira, por lo demás, en la jurisprudencia europea, en la STEDH *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 de abril de 1995, parágrafo 35: “puede ser, por tanto, necesario proteger la confianza [en la judicatura] frente a los ataques destructivos e infundados, especialmente si tenemos en cuenta que los jueces que han sido criticados, han de cumplir con su obligación de discreción que les impide la réplica”

judicial, es preciso defender a los jueces y magistrados de los ataques exacerbados que contra su reputación puedan dirigirse.

Dicho todo lo cual, debe reconocerse, al propio tiempo, que tampoco se les concede un “cheque en blanco” pues tal cosa sería contraria a los intereses de una sociedad democrática. Así, por esta necesidad de conservar la confianza ciudadana en el estamento judicial el Tribunal Europeo amparó las críticas contra determinados jueces que eran militantes de un partido político. La explicación era sencilla: su militancia había roto, *per se*, esa independencia e imparcialidad que con carácter general debe predicarse de ellos, quedando expuestos inevitablemente a las críticas cuya recepción podían temer y prever<sup>64</sup>.

Finalmente, en cuanto a las personas jurídicas, ya indicamos que la concepción de reputación que consagra el Convenio (orientada hacia la vertiente externa u objetiva del honor o la reputación<sup>65</sup>) se vuelve particularmente apta para extender a ellas la titularidad de este bien jurídico por cuanto en la medida en que participan en el entorno social, con plenitud de derechos, pueden ver inmerecidamente desacreditada su imagen pública, siendo procedente y obligada su protección y tutela. A modo de ejemplo, sirva el caso *Markt Intern Verlag* en el que el Tribunal Europeo reconoció que “en una economía de mercado, una empresa que pretenda abrirse camino se expone inevitablemente a que sus competidores vigilen muy de cerca sus prácticas. Su estrategia comercial y el cumplimiento de sus compromisos pueden suscitar críticas de los consumidores y de la prensa especializada”. El Tribunal evidenciaba, pues, la importancia de la imagen pública que la empresa proyecta al exterior y la trascendencia que la misma puede tener sobre el comportamiento de los ciudadanos y de la prensa. Sobre esta base, y reconocida dicha relevancia, establece que “la prensa, para cumplir

---

<sup>64</sup> SETDH *Feldek v. Slovakia*, de 12 de julio de 2001, parágrafo 46. También en esta línea STEDH *Perna v. Italy*, de 25 de julio de 2001. El Tribunal es contundente en el parágrafo 41: “Al actuar como un miembro militante de un partido político, de cualquier tendencia, el juez pone en peligro la imagen de imparcialidad e independencia que la justicia siempre debe mostrar en cualquier momento”. *Mutatis mutandis*, *Buscemi la v. Italia*, No 29569/95, parágrafo 67: “[...] Desde el momento en que un juez es un militante activo político, su protección incondicional contra ataques de la prensa apenas queda justificada por la necesidad de mantener la confianza pública que la judicatura necesita para ser capaz de funcionar correctamente, en tanto que es, precisamente, tal militancia política la que probablemente mina dicha confianza. Por tal conducta, un juez inevitablemente se expone a la crítica de la prensa, que correctamente puede considerar la independencia y la imparcialidad del sistema judicial estatal como una preocupación principal de interés público”.

<sup>65</sup> CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, op. cit., p. 386.

bien su tarea, tiene que poder publicar aquellos hechos que interesen a sus lectores y contribuyan así a la claridad de las actividades comerciales”. Por tanto, el Tribunal Europeo viene a aceptar que las personas jurídicas tienen reputación y que ésta puede verse injustificadamente desacreditada de modo que es exigible a la prensa la misma actitud diligente y de respeto hacia la verdad que debe mantener en los casos relativos a la reputación de las personas físicas<sup>66</sup>.

## 5. CONFLICTO ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y LA REPUTACIÓN

Conviene partir de una base innegable: la colisión entre las libertades informativas y la protección de la reputación constituye un tema clásico, un conflicto habitual en la jurisprudencia de los órganos judiciales y, concretamente, del Tribunal de Estrasburgo. La solución del mencionado conflicto suele resolverse a través de la técnica de la ponderación, o en otras palabras, “la represión de las actividades difamatorias exige efectuar un balance entre los intereses en juego”<sup>67</sup>. Sin embargo, en el “partido” que a nosotros nos interesa, el que libran la reputación y la libertad de expresión, uno de los contendientes parte con ventaja, aunque no definitiva, pues la reputación no es un derecho sino un límite al ejercicio de un derecho (circunstancia que venimos poniendo de manifiesto desde el principio de este apartado). El balance de intereses no implica igualdad de intereses<sup>68</sup>. En definitiva, la reputación toma una posición de desventaja inicial ya que los límites han de interpretarse restrictivamente (art. 18 del Convenio).

---

<sup>66</sup> STEDH *Markt Intern Verlag GMBH and Kalus Beerman v. Germany*, de 20 de noviembre de 1989, parágrafo 35. En esta ocasión, el Tribunal de Derechos Humanos concluyó que la condena impuesta por un tribunal estatal a un periodista por ataque a la reputación de un club comercial tenía que ser confirmada porque dicho informador “debía haber tenido en consideración que los datos por él transmitidos podían tener efectos adversos sobre el negocio del Club dando a los minoristas especializados un argumento capaz de ser usado contra el Club por sus clientes” al presentar como práctica habitual “un accidente aislado del que nada podía extraerse como patrón de actuación de la política del Club” (parágrafo 36). Se mantiene invariable esta jurisprudencia extensiva del derecho a la reputación a las personas jurídicas en S TEDH *Hertel v. Switzerland*, de 25 de agosto de 1998 y *Andreas Wabl v. Austria*, de 21 de marzo de 2000.

<sup>67</sup> BONET I PÉREZ, J.: *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1994, p. 110. Añade este autor que dicho balance deberá realizarse “poniéndose de relieve cuál es el derecho a cuya protección hay que otorgar *a priori* mayor trascendencia” (*loc. cit.*). Ahora bien, conviene dejar apuntado que dicha prevalencia inicial puede desvirtuarse a medida que se realiza el balance, dado que ningún derecho (en este caso, las libertades informativas) posee una posición siempre preferente. Lo contrario, partir de una preeminencia inamovible, haría inútil cualquier ponderación.

<sup>68</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley on Libel and Slander*, 10ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 720.

Lo afirmado antes encuentra su reflejo también en la evolución jurisprudencial. El punto de partida de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en esta materia radica en la sentencia *New York Times v. Sullivan* del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 1964, en la que se apostaba por la preeminencia de la libertad de expresión y que sentaba ya las bases de la técnica de la ponderación o el *balancing*<sup>69</sup>. Sin embargo, desde hace tiempo atendiendo al hecho de que la reputación se integra en el más amplio derecho a la vida privada de la persona (que sí está protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el art. 8), y por esta vía llegaría a gozar del mismo rango que las libertades informativas, se ha llegado a un equilibrio más “justo”<sup>70</sup> o adecuado. Esto indicado, nada de lo dicho es óbice para seguir entendiendo, como lo hace el Tribunal Europeo en reiteradísima doctrina, que “la libertad de expresión es uno de los principios característicos de la sociedad democrática, uno de los fundamentos esenciales, una de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de todos los hombres”<sup>71</sup>.

Establecidas las bases, podemos proceder con el análisis del método del *balancing* empleado por la Corte Europea, de un modo “más bien retórico, sin ninguna convicción”, en palabras de CATALÁ I BLAS<sup>72</sup>. Se trata de examinar los criterios, las pautas que sigue este órgano para resolver el conflicto planteado a favor de un derecho u otro, disolviendo el empate y, paradójicamente, desequilibrando la balanza. Y decimos paradójicamente porque con su solución el Tribunal pretende restablecer el orden, es decir, devolver el equilibrio a una situación en la que, originariamente, pudo haberse roto. Los elementos de que se sirve el Tribunal Europeo son varios, pero a fin de sistematizarlos, se pueden agrupar en tres: el interés público de la información, el *animus* con que se transmite y la exigencia de su veracidad.

---

<sup>69</sup> ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: “La libertad de expresión y los derechos al honor e intimidad en la jurisprudencia española y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, <http://portal.sre.gob.mx/pcdh/libreria/libro9/06.pdf>, p. 157.

<sup>70</sup> LAZCANO BROTONS. I.: “Artículo 10..., *op. cit.*, p. 532. Así lo afirmó el Tribunal Europeo: “ha sido ya aceptado por esta jurisprudencia que el derecho de la persona a la protección de su reputación se integra en el art. 8 como parte del derecho a la vida privada”. Así, en STEDH *Pfeifer v. Austria*, de 15 de noviembre de 2007, parágrafo 35.

<sup>71</sup> STEDH *Handyside c. The United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976, parágrafo 49: “*freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man*”.

<sup>72</sup> CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 410. Con esa crítica pretende el autor poner de manifiesto que el recurso al método del balance era más un trámite obligado que un instrumento realmente útil para resolver el caso concreto. Serviría como refuerzo de la solución previamente adoptada.

## 5.1 Interés público

La prensa es un instrumento clave en una sociedad democrática. Los periodistas realizan un trabajo que contribuye a fortalecer el sistema político y la vida en comunidad. Por estas evidentes razones la libertad de expresión, en sentido lato, merece una protección especial y ha de ocupar una posición privilegiada como clave de bóveda en el sistema europeo de derechos humanos. Pero esto no es así siempre; antes al contrario, la libertad de expresión sólo recibe esa tutela preferente cuando se ejerce al servicio de la sociedad, de los intereses del grupo, de las inquietudes colectivas<sup>73</sup>. Sólo tales informaciones contribuyen verdaderamente a la formación de una opinión pública libre y enriquecen el debate en una sociedad democrática, “a cuya protección se dedica todo el Convenio”<sup>74</sup>. En tales casos, cuando se trata de cuestiones de interés público, la libertad de expresión es máxima incluso si la información relativa al personaje público se refiere a su moralidad pública o privada, pues también el segundo supuesto puede ser de interés para el público<sup>75</sup>. Bajando todavía más de escalón, podría pensarse que la libertad de expresión cumple con su cometido esencial cuando aborda la discusión política, cuya conexión con el sistema democrático es evidente, mientras que el amparo del periodista debería ser menor cuando se trate de cuestiones públicas pero no políticas. Sin embargo, el Tribunal Europeo atajó este debate declarando que “nada en su jurisprudencia permite distinguir, de la manera sugerida por él [el Gobierno] entre el debate político y la discusión de otros problemas de interés general”<sup>76</sup>, extendiendo por esta vía la protección de la libertad de expresión a todas las cuestiones de interés público, en sentido amplio y no estrictamente político.

Así pues, y como conclusión, hemos de indicar que cuando la libertad de expresión e información no tiene por objeto cuestiones de interés público (entendiendo por tales, además de las políticas, las artísticas, científicas, literarias, deportivas o sociales-culturales), merece menor grado de tutela, por lo que el profesional de la información puede quedar sin el resguardo del “paraguas” de las libertades informativas

---

<sup>73</sup> STEDH *Jersild v. Danemark*, de 23 de septiembre de 1994, parágrafo 31. Del mismo modo encontramos, en STEDH *De Haes and Gijssels v. Belgium*, de 24 de febrero de 1997, parágrafo 37, que “su deber es transmitir informaciones e ideas sobre todos los asuntos de interés público”.

<sup>74</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, parágrafo 42.

<sup>75</sup> Así lo recoge BONET I PÉREZ, J.: *El derecho...*, op. cit., p. 322. En palabras de CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, op. cit., p. 165: “la libertad de expresión alcanza su cenit cuando se ejerce con relación a este tipo de asuntos [cuestiones de interés público].”

<sup>76</sup> STEDH *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, de 25 de junio de 1992, parágrafo 64.

y bajo la amenaza de una “lluvia” de sanciones, posibilidad ésta que no sólo emerge en el horizonte de aquella prensa sensacionalista, sino también en relación con el discurso comercial, que por no tratar sobre cuestiones de interés general tiene una protección inferior<sup>77</sup>. Especialmente sangrante es el primero de los casos, respecto del cual estimamos que ha llegado el momento de replantear los nuevos contenidos de determinadas clases de prensa que, satisfaciendo una curiosidad y morbosidad totalmente alejadas del debate público y de las sanas cuestiones de interés general, ha excedido los límites de su profesión llegando más allá de las debidas consideraciones, no sólo deontológicas, sino éticas, incluso.

## 5.2 *Animus*

El *animus* o la intención de quien se expresa o informa es un importante elemento que debe ser valorado a la hora de resolver el conflicto y elevar la reputación frente a la libertad de expresión, o viceversa. Se acepta que determinados ánimos del informador no están amparados por la libertad de expresión, a fin de blindar los debidos márgenes de la educación y el civismo entre los que ha de discurrir el debate público. Ahora bien, no debe pensarse que ello supone tanto como admitir la censura para el periodista o el ciudadano particular que no encontrarían la necesaria libertad para comunicar una idea o información en tono negativo o crítico, incluso agrio, por el mero hecho de ser “desagradable”. Muy al contrario, el Tribunal de Estrasburgo sentó sobre esta cuestión su firme jurisprudencia en 1976, en el célebre asunto *Handyside*, tantas veces mentado. “El artículo 10.2 [...] ampara también aquellas informaciones o ideas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción o parte cualquiera de la población”<sup>78</sup>, se afirmó entonces. Tan injusto sería cerrar los ojos a los excesos que comete la prensa atentando contra nuestra consideración personal e imagen pública,

---

<sup>77</sup> CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, op. cit., p. 481. En palabras de RIGAUX, F.: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 215, “la libertad de expresión no tiene una protección absoluta, sino que alcanza un espacio de geometría variable”. Ahora siguiendo a CLAYTON, R. y TOMLINSON, H.: *The Law of Human Rights (volumen I)*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 1455, “el Tribunal concede siempre mayor importancia a la expresión de carácter político, mientras aplica criterios menos rigurosos para las expresiones artísticas o comerciales”.

<sup>78</sup> STEDH *Handyside v. The United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1976, parágrafo 49; también repetido por STEDH *Observer et Guardian v. The United Kingdom*, de 26 de noviembre de 1991, parágrafo 59; STEDH *The Sunday Times v. The United Kingdom*, de 26 de abril de 1979, parágrafo 50; STEDH *Castells v. Spain*, de 23 de abril de 1991, parágrafo 36; STEDH *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 de abril de 1995, parágrafo 38; STEDH *De Haes and Gijssels v. Belgium*, de 24 de febrero de 1997, parágrafo 46; STEDH *Fuentes Bobo v. Spain*, de 29 de febrero de 2000, parágrafo 43.

como exagerado y antidemocrático elevar a un pedestal a los personajes públicos para que sólo recibieran halagos y buenos cumplidos. Si se llegara a esta última situación, estaríamos en condiciones de afirmar que las molestias que pudieran sufrir dichas personas por las críticas recibidas serían infinitamente menores a los peligros que acecharían a la sociedad, libre y democrática, pues, como indicamos páginas atrás, la libertad de expresión es un buen termómetro de la salud de una democracia y los recortes que pueda experimentar anuncian amenazas más graves.

Lejos de aquellas profecías, sólo el llamado *animus iniuriandi* o ánimo de injuriar está proscrito en el debate sobre las cuestiones públicas. La libertad de expresión no puede alcanzar con su abrigo a las expresiones o informaciones que sean “gratuitamente ofensivas para otros y que, por ello, constituyan un atentado a sus derechos y que, por el contrario, no contribuyen a ningún género de debate”<sup>79</sup>. En el otro caso, intenciones diversas a las descritas se consideran legítimas y encuentran cabida en la discusión pública. Así, el Tribunal Europeo calificó de *animus narrandi* la voluntad del informador al reproducir las declaraciones netamente racistas de unos jóvenes, de las que no se apartó lo suficiente. Su objetivo no era “la propagación de ideas y opiniones racistas”, sino que “pretendía exponer, analizar y mostrar a ese concreto grupo de jóvenes”<sup>80</sup>. O puede admitirse incluso el *animus retorquendi*, dotado de especial carga crítica y despectiva, cuando es preciso responder en los mismos términos a quienes acusan, en un tono grave e indignante, de prácticas despóticas, como sucedió en el caso *Nilsen and Johnsen*<sup>81</sup>. En fin, si las expresiones enjuiciadas, lejos de ser injuriosas u ofensivas, son sencillamente exageradas (“*exaggeration*”) o provocadoras (“*provocation*”), siguen cayendo perfectamente dentro de los límites de la discusión<sup>82</sup>, dado que “el amparo que otorga el art. 10 del Convenio a los periodistas en relación con sus publicaciones de interés general deriva de la consideración de que se

---

<sup>79</sup> STEDH *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, parágrafo 49. También sigue esta jurisprudencia STEDH *Janowski v. Poland*, de 21 de enero de 1999.

<sup>80</sup> STEDH *Jersild v. Danemark*, de 23 de septiembre de 1994, parágrafo 33. No había condena por atentar contra la reputación pues se trataba, en definitiva, de un supuesto de reportaje neutral. Y es que, en general, resulta desproporcionado la imposición de sanciones para reportajes de los medios de comunicación en los que se reproducen afirmaciones de terceros que puedan ser ofensivas, provocativas o incluso dañar la reputación ajena, por el mero de no separarse suficientemente de ellas, dado que tal exigencia supondría un quebranto de la libertad de expresión. Así sucedió en STEDH *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, de 17 de diciembre de 2004. *Vid.*, CLAYTON, R. y TOMLINSON, H.: *The Law...*, op. cit., p. 1478. También es ejemplo de esta doctrina jurisprudencial STEDH *Oberschlick v. Austria*, de 23 de mayo de 1991, parágrafo 61.

<sup>81</sup> STEDH *Nilsen and Johnsen v. Norway*, de 25 de noviembre de 1999, parágrafo 52.

<sup>82</sup> STEDH *Prager and Oberschlick v. Austria*, de 26 de abril de 1995, parágrafo 38.



comportan de buena fe a fin de suministrar información exacta y segura con arreglo a la ética periodística”<sup>83</sup>. En estos casos, el valor o interés de la noticia (“*newsworthiness*”) y el derecho de las personas a recibir información, justifican eventuales errores o exageraciones, siempre que puedan ser corregidos durante el transcurso de lo noticiado<sup>84</sup>.

### 5.3 Veracidad

Sin menoscabo de lo anterior, no cabe duda de que el elemento más importante de la jurisprudencia europea para resolver el conflicto entre las libertades informativas y la protección de la reputación es el relativo a la trascendental distinción entre hechos y juicios de valor u opiniones, a la que ya nos hemos referido sucintamente en otro momento. Si la técnica de la ponderación entre derechos como método utilizado para resolver estos supuestos de colisión procede de la doctrina norteamericana del *actual malice*, lo mismo debe señalarse respecto de este elemento particular del juicio del *balancing* que es la veracidad, el cual contribuye a introducir en el siempre inestable equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de la reputación el elemento de la proporcionalidad (“*Verhältnismäßigkeit*”)<sup>85</sup>. En el contexto europeo, la consagración de este criterio se produjo en el asunto *Lingens*. Las diferencias entre hechos y juicios de valor quedaban perfectamente definidas en tanto que “la existencia de los hechos puede ser demostrada, mientras que los juicios de valor u opiniones no son susceptibles de prueba”<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Se afirma tajantemente en SSETDH *Bergens Tidende v. Norway*, de 2 de mayo de 2000, *Thoma v. Luxembourg*, de 29 de marzo de 2001, *Radio France and Others v. France*, de 30 de marzo de 2004, *Cumpana and Mazare v. Romania*, de 17 de diciembre de 2004, y *Selisto v. Finland*, de 16 de noviembre de 2005: “*The safeguard offered by Art. 10 to journalist in relation to reporting on articles of general interest is subject to the provision that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism*”. En la doctrina, *vid.*, entre otros, ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 61.

<sup>84</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 48. La admisión de errores circunstanciales (por ejemplo, en la calificación jurídica de los hechos; así, STEDH *Schwabe v. Austria*, de 28 de agosto de 1992) es una matización o suavización del principio de veracidad, conforme al cual el relato de los hechos debe concordar con la realidad. Así, CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, op. cit., pp. 107 y 110.

<sup>85</sup> STERN, K.: “Art. 11. Freiheit...”, op. cit., p. 368.

<sup>86</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, parágrafo 46; STEDH *De Haes and Gilsels v. Belgium*, de 24 de febrero de 1997, parágrafo 47. Contundentemente se afirma en *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, parágrafo 42: “*mientras la existencia de hechos puede ser demostrada, la veracidad de los juicios de valor no es susceptible de prueba. El requerimiento de prueba de los juicios de valor es de imposible cumplimiento por lo que atenta contra la propia libertad de expresión, parte fundamental del derecho consagrado en el art 10*” (“*while the existence of facts can be demonstrated, the truth of value judgments is not susceptible of proof. The requirement to prove the truth of a value judgment is impossible to fulfil and infringes freedom of opinion itself, which is a fundamental part of the right*

La conclusión precedente abría el camino para una clara separación entre libertad de información y libertad de expresión en sentido estricto (con lo que se apostaba por una opción dual que no venía directamente reconocida por el texto del Convenio) derivada del objeto de estas libertades: sólo la libertad informativa puede someterse a la *exceptio veritatis*, no siendo posible probar la veracidad de las opiniones<sup>87</sup>. Así, los hechos o afirmaciones fácticas son verificables, esto es, comprobables, de modo que el ejercicio de la libertad de información está sometido a mayores cautelas que el de la libertad de opinión, teniendo que superar un filtro adicional para que en cada caso concreto se entienda que prevalece la libertad informativa sobre la reputación eventualmente lesionada<sup>88</sup>.

Siguiendo un planteamiento lógico, cabría pensar que dado que los hechos son demostrables porque se asientan sobre un sustrato fáctico, si se impidiera proceder a su prueba o demostración por quien los hubiera afirmado a fin de quedar exento de responsabilidad, estaríamos ante una conculcación de la libertad de información y, consiguientemente, ante la vulneración del art. 10.1 del Convenio Europeo. Precisamente, ésta fue la cuestión de fondo en el asunto *Castells v. España*<sup>89</sup> en el que los Tribunales internos entendieron que las declaraciones del recurrente sobre la política antiterrorista del Gobierno español que fueron vertidas en un texto no habían sido lo suficientemente precisas, por lo que su veracidad no podía ser probada (de hecho, ni siquiera era relevante dicha demostración), siendo catalogadas como juicios de valor. Sin embargo, la Corte Europea recuerda que el artículo objeto del litigio debía valorarse como un todo, en conjunto (“*as a whole*”), de manera que habiendo procedido de esta forma, gran parte de las afirmaciones del Sr. Castells (como la impunidad de

---

*secured by Article 10*”). Con las mismas palabras se expresa el Tribunal en STEDH *Turhan v. Turkey*, de 19 de mayo de 2005, parágrafo 24.

<sup>87</sup> Sin embargo, la distinción entre juicios de valor y hechos, en el caso concreto, puede llegar a ser realmente compleja, dado que normalmente las opiniones que se manifiestan suelen responder o versar sobre hechos acaecidos. En tales supuestos, el tribunal aplicará los parámetros de la libertad de expresión o de la libertad de información según cuál sea el derecho que, a su juicio, sea preponderante. *Vid.*, CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad...*, op. cit., p. 102.

<sup>88</sup> Es BUSTOS GISBERT quien recuerda que no hay parámetros generales con los que determinar el grado de comprobación exigible para considerar cumplido el requisito de veracidad, sino que debe hacerse, como hemos apuntado, caso por caso o, en sus palabras, “por una aproximación casuística”: BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos...”, op. cit., p. 601. Precisa, así mismo, que la prueba de la verdad no debe convertirse en un proceso *diabólico* (como sucedería si se exigiera demostrar la veracidad en el caso de declaraciones de terceros). En última instancia, realizados los máximos esfuerzos para verificar este requisito por la parte a la que le incumbe, el Tribunal Europeo suele adoptar una posición *pro veritas* exigiendo este requisito con cierta laxitud.

<sup>89</sup> STEDH *Castells v. Spain*, de 23 de abril de 1991.

determinados crímenes o la participación de ciertas organizaciones extremistas) podrían haber sido verificadas<sup>90</sup>. Que se impida probar la verdad de estos hechos y la buena fe con que se ha actuado, como hicieron las autoridades españolas, constituyó una injerencia desproporcionada<sup>91</sup> en la libertad de expresión del art. 10.1, merecedora del rechazo del Tribunal Europeo. El caso *Nilsen and Johnsen* nos permite abordar esta cuestión desde la perspectiva inversa. En este asunto, los recurrentes, representantes de los sindicatos noruegos de policías, habían pronunciado diversas afirmaciones en respuesta a un libro escrito por un profesor sobre la brutalidad presente en las actuaciones policiales, que atentaba contra la reputación de dicho docente. El Tribunal Europeo consideró que algunas de esas expresiones podían verificarse, por lo que la falta de prueba, evidenciada en Estrasburgo, justificaba la condena por difamación<sup>92</sup>. Así mismo, en el caso *Barfod v. Denmark*, de 22 de febrero de 1989, la Corte no admitió las acusaciones de parcialidad vertidas por un periodista contra dos miembros de un tribunal dado que no aportó prueba o evidencia alguna de dicha tacha, con el consiguiente daño para la reputación de los jueces y la disminución de su estima en la comunidad<sup>93</sup>. Por ello, para concluir en materia de operatividad de la prueba de la verdad en el ámbito de la libertad de información que tiene por objeto la difusión de hechos, apoyándonos en *Nilsen and Johnsen*, *Castells* y *Barfod*, podemos indicar que los hechos *deben probarse*, obligación a cargo del particular, y *deben poder probarse*, obligación que incumbe a las autoridades nacionales, respectivamente<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> STEDH *Castells v. Spain*, de 23 de abril de 1991, parágrafo 48.

<sup>91</sup> COHEN-JONATHAN, G.: "Article 10", PETTITTI, L. E., DECAUX, E. y IMBERT, P-H. (dirs.): *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, París, 1999, p. 416. La misma razón condujo al Tribunal Europeo a apreciar violación de la libertad de expresión en el caso *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, en el que no se concedió a un político la oportunidad de probar la veracidad de las afirmaciones vertidas en un programa de televisión.

<sup>92</sup> COUNCIL OF EUROPE (DIRECTION GÉNÉRALE DE DROITS DE L'HOMME): *La liberté d'expression en Europe. La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Dossiers sur les droits de l'homme*, 18 (revisé), op. cit., pp. 73 y 74.

<sup>93</sup> STEHD *Barfod v. Denmark*, de 22 de febrero de 1989, parágrafo 33: "... it was certainly not proof of actual bias and the applicant cannot reasonably have been unaware of that"; parágrafo 35: "The impugned statement was [...] a defamatory accusation against the lay judges personally, which was likely to lower them in public esteem and was put forward without any supporting evidence". Para un análisis más detallado del caso, GUEDJ, A.: *Liberté et responsabilité du journaliste dans l'ordre juridique euroéen et international*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 234 a 236.

<sup>94</sup> Finalmente, para terminar de perfilar todas las aristas sobre el régimen de comprobación de los hechos, debemos apuntar: a) que una leve falta de exactitud de las afirmaciones fácticas no es, *per se*, motivo de condena, pues basta con que sean sustancialmente correctas y que hayan sido razonablemente verificadas por el autor, de tal modo que su buena fe no ofrezca dudas (STEDH *Schwabe v. Austria*, de 28 de agosto de 1992, parágrafo 34); b) respecto de los rumores, el requisito de la veracidad se entiende cumplido si éstos se presentan como tales y en el momento de su exposición no tienen la apariencia de ser enteramente falsos o inventados; de hecho, someterlos a la *exceptio veritatis* devendría en una tarea

Llegado este momento es oportuno detenernos en la otra manifestación del requisito de la veracidad en el marco de la ponderación o *balancing*: la actitud del comunicador. Incorporando a la doctrina europea la referencia a la *actual malice* del Tribunal Supremo estadounidense, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado que sólo si el periodista tiene indicios racionales para creer que sus afirmaciones se corresponden con la realidad, la existencia de una intromisión podrá considerarse contraria al Convenio<sup>95</sup>. No obstante, es necesaria una matización: no se exige una veracidad absoluta o material, sino que la plena correspondencia con la realidad se suaviza o difumina bastando con cumplir el requisito menos riguroso de actuar diligentemente o de buena fe y conforme a la ética periodística, en concordancia con las obligaciones y responsabilidades de los periodistas<sup>96</sup>. Para comprobar la concurrencia de la buena fe del informador se estará al medio de obtención de la información, verificación de si se contrastaron o no los datos, forma de publicación ... Y, por último, si bien es cierto que se exigen del periodista hechos exactos e informaciones fiables y precisas ("*reliable and precise*")<sup>97</sup>, ha de dejarse espacio siempre para la formulación de hipótesis, conjeturas o valoraciones, ya que no es exigible que las informaciones sean totalmente asépticas, porque ello conduciría a que la prensa se viera reducida a un simple vehículo transmisor de informaciones cuya interpretación correspondería exclusivamente al lector<sup>98</sup>. Antes al contrario, debe poder emprender legítimamente esta tarea desde una perspectiva *propia*, pero *respetuosa* con la realidad al propio tiempo.

Aceptando la validez de los argumentos y procedimientos del Tribunal Europeo que hemos expuesto en relación con los hechos, hay que reconocer su debilidad e inestabilidad cuando de juicios de valor se trata. Las opiniones, "inseparables de la libertad de expresión"<sup>99</sup>, en palabras de COHEN, por no constituir hechos susceptibles

---

irrazonable, cuando no imposible (STEDH *Thorgeir Thorgeirson v. Iceland*, de 25 de junio de 1992, párrafo 165).

<sup>95</sup> En sentido inverso, al no haber indicios racionales para dar una noticia, el Tribunal Europeo estimó conforme al Convenio la condena al periodista en la STEDH *Pedersen and Baadsgard v. Denmark*, de 17 de diciembre de 2004, párrafo 92.

<sup>96</sup> STEDH *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, de 20 de mayo de 1999, párrafo 65: "*the exercise of freedom of expression carries with it duties and responsibilities, [...], in accordance with the ethics of journalism*". En parecidos términos, STEDH *Cumpuna and Mazare v. Rumania*, de 17 de diciembre de 2004, párrafo 102

<sup>97</sup> STEDH *Fressoz and Riore v. France*, de 21 de enero de 1999, párrafo 54.

<sup>98</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, párrafo 41.

<sup>99</sup> COHEN-JONATHAN, G.: "Article...., *op. cit.*, p. 416.

de prueba, no pueden someterse al tamiz de la prueba de la verdad, hasta el punto de que lo contrario vulneraría intrínsecamente este derecho<sup>100</sup>. No hay duda de que, a raíz de lo anterior, se está admitiendo que la libertad de opinión es más amplia que la libertad de información, sin embargo, no podemos trasladarnos hasta el otro extremo y sostener que cualquier opinión o sentimiento, desconectado completamente del tema de debate, infundado y carente de cualquier motivación, entra en el cajón de sastre de la libertad de opinión. Tal concepción borraría la esencia de esta libertad, la desnaturalizaría y sería contraria a los intereses de una sociedad democrática. Por este motivo, a falta de veracidad, para los juicios de valor el Tribunal Europeo tiene sentada la doctrina de la “base fáctica suficiente”, equivalente a la prueba de la verdad en el ámbito de los hechos, gracias a la cual se evita un abuso en el ejercicio de la libertad de expresión, en sentido estricto, que atropellaría indefectiblemente la legítima expectativa a la protección de la reputación personal (por no decir que, además, violentaría el art. 17 del Convenio relativo a la prohibición de abuso de derecho).

A tenor de esta teoría, la atención del órgano judicial debe centrarse en la base fáctica que soporta el juicio de valor, siendo a ella a la que se aplique el juicio de la verdad; en otras palabras, las opiniones deben apoyarse en hechos suficientes para ser leales<sup>101</sup>. En consonancia, es preciso comprobar si el juicio de valor está desprovisto o no de base factual, ya que toda crítica, mayor o menor, necesita una base fáctica<sup>102</sup>. Comprobada ésta, a las expresiones propiamente utilizadas, es decir, a la forma exacta de su difusión se le somete al *test de la buena fe*, tanto más rígido cuanto más grave sea lo dicho o más interés público concite<sup>103</sup>. De esta forma, se elude el absurdo de amparar afirmaciones infundadas o realizadas con mala fe (“*accusations devoid of foundation or formulated in bad faith*”)<sup>104</sup>. Este complejo procedimiento resultante de la aplicación sucesiva de la doctrina de la base fáctica suficiente y del test de buena fe adquirió carta

---

<sup>100</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, parágrafo 46.

<sup>101</sup> Así, BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos...”, *op. cit.*, pp. 600 y 602. STEDH *Turhan v. Turkey*, de 19 de mayo de 2005, parágrafo 24: “la proporcionalidad de la interferencia dependerá de que exista una base fáctica suficiente sobre la que se apoye la afirmación impugnada, de modo que un juicio de valor será excesivo cuando carezca de dicha base. También la STEDH *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, parágrafo 43. En la doctrina, lo recogen, entre otros, CLAYTON, R. y TOMLINSON, H.: *The Law...*, *op. cit.*, p. 1469.

<sup>102</sup> Precisamente por ello, en *Cuc Pascu v. Romania*, de 16 de septiembre de 2008, el Tribunal condenó por ataque al honor a un periodista que acusó al Decano de la Facultad de Medicina de la Universidad de Oradea de fraude y plagio, sin que tal afirmación se sustentara sobre una base fáctica suficiente.

<sup>103</sup> Así SSEDH *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, de 20 de mayo de 1999 y *Colombani v. France*, de 25 de junio de 2002.

<sup>104</sup> STEDH *Castells v. Spain*, de 23 de abril de 1991, parágrafo 46.

de naturaleza y quedó plenamente consolidado por la Corte Europea en el asunto *Godlevski v. Rusia*, de 23 de octubre de 2008, cuyo parágrafo 47, con el que ponemos fin a este examen de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, dispone que “la diferencia entre un juicio de valor y la afirmación de un hecho radica en última instancia en el grado de prueba fáctica que haya de establecerse y, por tanto, un juicio de valor debe basarse en hechos suficientes para poder constituir un comentario leal según el art. 10”<sup>105</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El estudio del derecho de la Unión Europea, como indicamos en la introducción de este capítulo, responde al interés de examinar las aportaciones que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha realizado al acervo jurídico comunitario y que se han incorporado a la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales estatales.

Especialmente bien recibidas en los ordenamientos estatales han sido dos líneas jurisprudenciales. En primer lugar, la extensión del derecho a la protección de la reputación de las personas jurídicas, particularmente de las empresas que actúan en el tráfico mercantil. Hoy ya es línea jurisprudencial absolutamente dominante (y también doctrinalmente, aunque quizá no con tanto apoyo y con ciertos matices según de qué ordenamientos estatales se trate) el reconocimiento del derecho a la reputación de las personas jurídicas de forma que puedan desarrollar sus actividades, generalmente económicas, en condiciones de legítimo y mutuo reconocimiento de unas a otras, sin que informaciones difamatorias falsas dirigidas a destruir su crédito queden impunes.

En segundo lugar, también las pautas de resolución del conflicto entre las libertades de expresión e información, por una parte, y el derecho a la protección de la reputación, por otra, han sido favorablemente acogidas en la jurisprudencia de los tribunales de los Estados miembros. En este punto el Tribunal Europeo ha sentado precedente con argumentaciones y frases célebres que aparecen en cualquier sentencia que se refiera el mencionado conflicto de derechos fundamentales. Son ejemplos de ello

---

<sup>105</sup> Traducción propuesta por BUSTOS GISBERT, R.: “Los derechos..., *op. cit.*, p. 600, nota al pie número 29.

la doctrina según la cual “el artículo 10.2 [...] ampara también aquellas informaciones o ideas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción o parte cualquiera de la población”, sentada en *Handyside* en 1976, por lo que incluso las expresiones exageradas o provocadoras reciben la tutela del art. 10 del Convenio, como se estableció en *Prager and Oberschlick* de 1995; así como aquella otra conforme a la cual “la existencia de los hechos puede ser demostrada, mientras que los juicios de valor u opiniones no son susceptibles de prueba”, procedente de *Lingens* también de 1986. El mismo aplauso generalizado mereció la incorporación de la doctrina estadounidense del *actual malice* al acervo jurídico europeo con su catálogo de nuevos conceptos y filtros: veracidad, buena fe, ética periodística.

Sin embargo, desde una perspectiva crítica, queremos dejar constancia de nuestra valoración negativa de un importante aspecto de la jurisprudencia europea y cuyos efectos se dejan sentir en las dos aportaciones jurisprudenciales comentadas. A pesar de la previsión de la protección de la reputación como límite a la libertad de expresión en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de la común opinión de que con tal referencia a la reputación se está aludiendo también al honor, cabe apuntar la despreocupación mostrada por las autoridades judiciales europeas hacia la vertiente interna o subjetiva del honor, aquella que se vincula con el autoestima y con la dignidad misma. Parecería acaso que la extensión de la reputación a las personas jurídicas debiera venir acompañada del componente más personalista e individual del honor: el propio reconocimiento de la valía humana.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se muestra prolija y generosa en la protección de la reputación de las personas físicas cuando éstas sufren ataques difamatorios como consecuencia de su participación en asuntos públicos y en actividades políticas. En tales casos, por el contrario, está ausente cualquier referencia a la importancia de proteger el honor de la víctima en tanto que cualidad interna y subjetiva, como conciencia del valor humano que cada uno atesora, sino que siempre la protección dispensada por el Tribunal atiende al daño sufrido por la víctima a la luz de la consideración social que merece como interviniente en asuntos de la comunidad. De esta forma, se transmite el mensaje de que el político, funcionario, periodista o, en fin, el ciudadano con cierta proyección pública protagonista de un asunto de interés general sólo merecen protección en la medida en que son agentes fundamentales para el

saludable desenvolvimiento de la vida político-pública, pero no como personas cuya valía merece idéntica atención. Tan verdad es la primera parte como la segunda.

Por lo anterior compartimos las suspicacias de algunos autores sobre la supuesta suficiencia de la inclusión de la protección del honor de la persona en el ámbito más amplio y genérico de la protección del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio. No creemos que con eso baste. El bien autoestima de la persona, que se proyecta en la dimensión interna y subjetiva del honor, merece una protección autónoma e independiente<sup>106</sup> más allá de su consideración como una parcela del derecho a la protección de la vida privada o como un límite a la libertad de expresión e información. La intelección de la reputación deliberadamente escorada hacia la vertiente exterior u objetiva del honor concede un valor más que protagonista, absoluto a la consideración social y a las ventajas materiales derivadas de la estima social, como diría CARRARA<sup>107</sup>. Parecería, entonces, que se mercantiliza la reputación en tanto sólo es digna de protegerse cuando los ataques contra ella obstaculizan la normalidad de las operaciones de las empresas en el tráfico diario o cuando dificultan la participación de ciertas personas en el combate político actual de masas. Pero, aun cuando tales objetivos sean loables, el honor también debería protegerse por el valor que el autoestima o el propio reconocimiento que una persona tiene de sí misma, representa para el ser humano. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deja completamente abandonada esta vertiente. Particularmente de manifiesto se pone la sola atención a los periodistas y a los políticos para la protección de su reputación y buen consideración social, con olvido de todo lo demás, en el test de la base fáctica suficiente para probar la verdad de las expresiones vertidas en ejercicio de la libertad de expresión: esa prueba o filtro parece exclusivamente pensada para enfrentamientos entre periodistas y políticos, pero no para las relaciones privadas entre sujetos particulares sin ninguna proyección pública, respecto de los cuales la exigencia de una base fáctica suficiente sobre la que se apoyen sus opiniones golpea el corazón de la libertad de expresión.

---

<sup>106</sup> LOUCAIDES, L. G.: *The European Convention ...*, op. cit., p. 154.

<sup>107</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.4.1



**CAPÍTULO IV.**  
**LOS DELITOS CONTRA EL**  
**HONOR EN EL DERECHO**  
**COMPARADO**



## **CAPÍTULO IV. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO COMPARADO**

### **1. INTRODUCCIÓN: MÉTODO Y OBJETIVOS**

Los delitos contra el honor forman parte del grupo de conductas punibles clásicas del Derecho Penal; podría decirse que integran el cuerpo del Derecho Penal nuclear. Esta realidad puede predicarse, desde luego, del ordenamiento punitivo español, pero también respecto de otros ordenamientos jurídico-penales, si nos trasladamos a la perspectiva del derecho comparado. Ello pone de manifiesto que la persecución penal de los atentados contra el honor ha representado desde hace largo tiempo una preocupación de primer orden para el legislador, en consonancia con la consideración del bien jurídico honor como uno de los bienes jurídicos más esenciales y valiosos de la persona y cuya tutela resulta vital para una convivencia pacífica y armoniosa de los ciudadanos en sociedad.

Advertido lo anterior, cada ordenamiento jurídico ha seguido sus pautas para la delimitación del bien jurídico honor y para la descripción de las conductas típicas a través de las cuales se pone en peligro. Y tanto en la configuración del contenido esencial del honor como en la especificación de los comportamientos atentatorios contra este bien jurídico, las valoraciones sociales y culturales de cada país han cumplido una función destacada. Si los delitos contra el honor son protagonistas habituales de los Códigos Penales es porque la sociedad en su conjunto estimaba que, con arreglo a su jerarquía de valores, el honor debía ser protegido, y que dicha protección debía articularse, igualmente, conforme a sus patrones sociales y culturales dominantes. No olvidemos, en este sentido, que al Código Penal tienen acceso aquellas conductas socialmente más indeseables que representan ataques contra los bienes jurídicos e intereses merecedores de mayor protección según el parecer de la comunidad. El bien jurídico honor es uno de estos valores socialmente relevantes y los comportamientos que lo ofenden (injurias, difamaciones, calumnias) son ejemplos de esas conductas socialmente indeseables que reciben el reproche general.

Con las reflexiones previas podemos establecer una primera conclusión, que a su vez sirve como punto de partida de otras futuras: los delitos contra el honor se caracterizan por su *circunstancialidad* y están sujetos a las valoraciones sociales dominantes. Una misma conducta puede ser considerada deshonrosa y merecedora de sanción criminal en un momento y en un lugar dados, y sin embargo, ese comportamiento realizado cien años después y en otro punto geográfico puede estar desprovisto de todo contenido difamatorio<sup>1</sup>. QUINTANO RIPOLLÉS aludía a esta realidad con la expresión “dimensión valorativa social del honor”<sup>2</sup>. El delito contra el honor, podríamos decir, responde, casi como ningún otro, a la idiosincrasia de un pueblo y a la importancia que el mismo concede a valores como la reputación, la honorabilidad, la probidad, la honradez. Precisamente por esto en el primer capítulo de esta investigación hemos buceado en la historia, la sociología, la filosofía y la literatura del pueblo español para intentar comprender qué se ha entendido por honor a lo largo del tiempo. Resulta imposible, sin embargo, realizar esta misma tarea de investigación para los otros pueblos nacionales de Europa, respecto de los cuales nos proponemos la tarea de describir y analizar con el mayor grado de detalle que los límites de este trabajo nos permiten, el régimen jurídico-penal de los delitos contra el honor que han consagrado en su ordenamiento. El *propósito* es, desde luego, ambicioso también.

Hasta ahora, el examen de las regulaciones estatales de protección penal del honor ha permitido constatar una considerable diversidad. RODRÍGUEZ DEVESA decía que “apenas hay otro delito que las diferencias entre las distintas legislaciones sean mayores”<sup>3</sup>. Aceptado también que las similitudes en la denominación jurídica de la figura penal (injuria, difamación o calumnia, entre otras) no podían inducir a “precipitadas concordancias” pues más allá del *nomen iuris* no existe en la mayor parte de las veces una identidad sustancial en la conducta verdaderamente proscrita, algunos autores han desentrañado las diferencias de las legislaciones extranjeras en materia de delitos contra el honor, prestando especial atención al instituto de la *exceptio veritatis*,

---

<sup>1</sup> Vid., entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1989, p. 237; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 371.

<sup>2</sup> QUINTANO RIPOLLÉS. A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal II (Tomo I. II Infracciones contra la personalidad)*, 2ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1147.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 232.

que informa, como ningún otro, el bien jurídico honor y ofrece una imagen fidedigna del contenido de este bien jurídico a juicio de legislador y, por tanto, a juicio de la comunidad que quiere tutelarlos a través de la norma penal<sup>4</sup>. Sin embargo, como consecuencia del tiempo transcurrido desde la publicación de aquellos análisis, hemos resuelto que conviene actualizar los meritorios trabajos referidos para mostrar el nuevo estado en que se encuentra el debate doctrinal y jurisprudencial en el derecho comparado, teniendo en consideración que una investigación de las características que estamos haciendo reúne, a los efectos que ahora nos interesan, la ventaja de una mayor libertad de espacio para afrontar un estudio en profundidad.

Como *instrumentos de estudio*, procuraremos adentrarnos en cada uno de estos ordenamientos mediante la lectura de las obras más representativas en el campo de los delitos contra el honor, recurriendo a Manuales y Tratados de Derecho Penal, así como a estudios monográficos sobre el bien jurídico honor y los delitos contra el honor; todo ello acompañado y reforzado, además, por la lectura de la jurisprudencia de los tribunales superiores, a fin de evidenciar la acogida que las propuestas doctrinales han logrado en la práctica judicial.

Conviene también aclarar ciertas cuestiones desde la perspectiva de la *estructura* de trabajo. En el presente capítulo abordaremos el estudio de los delitos contra el honor en el Código Penal de Alemania, Austria, Portugal, Italia, Francia<sup>5</sup> y Bélgica. Igualmente, afrontaremos la misma tarea respecto de Inglaterra y Estados Unidos, países cuyos ordenamientos se integran en el más amplio sistema del “*Common Law*”, y que articulan un complejo y completo régimen de protección del honor (reputación), pero que, a diferencia de los ordenamientos europeos continentales, transcurre fundamentalmente por los cauces de la jurisdicción civil. El lector observará a continuación que el orden elegido no es aleatorio; antes al contrario, hemos considerado

---

<sup>4</sup> Ofrecen visiones panorámicas de la regulación de los delitos contra el honor desde la perspectiva del derecho comparado QUINTANO RIPOLLÉS. A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1167 a 1171; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36 (Fasc/Mes 1, 1983), pp. 129 a 133; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 55 a 61.

<sup>5</sup> Las figuras básicas de represión de los atentados contra el honor en la legislación francesa son la difamación y la injuria, previstas en la Ley de Libertad de Prensa de 1881. En el Código Penal, por su parte, se contienen residualmente otros tipos penales destinados también a la protección del honor, aunque sean de segundo orden: las injurias y difamaciones perpetradas sin publicidad (arts. 621-1 y 622-1), el delito de denuncia calumniosa del (art. 226-10) y el delito de chantaje (art. 312-10).

correcto distribuir las legislaciones estatales agrupando algunas conjuntamente en “modelos” o “sistemas”, dadas las semejanzas existentes; el caso paradigmático de este modo de proceder es el “*Common Law*”, sistema en el que hemos estudiado inicialmente el tronco común en el que coinciden Inglaterra y Estados Unidos, resultado de un largo devenir histórico-jurídico conjunto, para después atender a los desarrollos normativos y jurisprudenciales experimentados recientemente y en los que se distinguen los dos ordenamientos; también hemos agrupado otros ordenamientos, como Alemania y Austria, así como Francia y Bélgica, si bien en estos la identidad de regímenes jurídicos no es tan evidente como en el modelo angloamericano, lo cual no ha sido óbice para vislumbrar notable influencia, que son las que pretendíamos resaltar afrontando su estudio bajo la estructura de un mismo sistema.

Una vez ubicados en cada uno de estos ordenamientos estatales, la *metodología* que sigamos será la misma. Primeramente, examinaremos las teorías o doctrinas que se han formulado para definir el bien jurídico honor y dotarlo de contenido; a continuación, analizaremos del estado de la cuestión de los titulares del bien jurídico honor, esto es, quiénes pueden ser considerados sujetos pasivos de los delitos contra el honor; en este punto el debate se centra especialmente en las personas jurídico-privadas y jurídico-públicas, así como en los grupos o colectivos, si bien nos referiremos también a la eventual titularidad del honor por los fallecidos, en la medida en que todos los ordenamientos prevén ciertos tipos penales tras cuya lectura podría pensarse que el honor del difunto es el bien jurídico protegido, lo que le convertiría en sujeto pasivo de un delito contra el honor. En tercer lugar, estudiaremos el régimen legal establecido para la protección del honor, examinado cada una de las figuras previstas en las legislaciones estatales. Por último, después del examen sistemático emprendido con cada legislación estatal, habrá llegado el momento de recapitular y poner en valor las similitudes y diferencias observadas; esto nos permitirá localizar las fuentes doctrinales de las que han bebido el legislador, la doctrina y la jurisprudencia españoles, así como los pronunciamientos jurisprudenciales que han dejado una huella imborrable en la configuración legal del régimen jurídico español de los delitos contra el honor.

## **2. SISTEMA GERMANO-AUSTRIACO**

### **2.1 INTRODUCCIÓN**

En las páginas que siguen a continuación procederemos a examinar el régimen jurídico de protección penal del honor en los ordenamientos de Alemania y Austria. Es cierto que lo haremos por separado, primero estudiando los delitos contra el honor en el Código Penal alemán y después haciendo lo propio en el Código Penal de Austria. Sin embargo, como el lector puede observar, hemos optado por incluir ambas regulaciones legales bajo una misma rúbrica o título: el modelo germano-austriaco. Ello es así porque aunque cada una de las dos legislaciones goza de autonomía e independencia, no lo es menos que existen entre ellas suficientes puntos en común e influencias compartidas que justifican un tratamiento conjunto. Cuando emprendamos la recapitulación de las conclusiones extraídas tras el análisis de los distintos ordenamientos jurídicos, al finalizar el capítulo de los delitos contra el honor en derecho comparado, insistiremos en estos aspectos comunes.

La cercanía entre ambas legislaciones es apreciable tanto en la definición del contenido del bien jurídico honor como en la regulación legal positiva de las conductas típicas atentatorias contra el honor. En relación con el bien jurídico, la abundante y valiosa literatura penalista alemana sobre los delitos contra el honor ha desplegado influencia y ha sido un punto de referencia fundamental para todos los ordenamientos jurídico-continetales europeos, y entre ellos, particularmente para el régimen austriaco. Así, podremos comprobar que los trabajos teóricos dirigidos a dotar de contenido el bien jurídico honor en la doctrina austriaca reconocen el influjo de las investigaciones alemanas, decantándose ampliamente por una de las líneas propuestas por los autores alemanes (las teorías normativas y normativo-fácticas), que también ha ejercido un papel importante en otros ordenamientos jurídicos estatales.

Desde la perspectiva del derecho positivo, sin pretender adelantar acontecimientos, podemos indicar ya que ambos regímenes jurídicos pivotan sobre dos figuras penales: difamación e injuria, definiéndose de forma distinta cada una de ellas, aunque compartiendo la esencia de la conducta típica: mientras la difamación constituye un ataque más dirigido a menoscabar la vertiente externa del honor en tanto pretende hacer despreciable o desprestigiar ante la opinión pública a la víctima mediante la afirmación de hechos deshonorosos, la injuria representa una modalidad ofensiva más orientada a la vertiente interna del honor, por consistir en un desprecio, menosprecio o

falta de respeto manifestada a través de insultos o burlas. Por último, por lo que respecta al instituto de la prueba de la verdad, existen también ciertos puntos en común entre el régimen alemán y el austriaco, aun cuando es indubitable que el primero posee una permeabilidad a la prueba de la verdad mayor que el austriaco, mayor incluso que todos los demás ordenamientos jurídico estatales europeos, razón por la cual constituye el paradigma de las regulaciones legales en las que la verdad posee una eficacia absoluta en materia de los delitos contra el honor.

## 2.2 ALEMANIA

### 2.1.1 Libertad de expresión y derecho al honor personal

2.1.1.1 El encaje del derecho al honor en el ordenamiento jurídico alemán. Su reconocimiento constitucional como límite a la libertad de expresión (“*Äußerungsfreiheit*”)

Consagra la Constitución alemana en el artículo 5.I el derecho a la “libre expresión o manifestación y difusión de las opiniones, ya sea de palabra, por escrito o con imágenes”<sup>6</sup>. Acto seguido, en el segundo apartado, la norma fundamental conecta la libre expresión de opiniones (“*freie Meinungsäußerung*”) con una serie de límites (“*Schranken*”) que perfilan el marco dentro del cual debe ejercitarse esta libertad, los cuales, habida cuenta la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, deben interpretarse estrictamente, de modo que aunque la propia norma fundamental imponga límites constitucionales al ejercicio de la libertad, su efecto limitativo ha de ser restrictivo. Así, junto a las disposiciones de las leyes generales y las disposiciones para la protección de la juventud, se cita en tercer lugar el derecho al honor personal<sup>7</sup>. Dos precisiones deben ser hechas a raíz de esta genérica declaración de

---

<sup>6</sup> Art. 5 (1). “*Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt*”.

<sup>7</sup> Art. 5 (II). “*Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre*”. Por más que sea evidente no conviene olvidar, como advierte HERZOG, R.: “Artikel 5”, MAUNZ/DÜRIG.: *Kommentar zur Grundgesetz (Band I. Texte. Art. 1-5)*, 62, Ergänzungslieferung, Verlag C. H Beck, München, 2011, p. 81 (Art. 5), que estos tres límites funcionan autónomamente, de forma independiente los unos de los otros (“*völlig selbständig nebeneinander*”), sin que sea precisa una vulneración conjunta



límites. En primer lugar, la referencia al derecho al honor personal nos traslada hasta el ámbito de los derechos de la personalidad (“*Persönlichkeitsrechte*”), tal y como se desprende del art. 2.I en conexión con el art. 1.I de la Ley Fundamental alemana<sup>8</sup>; entre ellos, el derecho al honor personal se constituye como una zona nuclear constitucionalmente protegida y un bien jurídico reconocido en el marco de los derechos de la personalidad<sup>9</sup>; dicho lo cual, en absoluto se identifica con ellos, sino que constituye un derecho integrante de esta serie, autónomo e independiente, por lo que no conviene justificar una eventual restricción de la libertad de expresión en atención a los derechos de la personalidad, sino que ha de basarse en una vinculación más concreta con el derecho al honor personal<sup>10</sup>. Y, en segundo lugar, se observa que la mención del derecho al honor personal del art. 5 no está conectada con ninguna reserva de ley o norma jurídica que concrete y regule el ejercicio del derecho al honor (como sucede con la cláusula más precisa de “disposiciones legales para la protección de los menores”), de modo que la invocación del derecho al honor como límite de la libertad de expresión goza de aplicabilidad directa de conformidad con la interpretación literal del art. 5.II, sin que sea necesaria ninguna concreción legal ulterior<sup>11</sup> y sin que, por supuesto, pueda alegarse falta de concreción para desestimar la invocación del derecho al honor<sup>12</sup>.

---

de los derechos constitucionalmente protegidos (esto es, de los derechos de la infancia y del derecho al honor personal) para que pueda apreciarse un ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

<sup>8</sup> KARPf, B.: *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2004, p. 40. En este punto sobresale la innegable conexión entre ambos preceptos constitucionales, advertida entre otros por FECHNER, N.: *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsrechtsschutzes für Prominente*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2010, pp. 30 y 31, quien afirma con acierto que una interpretación aislada de cualquiera de estos preceptos es imposible y rechazable.

<sup>9</sup> BVerfGE 54, 248 (154): “*verfassungsrechtlich geschützten Kernbereich*”; “*Schutzgüter des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anerkannt*”.

<sup>10</sup> GILLEN, C.: *Das Verhältnis von Ehren- und Privatsphärenschutz im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999, p. 39. Por su parte, HERZOG, R.: “Artikel 5”, MAUNZ/DÜRIG.: *Kommentar zur Grundgesetz (Band I. Texte. Art. 1-5)*, 62. Ergänzungslieferung, Verlag C. H Beck, München, 2011, p. 90b (Art. 5), se pregunta si es posible equiparar honor y derechos de la personalidad (“*Ehre = allgemeines Persönlichkeitsrecht?*”), para concluir él mismo que no es oportuno; en su lugar, es más recomendable trabajar con los conceptos de honor del art. 5.II y de dignidad humana del art. 1.I (“*stattdessen nur mit den Begriffen “Ehre” (Art. 5 II) und “Menschenwürde” (Art. 1 I) zu arbeiten*”). Al final, todo se reduce a una correcta comprensión de la relación entre el todo y la parte: dado que el ámbito de protección de los derechos de la personalidad trasciende del derecho al honor personal, no toda lesión de los derechos de la personalidad tendrá por objeto el derecho al honor, al tiempo que cualquier vulneración del honor individual representará siempre un menoscabo de los derechos de la personalidad.

<sup>11</sup> HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut des § 189 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 83, “... *keiner weiteren gesetzlichen Konkretisierung bedarf und daher unmittelbare Anwendung auf Verfassungsebene findet*”.

<sup>12</sup> BVerfGE 33 (1, 15 y 16).

A partir de este marco general que ofrece la Constitución y del mandato de protección de los derechos fundamentales que se desprende de los artículos 2.I y 1.I de la norma básica, deberemos acudir a otras disposiciones legales a fin de establecer los contornos del derecho al honor, entendido como un límite legalmente establecido al ejercicio de la libertad de expresión. Nos referimos a los artículos 185 y siguientes del Código Penal alemán (“*Strafgesetzbuch*” -en adelante, STGB-), los artículos 374 y siguientes de la Ley del Procedimiento Penal (“*Strafprozeßordnung*” -en adelante, StPO-), los artículos 823 y siguientes del Código Civil (“*Bürgergesetzbuch*” -en adelante, BGB-) y al derecho al ejercicio de la acción de revocación y cesación. De este modo, todas las regulaciones mencionadas suministran un marco general de intelección del derecho al honor personal a partir del cual se puede proceder a relacionar la libertad de expresión, constitucionalmente garantizada, y el derecho al honor.

En definitiva, la interpretación y aplicación sistemáticas del art. 185 del StGB y del artículo 5 GG exigen una ponderación de los peligros que amenazan el honor personal, por un lado, y la libertad de expresión, por otro<sup>13</sup>. Y es que, en fin, siempre late en el complicado mantenimiento del equilibrio entre el honor personal y la libertad de expresión, el riesgo de herir el proceso de formación de la opinión pública. Puede que el ejemplo más ilustrativo de esta tensión sea el propio artículo 193 del StGB<sup>14</sup> que regula un supuesto paradigmático de cómo la libertad de expresión puede incluso llegar a invadir legítimamente el ámbito protegido del derecho al honor, en la medida en que se admite una lesión del citado derecho cuando la conducta responda al “ejercicio de un derecho o a la salvaguarda de un interés legítimo” (de conformidad con la conocida fórmula originaria del derecho alemán “*Wahrnehmung berechtigter Interessen*”)<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Kommentar*, 57ª Lieferung, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2011, Art. 5, pp. 80 y 80/3.

<sup>14</sup> § 193 “*Wahrnehmung berechtigter Interessen. Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*”.

<sup>15</sup> IGNOR, A.: *Der Straftatbestand der Beleidigung. Zu den Problemen des § 185 Strafgesetzbuch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Artikel 103, Absatz 2 Grundgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 91.

### 2.1.1.2 Libertad de expresión: concepto, contenido y proyecciones

Conviene detenernos unos instantes para delimitar el concepto de “*Meinungsfreiheit*” que consagra la Constitución alemana, desde la perspectiva de la doctrina y la jurisprudencia constitucional. Por “*Meinung*”, siguiendo los comentarios de STARCK, debe entenderse opinión, persuasión, evaluación, juicio de valor, sentencia, y todo ello susceptible de recaer sobre cualquier clase de objeto material y de personas<sup>16</sup>. Por supuesto, como sucede con la mayoría de los derechos fundamentales, también la libertad de expresión tiene un contenido o componente negativo, en tanto encierra igualmente el derecho a no expresar ninguna opinión, a no ser informado, a no establecer ningún negocio de prensa o medio de comunicación, etc<sup>17</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha declarado que bajo el amparo del art. 5 se incluyen todo tipo de juicios de valor, reflexiones sobre hechos, comportamientos o circunstancias, ya sean ciertos o falsos, ya estén racional o emocionalmente fundados, con la única condición de que sean “opiniones valiosas” (“*wertvolle Meinungen*”), es decir, dotadas de una calidad ética determinada (“*eine gewisse ethische Qualität besitzen*”)<sup>18</sup>. Y, desde una perspectiva finalista, podría concluirse que “*Meinung*” es cualquier expresión de un acto comunicativo de autodeterminación o autorrealización que viene influido o determinado por una opinión, perspectiva o pensamiento<sup>19</sup>, de tal modo que “*Meinung*” participa en este contexto produciendo la cuadratura del círculo porque pone en conexión “la subjetividad del individuo con el contenido de su declaración”<sup>20</sup>, esto es, la opinión conecta la individualidad de la persona, su subjetividad, con el contenido de la

---

<sup>16</sup> STARCK, C.: “Artikel 5”, MANGOLDT/KLEIN/STARCK (Hrsg.): *Kommentar zum Grundgesetz (Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19)*, 6ª Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, p. 534, “*Meinung bedeutet Ansicht, Auffassung, Überzeugung, Wertung, Urteil, Einschätzung, Stellungnahme zu allen möglichen sachlichen Gegenständen und Personen*”.

<sup>17</sup> HERZOG, R.: “Artikel 5”, *op. cit.*, pp. 13 y 14 (Art. 5); FECHNER, N.: *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsrechtsschutzes für Prominente*, Peter Landg, Frankfurt am Main, 2010, p. 43.

<sup>18</sup> BVerfGE 33, 1 (13 y 14). El propio Tribunal reconoce, acto seguido, la dificultad de discernir en muchos casos si la opinión es muy valiosa o escasamente valiosa, teniendo en consideración que en una sociedad estructurada conforme a los principios del pluralismo y la democracia, cualquier opinión, incluso las contrarias a las tesis dominantes, deben ser protegidas (“*in einem pluralistisch strukturierten und auf der Konzeption einer freiheitlichen Demokratie beruhenden Staatsgefüge jede Meinung, auch die von etwas herrschenden Vorstellungen abweichende, schutzwürdig*”); lo contrario atacaría el propio significado de la libertad a la expresión de opiniones, fundamento constitutivo de una sociedad libre y democrática (“*Das in ihm gewährleistete Recht der freien Meinungsäußerung ist für die freiheitliche Demokratie schlechthin konstituierend*”). Siguen esta línea jurisprudencial, BVerfGE 5, 85 (134 y ss); 7, 198 (208 y 22); 12, 113 (125); 20, 56 (97).

<sup>19</sup> BVerfGG 61, 1 (8): “*Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts*”. En estos términos KARPFF, B.: *Die Begrenzung ...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>20</sup> BVerfGG 90, 240 (247).

declaración que exterioriza. De este modo se comprende a LAMPE cuando sostiene que la “libertad de expresión entronca con la propia esencia del hombre, por lo que quien viola una, lesiona la otra”<sup>21</sup>.

El precepto constitucional transcrito (art. 5) constituye el punto de partida de una construcción intelectual pacíficamente aceptada, bautizada como el “Modelo normativo de la comunicación constitucional” (“*das normative Modell einer Kommunikationsverfassung*”), en la que la libertad de expresión es una entre otras libertades comunicativas, integradas todas ellas en un contexto normativo mayor<sup>22</sup>, pero en cualquier caso, todas ellas orientadas más a su dimensión objetiva o política más que a su significado individual como derecho negativo del titular frente al poder público. El ser humano es un “uno social” dice STARK, y como tal, “un ser pensante, emocional y social que está en comunicación con sus semejantes, de los que depende”<sup>23</sup>, en el marco de una “amplia esfera de comunicación libre integrada en el sistema de derechos fundamentales que consagra la Constitución”<sup>24</sup>. Este contexto opera como presupuesto básico para el desarrollo y despliegue efectivo de las libertades y derechos comunicativos de él derivados. En consecuencia, puede decirse que el marco de la “*Kommunikationsverfassung*” funciona como un ámbito de protección previo

---

<sup>21</sup> LAMPE, E-J.: “Gedankenfreiheit, Meinungsfreiheit, Demokratie”, LAMPE, E-J.: *Meinungsfreiheit als Menschenrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998, p. 71: “*die Freiheit der Meinungsäußerung [...] gehört zum Wesen des Menschen*”, [...] “*wer die eine antastet, auch die andere verletzt*”.

<sup>22</sup> JESTAED, M.: “Meinungsfreiheit”, MERTEN, D. y PAPIER, H-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, pp. 882. En la doctrina española SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J.: “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32 (1991), p. 101, ha bautizado este modelo como “la concepción institucional de los derechos a una comunicación libre”. En este trabajo SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA ofrece un valioso estudio de las críticas que se han formulado contra un modelo que podría terminar subordinando el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión a consideraciones de funcionalismo político, ignorándose el verdadero sentido de los derechos a la libre expresión (*op. cit.*, pp. 103 y 104); y estudia, igualmente, el paseo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán y determinados autores han ejercido para que concepción institucional de los derechos a una comunicación libre haya terminado imponiéndose (*op. cit.*, pp. 105 a 111). Para un estudio de la doctrina y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán del perfil institucional de los derechos fundamentales en general, véase HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (edición a cargo de MONEREO PÉREZ, J. L.), Comares, Granada, 2003, pp. 138 a 145.

<sup>23</sup> STARK, R.: *Ehrenschutz in Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 42: “*Der Mensch ist ein “ens sociale” und damit als ein denkendes, emotionales und geselliges Wesen auf die Kommunikation mit seinesgleichen angewiesen*”.

<sup>24</sup> *Íb.*, “*diese (umfangreiche freie Kommunikationssphäre) ist in die allgemeine Grundrechtssystematik der Verfassung integriert*”.

(“*Vorfeldschutes*”) o entorno de protección (“*Umfeldschutzes*”), que favorece el ejercicio de la libertad de expresión, aunque no la garantiza por sí misma<sup>25</sup>.

En este entorno de tutela, el art. 5.I protege la libertad de expresión sobre dos puntos de apoyo, tal y como proclama el Tribunal Constitucional alemán al destacar la influencia de la libertad de expresión tanto en el ámbito de la persona humana como en el orden democrático<sup>26</sup>. En primer lugar, respecto al desarrollo de la personalidad del individuo, la libertad de expresión se configura como la libertad de formar y expresar nuestra propia opinión en intercambio con otros o en el ámbito de un discurso (“*Freiheit des Selbstzeugnisses vor anderen*”), así como la libertad de influir en los otros mediante formas de comunicación espiritual (“*Freiheit zur Überzeugung anderer*”), en palabras de JESTAED<sup>27</sup>; por lo mismo y en sentido contrario, se vulnera o se restringe la libertad de expresión, cercenando así el libre desarrollo personal, cuando se impide injustificadamente a un individuo poder expresarse en plenitud o se le amenaza con la imposición de una sanción<sup>28</sup>; en palabras del Tribunal de Karlsruhe, “la libertad de expresión, como exteriorización de la personalidad en la sociedad, representa uno de los derechos humanos más nobles”<sup>29</sup>; en este contexto, es tal su importancia que cuando la libertad de expresión se desarrolla a través del cauce del libre desarrollo de la personalidad (art. 2.I GG) o como extensión o manifestación de la dignidad humana (art. 1.I GG), prevalece aquella aunque caiga sobre el ámbito protegido de la esfera privada<sup>30</sup>. En segundo lugar, en relación con el proceso democrático, la libertad juega un papel constitutivo en favor del correcto funcionamiento del Estado y de la sociedad misma<sup>31</sup>, coadyuvando al proceso democrático de formación de la opinión pública y de

---

<sup>25</sup> JESTAED, M.: “*Meinungsfreiheit*”, *op. cit.*, pp. 890, “*die Meinungsfreiheit ist aber nicht um ihretwillen gewährleistet*”.

<sup>26</sup> BverfGE 85, 1 (16): “*Das ist eine Folge der fundamentalen Bedeutung, die die Meinungsfreiheit für die menschliche Person und die demokratische Ordnung hat*”. En la doctrina también lo apunta así BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II—Die Grundrechte*, 4 Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997, p. 788.

<sup>27</sup> JESTAED, M.: “*Meinungsfreiheit*”, *op. cit.*, pp. 881, “*die rechtliche Freiheit, mit anderen zu kommunizieren, daß und was man denkt, die Freiheit, sich im Austausch mit anderen oder auch nur in dier Ansprache an andere meine Meinung zu bilden und diese auszudrücken (Freiheit des Selbstzeugnisses vor anderen), sowie die Freiheit, auf andere in den Formen geistiger Kommunikation einzuwirken (Freiheit zur Überzeugung anderer) [...]*”. De modo similar, *vid.*, LAMPE, E-J.: “*Gedankenfreiheit ...*”, *op. cit.*, p. 70.

<sup>28</sup> BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II ...*, *op. cit.*, p. 802.

<sup>29</sup> BVerfGG 12, 113 (125): “*... als unmittelbarer Ausdruck der Persönlichkeit in der Gesellschaft eines der vornehmsten Menschenrechte*”.

<sup>30</sup> GILLEN, C.: *Das Verhältnis ...*, *op. cit.*, p. 42.

<sup>31</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz ...*, *op. cit.*, p. 78/2. En el mismo sentido, STARCK, C.: “*Artikel 5*”, *op. cit.*, p. 536. O, en fin, como dice HERZOG, R.: “*Artikel 5*”, *op. cit.*, p. 7a (Art. 5), “*sin libertad para el*

toma de decisiones<sup>32</sup>, de donde se desprende el “impacto sociológico generalizado” (“*soziologische Breitenwirkung*”) que suele atribuirse a la libertad de expresión<sup>33</sup>. Como declaró el Tribunal Constitucional alemán (“*Bundesverfassungsgericht*”), “para un Estado libre y democrático de derecho, la libertad de expresión es un elemento constitutivo, que permite la lucha intelectual, la confrontación de opiniones”<sup>34</sup>.

Del “modelo normativo de la comunicación constitucional” y del peso determinante de la libertad de expresión como fundamento del sistema social, particularmente de su dimensión objetiva al servicio del proceso democrático de toma de decisiones, se extraen dos consecuencias sentadas por el Tribunal Constitucional<sup>35</sup> y fuertemente consolidadas en el acervo jurídico alemán. En la sentencia *Liuth* de 1958 el Alto Tribunal apuntó la célebre “teoría de la interacción” o “teoría del cambio de efectos” (“*Wechselwirkungslehre*”), en cuya virtud el respeto al ordenamiento jurídico o a la “ley general” como límite en el ejercicio de la libertad de expresión se desprende del reconocimiento del trascendental valor de esta libertad en el marco de una sociedad libre y democrática, de modo que sus restricciones (en atención a intereses legítimos de superior rango de terceros<sup>36</sup>) han de ser estrictas a fin de garantizar la presunción de prevalencia de la libertad de expresión en todos los ámbitos y, particularmente, en el de la vida pública<sup>37</sup>. Precisamente, esta es la segunda consecuencia: la presunción (de prevalencia) de la libertad de expresión (“*die Vermutung der Freiheit der Rede*”).

---

individuo y los medios de información ni libertad para la expresión de opiniones, con lo que ello implica de influencia intelectual en los otros, no hay opinión pública ni democracia” (“*ohne Freiheit der Einzel- und Masseninformation und ohne Freiheit der Meinungsäußerung und damit der geistigen Einflußnahme auf andere gibt es keine öffentliche Meinung und keine Demokratie*”). Y, por último, GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre, Meinung und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß. Eine vergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht der Ehre*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 141 y 142.

<sup>32</sup> JESTAED, M.: “Meinungsfreiheit”, *op. cit.*, pp. 886. La garantía de la libertad de expresión es determinante para consolidar una sociedad abierta donde sea posible la discusión racional de ideas y normas, en lugar de una sociedad cerrada que regule rígidamente la convivencia por medio de tradiciones y tabúes, siguiendo la célebre distinción de POPPER, K.: “*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*”, 7 Auflage, Bd. I, 1992, pp. 70 y ss. Así también, LAMPE, E.-J.: “Gedankenfreiheit ...”, *op. cit.*, pp. 77 y 78; BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II ...*, *op. cit.*, p. 792.

<sup>33</sup> HERZOG, R.: “Artikel 5”, *op. cit.*, p. 9a (Art. 5).

<sup>34</sup> BVerfGE 5, 85 (205): “Für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung ist es konstituierend, denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist”.

<sup>35</sup> EINTER, T.: “Die Rolle der Ehre im Strafrecht in Deutschland”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlín/Freiburg i. Br., 2007, pp. 128 y 129.

<sup>36</sup> BVerfGE 7, 198 (210): “zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang verletzt werden”.

<sup>37</sup> BVerfGE 7, 198 (208): “es findet vielmehr eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die “allgemeinen Gesetze” zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus

## 2.2.2 El bien jurídico “*Ehre*”

### 2.2.2.1 La autonomía del honor como bien jurídico constitucional

Previo a la discusión sobre el contenido del bien jurídico honor, existe en la doctrina alemana un debate en torno al rango constitucional del derecho al honor, o, más exactamente, en torno a los efectos de su anclaje en la norma fundamental como límite de la libertad de expresión. Así, por una parte, como ya se ha apuntado, el derecho al honor no figura como un derecho explícitamente protegido por la Constitución misma, a diferencia, por ejemplo, de la libertad de expresión, sino que su inclusión se justifica en tanto que límite de esta última libertad. Por otra, debe apuntarse que mientras los límites de las leyes generales (“*allgemeinen Gesetze*”) y la protección de los menores (“*gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze Jugend*”) aparecen acompañados de las cláusulas “ley” o “disposiciones legales”, el derecho al honor se nombra sin mayor revestimiento (“*dem Recht der persönlichen Ehre*”). Llegados a este punto, cabe preguntarse por la operatividad práctica del reconocimiento del honor como límite de la libertad de expresión, teniendo en consideración la máxima de que la interferencia sobre cualquier derecho fundamental de libertad debe estar prevista en una ley, como ha declarado el Tribunal Constitucional alemán<sup>38</sup> y como puede extraerse de la propia ley de leyes cuando proclama en el art. 2.II, tercera frase, que “estos derechos [la vida, la integridad física y la libertad de la persona] sólo podrán verse afectados en virtud de ley”<sup>39</sup>; lo que trasladado al ámbito de nuestro estudio conllevaría que la autoridad no podría acordar una restricción de la libertad de expresión bajo el argumento de la tutela del derecho al honor, ya que no existe disposición legal que discipline tal derecho.

---

*der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen”. [...] Die die Meinungsfreiheit beschränkenden Gesetze sollen daher im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, dass der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit der Rede in allen Bereichen, namentlich aber im öffentlichen Leben, führen muss, auf jeden Fall gewahrt bleibt”.*

<sup>38</sup> BVerfGE 33, 1 (17): “Eingriffe in Freiheitsrechte grundsätzlich nur auf gesetzlicher Grundlage möglich sind”.

<sup>39</sup> Art. 5.II: “Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden”.

En este punto, reproducimos la pregunta clave que se formula JESTAED “¿el derecho al honor personal es un derecho fundamental en sí mismo, independiente, o sólo en el contexto y en la medida en que sea garantizado por disposiciones concretas?”<sup>40</sup>

A favor de la tesis restrictiva se encontraría la citada jurisprudencia constitucional y un sector de la doctrina<sup>41</sup>, que concluyen que el honor sólo puede ser un límite cierto de la libertad de expresión en tanto esté regulado (“*als es gesetzlich normiert ist*”)<sup>42</sup>. Contrarios a una preponderancia automática del derecho al honor (“*Vorrangautomatismus*”), GOUNALAKIS y RÖSLER estiman oportuno contextualizar la importancia del derecho personal al honor como límite de la libertad de expresión; esto es, relativizarlo, de modo que su “significado no sea tan alto” ni pese siempre más que la libertad de expresión<sup>43</sup>.

En frente se alza otro sector, mayoritario, para el que la elevación del honor a bien jurídico merecedor de protección es obra del propio constituyente alemán que al

---

<sup>40</sup> JESTAED, M.: “*Meinungsfreiheit*”, *op. cit.*, pp. 914. También recogen esta controversia, entre otros, BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II* ..., *op. cit.*, pp. 849 y 850; GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre* ..., *op. cit.*, pp. 67 y 68.

En conexión con este debate, debemos referirnos, aunque sin ánimo de exhaustividad, a otra polémica relativa a la autonomía del derecho al honor. La doctrina alemana discute, y lo sintetiza correctamente KARPFF, B.: *Die Begrenzung* ..., *op. cit.*, pp. 108 y ss, sobre la relación entre dos de los límites constitucionales de la libertad de expresión, según se desprende del art. 5.II de la Ley Fundamental: el derecho al honor y la ley general. Una postura defiende la consideración del derecho al honor como un subgrupo dentro del límite amplio de la ley general (“*nur ein Unterfall der allgemeinen Gesetze*”) o, en palabras de GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre* ..., *op. cit.*, p. 115, como “un elemento del conjunto de los derechos de la personalidad” (“*Element des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*”) y “subordinado a las leyes generales” (“*allgemeinen Gesetzen untergeordnet*”), en coherencia con su nueva función en los tiempos modernos de la tecnología y los medios de comunicación; la otra, por el contrario, le concede sustantividad propia y entiende que el derecho al honor goza de autonomía por decisión del constituyente (“*Eigenständigkeit der Schranke des Rechts des persönlichen Ehre*”), de modo que el legislador en su discrecionalidad reguladora no puede ignorar el fundamento constitucional del honor. Reconoce KARPFF (*ib.*, pp. 110 y 11) que la doctrina del Tribunal Constitucional alemán no ha contribuido a aclarar esta problemática pues en ocasiones ha restringido la libertad de expresión en aplicación de los artículos 185 y siguientes del Código Penal alemán (que regulan los delitos contra el honor), invocando el límite del “derecho al honor personal”, mientras que en otras ha alegado el límite de la “ley general”. Siguiendo a KRETSCHMER, P.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994, p. 26, el Tribunal Constitucional no ha reservado un lugar privilegiado al derecho al honor en la sistemática de los límites a la libertad de expresión, sino que lo ha aplicado (invocado) “al mismo tiempo” (“*in einem Atemzug*”) con el límite de la “ley general”.

<sup>41</sup> En este sector quedan agrupados, entre otros, von MÜNCH y von MANGOLDT/KLEIN/STARCK, según recoge HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut des § 189 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 84, nota al pie nº 10.

<sup>42</sup> Reproduce estas opiniones, aunque no muestra su conformidad hacia ellas, STARK, R.: *Ehrenschatz in Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996, p. 30.

<sup>43</sup> GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre* ..., *op. cit.*, p. 116.



conectar el ejercicio de la libertad de expresión con el límite del derecho al honor en el art. 5.II, no lo hizo por medio de una referencia a su eventual ley reguladora, sino que partió sencillamente del propio derecho al honor, concediéndole un estatus de bien jurídico constitucional digno de tutela<sup>44</sup>. En palabras de STARK, el constituyente quiso establecer un bien jurídico de rango constitucional, específico (“*ein eigenständiges, verfassungsrechtlich geschütztes Rechtsgut*”), tomando el honor la posición de auténtico derecho constitucional (“*die Stellung eines konstitutionellen Rechts*”), como límite a la libertad de expresión, razón por la cual se refirió sencillamente al “derecho al honor personal” sin mencionar los conceptos de ley o disposiciones legales, como sí hizo con la protección de los menores o la ley general<sup>45</sup>. Ciertamente es también que STARK matiza estas afirmaciones advirtiendo que, a partir del rango constitucional del honor, el Estado está obligado a adoptar las disposiciones legales pertinentes para evitar las lesiones del derecho al honor, correspondiéndole sólo a él elegir la forma y el modo de llevarlo a cabo. Tan es así que, frente a la opinión dominante que concede al derecho al honor efectos inmediatos o virtualidad práctica frente a terceros (“*Drittwirkung*”), STARK entiende que su consagración constitucional no le otorga la fuerza normativa suficiente para hacer de él un derecho vinculante con efectos para los sujetos de derecho<sup>46</sup>. En lo sustancial coincide con TETTINGER quien después de reconocer el estatus de bien jurídico del honor a raíz de su proclamación constitucional en el art. 5.II, advierte que a diferencia de otros bienes cuya protección como derecho fundamental concreto puede activarse inmediatamente, el honor, sin embargo, debe ser situado bajo el abrigo de la

---

<sup>44</sup> HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut ...*, op. cit., p. 83. El mismo autor también incluye en este grupo, entre otros, a MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, STERN, von der DECKEN y GORNIG (*ib.*, p. 83, nota al pie nº 9). También en esta línea se muestra KARPF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., pp. 44 y 114, al referirse a la “posición constitucionalmente autónoma” de que goza el honor en la norma fundamental. Y, finalmente, ASKAYAR, M.: *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Art. Abs. 1 GG*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010, p. 117, defiende de igual modo la consideración del honor como bien jurídico explícitamente consagrado por la Constitución alemana en el artículo 5.II.

<sup>45</sup> STARK, R.: *Ehrenschutz ...* op. cit., p. 33. En definitiva, la expresa previsión constitucional del honor le concede a éste aplicabilidad directa o efecto inmediato como límite de la libertad de expresión y lo convierte en bien jurídico constitucional protegido (*op. cit.*, p. 32).

Para KRETSCHMER, P.: *Strafrechtlicher Ehrenschutz ...*, op. cit., p. 27, el honor es un bien jurídico de rango constitucional (“*Verfassungsrang*”) cuya protección deriva indirectamente del art. 1.II de la Constitución e, inmediatamente, del art. 5.II del mismo texto. Como último ejemplo podemos considerar las opiniones de ISENSEE (recogidas por KARPF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 43), para quien la propia mención del honor por medio de la cláusula “derecho al honor personal” y su surgimiento del “derecho a la autodeterminación”, lo configuran como un derecho fundamental en el marco de la Constitución.

<sup>46</sup> STARK, R.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., p. 34: “*Es hat jedoch nicht die normative Kraft, aus diesem verfassungsgut ein für alle (Privat-) Rechtssubjekte unmittelbar bindendes Recht zu machen*”.

dignidad humana del art. 1.I y de los derechos de la personalidad para articular su tutela<sup>47</sup>.

En la misma línea encontramos declaraciones jurisprudenciales que apuntalan la tesis del honor como bien jurídico-constitucionalmente protegido; así, la Corte constitucional alemana ha señalado que “consecuencia de la lectura conjunta del art. 2.I de la Ley Fundamental con el art. 1.I, el derecho al honor disfruta de la protección propia de un derecho fundamental”<sup>48</sup>.

Cerrada la polémica anterior pero todavía en el plano constitucional, debemos señalar que la vinculación del honor con la dignidad humana, bien jurídico supremo<sup>49</sup>, parte incluso de la misma Constitución. El Alto Tribunal entiende que el derecho al honor debe definirse en conexión con los demás derechos fundamentales, tal y como se deriva de los art. 1.I y 2.I de la norma fundamental, de modo que cuando las autoridades estatales reglamenten la protección de la dignidad y de los derechos inviolables de la persona, como imponen los citados preceptos, estarán al mismo tiempo definiendo el derecho al honor<sup>50</sup>, en la medida en que la dignidad opera como valor fundante del sistema por encima de cualquier otro valor<sup>51</sup>.

En este punto emerge la consideración pacíficamente aceptada que vincula la dignidad humana con el derecho al honor. Pero más allá de este acuerdo surge el conflicto cuando de determinar el grado de conexión entre la dignidad y el honor se trata. Se sostiene que el honor no se identificaría plenamente con la dignidad<sup>52</sup>, llegando en tal caso a perder su autonomía; por el contrario, la dignidad no es un bien jurídico como la vida, el honor o la libertad, sino que es un presupuesto para que los individuos

---

<sup>47</sup> TETTINGER, P. T.: *Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut?*, Verlag. Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995, p. 11.

<sup>48</sup> BVerfGE 93, 266 (290): “Im Rahmen des aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts genießt diese selber grundrechtlichen Schutz”. Así también BVerfGE 54, 148 (153). KARPFF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 40.

<sup>49</sup> ASKAYAR, M.: *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung ...*, op. cit., p. 117: “oberstes Gutschutz des Grundgesetzes”.

<sup>50</sup> HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut ...*, op. cit., p. 84. De manera más nítida y gráfica, señala ASKAYAR, M.: *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung ...*, op. cit., p. 118, que los referidos preceptos viene a reforzar (“verstärken”) la protección del honor.

<sup>51</sup> ISENSEE, J.: “Würde des Menschen”, MERTEN, D. y PAPIER, H-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 39.

<sup>52</sup> De modo contundente, en su estudio general sobre la dignidad, apunta ISENSEE, J.: “Würde ..., op. cit., p. 80, que dignidad y derecho al honor personal “no son idénticos”.

puedan disfrutar de esos bienes jurídicos; la dignidad tampoco es un derecho subjetivo, sino que es la capacidad de poder tener derechos<sup>53</sup>; o, en fin, la vulneración del honor por medio de expresiones humillantes e injuriosas no tiene por qué comportar siempre una lesión directa de la dignidad<sup>54</sup>. Aceptado lo anterior, las referencias a la dignidad y a los derechos inviolables de las personas no serán suficientes para exigir la tutela del derecho al honor porque son sintagmas que no consiguen abrazarlo del todo, no alcanzan a capturarlo (*“den Ehrenschutz nicht erfaßt”*)<sup>55</sup>; por el contrario, apunta WEINRICH que la dignidad y el honor no son idénticos: la dignidad incluye otros aspectos distintos del honor, al tiempo que el honor va más allá del núcleo de la dignidad<sup>56</sup>. Lo que sucede entre la dignidad y el honor no es excluyente, sino que, de hecho, así de compleja y circular es la relación entre la dignidad y los derechos fundamentales, como bien explica ISENSEE: la dignidad humana no convive junto a los demás derechos fundamentales, sino que se realiza sobre ellos y en ellos<sup>57</sup>; la dignidad humana está mediatizada por los derechos de la misma manera que éstos se relativizan en su aplicación práctica por aquella, de tal modo que ninguna de las partes enfrentadas puede reclamar para sí la posición absoluta y resolver a su favor el conflicto<sup>58</sup>.

Pero, en conclusión, más allá de las conexiones innegables con los arts. 1.I y 2.I de la norma fundamental, el verdadero anclaje constitucional del honor reside, sin duda, en el art. 5.II, aun cuando este derecho mantenga una indubitable conexión con la “dignidad y los derechos inviolables de las personas”, binomio que constituye el auténtico frontispicio de los derechos fundamentales del ordenamiento jurídico alemán.

#### 2.2.2.2 Contenido del bien jurídico honor

Como se ha observado al estudiar otros ordenamientos nacionales de nuestro entorno jurídico, sucede también en Alemania que la delimitación del bien jurídico honor es una cuestión compleja y, a la par, sugerente. Así, señalaba tiempo atrás ENGISCH que el honor ha recibido en los últimos tiempos una atención creciente por

---

<sup>53</sup> ISENSEE, J.: “Würde ..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>54</sup> TIEDEMANN, P.: *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2007, p. 367.

<sup>55</sup> STARK, R.: *Ehrenschutz ...*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>56</sup> WEINRICH, C.: *Statusmindernde Nebenfolge als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB*, Nomos, Baden-Baden, 2009, p. 57.

<sup>57</sup> ISENSEE, J.: “Würde ..., *op. cit.*, p. 86.

<sup>58</sup> ISENSEE, J.: “Würde ..., *op. cit.*, p. 79.

parte de la dogmática penal como bien jurídico protegido por los tipos penales de los arts. 185 y siguientes del StGB y como objeto de ataque en las injurias<sup>59</sup>. Y a pesar de estos esfuerzos la tarea sigue resultando titánica por cuanto nos enfrentamos a un bien jurídico “inmaterial”<sup>60</sup> o “ideal”<sup>61</sup>, o en célebres palabras de MAURACH, al bien jurídico “más sutil, el más difícil de aprehender con los torpes guantes del Derecho penal y, por ello, el bien jurídico que goza de la protección menos eficaz de nuestro sistema de derecho penal”<sup>62</sup>. A estas dificultades debemos añadir dos circunstancias que complican si cabe aun más nuestro propósito definitorio. Por un lado, la idea de honor y el uso de este concepto se ha extendido ampliamente en el lenguaje social hasta el punto de ampliar su ya de por sí inabarcable significado; de tal modo que no es suficiente con definir socialmente el honor, sino que es preciso emprender esta tarea desligando tal concepción de la jurídico-penal (“*Ehre in strafrechtlichen Sinn*”)<sup>63</sup>, que es la única que nos debe interesar. En conexión con lo anterior y en segundo lugar, debemos advertir que el concepto de honor, como se ha señalado tradicionalmente, depende sustancialmente de las circunstancias temporales, espaciales y sociales<sup>64</sup>.

Con carácter general, podemos afirmar que el concepto de honor alude al valor interno y a la validez o consideración externa del hombre<sup>65</sup> y a la pretensión de respeto de esta valía; en este sentido, la conexión con la dignidad vuelve a aflorar si tenemos en

---

<sup>59</sup> ENGISCH, K.: “Bermeking über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff”, WARD/WAIDER/von HIPPEL *et al.* (Hrsg.): *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, p. 401.

<sup>60</sup> BALTIM, M.: *Das Rechtsgut der Ehre und sein Schutz gegen üble Nachrede*, Buch und Werkdruckerei Phil. Baltin, Gevelsberg, 1917, p. 1.

<sup>61</sup> BINDING, K.: *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, p. 12.

<sup>62</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWAND: *Strafrecht. Besonderer Teil (Teilband 1)*, 7 Auflage, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, p. 215: “*Die Ehre ist das subtilste, mit den hölzernen handschuhen des Strafrechts am schwersten zu erfassende und daher am wenigsten wirksam geschützte Rechtsgut unseres Strafrechtssystems*”.

<sup>63</sup> *Vid.*, entre otros, EISLER, F.: *Rechtsgut und Erfolg bei Beleidigung und Kreditgefährdung*, Schletter'sche Buchhandlung, Breslau, 1911, p. 51.

<sup>64</sup> *Vid.*, entre otros, BICKERT, A.: *Objekt der Beleidigung*, Buchdruckerei L. Beller, Franfenthal, 1908, pp. 8 y 9.

<sup>65</sup> STARCK, C.: “Artikel 5”, *op. cit.*, p. 601, “*persönliche Ehre bedeutet inneren Wert und äußere Geltung des Menschen*”. También REINER, H.: *Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens- und Sittlichkeitsform*, E. S. Mittler & Sohn, Dortmund, 1956, p. 23.

Efectivamente, la idea de valor puede estar en la base del concepto de honor; así, HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut ...*, *op. cit.*, p. 84, identifica el honor con el valor del hombre cuando advierte que el Estado y todos los titulares del poder represivo público deben respetar el valor del individuo e intervenir en él (o interferir) sólo cuando otras posibilidades no sean posibles, en tanto se reconoce al honor como un derecho individual con fundamento constitucional (“*verfassungsrechtlich verankerten Individualrechten des Einzelnen*”) a cuyo respeto y observancia por el prójimo toda persona tiene derecho.

cuenta que la propia dignidad encarna, objetivamente, el valor, las cualidades o los rasgos esenciales y, subjetivamente, la pretensión de respeto<sup>66</sup>. La doctrina halla el fundamento de los antes referidos componentes del honor (honor interno y honor externo) en la norma fundamental. En este sentido, el honor interno, entendido como el valor moral o ético de una persona (“*sittlich personalen Wert einer Person*”), representa el elemento estático y encuentra su base en el art. 1.I, mientras el honor externo o estima social (“*soziale Wertschätzung*”) opera como elemento dinámico y del reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2.I<sup>67</sup>. Nuevamente procede remitirnos al estudio de las fuentes del honor de WEINRICH para profundizar en la estima social y las relaciones de grupo (“*Bezugsgruppe*”) como fuente del honor. Precisamente sobre el dinamismo que aporta la vertiente de la estima social al concepto de honor, argumenta acertadamente que la fundamentación del honor exclusivamente en la dignidad humana arrojaría un concepto estático y constante; la conexión del honor con las relaciones de grupo permite, por el contrario, dotar de contenido las normas relativas o justificadas en el honor (“*ehrbegründende Norme*”), actualizarlas conforme a una base social<sup>68</sup>.

Como hemos observado al estudiar los delitos contra el honor en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural, también en Alemania, además de forma pionera, la explicación y fundamentación del bien jurídico honor ha seguido un proceso de evolución histórica que comenzó con las teorías fácticas hasta llegar a las teorías normativas centradas en el valor de la persona humana, e incluso éstas a su vez han seguido el camino de la teoría del reconocimiento alumbrando concepciones realmente sugerentes.

La particularidad de las teorías fácticas pasa por conectar el honor a circunstancias fácticas, de la realidad social, del entorno, o a circunstancias psicológicas, del fuero interno. En otras palabras, algunas de estas teorías ponen el énfasis en el momento objetivo (elementos externos), otras hacen lo propio en el momento subjetivo (elementos internos) y, finalmente, las hay que atienden a ambos

---

<sup>66</sup> ISENSEE, J.: “Würde ...”, *op. cit.*, p. 100.

<sup>67</sup> KRETSCHMER, P.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz ...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31; WEINRICH, C.: *Statusmindernde ...*, *op. cit.*, p. 56. También podemos hablar de la “conciencia de uno mismo” (“*Selbstbewußtsein*”) o del “sentimiento de uno mismo” (“*Selbstgefühl*”). También TETTINGER, P. T.: *Die Ehre ...*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

<sup>68</sup> WEINRICH, C.: *Statusmindernde Nebenfolge ...*, *op. cit.*, pp. 57 a 59.

momentos; siguiendo la clasificación que propone SCHMIDT estaríamos hablando de las teorías fáctico-sociológicas, las fáctico-subjetivas y las teorías fácticas compuestas<sup>69</sup>.

El primer intento de sistematización y división del contenido del bien jurídico honor en la doctrina alemana a través de las concepciones fácticas, corresponde a FRANK. Desde una perspectiva subjetiva, el honor, como objeto de protección del delito de injurias, era la conciencia o noción que una persona tenía de su propio valor o reputación, su sentimiento de honor o conciencia de honor (“*Ehrgefühl*” o “*Ehrbewußstein*”); por su parte, la idea que los demás tenían del valor de una persona constituía el honor en sentido objetivo o externo (“*äußere Ehre*”)<sup>70</sup>. Y añadía FRANK que el valor que es atacado en la conducta injuriosa es aquel que corresponde a la persona en atención a sus cualidades y a sus capacidades para cumplir con las obligaciones sociales que tienen a su cargo<sup>71</sup>. LIEPMANN, en la misma línea de combinar ambos componentes del honor o momentos, identifica el honor subjetivo con el “sentimiento de honor” (“*Ehrgefühl*”) que tiene cada persona resultante de sus cualidades y de la estima que los demás conceden a éstas y que se vería lesionado por expresiones de desprecio, y el honor objetivo con la “buena reputación” (“*guter Ruf*”) derivada del reconocimiento de nuestra valía social por los otros miembros de la comunidad y que podría ser atacada mediante reducciones de nuestro valor o valía por los demás<sup>72</sup>. En definitiva, podemos concluir como aspecto común de las propuestas comentadas su atención al juicio social para determinar la valía del individuo; en otras palabras, su base sociológica como criterio de concesión del honor: nuestro bien jurídico vendría definido como el valor social merecido, adquirido mediante el empleo de las cualidades y capacidades personales, orientado todo ello al exitoso cumplimiento de las obligaciones o compromisos sociales de cada persona, de donde se entiende que el nivel de cumplimiento de tales responsabilidades servirá también como criterio de “graduación” en la concesión y posesión de honor<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> SCHMIDT, K.: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschtutz*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, pp. 21 a 28.

<sup>70</sup> FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, p. 417.

<sup>71</sup> FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 418.

<sup>72</sup> LIEPMANN, M.: *Die Beleidigung*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1909, p. 14.

<sup>73</sup> Así lo explica MERZ, S.: *Strafrechtlicher Ehrenschtutz und Meinungsfreiheit*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998, p. 9.

A partir de esta tradicional división, dentro de las concepciones fácticas hubo teorías que conectaban exclusivamente el honor a alguno de esos componentes; dicho de otro modo, hacían descansar el peso del concepto de honor en la perspectiva externa o en la interna, si bien, como se apuntará más adelante, unos y otros planteamientos fueron prontamente abandonados.

Entre quienes vinculaban el honor, primeramente, a circunstancias exteriores o extrínsecas, podemos citar a von WIECZKOWSKI, que hacía descansar el peso de la noción de honor sobre la vertiente exterior, el honor objetivo, la valía que corresponde a la persona por ser miembro de la sociedad y a cuyo reconocimiento social tiene derecho; para este autor el honor en sentido jurídico penal es el derecho a una consideración social o exterior general<sup>74</sup>. De manera similar, la reputación (“*Ansehen*”) que recibimos a raíz de la valoración que los demás hacen de nuestra valía, y por la que nos hacen merecedores de respeto (“*Achtung*”), es para BICKERT el honor<sup>75</sup>; nuevamente, esa reputación estará en consonancia con el nivel de cumplimiento de las obligaciones que como miembros de la sociedad nos corresponden<sup>76</sup>, las cuales a su vez dependen de la posición social que ocupamos en el entramado comunitario y en función de la cual tenemos asignado un distinto honor social u honor de clase (“*Standesehre*”) <sup>77</sup>. MIRKOFF rechazaba la idea del honor de clases; en su lugar, consideraba que la posición social de cada individuo no arrojaba distintas clases de honor sino que constituía la fuente (“*Quelle*”) de las obligaciones específicas de cada individuo, obligaciones que ciertamente son distintas y reciben una diversa valoración social por ser más elevadas o meritorias<sup>78</sup>; en otras palabras, dado que la posición social de cada persona es distinta, también lo serán las responsabilidades y la estima social que se conceda a cada uno en atención a la categoría de sus compromisos, por lo que, en última instancia, el honor de cada individuo será necesariamente diferente<sup>79</sup>. Por lo demás,

---

<sup>74</sup> Von WIECZKOWSKI, W.: *Das Delikt des § 189 StGB*, Karl Sinftorffs Buchdruckerei, Rostock, 1901, pp. 28 y 32. Añade el autor que el honor interno, relacionado con consideraciones morales o naturales, no puede ser objeto de protección ya que el Derecho penal debe trabajar con conceptos de aplicación general y, en ese contexto, el honor interno entendido como conciencia de uno mismo conduciría al ordenamiento a proteger tantos conceptos de honor como individuos hubiera (*op. cit.*, p. 30: “*soviel verschiedene Individuen, soviel verschiedene Ehrbegriffe*”).

<sup>75</sup> BICKERT, A.: *Objekt ...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>76</sup> BICKERT, A.: *Objekt ...*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>77</sup> BICKERT, A.: *Objekt ...*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>78</sup> MIRKOFF, W.: *Strafbare Handlungen wider die Ehre nach deutschen und bulgarischen Rechte*, Druck und Verlag von C. A. Kaemmerer & Co., Halle, 1905, p. 21.

<sup>79</sup> MIRKOFF, W.: *Strafbare Handlungen ...*, *op. cit.*, pp. 19 a 21.

coincide con los autores previamente mencionados en el sentido de concebir el honor como el valor socialmente reconocido de un hombre derivado del cumplimiento de sus compromisos éticos y jurídicos específicos como miembro de una comunidad, de modo que prevalece la vertiente exterior u objetiva del honor<sup>80</sup>.

La debilidad de las teorías fácticas que descansan sobre el componente exterior y vinculan el honor a la buena reputación, reside en que podrían conducir a proteger un ideal injustamente merecido o no correspondiente a la realidad; además, no tienen en cuenta que el individuo puede tanto formar parte de diversas comunidades, lo que conduciría al irresoluble problema de tener que elegir una sola de sus reputaciones como objeto de protección, como no formar parte de ninguna comunidad quedando, entonces, vacío de honor al no haber juicio social sobre su valía<sup>81</sup>.

En la teoría de BALTIN también despliega un papel determinante el cumplimiento de las obligaciones, pero en el ámbito del honor interno y, consiguientemente, conectaba el honor a circunstancias psicológicas, es decir, a elementos internos y subjetivos. De este modo, entiende BALTIN que el honor, como noción o idea, es decir, como concepto prejurídico, es “el valor interno o intrínseco de un hombre representado por su capacidad de cumplir adecuada y exitosamente con sus obligaciones”<sup>82</sup>. Este honor, a su vez, se compone de dos factores: “el honor del hombre” (“*Menschenehre*”) que es contante, irrenunciable e inherente al ser humano, y el “el honor-calidad/propiedad” (“*Eigenschaftsehre*”) que es variable y que se funda en las cualidades de la persona que convergen en el honor interno<sup>83</sup>. BALTIN consideraba jurídicamente válidas las concreciones del honor en “honor del hombre”, que se lesionaría por medio de las injurias formales o gratuitas, y el “honor-calidad/propiedad”, ofendido con afirmaciones o negaciones de hechos difamatorios<sup>84</sup>. También fáctico-

---

<sup>80</sup> MIRKOFF, W.: *Strafbare Handlungen* ..., op. cit., pp. 15 y 17 a 19.

<sup>81</sup> Así, *vid.*, entre otros, SCHMIDT, K.: *Freiheit* ..., op. cit., pp. 24 y 25; HIRSCH, H. J.: *Ehre und Beleidigung*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, p. 17; TENCKHOFF, J.: *Die Bedeutung des Ehrebegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974, p. 128; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997, p. 1379.

<sup>82</sup> BALTIN, M.: *Das Rechtsgut* ..., op. cit., p. 8: “Ehre ist der Inbegriff derjenigen den inneren Wert eines Menschen repräsentierenden Eigenschaften, die zur Erfüllung seines Pflichtenkreises erforderlich und tauglich sind”.

<sup>83</sup> BALTIN, M.: *Das Rechtsgut* ..., op. cit., p. 10.

<sup>84</sup> BALTIN, M.: *Das Rechtsgut* ..., op. cit., p. 21.



psicológica es la propuesta de ENGELHARD, quien a partir del fundamento de la personalidad y de la imagen que de esa personalidad tiene el propio individuo (“*Persönlichkeitsbild*”), conecta el honor con la noción del valor fundamental o decisivo (“*wertbetonte Vorstellung*”) que la persona siente como propio, como sentimiento del valor o desvalor (“*wert-(umwert-)Gefühl*”)<sup>85</sup>.

Pero como se apuntaba, estas teorías se enfrentaban a importantes deficiencias. En primer lugar, y lo que parece más sobresaliente, el valor que una persona puede tener de sí mismo, como conciencia del propio valor, puede ser diametralmente opuesto o diferente al valor que esa persona realmente merece, al valor de hecho; en segundo lugar, las personas, como los niños o los dementes, que no tienen conciencia de su valía, quedarían privados de protección al honor; y, por último, tal concepción no serviría para justificar más que los ataques al honor que llegaran a conocimiento del ofendido, pero nunca cuando se produjeron en su ausencia pero en presencia de terceros<sup>86</sup>.

Resultaba evidente, en este contexto, que reduciendo el concepto de honor a una de sus vertientes, al simple sentimiento de honor, a la simple conciencia de honor, o a la simple buena reputación, las teorías fácticas-monistas valoraban el fenómeno del honor desde una sola perspectiva desatendiendo o ignorando la otra<sup>87</sup>; e incluso las concepciones fácticas compuestas tampoco eran útiles por cuanto conducían a manejar dos meras apariencias (“*Erscheinungen*”) y, consiguientemente, dos conceptos distintos de honor<sup>88</sup>. Por ello, como oposición a la miopía de las teorías fácticas, surgieron las concepciones normativas (“*die normative Ehrbegriffs*”) que pivotaban en torno a la definición del honor con referencia al valor interno de la persona (“*das innere Wert*”) cuya existencia era independiente y previa a su reconocimiento por el entorno.

El principal defensor del destierro de las teorías fácticas fue HIRSCH, cuyas aportaciones quedaron expuestas en su valiosa obra “*Ehre und Beleidigung*”<sup>89</sup>. En sus

---

<sup>85</sup> ENGELHARD, E.: *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1921, pp. 8 y ss, especialmente pp. 8, 14 y 30.

<sup>86</sup> Sintetiza estas críticas SCHMIDT, K.: *Freiheit ...*, op. cit., pp. 22 y 23; también MERZ, S.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz ...*, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>87</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 14.

<sup>88</sup> SCHMIDT, K.: *Freiheit ...*, op. cit., p. 27.

<sup>89</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H. J. Hirsch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81 (1969), p. 892, reconoció la categoría

trabajos rechazó el reconocido penalista alemán tanto la vinculación exclusiva y excluyente del honor a la conciencia de honor (al momento subjetivo) como a la buena reputación o buena fama (momento objetivo). Por un lado, criticaba HIRSCH la igualación del honor a la conciencia de honor en la medida en que al depender el segundo del desarrollo individual y de la susceptibilidad de la persona, podía llegar al caso extremo de ausencia del honor en quienes no hubieran desarrollado conciencia de su propio valor, como los enajenados o los niños<sup>90</sup>. Y paralelamente, rechazaba que el honor se identificara únicamente con la buena reputación en la medida en que ésta podía ser inmerecida o aparente (“*Scheinehre*”), permitiendo conceder buena fama a quien, en verdad, era un delincuente<sup>91</sup>; además, la eficacia general que HIRSCH apoya conceder a la prueba de la verdad se aviene mal con ese concepto de buena reputación como objeto de protección<sup>92</sup>. En definitiva, tales manifestaciones del honor ni son directamente lesionables ni merecen directamente protección en sentido jurídico-penal<sup>93</sup>.

Rechazadas aquellas tesis, toma HIRSCH como punto de inicio del honor el patrimonio de valor preexistente o previo, que se reconoce a todos los hombres por igual; ese valor se identifica con el respeto (“*Anspruch*”)<sup>94</sup>; de forma que el derecho al honor sería la pretensión de no ser molestado, el derecho de la persona a mantener un ámbito de paz en relación con las cuestiones del honor, un espacio no atacado (“*Ehr-Friedenssphäre*” o también “*Frieden in Dingen der Ehre*”). Construye su concepto normativo del honor a partir de la “pretensión de respeto” que debe ser observada y que sí puede ser violentada<sup>95</sup>; y esta realidad ya sí es directamente lesionable por declaraciones de terceros. El ataque al honor no se dirige, por lo tanto, contra el sentimiento de honor o la fama, sino contra el valor real de una persona, ya sea éste moral o social.

---

de este trabajo atribuyéndole la paternidad de la moderna doctrina sobre los delitos de injurias, sin que ello fuera perjuicio para imputarle también errores.

<sup>90</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 15 y 16.

<sup>91</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 17. A partir de este momento, la preocupación de la doctrina alemana por no otorgar protección al honor aparente e inmerecido será constante. HIRSCH condensa acertadamente este desvelo: la persona puede tener una reputación que no se corresponda con el honor que realmente tiene (*op. cit.*, p. 18).

<sup>92</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 26.

<sup>93</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 18.

<sup>94</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 3: “... dass die Ehre allein in dem wirklichen (sittlichen, sozialen) Wert der Person, der sogenannte inneren Ehre, bestehe – wobei es, wie noch näher zu erörtern sein wird, um einen grundsätzlich bei allen Menschen vorhandenen Wertbestand geht”.

<sup>95</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 28 y 29.

Una concepción personalista del honor (“*der personale Ehrbegriff*”) como valor real de la persona, como la que sostenía HIRSCH, sólo podía encontrar en la dignidad de la persona, y no en la sociedad o en la comunidad, su fundamento o razón de ser. El honor es una parte, un fragmento de la personalidad y de la dignidad humana<sup>96</sup>. No es la sociedad la que otorga a la persona lo que necesita de honor, sino que éste deriva de su valor como persona y de su dignidad. La valía de la persona se podría agotar si se hiciera depender de otras circunstancias o presupuestos decididos por la comunidad<sup>97</sup>. Por el contrario, aceptando únicamente que es la dignidad de la persona el fundamento del honor, las disminuciones del honor (“*die Ehrmängel*”) sólo podrán proceder de los incumplimientos de los compromisos u obligaciones (“*Pflichten*”) que la dignidad y la personalidad imponen; nos referimos a responsabilidades de carácter ético o moral (y que se concretarían en graves defectos de la personalidad o vicios de su integridad moral o valía como persona -“*Geisteskranken*” o “*mensliche Gebrechen*”-), algunas de las cuales son generales y vinculan a todos y otras son específicas y se relacionan con el ámbito profesional<sup>98</sup>. Sobre la ausencia de toda referencia sociológica para explicar las diferencias de honor, edifica HIRSCH su concepción normativa y personalista del honor<sup>99</sup>.

Siguiendo en lo esencial a HIRSCH podemos citar a MERZ para quien el honor era, en sus palabras, el valor o la calidad objetiva del hombre (“*objektives Geltungswert*”), es decir, lo conocido como valor interno (que es la denominación habitual de los partidarios de las teorías normativas); en consonancia con la línea normativa dominante, propone MERZ un concepto personal de honor conforme al cual

---

<sup>96</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 53 y 71. En este punto conviene subrayar la relación de no identidad entre el honor y la dignidad de la persona que defiende HIRSCH y de la que deja debida cuenta en diversas ocasiones, señalando que el honor crece en el marco de la dignidad, es una parte de la dignidad o es un aspecto de la dignidad, pero no es la dignidad misma ni se identifica con ella. Esta indicación tendrá relevancia en futuras consideraciones.

<sup>97</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 52 y 53.

<sup>98</sup> HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 72 a 74, 84 y 85: “*Die Ehre als einer der Aspekte der Personwürde kann nicht nur durch sittliche Mängel, sondern ebenso durch Geisteskrankheit und sonstige elementare mensliche Gebrechen gemindert sein*”.

<sup>99</sup> Pero tampoco las teorías normativas lograron un consenso general. TENCKHOFF se ocupó de denunciar sus debilidades, indicando que el valor interno, como idea estructuradora del concepto normativo de honor, es algo indeterminado que no puede ser concretado en los casos individuales y posee una naturaleza relativa ya que no ofrece un concepto que sea uniforme y cerrado a las excepciones. Así, TENCKHOFF, J.: *Die Bedeutung ...*, op. cit., pp. 53 y 54. También WOLFF, E. A.: “*Ehre ...*, op. cit., p. 892.

todas las personas son iguales en la plena posesión de honor salvo que éste pueda verse reducido por deficiencias elementales o más acusadas<sup>100</sup>.

Hay, sin embargo, algunos defensores de las teorías normativas que no apoyan la base estrictamente personal del concepto de honor ni la aceptación de la dignidad humana como única fuente de honor para las personas. En la medida en que en las relaciones interpersonales el honor cumple una función destacada y en tanto muchas violaciones del honor cobran forma y sentido sólo ante los ojos de la sociedad, estos autores apuestan por un concepto personal y sociológico del honor, manteniendo, ciertamente, la base normativa tradicional. Se les considera representantes de las teorías normativo-fácticas o mixtas.

Así, BINDING estima que el honor sería el trato o tratamiento que legalmente se reconoce a todo hombre<sup>101</sup> como consecuencia, primeramente, de su “valor como ser humano” (“*Menschenwert*”) y de su humanidad, erigiéndose tal elemento en “columna vertebral del honor en sentido jurídico”<sup>102</sup>, y, en segundo lugar, de su “grandeza” (“*Größe*”) o valor social que cada uno adquiere a través de sus comportamientos y sus propias direcciones en la vida<sup>103</sup>. Dicho valor social emana, según BINDING, del cumplimiento de las obligaciones que cada individuo tiene asignadas como miembro de la comunidad, de donde se comprende que un fracaso respecto de tales compromisos acarrearía el “deshonor” (“*Unehre*”) para el individuo<sup>104</sup>.

En las tesis de SAUER la idea clave era el juicio de la comunidad sobre el valor de las personas (“*soziales Werturteil über den Menschen*”) <sup>105</sup>, añadiendo que este juicio colectivo depende de “si y en qué medida se cumple con las obligaciones que se tienen

---

<sup>100</sup> MERZ, S.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz* ..., op. cit., pp. 8 y 15.

<sup>101</sup> BINDING, K.: *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1892, pp. 12 y 13: “*Die Ehre ist der rechtlich anerkannte Verkehrskurs eines Menschen*”.

<sup>102</sup> BINDING, K.: *Die Ehre* ..., op. cit., p. 14: “*Dieser eigentümliche Menschenwert bildet den Rückgrat aller Ehre im Rechtssinne*”.

<sup>103</sup> BINDING, K.: *Die Ehre* ..., op. cit., p. 15.

<sup>104</sup> BINDING, K.: *Die Ehre* ..., op. cit., p. 16. Las teorías de BINDING, coincidentes en lo sustantivo con las de von LISST, eran las dominantes a principios del siglo XX en la doctrina alemana, como señala ESSLINGER, L.: *Das Schuldmoment bei der Üblen Nachrede*, C. J. Beckers Universitäts-Buchdruckerei, Würzburg, 1905, p. 12.

<sup>105</sup> SAUER, W.: *Die Ehre und ihre Verletzung*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1915, pp. 4 y 10.

en comunidad y si se ejercen los derechos correspondientes”<sup>106</sup> y teniendo presente que tal juicio puede variar si, a partir de un momento, se deja de cumplir con tales obligaciones<sup>107</sup>. En definitiva, el honor es el valor social del hombre y encuentra su fuente o fundamento en la comunidad; es, pues, un concepto normativo de honor de base sociológica. Y en la medida en que este concepto nace del valor de la persona pero se define mediante continuas referencias a elementos exteriores y sociológicos, es decir, hechos físicos, se ha afirmado que estamos ante una concepción normativo-fáctica del honor.

TENCKHOFF, en similares términos, defiende también una concepción normativa pero basada en una reinterpretación de los conceptos tradicionales de estas tesis y desde esta perspectiva asienta el honor sobre un doble fundamento: personalidad y sociedad (a diferencia de HIRSCH y de MERZ), y lo hace integrar de un doble contenido: dignidad humana y cumplimiento de obligaciones. Su lesión, concluye, derivaría de la interferencia en “esa corriente del verdadero valor interno a cuyo respecto tiene derecho el individuo”<sup>108</sup>.

O, en fin, MAURACH apoya las teorías normativas con una base o fuente dual, de modo que el honor estaría socialmente determinado (“*sozialbedingt*”) si consideramos que la injuria es un ataque contra la pretensión de respeto del valor social merecido, que encuentra su razón de ser en la dignidad de la persona<sup>109</sup>; siguiendo este planteamiento, el honor sólo disminuye cuando se atribuye a otros defectos o deficiencias mentales (“*geistige Unzulänglichkeiten*”) que nieguen la condición de la persona como miembro plenamente válido (“*vollgültiges Mitglied*”) de la sociedad<sup>110</sup>. Además, en relación con la lesión del honor es preciso tener en consideración el papel

---

<sup>106</sup> SAUER, W.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 11. SAUER aclaraba que tales responsabilidades obedecían a diversas circunstancias como el nacimiento, la familia, la edad o la profesión (*op. cit.*, pp. 11 y 12).

<sup>107</sup> Más extensamente, indicaba que no sólo bastaba con cumplir tales obligaciones impuestas por la pertenencia a la comunidad, sino que debía actualizarse ese compromiso diariamente mediante la garantía de cumplimiento de las obligaciones futuras (“*die Gewährleistung künftiger Pflichterfüllung*”), ya que ni con la justificación del comportamiento irreprochable realizado hasta entonces podría evitarse que una conducta socialmente perjudicial llevada a cabo en cualquier momento provocase un cambio en el juicio valorativo que la comunidad proyecta sobre el sujeto (SAUER, W.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 14 y 15). Prestamos atención a estas reflexiones en la medida en que tendrán eco en formulaciones posteriores. Por todo ello, concluye SAUER, el honor jurídicamente protegido dependerá de las obligaciones a cargo de cada uno y de si y en qué grado éstas se han incumplido (*op. cit.*, p. 37).

<sup>108</sup> TENCKHOFF, J.: *Die Bedeutung ...*, op. cit., p. 181.

<sup>109</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 7 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988, p. 217.

<sup>110</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht ...*, op. cit., pp. 217 y 218.

que cumple el círculo de responsabilidades del destinatario del ataque, es decir, sus cualidades y funciones sociales; estas circunstancias operan como instrumento de una legítima diferenciación social (“*sozial berechtigten Differenzierung*”) que permite, en última instancia, la individualización en la protección del honor no atendiendo al reconocimiento que el individuo reclama para sí, sino al reconocimiento que merece desde el punto de vista de la comunidad<sup>111</sup>.

Tomando también conceptos rectores de las teorías normativas, SCHMIDT propone una noción del bien jurídico honor que sea además “constitucionalmente conforme” o “conforme a la Constitución” (“*verfassungskomforme Ehrbegriff*”), dado que el honor es uno de los bienes más necesitados de contenido constitucional. Su propuesta se conecta con el sistema de valores objetivos de la Constitución y se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de la persona<sup>112</sup>. Con ese revestimiento constitucional sostiene el autor que el honor en sentido jurídico-penal posee un doble componente. El primer elemento es estático y constante; se basa en aquella parte de la personalidad que poseen todos los hombres, en virtud del art. 1.I de la Constitución, que es universal e inmutable y garantiza un mínimo de honor para toda persona (“*Ehrenminimum*”). Pero una concepción exclusivamente construida sobre el honor del hombre conduciría a un “igualitarismo irreal en relación con el honor”. Junto a este “honor del hombre (“*Menschenehre*”) existe otro componente dinámico y variable que denomina “honor social” (“*Sozialehre*”), con fundamento en el art. 2.I de la Constitución, que viene representado por el valor social adquirido por el ciudadano en atención a su estilo de vida evaluado desde una perspectiva social y moral y que está, por lo tanto, socialmente relativizado o mediatizado<sup>113</sup>. Y con la unión de ambos componentes concluye SCHMIDT que el honor en sentido jurídico-penal garantizaría al individuo la protección del respeto que merece en atención a su personalidad manifestada en el componente estático y constante de la de la dignidad humana y en el dinámico y variable del valor social<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., pp. 218 y 219.

<sup>112</sup> SCHMIDT, K.: *Freiheit* ..., op. cit., p. 38.

<sup>113</sup> SCHMIDT, K.: *Freiheit* ..., op. cit., pp. 40 y 41. En este punto, se observa una innegable cercanía entre las propuestas de SCHMIDT y las de BINDING, K.: *Die Ehre* ..., op. cit., p. 15, que fue el primero en plantear una clasificación bipartita como la descrita.

<sup>114</sup> SCHMIDT, K.: *Freiheit* ..., op. cit., p. 51.

Dentro de las concepciones normativas del honor se desarrolló una interesante variante que aconsejaba conceder mayor peso a las relaciones interpersonales o intersubjetivas; no se trataba sólo de afirmar que la sociedad o la comunidad era otra fuente del honor como ya hacían las teorías normativo-fácticas de base sociológica, sino que éstas iban más allá: mantenían el nacimiento del honor en la dignidad de las personas, pero potenciaban el papel de la sociedad a través de las *relaciones intersubjetivas o interpersonales* de sus miembros, de las que resultaba un *reconocimiento* imprescindible para la vida social del individuo.

E. A. WOLFF fue quien inició esta línea doctrinal con la publicación de un meritorio trabajo<sup>115</sup> homónimo al de HIRSCH (“*Ehre und Beleidigung*”) y que venía a ser una respuesta a aquel autor y una actualización de los conceptos de las tesis normativas. Reprobaba a la teoría normativa pura una excesiva indefinición: de tanto intentar despojarse de elemento fácticos, HIRSCH había caído en el extremo de conformarse con un concepto meramente normativo (“*bloß normativ*”), definido aisladamente. Tampoco le convencía a WOLFF la explicación de las disminuciones del honor a partir de los cambios en el valor del individuo (“*Geltungsmangel*”) pues se planteaba desde una perspectiva excesivamente personalista<sup>116</sup>.

Frente a esas deficiencias, WOLFF proponía una teoría que mirara más hacia fuera, situando las relaciones interpersonales en un lugar destacado como presupuesto para el desarrollo del “uno mismo” (“*das Ich*”), para lo cual toma como referencia las investigaciones de HEGEL<sup>117</sup>. La realización de la individualidad (“*Selbstständigkeit*”) no es una tarea necesariamente personal, íntima y apartada del mundo exterior, realizada en separación de los demás, sino que el individuo “se busca” en conexión con los otros hasta ser reconocido como uno más; el individuo pone su individualidad bajo la mirada de la comunidad esperando obtener de ella su reconocimiento y, en este sentido, por tanto, la individualidad depende de los demás, que la limitan y dan forma; en fin, “la formación de la individualidad es inseparable de los demás”<sup>118</sup>. En un contexto tal de relaciones intersubjetivas, afirma WOLFF que el honor podría definirse como la

---

<sup>115</sup> De “sofisticada” ha sido calificada la aportación doctrinal de WOLFF por AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrebegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 9.

<sup>116</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*”, pp. 892, 893 y 904.

<sup>117</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*”, pp. 893, 897 y 898..

<sup>118</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*”, pp. 898 y 899.

“individualidad posibilitada, permitida o emanada por las relaciones de reconocimiento”<sup>119</sup>; tales relaciones se desarrollan en un contacto o entorno comunicativo, por lo que si se niegan las posibilidades de comunicación, se obstaculizan las relaciones de reconocimiento<sup>120</sup> y, con ello, el pleno disfrute del derecho al honor. El desprecio de tales relaciones origina la forma más evidente de lesión del reconocimiento<sup>121</sup>.

El honor fluye en y de las relaciones de reconocimiento de un modo tal que el desprecio que alguien muestra hacia otra persona, restringiendo su individualidad, constituye una lesión del reconocimiento que merece la persona, provocando un ataque contra el honor, como sucede también cuando se pronuncian por terceros afirmaciones de hecho falsas atinentes al honor de la víctima. Cualesquiera de estos comportamientos impiden al ofendido construir unas relaciones de reconocimiento positivas, como debería poder hacer para desarrollar su individualidad<sup>122</sup>, poniendo en evidencia de qué forma el “reconocimiento”, piedra angular de la teoría de WOLFF, se halla estrechamente unido con la individualidad y la libertad<sup>123</sup>.

También para OTTO la condición del ser humano como miembro de una sociedad en la que se desarrolla, juega un papel trascendental. Siguiendo a WOLFF, construye un concepto normativo del honor según el cual le corresponde al honor hacer posible la vida en comunidad de las personas, reconociéndoles por una parte su dignidad como persona y, por otra, asegurándoles la posibilidad de realizarse como persona en la sociedad. El honor es el resultado de la evaluación del valor que corresponde a la persona en atención a su dignidad, y el que se deriva de sus relaciones individuales, todo ello desde una perspectiva ético-social. A partir de aquí, las

---

<sup>119</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, p. 899: “*die Selbstständigkeit ermöglichende Anerkennungsverhältnis*”.

En lo sustancial está de acuerdo con esta concepción ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Hrsg.): *Strafgesetzbuch (Band 2)*, 3 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 362 y 363.

RUDOLPHI, H.-J. y ROGALL, R.: “Vorbemerkung vor § 185”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 16, también proponen una concepción normativa del honor similar, y tomando como base el valor personal, definen el honor como el juicio de reconocimiento sobre el valor de una persona, sobre la completa existencia de sus cualidades personales.

<sup>120</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, p. 900.

<sup>121</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, p. 900

<sup>122</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, pp. 901 y 902.

<sup>123</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, p. 903.



disminuciones o variaciones del honor dependerán del incumplimiento culpable de las responsabilidades morales y sociales de cada persona<sup>124</sup>.

De normativista puede ser calificada también la propuesta doctrinal de bien jurídico honor de LENCKNER en la medida en que asienta los delitos contra el honor en el ataque contra el valor del ser humano y en la violación de su legítima pretensión de respeto<sup>125</sup>. Sin embargo, se distancia de los normativistas puros como HIRSCH en cuanto que critica que la dignidad de la persona sea la única fuente del honor, sin considerar que, en su forma más genuina, el honor se muestra en las relaciones interpersonales, de donde debe afirmarse que el bien jurídico no guarda relación únicamente con la dignidad de la persona, sino también, y aquí se aproxima a WOLFF, con las “relaciones de reconocimiento” que son el presupuesto para que personas e instituciones existan y operen en comunidad<sup>126</sup>. Concluye, por tanto, que el bien jurídico honor es el valor moral, personal y social, así como la subsiguiente pretensión de respeto de la persona individual en atención a su valía social y de algunas personas colectivas<sup>127</sup>.

SCHÖBLER parte del principal acierto de las teorías normativas, considerar el valor o valía del ser humano como bien jurídico del delito contra el honor<sup>128</sup>, y lo complementa con otras nociones sentadas por WOLFF en torno al concepto de las “relaciones de reconocimiento”. Admitía SCHÖBLER que la esencia del honor debía gozar de un carácter intersubjetivo, no estricta o exclusivamente personal, conforme al cual el reconocimiento y la aceptación del hombre por los demás serían presupuestos irrenunciables del desarrollo de la identidad y la individualidad en un contexto de vida en sociedad<sup>129</sup>. Reconocida esta virtud de la teoría del reconocimiento de WOLFF, indicaba a continuación que sus principales aportaciones adolecían de poca concreción y claridad<sup>130</sup>, por lo que se dispuso a dotarlas de contenido para mantener la vigencia de la fórmula del reconocimiento como opción válida para el bien jurídico honor.

---

<sup>124</sup> OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, pp. 113 y 114.

<sup>125</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1379.

<sup>126</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, pp. 1379 y 1380.

<sup>127</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1380.

<sup>128</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung und Beleidigung. Rechtsgut und Strafzweck des § 185 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 26.

<sup>129</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung* ..., *op. cit.*, p. 28.

<sup>130</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung* ..., *op. cit.*, p. 27.

Desde la perspectiva de SCHÖBLER, el modelo del reconocimiento del otro se convierte en un principio de fundamental significado en el marco de una sociedad pluralista, tolerante y abierta, con multitud de perspectivas igualmente legítimas<sup>131</sup>. Para que este reconocimiento intersubjetivo sea efectivo debe darse cumplimiento a dos pretensiones: a) la del reconocimiento de su condición de ser humano y de participante libre e igual en un entorno de relaciones comunicativas y con independencia de sus circunstancias culturales, religiosas o éticas<sup>132</sup> (elemento constante y de naturaleza normativa); b) y la del reconocimiento y el respeto de su identidad individual, a la luz de las consideraciones sociales y temporales actualmente dominantes, que se decidirá discursivamente en un permanente proceso de socialización como consecuencia de un consenso social (“*konsentierten gesellschaftlichen Wertvorstellungen*”) que todos acatan porque todos confían en él, sobre el que depositan sus horizontes de expectativas (“*Erwartungshorizonten*”) y al que se llega procurando sentir en nombre del otro (“*Erfühhungsvermögen*”), teniendo empatía y sensibilidad (elemento variable y de naturaleza fáctica), y que, en última instancia, arroja o define el legítimo valor social de la persona (“*berichtigter sozialer Geltungswert der Person*”)<sup>133</sup>. Aceptando estos componentes como integrantes del reconocimiento, puede entenderse como bien jurídico honor el interés del individuo en el respeto de su derecho a ser reconocido por otros, esto es, el respeto del reconocimiento intersubjetivo<sup>134</sup>.

Que WOLFF supo introducir nuevos parámetros en la definición del honor como las “relaciones intersubjetivas” o la “comunicación social”, proporcionando un novedoso “concepto interpersonal del honor”, es un mérito que AMELUNG le reconoce, aunque observa también en la teoría del reconocimiento de WOLFF algunas zonas oscuras<sup>135</sup>.

En una de las últimas y mejor fundadas monografías publicadas en Alemania sobre el tema del bien jurídico honor, AMELUNG presente su propuesta doctrinal sobre

---

<sup>131</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung ...*, op. cit., p. 77.

<sup>132</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung ...*, op. cit., p. 78.

<sup>133</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung ...*, op. cit., pp. 78 y 79, y sintéticamente pp. 90, 91 y 123. La semejanza entre la “determinación o decisión discursiva del reconocimiento del otro” de SCHÖBLER recuerda claramente al “entorno comunicativo” donde se desarrollan las relaciones de reconocimiento de WOLFF. La cercanía conceptual de estas dos teorías es evidente.

<sup>134</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung ...*, op. cit., p. 89.

<sup>135</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrebegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 10 y 11.

tal concepto. En el mismo título de la obra “El honor como presupuesto para la comunicación” (“*Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*”), el autor ya apunta dónde residirán las claves de sus tesis: honor y comunicación. Según su planteamiento, el honor es un requisito o presupuesto previo para la comunicación; es la capacidad de una persona para satisfacer sus expectativas normativas de ser considerado válido interlocutor en un entorno comunicativo real o potencial; del mismo modo y en sentido inverso, el deshonor estigmatiza al individuo y anula sus posibilidades comunicativas con los demás<sup>136</sup>.

A partir de esta definición inicial, de innegable ascendencia normativa, el honor reuniría sus dos habituales facetas. Por un lado, en el marco de esta semántica de la comunicación típicamente *amelungiana*, el honor guarda relación con la comunicación de la persona con su fuero interno, la comunicación con uno mismo (“*Kommunikation mit sich selbst*”), la forma en que la persona se ve a sí misma (“*sich selbst in die Augen sehen*”) cuando cumple con las exigencias que se autoimpone; es decir, el honor interno es la capacidad de la persona de satisfacer las exigencias autoimpuestas o las propias expectativas (“*Fähigkeit zur Erfüllung von eigenen Erwartungen*”) y cuyo cumplimiento es un presupuesto para que pueda ser aceptado por sí mismo<sup>137</sup>; en la medida en que es la capacidad de permanecer fiel a las propias expectativas y normas autoimpuestas, el honor interno no puede ser lesionado por otras personas<sup>138</sup>. Sobre esta base, la capacidad del individuo a juicio de los demás de cumplir con las expectativas comunicativas (“*Fähigkeit zur Erfüllung von Erwartungen*”) constituiría el fundamento personal del honor externo (“*persönliche Grundlagen der äußeren Ehre*”) que definitivamente se adquiere cuando los demás imputan o atribuyen al individuo la verdadera capacidad para cumplir con tales expectativas (“*Unterstellung der Fähigkeit zur Erfüllung von Erwartungten*”) <sup>139</sup>. Cuando el individuo no ve satisfecho el reconocimiento de su legítima expectativa a ser aceptado como un interlocutor en el

---

<sup>136</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 21: “*Die Eigenschaft, die eine solche Verweigerung bewirkt, ist die Unfähigkeit, den normative Erwartungen vorhandener oder potentieller Kommunikationspartner gerecht zu werden. Umgekehrt ist dann Ehre ist die Fähigkeit eines Menschen, den normative Erwartungen zu entsprechen, denen er entsprechen muss, um als Kommunikationspartner akzeptiert zu werden*”.

<sup>137</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 28 y 29: “*Innere Ehre ist dann die Fähigkeit eines Menschen, jenen an sich selbst gestellten Ansprüchen zu genügen, deren Erfüllung die Voraussetzung dafür ist, das ser sich selbst akzeptiert*”.

<sup>138</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 30 y 37.

<sup>139</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 23 y 37.

entorno comunicativo en atención a su capacidad para cumplir con las expectativas comunicativas, se lesiona su honor externo en tanto no se le asigna, atribuye o reconoce la capacidad que sí tiene y le corresponde<sup>140</sup>.

Insiste AMELUNG advirtiendo que toda persona espera ser aceptada por los demás como un “interlocutor en un entorno comunicativo en condiciones de igualdad” (“*ebenbürtige Kommunikationspartner*”)<sup>141</sup>, de modo que pueda ejercer su libertad para comunicarse con otros; en un contexto tal, la capacidad o habilidad de comunicación de cada persona cumple una función primordial. De esta capacidad sólo es consciente el individuo, precisamente, cuando se pone en duda, cuando es atacada, situación que se presentaría si nos refiriésemos a alguien como *canalla* o *chapucero*. En este punto AMELUNG expone correctamente el proceso y su resultado: el insulto no sólo coarta la libertad individual para comunicarse con los demás, sino que además modifica el “entorno comunicativo” (“*Informationsstand*”) y pone en cuestión la “atribución de habilidades comunicativas” (“*Unterstellung eigener Kommunikationsfähigkeit*”), provocando que el ofendido pierda la atención del contenido de la comunicación misma, que le sea imposible “encauzarse”, volver a su estado emocional previo y, en última instancia, que el honor interno resulte “afectado” o “tocado”. Dicho en otras palabras del propio autor, “la confianza del aludido en sus capacidades para mantenerse firme en la comunicación ha sido perturbada”<sup>142</sup>. Y quien pierde esta confianza en una situación determinada puede empezar a cuestionarse, de cara el futuro, si podrá soportar las sucesivas situaciones críticas que se le presenten así como su propias normas de comportamiento; se preguntará si tiene la necesaria capacidad para sobrellevar estos momentos conflictivos y, en caso de que tal examen de conciencia termine con un resultado negativo, inevitablemente su “autoestima terminará socavada” y “causándole un sentimiento de humillación”<sup>143</sup>. Yendo más allá y conforme a investigaciones psiquiátricas y psiconalíticas, AMELUNG sostiene que el resultado puede ser que la persona se vea a sí misma “desnuda” y dominada por un sentimiento de “vergüenza” (“*Scham*”) al observar que ha sido incapaz de reconducir la comunicación a los

---

<sup>140</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 35, “... die Fähigkeit zur Zuweisung äußerer Ehre zu besitzen ...”.

<sup>141</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 31.

<sup>142</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 32: “Daneben ist die Beschimpfung geeignet, das Vertrauen des Betroffenen in seine Fähigkeit zu erschüttern, sich in Kommunikationen zu behaupten”.

<sup>143</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 33: “... untergräbt dies seine Selbstachtung. [...] ein Gefühl der Einniedrigung”.

contenidos temáticos y que, por el contrario, toda la atención se centra ahora en sus debilidades y flaquezas (“*Schwänche*”)<sup>144</sup>.

A partir de estos planteamientos, AMELUNG entiende que la protección de un concepto de honor como el descrito debe llevarse a cabo por el Derecho Penal atendiendo a los principios de proporcionalidad e igualdad, con lo que sólo los ataques contra el honor que auténticamente perturben el entorno comunicativo (no meras expectativas irrelevantes) y destruyan los presupuestos para la comunicación, han de ser castigados por el ordenamiento<sup>145</sup>, logrando, de este modo, que el concepto normativo de honor construido sea funcional (“*Funktionalen Ehrbegriff*”): presupuesto para la comunicación con los demás y con uno mismo, consistente en la capacidad de una persona de comportarse para ser aceptado por los demás como un interlocutor en el entorno comunicativo en pie de igualdad respecto a otros<sup>146</sup>.

Los defensores de una definición del honor en el marco de la teoría de reconocimiento (WOLFF, OTTO, LENCKNER, SCHÖBLER y AMELUNG) subrayan, con unos u otros matices, la importancia de las relaciones interpersonales para la formación del honor. En este punto, conviene observar la diferencia fundamental entre estas propuestas y las que hemos denominado *normativas y personales*: éstas últimas situaban el fundamento del honor en el ser humano, en su valía como persona, en su dignidad, mientras que las teorías del reconocimiento reclaman atender a la sociedad y a las relaciones intersubjetivas como fuente del honor, tanto es así que la vertiente estrictamente personalista de las tesis normativas es una de las aristas que se proponen

---

<sup>144</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 34.

<sup>145</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 43.

<sup>146</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 38: “... *Ehre als Voraussetzung der Kommunikation mit anderen und mit sich selbst, [...] Ehre in diesem Sinne ist die Fähigkeit eines Menschen, sich so zu verhalten, dass er den normativen Erwartungen gerecht wird, denen er gerecht werden muss, um als ebenbürtiger Partner von Kommunikationen akzeptiert zu werden*”.

Admite en este punto AMELUNG la dificultad de la tarea de objetivar o delimitar aquellas capacidades y propiedades que están en la base del honor, para lo cual será preciso recurrir a convenciones sociales desde las cuales sea posible decidir si una ofensa al honor merece reproche penal. Así, puede suceder que determinadas afirmaciones falsas que a juicio del destinatario afecten sustancialmente a su aceptación por otras personas como interlocutor en el entorno comunicativo, no sean tenidas como lesivas del honor desde el punto de vista del ordenamiento jurídico (por ejemplo, la calificación de alguien como judío). Tampoco se podría considerar merecedor de protección jurídica a aquella persona de quien se dice con razón que es ciega o sorda, dado que son discapacidades físicas que no degradan al individuo en el entorno comunicativo, a no ser que incidan en el ámbito comunicativo profesional; e incluso la atribución de discapacidades mentales tampoco es accionable si se predicen de una persona que en verdad las padece, sino sólo si injustamente se le atribuyen. *Vid.* AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 46 a 50.

limar con más empeño. Podría decirse, aceptado lo anterior, que los defensores de la concepción del honor en el ámbito del reconocimiento quieren abandonar las estrecheces y rigideces a que conducen las teorías normativas y personales por encerrarse en el ser humano para encontrar el origen del honor y, en su lugar, buscan entornos más amplios. En otras palabras, se observa un salto desde la persona hasta la sociedad; hay un movimiento del punto de partida que sale del ser humano y llega a la sociedad: *hacia fuera*; un movimiento que sube desde el ser humano hasta la sociedad: *hacia arriba*.

En ese proceso *hacia fuera* al que nos referimos existe todavía una propuesta que representa el estadio final. JAKOBS rechaza fundamentar el honor en la persona; tampoco defiende una fuente dual del honor: ser humano/relaciones interpersonales. Por el contrario, este autor hace descansar todo el peso en la sociedad y en el interés público. Aplicando sus conocidas propuestas funcionalistas sobre el bien jurídico al ámbito concreto del honor, se pregunta qué función realiza el honor a favor del sistema “sociedad” dado que la protección penal del honor sólo puede justificarse a partir de la existencia de un interés público y social<sup>147</sup>. Ese interés no es otro que el derecho general a la verdad (“*Recht auf Wahrheit*”) que se vulnera cuando se falsean imputaciones de comportamientos de otras personas, provocando: a) la quiebra de la vigencia de las normas, y, b) la transmisión de informaciones erróneamente laudatorias porque atribuyen ventajas injustificadas o mendazmente negativas porque atribuyen desventajas innecesarias<sup>148</sup>. Efectivamente, se ataca el honor, entendido como la “imputabilidad meritoria” (“*Zurechenbarkeit als verdienstlich*”), tanto negando un mérito ciertamente poseído como exagerando un defecto inexistente. Si “el honor es la imputación laudatoria que corresponde a una persona”, consecuentemente, “la injuria será el falseamiento de la imputación en contra de esa persona”<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> JAKOBS, G.: “Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes”, VOLGER, T. (coord.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Duncker und Humblot, 1985, pp. 628, 636 y 637. Nos apoyamos también en una traducción al español de este trabajo, publicado con el título de “La misión de la protección jurídico-penal del honor” (traducido por CANCIO MELIÁ, M.), PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 423 a 438.

<sup>148</sup> JAKOBS, G.: “Die Aufgabe ...”, op. cit., p. 636: “... Vorteile für lobende Zurechnung und Nachteile für tadelnde”.

<sup>149</sup> JAKOBS, G.: “Die Aufgabe ...”, op. cit., p. 639: “Beleidigung ist Verfälschung der Zurechnung zu Lasten einer Person; Ehre ist zugunsten einer person angebrachte Zurechnung als verdienstlich”.

### 2.2.3 Sujetos pasivos

Con carácter general y sin ninguna discusión, debemos afirmar, en primer lugar, la plena titularidad del derecho al honor por las personas vivas (“*lebende Personen*”) individualmente consideradas. A partir de ahí, se plantean dos casos polémicos en relación con las dos adjetivaciones que acabamos de emplear: ¿son titulares de honor los fallecidos? Y ¿poseen honor las personas jurídico-colectivas?

Antes de analizar la cuestión concreta de la eventual titularidad del derecho al honor por los muertos, conviene examinar someramente, en un estado previo, si puede hablarse de derechos subjetivos de la personalidad a favor de tales sujetos. Sobre este particular, el Tribunal Constitucional alemán se pronunció en el caso *Mephisto* indicando que sería contrario a la garantía constitucional de prohibición de toda lesión o ataque contra la dignidad humana la posibilidad de que tras la muerte “una persona pudiera ser degradada o disminuida” (“*nach seinem Tode herabgewürdigt oder erniedrigt werden dürfte*”), en tanto “la pretensión de respeto no termina con la muerte” (“*endet der Achtungsanspruch, [...] nicht mit dem Tode*”)<sup>150</sup>. Como afirma DÖRR, ya se trate de un derecho fundamental ejercido en nombre de la persona fallecida por un tercero (“*ein fremdes Grundrecht (des Verstorbenen) im eigenem Namen verfolgt wir*”) o un derecho intrínseco de los miembros de su familia (“*ein Eigenrecht des Angehörigen*”) con un contenido circunscrito a la pretensión de respeto del difunto, lo cierto es que la protección de la esfera de la personalidad de las personas trasciende el momento de la muerte<sup>151</sup>.

Bajando un escalón, encontramos otra cuestión: ¿es plausible la protección del honor de los muertos? Pregunta que surge a raíz de la lectura del artículo 189 del StGB, cuyo tenor literal dice así: “quien calumnia la memoria de los muertos, será castigado con pena de prisión de hasta dos años o pena de multa”<sup>152</sup>. Parece complicado entender que el bien jurídico sea, efectivamente, el honor del fallecido, aceptando que este bien

---

<sup>150</sup> BVerfGE 30, 173 (194).

<sup>151</sup> DÖRR, D.: “Informationsfreiheit”, MERTEN, D. y PAPIER, H.-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 196: “Denn der Persönlichkeitsschutz Lebender reicht weiter als der des Toten”.

<sup>152</sup> § 189 *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener: Wer das Andenken eines Verstorbenen verunglimpft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*

jurídico subsiste tras la muerte del titular y es el objeto de protección del art. 189<sup>153</sup>; abandonados estos planteamientos ya superados, se han barajado distintas opciones, como el sentimiento de piedad o respeto hacia sus sucesores (“*Pietätsgefühle der Hinterbliebenen*”)<sup>154</sup>, o el honor de los sucesores en conexión con los fallecidos (“*Ehre der Hinterbliebenen im Bezug zum verstorbenen*”)<sup>155</sup>, el respeto postmortem que debe guardarse por el difunto por todo aquello que representó y acuñó (“*postmortalen Respektierung eines Kernbereichs dessen, was den Verstorbenen prägte und ausmachte*”), los sentimientos religiosos (“*religiösen Gefühle*”), la paz pública en la medida en que no se puede focalizar en los sucesores o familiares el bien jurídico (“*öffentliche Frieden*”)<sup>156</sup>, o, siguiendo la particular concepción de JACKOBS, en el interés público en el no falseamiento de la imputación (“*Verfälschung der Zurechnung [...] aus der lebendigen Erinnerung*”) dirigida contra la memoria aun viva del fallecido<sup>157</sup>. La doctrina clásica ya se manifestaba así: BINDING sostenía con claridad cristalina que “los muertos no disponen de honor alguno porque ya no lo necesitan”<sup>158</sup>. Y en la actualidad sigue concitando amplio consenso la tesis de que los fallecidos ya no son por más tiempo titulares del bien jurídico honor y, por consiguiente, no pueden ser sujeto pasivo de los delitos que nos ocupan<sup>159</sup>. Esto aceptado, lo que hace el art. 189

---

<sup>153</sup> De la defensa de estas tesis da cuenta von WIECZKOWSKI, W.: *Das Delikt des § 189 StGB*, Karl Sinftorffs Buchdruckerei, Rostock, 1901, p. 36. Así lo entendía, por ejemplo, HIRSCH, H. J.: *Ehre ...*, op. cit., p. 128, para quien el honor sería una parte de la personalidad que iría más allá de la existencia física de la persona.

<sup>154</sup> Esta era la opinión dominante entre los autores de la doctrina tradicional. *Vid.*, entre otros, ESSLINGER, L.: *Das Schuldmoment ...*, op. cit., p. 12; von WIECZKOWSKI, W.: *Das Delikt ...*, op. cit., p. 44. En la actualidad, por ejemplo, GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre ...*, op. cit., p. 72, se adhieren a la opción del sentimiento de piedad.

<sup>155</sup> Una variación de esta posibilidad era la opción del “honor familiar” (“*Familienehre*”) como objeto de protección, que constituía la opinión dominante entre la doctrina clásica, según von WIECZKOWSKI, W.: *Das Delikt ...*, op. cit., p. 38, de modo que quien lesiona el recuerdo de un difunto injuria a “la familia como tal, a la personalidad total o conjunta”, a “la unidad jurídica que constituye la familia”. El autor, sin embargo, no compartía este planteamiento (op. cit., pp. 39 y 40).

<sup>156</sup> Estas alternativas, propuestas por diversos autores, son recogidas por EINTER, T.: “Die Rolle ...”, op. cit., p. 120; HEUCHEMER, M.: “Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, p. 455.

<sup>157</sup> JAKOBS, G.: “Die Aufgabe ...”, op. cit., p. 637, nota al pie n° 36.

<sup>158</sup> BINDING, K.: *Lehrbuch ...*, op. cit., p. 139. Así también WOLFF, E. A.: “Ehre ...”, op. cit., p. 904, que, en el ámbito de su teoría sobre el honor como relaciones intersubjetivas de reconocimiento, afirmaba que cuando una persona muere ya no es por más tiempo titular de relaciones intersubjetivas de reconocimiento.

<sup>159</sup> *Vid.*, entre otros, KARPF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 77; KRETSCHMER, P.: *Strafrechlicher Ehrenschatz ...*, op. cit., p. 32; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010 p. 1744.



StGB es castigar la denigración del recuerdo de los fallecidos por los efectos que puede provocar sobre sus parientes<sup>160</sup>.

En cuanto al honor de los colectivos y las injurias grupales, la cuestión es compleja. El dilema lo plantea correctamente KARPf cuando advierte, por una parte, que no puede equipararse la existencia de una colectividad al desarrollo personal de una persona natural, pero recordando, al propio tiempo, que también las colectividades tienen derecho a actuar en el marco de la sociedad y a que su actividad no sea injustamente desacreditada<sup>161</sup>. Determinar la violación de un hipotético honor colectivo como consecuencia de una ofensa puede constituir una limitación intolerable de la libertad de expresión en el marco de una sociedad democrática, especialmente si tenemos en consideración la amplitud del abanico de los ataques colectivos que pueden abarcar, como advierte FOERSTNER, “desde las generalizaciones inofensivas y penalmente irrelevantes hasta las injurias contra la humanidad”, perturbando así “las necesarias condiciones de vida”<sup>162</sup>.

El punto de partida en derecho positivo de esta cuestión viene representado por el art. 194 apartados 3 y 4 StGB, que extienden la protección frente a ataques injuriosos a “las autoridades u otros organismos o dependencias que ejerzan funciones de la Administración Pública”, e, individualmente, a “los funcionarios o soldados en relación con el ejercicio de sus funciones”<sup>163</sup>. En otras palabras, la doctrina dominante entiende que tal precepto amplía la tutela del honor a los partidos políticos, sindicatos, asociaciones de trabajadores, cámaras de comercio e industria y órdenes religiosas<sup>164</sup>. No sólo en atención a la realidad social en la que tales instituciones o asociaciones

---

<sup>160</sup> KRETSCHMER, P.: *Strafrechlicher Ehrenschatz ...*, op. cit., p. 32.

<sup>161</sup> KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 79.

<sup>162</sup> FOERSTNER, G.: *Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung und “lex Tucholsky”*. Eine Untersuchung zu Äußerungsdelikten und Meinungsfreiheit, Berlin-Verl. Spitz, Berlín, 2002, p. 19: “Sie reichen von der harmlosen, offensichtlich strafrechtlich irrelevanten Verallgemeinerung bis zur menschenverachtenden Schmähung, die bis zur Vernichtung der Existenz reichen kann”.

<sup>163</sup> § 194 (3). “Ist die Beleidigung gegen einen Amtsträger, einen für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten oder einen Soldaten der Bundeswehr während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst begangen, so wird sie auch auf Antrag des Dienstvorgesetzten verfolgt. Richtet sich die Tat gegen eine Behörde oder eine sonstige Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so wird sie auf Antrag des Behördenleiters oder des Leiters der aufsichtführenden Behörde verfolgt. Dasselbe gilt für Träger von Ämtern und für Behörden der Kirchen und anderen Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts”.

<sup>164</sup> EINTER, T.: “Die Rolle ...”, op. cit., pp. 122 y 123. En la doctrina clásica, así lo advertía, entre otros, FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 419.

despliegan sus actividades, sino también siendo jurídicamente rigurosos, puede aceptarse que poseen honor entendido como valor social tutelable (“*Ehre als geschützter sozialer Geltungswert*”)<sup>165</sup>. Tales personas jurídicas colectivas cumplen una función social jurídicamente reconocida y aceptada y pueden llegar a desarrollar una imagen e, incluso, una voluntad propias, por lo que merece protección su valor social<sup>166</sup>

Frente a esta explicación o lectura inicial que se hace del precepto, un sector minoritario entiende que cuando se trata de instituciones u organismos y otras personas jurídicas o colectividades, habida cuenta la cobertura constitucional del derecho al honor *personal*, la norma penal no puede concederles protección ni del honor personal ni del conjunto de derechos de la personalidad, dado que las instituciones carecen de ambos<sup>167</sup>. En otras palabras, la susceptibilidad de que instituciones o asociaciones puedan ser víctimas de ofensas, menosprecios o insultos no permite extraer que sean titulares de los derechos de la personalidad ni que, por extensión, disfruten del derecho al honor<sup>168</sup>. El honor del art. 5 GG es el honor del hombre como individuo, advierte STARCK; o en palabras de EINTER, “el bien jurídico honor es inseparable de la personalidad del individuo”<sup>169</sup>. No cabe duda de que las instituciones públicas o estatales necesitan la debida protección frente a las acusaciones que puedan amenazar con socavar su reputación a fin de poder desarrollar con normalidad sus funciones, pero dicha protección que procede del art. 194.3 realmente tutela la posición (“*Stellung*”), autoridad (“*Autorität*”)<sup>170</sup>, valor social de una estructura colectiva (“*Geltungswert*”) o, en fin, el respeto a ellas debido, quedando de este modo circunscrito el art. 185 a la protección del honor personal (“*persönliche Ehre*”)<sup>171</sup>.

---

<sup>165</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1744.

<sup>166</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1744.

<sup>167</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz* ..., *op. cit.*, pp. 80 y 80/3.

<sup>168</sup> KARPFF, B.: *Die Begrenzung* ..., *op. cit.*, p. 80. En la doctrina clásica también WOLFF, E. A.: “Ehre ..., *op. cit.*, pp. 904 y 905, se manifestaba en contra de la titularidad del honor por las colectividades pues ello era incompatible con un concepto del honor conectado con la libertad y la individualidad, reprochando a autores defensores de tesis normativas y personales como HIRSCH que pudieran llegar a una conclusión distinta.

<sup>169</sup> STARCK, C.: “Artikel 5”, *op. cit.*, p. 601. EINTER, T.: “Die Rolle ..., *op. cit.*, p. 123 : “... *das Rechtsgut der Ehre von der Persönlichkeit des Einzelnen nicht getrennt werden könne, ...*”. También en estos términos afirma FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, p. 1271, que el honor es un bien jurídico personal que corresponde a los hombres .

<sup>170</sup> BINDING, K.: *Lehrbuch* ..., *op. cit.*, p. 140. El mismo autor precisa que considerar la titularidad del honor por familias, clases sociales o profesiones, personas jurídicas o empresas, sería un “absurdo” (“*Unding*”).

<sup>171</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz* ..., *op. cit.*, pp. 80 y 80/3; EINTER, T.: “Die Rolle ..., *op. cit.*, p. 123.

Cuestión distinta pero conexa es que detrás de la eventual lesión del honor de una colectividad consecuencia de una expresión injuriosa, resida verdaderamente el honor de un individuo concreto (“*die Ehre des Individuumbezug [der Kollektiven] nehmen würde*”) <sup>172</sup>; en otras palabras, bien sea porque la ofensa se dirija a una o varias personas pero lo haga por referencia a un grupo común al que pertenecen (“*Kollektivenbeleidigung*”) o bien sea porque la ofensa se dirige a un grupo en su conjunto, de forma que la individualización queda desdibujada (“*Sammelbeleidigung*”), es preciso para apreciar delito de injurias que la víctima pueda verse (y así logre acreditarlo) ofendida en su esencia (“*in seiner Selbständigkeit*”), ya que en el caso contrario de que no pueda apreciarse esta relación de individualización suficiente fracasará la tipicidad <sup>173</sup>. Dicho de otro modo, la expresión no debe ser especialmente indeterminada, sino que, por el contrario, ha de referirse a un conjunto lo suficientemente pequeño y delimitado del grupo como para que respete la individualidad de cada uno de los miembros <sup>174</sup>.

#### **2.2.4 Delitos contra el honor.**

La sección decimocuarta del Código Penal alemán establece tres modalidades básicas de ataque al honor de las personas: injuria (§ 185, “*Beleidigung*”), difamación (§ 186, “*Verleumdung*”) y calumnia (§ 187, “*Üble Nachrede*”), además de incorporar alguna modalidad diferenciada de las figuras anteriores, como la difamación y la calumnia contra personas de la vida pública (§ 188), y, por último, otras conductas delictivas dirigidas contra bienes jurídicos distintos del honor, como es la denigración del recuerdo de los muertos (§ 189). La sección cuenta también con preceptos relativos al instituto de la prueba de la verdad (§§ 190 y 192) y a las causas de justificación (§ 193). Finalmente, concluye con disposiciones de carácter procesal, como la persecución de estos delitos a través de querrela (§ 194) o la publicación de la sentencia (§ 200).

---

<sup>172</sup> KARPFF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 80. Así también KRETSCHMER, P.: *Strafrechlicher Ehrenschatz ...*, op. cit., p. 33.

<sup>173</sup> KARPFF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 82: “... nach dem normative geprägten Ehrbegriff eine Beleidigung ohne honreichenden Individualbezug nicht tatbestandsmäßig sein kann”. También así FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 1272.

<sup>174</sup> EINTER, T.: “Die Rolle ...”, op. cit., p. 122. La doctrina clásica mantenía esta misma opinión; así, *vid.*, entre otros, FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 420.

#### 2.2.4.1 “Beleidigung”

Dispone el artículo 185 del Código Penal alemán que “la injuria será castigada con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando la injuria sea cometida a través de un acto de violencia, será castigada con pena privativa de la libertad de hasta dos años o con multa”<sup>175</sup>. Una tipificación como la transcrita de las injurias resulta, evidentemente, poco conclusiva sobre el verdadero concepto de “injuria” y los comportamientos prohibidos. La doctrina se ha ocupado de llenar este vacío con su interpretación, argumentando que la conducta proscrita sería el ataque al honor de otro mediante una declaración de desprecio, menosprecio o falta de respeto (“*Nicht-, Gering- oder Mißachtung*”)<sup>176</sup>. El contenido de esta afirmación injuriosa puede ser un ataque contra el valor moral, personal o social de la persona o, más específicamente, en palabras de LENCKNER y EISELE, cuando se imputen o atribuyan, total o parcialmente, cualidades negativas contra el valor moral, social o personal<sup>177</sup>; sin embargo, tal contenido ofensivo no será decidido a la luz de las consideraciones de quien lo profiere ni por él mismo, sino que se determinará desde la perspectiva de un tercero objetivo, razonable o sensato (“*verständiger Dritter*”), atendidas las circunstancias que rodearon a la injuria y valorando, igualmente, los usos sociales y lingüísticos<sup>178</sup>, criterio éste de *adecuación social* que permitirá situar fuera del ámbito delictivo declaraciones ofensivas que no superen el umbral de lo socialmente reprobable<sup>179</sup>.

El tipo objetivo del delito de injurias o también llamado delito de “simple injuria” (“*einfache Beleidigung*”) en la medida en que acoge el resto de ataques contra el honor que no puedan catalogarse como difamaciones o calumnias<sup>180</sup>, es un delito de

---

<sup>175</sup> § 185 StGB. “*Beleidigung. Die Beleidigung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”.

<sup>176</sup> Vid., entre otros, FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012, p. 1280; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, p. 1393.

<sup>177</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*”, p. 1385.

<sup>178</sup> Vid., así, REGGE, J.: “Vorbemerkung zu §§ 185-200”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 23.

<sup>179</sup> A modo de ejemplo ofrece una lista de supuestos en los que debe afirmarse la presencia de la injuria y otros en los que debe negarse, ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*”, pp. 376 y 377.

<sup>180</sup> Vid., entre otros, MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 227.

expresión (“*Äußerungsdelikt*”)<sup>181</sup>, consistente, básicamente, en la expresión o manifestación de un desprecio, pudiendo adoptar ésta variadas formas: oral (injurias verbales), escrito, por dibujos o símbolos, por gestos o a través de acciones concluyentes (injurias reales). Precisamente, en el ámbito de las injurias reales, el art. 185 del Código Penal alemán castiga una modalidad cualificada de injuria: aquella que se produce con violencia (“...*wenn die Beleidigung mittels einer Tätlichkeit begangen wird...*”) y que ha sido interpretada por la doctrina como aquel acto que implica un contacto corporal directo (“*unmittelbaren Berührung des Körpers*”) sobre otra persona y que, a la luz de las circunstancias de lo que acontece, puede considerarse un gesto de desprecio<sup>182</sup>. Y, por último, en relación con estas cuestiones formales, recordemos también que el tipo de la injuria puede manifestarse no sólo como un hacer positivo, sino también como una abstención u omisión (“*Unterlassen*”) dotada de contenido, es decir, que suponga o equivalga a una declaración de valor injuriosa<sup>183</sup>.

La exteriorización del desprecio puede realizarse a través de la afirmación de un hecho (“*Tatsachenbehauptung*”) sobre el ofendido o de un juicio de valor negativo sobre el ofendido o un tercero (“*negatives Werturteil*”). Pero la distinción entre la afirmación de un hecho y un juicio de valor dista de ser pacífica o sencilla; puede plantearse en los siguientes términos: en las afirmaciones de hechos el contenido es susceptible de una explicación objetiva y se presenta como algo sucedido abiertamente evidente; mientras que los juicios de valor están impregnados de posicionamientos personales, representaciones propias y opiniones, por lo que su corrección o incorrección descansa sobre el convencimiento individual<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Vid., entre muchos otros, RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 185. Beleidigung”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 2.

<sup>182</sup> No hay acuerdo, sin embargo, cuando se trata de ofrecer un ejemplo de injuria real a través de un acto de violencia. Así, se afirma por LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1394 y HAFT, F.: *Strafrecht. Besonderer Teil II*, 8 Auflage, C. H. Beck, München, 2005, p. 76, que la acción de abofetear (“*Ohrgeiften*”) constituye una injuria real con violencia incluso en el supuesto de no producirse el contacto corporal ya que lo protegido no es la integridad corporal, sino la pretensión de respeto de la persona, cuestionada con ese gesto de desconsideración. En contra, SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht Besonderer Teil*, 2 Auflage, J. B. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, p. 3, y RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 185. Beleidigung”, *op. cit.*, p. 12, entienden que el contacto corporal debe producirse efectivamente, no habiendo tal injuria cuando fracasa el propósito lesivo.

<sup>183</sup> REGGE, J.: “§ 185. Beleidigung”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 27; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1392.

<sup>184</sup> Vid., entre otros, OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 117. Más adelante, al tratar el conflicto entre la libertad de expresión y la protección del derecho al honor y atendamos a los criterios de resolución

Y, en segundo lugar, debemos referirnos al instituto de la prueba de la verdad (“*Wahrheitsbeweiss*”), en la medida en que la veracidad es calificada por muchos autores como un presupuesto del tipo objetivo del delito de injurias. El art. 192 establece que “la demostración de la verdad o falsedad del hecho afirmado o divulgado no excluye el castigo de acuerdo con el § 185 cuando la existencia de una injuria resulte de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”<sup>185</sup>. De ahí se deduce la vigencia general de la prueba de la verdad en el ámbito de la injuria, convirtiendo la veracidad en un elemento objetivo del tipo de las injurias (“*Merkmale des objektiven Tatbestandes*”)<sup>186</sup>, con la sola excepción de las injurias formales (“*Formalbeleidigungen*”), a las que más adelante nos referiremos.

Ello conecta con una consideración fuertemente arraigada en el derecho alemán, acuñada por WEBER, según la cual “las verdades nunca son injurias” (“*Wahrheiten an sich nie beleidigen*”)<sup>187</sup>; o en otras palabras: “en derecho alemán la afirmación de hechos verdaderos relativos al honor no es punible”<sup>188</sup>.

---

aportados por la jurisprudencia, tendremos más pautas para la distinción entre afirmación de hecho y juicio de valor.

<sup>185</sup> § 192 StGB. “*Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises. Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache schließt die Bestrafung nach § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*”.

<sup>186</sup> Vid., entre otros, LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1389. También HAFT, F.: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 75 y WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechts- und Gemeinschaftswerte*, 32 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008, p. 164, consideran que la certeza de lo afirmado es un elemento no escrito del tipo de las injurias (“*umgeschriebenes Tatbestandsmerkmale*”). SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 64; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 378; REGGE, J.: “§ 185. Beleidigung”, *op. cit.*, p. 26.

Como apunte histórico podemos indicar que la preocupación-obsesión del derecho alemán por no proteger más allá de lo que no es cierto, del honor merecido, del honor verdadero que guarda relación con la amplia vigencia de la prueba de la verdad en el ordenamiento alemán, está presente desde hace largo tiempo. Así, opinaba BALTIN, M.: *Das Rechtsgut ...*, *op. cit.*, p. 15, que el sentimiento de honor no podía elevarse a objeto de protección jurídica ya que ello supondría partir de una premisa equivocada: que los juicios colectivos son siempre ciertos y que los hombres reciben el reconocimiento social (“*allgemeine Anerkennung*”) que merecen. Estas circunstancias no son así y, por el contrario, el verdadero honor de una persona no corresponde siempre con su sentimiento de honor, pudiendo suceder que alguien que disfruta de un reconocimiento inmerecidamente escaso fuera poseedor de una gran valía personal (“*eine höhere Ehre besitzen*”) y que alguien reconocido fuera portador de una calidad humana limitada.

<sup>187</sup> Cita de WEBER tomada de ROGALL, K.: “Beleidigung und Indiskretion”, WEIGEND, T. y KÜPPER, G. (Hrsg.): *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, p. 674. Que la prueba de la verdad de los juicios de valor debe ser aceptada o permitida, salvo que la injuria proceda de un exceso verbal o de contenido, también lo compartía en la doctrina clásica TENCKHOFF, J.: *Die Bedeutung ...*, *op. cit.*, pp. 137 a 139, 181 y 182. La orientación italiana encontró eco en la doctrina francesa, en los trabajos de ROYER-COLLARD, quien la incorporó bajo esta fórmula: “la vida privada debe quedar entre los muros” (“*la vie privée doit être murée*”), como recoge ROEDER, H.: “Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschem und österreichischem

La validez general de la prueba de la verdad en el derecho alemán conduce a excluir el castigo en caso de probarse la certeza de la inculpación dado que la manifestación de una verdad nunca puede privar a alguien del valor social que le corresponde<sup>189</sup>; la prueba de la verdad cumple la función, por tanto, de causa de exclusión de la punibilidad (“*Strafausschließungsgrund*”)<sup>190</sup>. La amplitud de efectos de la prueba de la verdad en el ámbito de las injurias se desprende del propio contenido del honor como valor derivado de la dignidad misma y de las relaciones de la persona con los demás, de modo que sólo puede solicitarse o pretenderse respeto para la validez social *fundada o merecida* (“*verdient*”) y no para la *infundada o inmerecida*<sup>191</sup>, razón por la cual aquella minusvaloración que descansa en una verdad debe ser tolerada por la víctima<sup>192</sup>. Finalmente y como consecuencia de lo anterior, en aplicación de la regla “*in dubio pro reo*”, si es cuestionable la inveracidad de los hechos afirmados, debe excluirse la tipicidad<sup>193</sup>. Por el contrario, respecto de los juicios de valor, por su propia esencia, no cabe la aplicación de la prueba de la verdad, ya que no son objetivamente demostrables<sup>194</sup>; algunos autores transmiten la misma idea pero expresada en sentido inverso y niegan la aplicación de la prueba de la verdad en los juicios de valor señalando que ésta sólo rige para las injurias consistentes en afirmación de hechos deshonorosos, de donde se deduce, por tanto, su exclusiva aplicabilidad para las injurias basadas en afirmaciones de hechos<sup>195</sup>.

---

Strafgesetzwurf”, SCHROEDER, F. C. y ZIPF, H. (Hrsg.): *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, p. 348.

<sup>188</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 378.

El régimen de la prueba de la verdad en derecho alemán contrasta con la tendencia del derecho italiano que procura limitar la operatividad de este instrumento al máximo, llegando al extremo de sancionar una acusación o inculpación verdadera, como se ocupa de reflejar ROEDER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 348. Así también, *vid.*, entre muchos otros, ROGALL, K.: “Beleidigung ...”, *op. cit.*, p. 674

<sup>189</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 185. Beleidigung”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>189</sup> BINDING, K.: *Lehrbuch* ..., *op. cit.*, p. 142.

<sup>190</sup> HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, LAUFHÜTTE, H. W., RISSING-van SAAN, R. y TIEDEMANN, K. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Sechster Band, § 146 bis 210)*, 12 Auflage, De Gruyter REcht, Berlin, 2010, p. 1281.

<sup>191</sup> OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 118; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 163.

<sup>192</sup> HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleumdung oder Gefährdung des Rechtsguts “Ehre”, §§185 ff.”, ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 2009, p. 195.

<sup>193</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1389; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 185. Beleidigung”, *op. cit.*, p. 13; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 154.

<sup>194</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1389.

<sup>195</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1291; OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 64.

En cuanto al punto de vista del tipo subjetivo, se acepta unánimemente que la acción típica sólo exige que el autor de la injuria tenga conciencia de que está dirigiendo a la víctima una expresión que puede tener efectos lesivos de su honor; es decir, que tiene un contenido objetivamente injurioso, o, en fin, que sea consciente de que la expresión representa una falta de respeto en sentido objetivo, sin exigir, por el contrario, que concurra un específico propósito o intención injuriosa (“*Beleidigungsabsicht*”)<sup>196</sup>.

#### 2.2.4.2 “*Üble Nachrede*”

Tipifica el art. 186 del Código Penal alemán el delito de difamación en los siguientes términos: “quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública, cuando este hecho no se prueba como cierto, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa y cuando el hecho haya sido cometido públicamente o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa”<sup>197</sup>.

La difamación consiste en la posibilidad de menospreciar o faltar a la consideración de alguien mediante la afirmación de hechos deshonorosos en presencia de un tercero, y, por tanto, desde esta perspectiva, es considerado por la mayoría de la doctrina como un delito de peligro abstracto (“*abstraktes Gefährdungsdelikt*”)<sup>198</sup>; basta con la mera idoneidad del hecho (“*bloÙe Eignung der Tatsache*”)<sup>199</sup>. Existen diferencias sustanciales entre la difamación y la injuria (del art. 185) como para poder afirmar que no estamos ante una simple cualificación o agravación del delito de injurias<sup>200</sup>: a) la difamación tiene por objeto únicamente las afirmaciones de hechos y no los juicios de valor; b) no requiere el resultado del menosprecio sino una manifestación de hechos que

---

<sup>196</sup> Vid., entre otros, OTTO, H.: *Grundkurs* ..., op. cit., p. 118.

<sup>197</sup> § 185 StGB. “*Üble Nachrede. Wer in Beziehung auf einen anderen eine Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft*”.

<sup>198</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., pp. 1395 y 1397; REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, op. cit., p. 32; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 232; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., pp. 382 y 384.

<sup>199</sup> Vid., entre otros, REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 36.

<sup>200</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 1281.



haga posible el desprecio<sup>201</sup>; c) la difamación debe realizarse “en relación con otros” (“*in Beziehung auf einen anderen*”) o “en relación con un tercero” (“*Drittbezug*”), de modo que el ofendido y el receptor de las afirmaciones no deben ser la misma persona<sup>202</sup>.

Además, el art. 186 castiga una modalidad agravada o cualificada de difamación: cuando “se comete públicamente” (“*öffentlich*”; esto es, la mera posibilidad de que llegue a conocimiento de un número mayor de personas de grupos o círculos lejanos a la víctima) o “por medio de la difusión de publicaciones” (“*durch Verbreiten von Schriften*”; aquí el término “difusión” toma el significado del campo de la prensa y de los medios de comunicación)<sup>203</sup>.

En cuanto a la estructura típica del delito de difamación, procedemos primeramente con los requisitos objetivos del tipo. El art. 186 establece tres elementos que atraen nuestra atención. En primer lugar, el tipo penal se refiere al propósito de la acción: “hacer despreciable” (“*verächtlichenmachen*”) o “desprestigiar en la opinión pública” (“*in der öffentlichen Meinung herabwürdigen*”)<sup>204</sup>. Ambas conductas comparten, en última instancia, el intento de limitar o afectar el honor de las personas. Aunque entre ambas modalidades delictivas no existe ninguna diferencia de grado o cualitativa<sup>205</sup>, como se afirma actualmente de forma pacífica, en la doctrina tradicional (FRANK, por ejemplo) se llegó a considerar que “hacer despreciable” suponía una reducción del honor en su vertiente personal o moral, mientras que “desprestigiar” aludía más al componente social del bien jurídico<sup>206</sup>. Únicamente hay una particularidad

---

<sup>201</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 232.

<sup>202</sup> *Vid.*, entre otros, REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, op. cit., p. 39; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 386. “En relación con un tercero” exige, *vid.*, entre otros, RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 10, que el ofendido sea identificado o identificable con seguridad a la luz de las circunstancias y que llegue a conocimiento del tercero la afirmación de hechos deshonorosos para que él la pueda comprender con este significado.

<sup>203</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1401.

<sup>204</sup> Conviene recordar nuevamente que, según la mayoría de la doctrina, no se exige que el intento culmine con éxito porque estamos ante un delito de peligro abstracto.

<sup>205</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 235; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1397; OTTO, H.: *Grundkurs* ..., op. cit., p. 119; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1289.

<sup>206</sup> FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch* ..., op. cit., pp. 426 y 427. Entre los autores contemporáneos solo REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, op. cit., p. 36 parece acoger esta diferenciación, si bien precisa que tal matiz ni es necesario (pues no conlleva ulteriores efectos) ni resulta posible de apreciar en cualquier caso (“*weder nötig, noch oftmals möglich*”)

respecto a la segunda modalidad delictiva: desprestigiar *en la opinión pública*; el matiz de la opinión pública debe ser entendido no como opinión dominante en un círculo pequeño o grupo cerrado, sino que se toma como referente un amplio grupo de la población<sup>207</sup>.

En segundo lugar, las dos conductas que recoge el tipo penal son la afirmación y la difusión:

- a) Afirmar significa presentar un hecho como correcto, conforme la propia convicción o convencimiento, siendo indiferente a estos efectos si tal convencimiento es resultado de una percepción propia o procede de una fuente ajena, si se ha manifestado expresamente o de forma concluyente, o la modalidad lingüística en que ha aparecido, pudiendo presentarse una afirmación oculta bajo la forma de un juicio personal, una sospecha, una conjetura<sup>208</sup>; por el contrario, no hay afirmación cuando se presenta algo como meramente posible con la intención de inducir a los demás a extraer conclusiones desfavorables para la víctima<sup>209</sup>; en definitiva, lo determinante es que el difamador establezca de modo claro la conexión de la víctima con el hecho o que al menos la confirme<sup>210</sup>.
- b) La segunda modalidad consiste en la difusión de un hecho como lo contrario de un conocimiento o una afirmación ajenas<sup>211</sup>; la diferencia con la afirmación es que en este caso el difamador no hace propia la afirmación de los hechos ni entra en la corrección o incorrección de los mismos; esto es, no es preciso que el difamador dé por ciertos los hechos que difunde<sup>212</sup>. Se considera equivalente a una difusión la comunicación de un rumor simplemente como mero rumor (*“Gerücht”*) cuando no haya sido confirmado o sea inverosímil y aun en el caso de que el difamador no esté convencido de su corrección o dudo<sup>213</sup>. Por el contrario, un amplio sector

---

<sup>207</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 7; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1397.

<sup>208</sup> *Vid.*, entre otros, LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1397; REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 37; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 385; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>209</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1398.

<sup>210</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 384.

<sup>211</sup> REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 38.

<sup>212</sup> HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 78; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>213</sup> *Vid.*, entre otros, FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1284; MAIER: *Aktuelles Strafrecht. Für Ausbildung, Prüfung, Praxis*, 6. Lieferung Verlagsgruppe Jüngling.gbb, Karlsfeld, 1998, p. 6.

de la doctrina entiende que no puede asemejarse a una difusión (ni tampoco a una afirmación) la mera creación de una situación comprometida para el ofendido (“*kompromittierende Schalage*”) porque vaciaría de contenido ambos conceptos y no se ajustaría a la consideración del delito de difamación como delito de expresión<sup>214</sup>.

Y finalmente, en lo que respecta a los elementos objetivos del tipo, tanto la afirmación como la difusión deben referirse a hechos (“*Tatsache*”) y no juicios de valor<sup>215</sup>; siguiendo una definición jurisprudencial ampliamente acogida por la doctrina, los hechos son acontecimientos o situaciones, presentes o pasadas, que son percibidos por los sentidos, que forman parte de la realidad y que son evidentes; igualmente, son hechos también otras formulaciones internas, como motivaciones, intenciones o caracterizaciones, que sirven para precisar acontecimientos externos porque a través de ellos el mundo exterior también se manifiesta<sup>216</sup>. Es preciso añadir, por último, que tales hechos afirmados deben ser deshonorosos o difamatorios (“*Ehrenrührigkeit*”), esto es, han de ser hechos que introduzcan un acento negativo, especialmente en el ámbito interno de la autoestima de la víctima, y en este sentido, sólo hechos falsos que sitúan en un nivel negativo o degradan el valor merecido y legítimo de la persona son adecuados para desprestigiarla o desprestigiarla ante la opinión pública<sup>217</sup>.

En cuanto a los elementos subjetivos del tipo, siguiendo el criterio imperante en materia de injurias, no se exige una auténtica intención difamatoria, sino simplemente que el hecho no se demuestre como verdadero y que el difamador sea consciente de que está afirmando o difundiendo un hecho difamatorio de la víctima ante una tercera

---

<sup>214</sup> REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 39; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 386; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 78. En contra OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 119, al considerar que el difamador, situándose detrás de la expresión que ha creado la situación comprometida o comprometedora para la víctima, también está atacando su honor.

<sup>215</sup> *Vid.*, entre otros, RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 4; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1398.

<sup>216</sup> Definición recogida, entre otros, por REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, pp. 32 y 33. A la distinción entre juicios de valor y afirmaciones de hecho ya nos referimos en el estudio del delito de injurias y será nuevamente analizada al abordar el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor regulado en el art. 193 del Código Penal alemán, por lo que estimamos suficientes en este momento las indicaciones realizadas.

<sup>217</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 235; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 384.

persona, lo que queda comprendido bajo la fórmula del dolo eventual<sup>218</sup>. La intención o propósito del difamador no juega ningún papel en la comisión de este delito<sup>219</sup>: no es preciso que el difamador conozca la inveracidad o la indemostrabilidad (“*Nichterweislichkeit*”) de los hechos<sup>220</sup>, ni tampoco recae sobre él la carga de la prueba (“*Beweislast*”), sino que sencillamente es precisa la afirmación o difusión de hechos deshonrosos, dado que esta mera circunstancia ya es adecuada para poner en peligro el bien jurídico honor<sup>221</sup>. En otras palabras: ni la inveracidad ni la indemostrabilidad son elementos del tipo sino condiciones objetivas de punibilidad (“*objektive Bindigung der Strafbarkeit*”)<sup>222</sup>, en una solución que viene a privilegiar el interés del ofendido en su conflicto con el interés del difamador<sup>223</sup>. El difamador será castigado si confiaba en la veracidad del hecho pero durante el subsiguiente proceso no pudo ser probada<sup>224</sup>, del mismo modo que será absuelto aun creyendo subjetivamente en la inveracidad del hecho que difunde, si tras el proceso quedara acreditada la veracidad de sus afirmaciones<sup>225</sup>. Así entendido, se puede afirmar también que la prueba de la verdad del hecho afirmado o difundido es una causa de exclusión de la punibilidad (“*Strafausschließungsgrund*”)<sup>226</sup>.

Si bien es cierto que ésta es la tesis mayoritaria en la doctrina, no debemos omitir que algunos autores sostienen fórmulas distintas desde la consideración de que la tesis dominante que califica la veracidad como condición objetiva de punibilidad es

---

<sup>218</sup> *Vid.*, entre otros, RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 15; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1290.

<sup>219</sup> HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 79.

<sup>220</sup> Así lo estima ampliamente la doctrina: LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1399; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 15; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 79; HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleutung *op. cit.*, p. 202; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1053.

<sup>221</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 387; KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 188; HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleutung *op. cit.*, p. 202.

<sup>222</sup> *Vid.*, entre muchos otros, FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1285; HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleutung ...”, *op. cit.*, p. 202; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 150.

<sup>223</sup> REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, p. 40; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 387.

<sup>224</sup> Por ello dicen WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 150, que el difamador se enfrenta en este caso al riesgo de una búsqueda infructosa de la verdad en el proceso (“*das Risiko einer ergebnislosen Wahrheitserforschung*”) que, resultado de la misma, no le exonere de responsabilidad penal, siendo este supuesto una excepción al principio *in dubio pro reo*, a diferencia de lo que sucedía en el delito de injurias del art. 185. MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 9 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, p. 267, hablan de una “inversión del principio *in dubio pro reo*” (“*Umkehrung des Satzes in dubio pro reo*”).

<sup>225</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 7 Auflage 7, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988, p. 237.

<sup>226</sup> *Vid.*, entre otros, HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1290.

contraria al principio de culpabilidad (“*Schuldprinzip*”) y al principio “*in dubio pro reo*”. Así, teniendo presente que la difamación es un hecho de relevancia penal y no meramente civil es necesario otorgar mayor relevancia a la circunstancia de que el difamador decidió actuar en contra del derecho, por lo que la eventual inveracidad debe desempeñar algún papel. Por ello, alternativa y minoritariamente se ha propuesto también considerar la inveracidad y la indemostrabilidad como elementos del tipo (“*Tatbestandsmerkmal*”)<sup>227</sup>; o, entendiendo que la inveracidad es un elemento típico, FISCHER se inclina por exigir al difamador que sea consciente de la inveracidad de sus declaraciones o, al menos, de que actúa contrariamente al deber de cuidado (“... *wenigstens Sorgfaltspflichtwidrig handelt*”)<sup>228</sup>.

En consonancia con la actitud favorable del derecho alemán con la prueba de la verdad (“*Wahrheitsbeweis*”), este instituto goza de la máxima eficacia en el ámbito de la difamación. La prueba de la verdad tiene lugar cuando la esencia o el contenido central del hecho afirmado o difundido queda demostrado, con independencia de que otros aspectos secundarios hayan resultado falsos<sup>229</sup>; en sentido inverso, el fracaso de la prueba de la verdad demuestra el comportamiento negligente del difamador<sup>230</sup>. Si el objeto de la difamación fuera un hecho punible, en aplicación del art. 190 del Código Penal alemán, “la demostración de la verdad debe tenerse como probada cuando el ofendido sea condenado a causa de este hecho con sentencia ejecutoriada”<sup>231</sup>. La gestión de la prueba de la verdad, esto es, la interpretación de los resultados de la prueba de la verdad depende exclusivamente del convencimiento del Tribunal y no del acusado en la medida en que el art. 186 no le impone la carga de la prueba.

Y, por último, además de la modalidad cualificada de difamación que ya hemos comentado (si se comete públicamente o por medio de divulgaciones), el Código Penal alemán castiga una difamación agravada adicional. El art. 188.1 establece que “si contra

---

<sup>227</sup> Así, REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, *op. cit.*, pp. 38 a 40, y ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, pp. 386 a 388; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 237; BINDING, K.: *Lehrbuch* ..., *op. cit.*, p. 158 y ss.

<sup>228</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1285.

<sup>229</sup> *Vid.*, entre otros, LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1400; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 389; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1054.

<sup>230</sup> *Vid.*, entre otros, ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 389.

<sup>231</sup> § 190 StGB. “*Wahrheitsbeweis durch Strafurteil. Ist die behauptete oder verbreitete Tatsache eine Straftat, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Tat rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist*”.

una persona de la vida política del pueblo se comete un difamación públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§11, inciso 3) por móviles que se relacionen con la posición del ofendido en la vida pública, y si el hecho es apropiado para dificultar considerablemente su actuar público, entonces el castigo será pena privativa de la libertad de tres meses hasta cinco años”<sup>232</sup>. El delito de difamación contra personas de la vida política ha sido concebido como una modalidad cualificada del delito de difamación del art. 186 y desde esa perspectiva debe entenderse como un reforzamiento de la protección del honor (“*verstärkten Ehrenschutz*”) de las personas que participan en la discusión político-pública<sup>233</sup>; no está dirigido, pues, a fortalecer el desempeño de la función o cargo público (“*Amt*”), o la sumo lo estaría indirectamente<sup>234</sup>, sino que el objeto de protección es la propia persona; frente a una eventual ruptura del principio de igualdad que podría imputarse a esta tutela especial del honor de los políticos, cabría oponer como justificación la necesidad de una discusión política abierta y de una sólida confianza en que los políticos desarrollarán sus funciones correctamente<sup>235</sup>; en cualquier caso, se impone una aplicación restrictiva o estricta de este precepto para garantizar que no se conculcará el citado principio en última instancia<sup>236</sup>, so pretexto del loable fin de garantizar una discusión política abierta, seria y serena. Indirectamente y en conexión con lo anterior, se le atribuye también la finalidad de evitar el envenenamiento (“*Vergiftung*”), la polarización (“*Polarisierung*”) o una deriva excesivamente emocional (“*Emotionalisierung*”) del intercambio político-público de ideas<sup>237</sup>.

---

<sup>232</sup> § 188 “*Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens. (1) Wird gegen eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) eine üble Nachrede (§ 186) aus Beweggründen begangen, die mit der Stellung des Beleidigten im öffentlichen Leben zusammenhängen, und ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren*”.

<sup>233</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1403; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1296.

<sup>234</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1287.

<sup>235</sup> REGGE, J.: “§ 188. Üble Nachrede und Verleumdung gegen personen des politischen Lebens”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Stragesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 51.

<sup>236</sup> JOECKS, W.: *Studienkommentar StGB*, 9 Auflage, Verlag C.H. Beck, Münschen, 2010, p. 332.

<sup>237</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1287; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1403. Precisamente en el clima de crispación de la República de Weimar podría fundarse este precepto, como apunta REGGE, J.: “§ 188. Üble Nachrede ..., *op. cit.*, p. 51, en el que fue común la difamación del adversario como medio de lucha. También la jurisprudencia constitucional alemana lo ha declarado: BVerfGE 4, 352 (356).

Advertido esto, un punto de estudio ineludible es la aclaración del concepto de “persona de la vida política del pueblo” (“*eine im politischen Leben des Volkes stehende Person öffentlich*”), como sujeto pasivo especial de este delito. Se considera tal a quien durante un periodo de tiempo determinado se ocupa de asuntos que conciernen al Estado, a la Constitución, a la legislación, a la administración o a las relaciones internacionales y que por razón de la función que desarrolla, participa en la vida política e influye en ella<sup>238</sup>.

Respecto a la estructura típica del delito del art. 188.1, analizaremos únicamente aquellos aspectos que difieren del tipo ordinario de la difamación del art. 186. Así, en el plano de los elementos objetivos del tipo, son de aplicación los requisitos objetivos de cualquier difamación; igualmente, las modalidades de comisión del delito (públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones) coinciden con los previstos para la difamación agravada del art. 186. Como particularidad, debe ser analizada la cláusula “el hecho es apropiado para dificultar considerablemente su actuar público” (“*ist die Tat geeignet, sein öffentliches Wirken erheblich zu erschweren*”). En primer lugar, obstaculizar su actuar público puede interpretarse como un cuestionamiento de su credibilidad y honestidad o disminución de sus posibilidades de influencia<sup>239</sup>. En segundo lugar, la idoneidad del hecho para obstaculizar el proceder público del político dependerá, según una restrictiva interpretación jurisprudencial, del contenido de lo afirmado y de su capacidad abstracta para causar el impacto negativo, sin que sea preciso, sin embargo, que tal efecto negativo se produzca<sup>240</sup>. Esto advertido, algunos autores estiman que de acuerdo con el tenor literal del precepto, que habla de un “hecho adecuado” y no de una “afirmación deshonrosa”, así como en consonancia con los fines de la norma, además del contenido de las afirmaciones deberían considerarse también otros aspectos, como la credibilidad del autor, la amplitud del círculo de recepción de las afirmaciones o las circunstancias de la divulgación<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 188. Üble Nachrede und Verleumdung gegen personen des politischen Lebens”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 1; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1056; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1403.

<sup>239</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1288.

<sup>240</sup> JOECKS, W.: *Studienkommentar* ..., *op. cit.*, p. 332; MAIER: *Aktuelles Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 10; OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 230; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1288.

<sup>241</sup> SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1057; REGGE, J.: “§ 188. Üble Nachrede ..., *op. cit.*, p. 52; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1403.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, aparte de la concurrencia de los requisitos propios de toda difamación conforme al art. 186, la modalidad agravada exige que el autor actúe “por móviles que se relacionen con la posición de la víctima en la vida pública”. Esta es una cláusula que no aparece especificada legalmente; en principio, no debe concretarse en la actuación por móviles políticos o aspiraciones políticas, sino, por ejemplo, buscando los efectos económicos derivados de una mejora de ventas de una revista o un aumento de la cuota de pantalla de un programa televisivo<sup>242</sup>.

#### 2.2.4.3 “*Verleumdung*”

El delito de calumnia aparece previsto en el art. 187 del Código Penal alemán, que reza así: “quien contra su propio saber, afirme o difunda un hecho no verdadero en relación con otro para hacerlo despreciable o para desprestigiarlo ante la opinión pública, o para poner en peligro su credibilidad, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa, y cuando el hecho haya sido cometido públicamente en una reunión o por medio de la divulgación de publicaciones (§ 11 inciso 3), el castigo será pena privativa de la libertad hasta cinco años o multa”<sup>243</sup>.

Se acepta unánimemente por la doctrina que en la estructura típica del delito de calumnia existen, en realidad, dos conductas distintas tipificadas y prohibidas. La primera de ella sería, ciertamente, un ataque contra el honor de la víctima que se produce cuando se afirma o difunde un hecho para hacerle despreciable o desprestigiarla ante la opinión pública; en este sentido, la calumnia representa en sí misma una cualificación del tipo de la difamación cuya diferencia estriba en que la inveracidad de los hechos afirmados o divulgados opera, esta vez sí, como elemento objetivo del tipo, de modo que en caso de no poder apreciarse la inveracidad o haber duda, resulta de

---

<sup>242</sup> SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ....., *op. cit.*, p. 232; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 188. Üble Nachrede ..., *op. cit.*, p. 3; REGGE, J.: “§ 188. Üble Nachrede ..., *op. cit.*, p. 52; MAIER: *Aktuelles Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 82; JOECKS, W.: *Studienkommentar* ..., *op. cit.*, p. 332; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1288; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ....., *op. cit.*, p. 1298.

<sup>243</sup> § 187 *Verleumdung*. *Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen anderen eine unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe und, wenn die Tat öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) begangen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.*



aplicación el art. 186 que castiga por difamación<sup>244</sup>. Sin embargo, el segundo comportamiento proscrito no tendría ya por bien jurídico el honor, sino el crédito o la credibilidad de la víctima<sup>245</sup>; en otras palabras, al consistir en la puesta en peligro de la credibilidad de la víctima (“*Kreditgefährdung*”), estaríamos ante un delito contra el patrimonio (“*Vermögensdelikt*”), en el sentido de que ataca la confianza en la capacidad y la voluntad de compromiso de la víctima en el cumplimiento de sus obligaciones económicas, patrimoniales o pecuniarias<sup>246</sup>. En ambos casos, se sostiene mayoritariamente que estamos ante delitos de peligro abstracto (“*abstrakte Gefährdungsdelikt*”)<sup>247</sup>, si bien algunos autores optan por calificarlos como delitos de peligro abstracto-concreto (potencial) (“*abstrakt-konkrete (potentielle) Gefährdungsdelikt*”).

Más allá del tipo ordinario, siguiendo la estructura del delito de difamación del art. 186, también la calumnia presenta una modalidad agravada, cuando se comete públicamente en una reunión (“*die Tat öffentlich, in einer Versammlung*”) o por medio de la divulgación de publicaciones (“*durch Verbreiten von Schriften*”). Dado que la “divulgación por medio de publicaciones” es un elemento compartido con la difamación agravada y comentado entonces, la única novedad en este caso se refiere al concepto “reunión”, que puede definirse como un amplio grupo de personas unidas espacialmente por un propósito en común<sup>248</sup>.

Respecto a los elementos objetivos del tipo, en relación con la primera variante típica, al igual que en las difamaciones, la conducta sigue consistiendo en la afirmación o difusión a un tercero de hechos relativos al honor de la víctima que pueden hacerle despreciable o desprestigiarla en la opinión pública. El aspecto distintivo es que en la calumnia tales hechos han de ser necesariamente falsos o inveraces, lo que eleva la

---

<sup>244</sup> REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum StGB* (Band 3, §§ 185-262 StGB), Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 46; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 80; JOECKS, W.: *Studienkommentar* ..., op. cit., p. 331.

<sup>245</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 392.

<sup>246</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1402; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 187. Verleumdung”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Dutschland, München, 2006, p. 1; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 1286; OTTO, H.: *Grundkurs* ..., op. cit., p. 193; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 149; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1054; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., op. cit., p. 1293.

<sup>247</sup> KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 193; REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, op. cit., p. 46.

<sup>248</sup> REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, op. cit., p. 49; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 80.

inveracidad a elemento objetivo del tipo (“*Merkmal des objektives Tatbestandes*”)<sup>249</sup>. Será inveraz aquella afirmación que sea falsa en sus aspectos nucleares (“*wesentlichen Punkten/Kern*”), con independencia de la veracidad o falsedad de las cuestiones adyacentes o secundarias<sup>250</sup>. Conviene recordar que en caso de que no se dé por probada la inveracidad, decaerá el delito de calumnia en favor del de difamación del art. 186<sup>251</sup>.

En cuanto a la segunda modalidad típica, el ataque a la credibilidad, el tipo objetivo exige la afirmación de un hecho incierto capaz, susceptible, idóneo o adecuado (“*geeignet*”) de amenazar o poner en peligro el crédito de la víctima, esto es, la confianza en su capacidad de comprometerse y cumplir con sus obligaciones patrimoniales y económicas<sup>252</sup>; en fin, un hecho incierto susceptible de disminuir la confianza en el desempeño económico de la víctima. Esto advertido, no es preciso que el hecho incierto afirmado incida efectivamente y lesione la confianza en el desempeño económico de la víctima, aspecto que corrobora su calificación como delito de peligro abstracto<sup>253</sup>; tampoco es obligado que el hecho afirmado sea deshonroso, difamatorio (“*ehrenrührig*”) o tenga implicaciones negativas en el honor de la víctima, de modo que, por ejemplo, afirmar de alguien que se encuentra en estado de insolvencia no culpable puede colmar las exigencias del tipo penal por cuanto es una declaración idónea para dañar el crédito de la víctima aunque sea neutral o indiferente para su honor personal<sup>254</sup>.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, se entiende que el autor debe actuar contra su mejor saber (“*wider besseres Wissen*”), es decir, teniendo un conocimiento

---

<sup>249</sup> Vid., entre otros, SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1055; KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 193; REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, *op. cit.*, p. 47; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 187. Verleumdung”, *op. cit.*, p. 1; MAIER: *Aktuelles Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 8.

<sup>250</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1402; HAFT, F.: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 80; MAIER: *Aktuelles Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 8/1; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1293.

<sup>251</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 237; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1286.

<sup>252</sup> Vid., por todos, LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1402.

<sup>253</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1402; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 393; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1293.

<sup>254</sup> REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, *op. cit.*, p. 48; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 187. Verleumdung”, *op. cit.*, p. 3. En contra, HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleumdung ..., *op. cit.*, p. 201, considera que los hechos inciertos afirmados han de ser deshonorosos o difamatorios, de conformidad con la concepción del honor con la pretensión de valor que merece una persona en la comunidad, en sus relaciones sociales, profesionales y privadas.

positivo y seguro de lo que hace y de la inveracidad de los hechos que afirma<sup>255</sup>, lo que implica conciencia de la idoneidad de los hechos afirmados para amenazar la credibilidad. Junto a este conocimiento seguro se acepta también la comisión de las calumnias con dolo eventual (“*dolus eventualis*”), esto es, que el autor dé por posible (“*für möglich hält*”) la puesta en peligro del crédito de la víctima<sup>256</sup>. Más allá de estos presupuestos, no se exige ningún propósito difamatorio<sup>257</sup>.

Al margen de la modalidad agravada de calumnia cometida públicamente o por medio de divulgaciones prevista en el mismo art. 187, a la que ya hemos aludido, concluimos el estudio del delito de calumnias con otra variante cualificada, contemplada en el art. 188.2: calumnia dirigida a una persona de la vida política del pueblo<sup>258</sup>. Para su estudio nos remitimos, por una parte, a los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal comentados en relación con el tipo ordinario de la difamación (art. 187), y por otra, a las particularidades propia de esta modalidad delictiva cometida contra persona de la vida político-pública analizadas en relación con la difamación agravada por este mismo motivo, regulada en el art. 188.1 y examinada anteriormente.

#### 2.2.4.4 “*Formalbeleidigung*”

Al estudiar el delito de injurias del art. 185 nos referimos a la figura de la injuria formal, prevista en el art. 192 del Código Penal alemán, que reproducimos nuevamente: “la demostración de la verdad del hecho afirmado o divulgado no excluye el castigo de

---

<sup>255</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1402; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 237; OTTO, H.: *Grundkurs* ..., *op. cit.*, p. 121.

En la doctrina española, se ha propuesto como traducción al castellano de la cláusula “*wider besseres Wissen*”: imputación “de mala fe” o “a sabiendas de su falsedad”. *Vid.*, así, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, p. 57; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36 (Fasc/Mes 1, 1983), p. 132.

<sup>256</sup> Así, REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, *op. cit.*, p. 48; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1257. En contra, descartando la posibilidad de comisión del delito con dolo eventual RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar* ..., *op. cit.*, p. 1, que insiste en la necesidad de un conocimiento seguro de la inveracidad de los hechos.

<sup>257</sup> *Vid.*, entre otros, ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 393

<sup>258</sup> § 188 “*Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens. (2) Eine Verleumdung (§ 187) wird unter den gleichen Voraussetzungen mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft*”.

acuerdo con el § 185 cuando la existencia de un injuria resulta de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”<sup>259</sup>.

El precepto transcrito constituye una excepción destacada en el sistema general de admisión de la prueba de la verdad del derecho alemán, conforme al cual la afirmación o difusión de un hecho difamatorio o deshonroso verdadero o cierto no representa un ataque al honor, en el bien entendido de que el honor es la yuxtaposición del honor personal y el honor social del que dispone la persona en la comunidad y a partir del cual se relaciona con terceros para lograr su reconocimiento. Sería un reconocimiento injusto aquel que se fundara en mentiras o falsedades; sólo es digno de protección el reconocimiento fundado o merecido; del mismo modo que el ordenamiento debe garantizar a las personas la protección del reconocimiento que merecen frente a las mentiras o falsedades, tampoco puede el derecho tolerar que se tutele ese reconocimiento frente a las verdades, aceptando que las verdades nunca ofenden.

Dicho lo anterior, efectivamente hay una excepción legal al régimen comentado la afirmación o difusión de un hecho cierto no punible conforme al art. 185 puede ser injuriosa si así se desprendiera de la forma o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria. En tal caso la injuria sobrevive a pesar de la prueba de la verdad, de ahí la rúbrica del precepto (“*Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises*”). De hecho, quizá fuera más correcto referirnos con la propia rúbrica legal a estos supuestos en lugar del concepto generalizado de “injurias formales”, pues se transmite la idea errónea de que el ataque al honor sólo se revela en la forma, pero no el contenido, lo cual es completamente contradicho tan pronto observamos que en el fondo sigue habiendo también la manifestación de desprecio<sup>260</sup>. Aunque el art. 192 se remita únicamente a los ataques catalogados como injurias conforme al art. 185, lo cierto es que su ámbito objetivo es mayor ya que, en realidad, se incluye cualquier lesión del honor realizada mediante la afirmación o difusión de hechos, extremo que alcanza no sólo a unas clase

---

<sup>259</sup> § 192 StGB. “*Beleidigung trotz Wahrheitsbeweises. Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache schließt die Bestrafung nach § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*”.

<sup>260</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 402.

de injurias del art. 185, sino también a las difamaciones del art. 186 y a las calumnias del art. 187<sup>261</sup>.

Como presupuestos objetivos para apreciar la concurrencia de una injuria formal el artículo 192 cita dos: la forma y las circunstancias:

- a) la injuria formal basada en la *forma*, esto es, la que podríamos llamar injuria formal en sentido estricto es aquella en la que el contenido difamatorio de desprecio ha sido manifestado de un modo especialmente inadecuado o inapropiado<sup>262</sup>; es el caso, por ejemplo, de los insultos, las acusaciones anónimas, las expresiones proferidas en un volumen muy alto o las presentaciones de hechos de forma tendenciosa<sup>263</sup>.
- b) la injuria formal basada en las *circunstancias* es aquella en la que además del contenido deshonroso se añaden al ataque al honor otros elementos o momentos sobrevenidos para apreciar el carácter difamatorio de las expresiones, como el tiempo, el lugar o el contexto<sup>264</sup>. Dentro de esta categoría, existen dos supuestos frecuentes: a) el exceso de publicación o publicación excesiva (“*Publikationsexzess*”), que tiene lugar cuando una información se publica en un medio de comunicación en una forma inadecuada por cuanto pretende aparentar un peso o una importancia de la que la noticia carece por su escaso interés (concediéndole, por ejemplo, un espacio preponderante) y cuya publicación la víctima no tiene que soportar, precisamente, por carecer de relevancia pública<sup>265</sup>;
- b) la “reactualización” (“*Reaktualisierung*”), que se produce cuando un hecho deshonroso se vuelve a presentar transcurrido un tiempo de tal forma que se

---

<sup>261</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1406; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1291; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 192. Beleidigung trotz Wahrheitsbeweise”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 3.

<sup>262</sup> REGGE, J.: “§ 192. Beleidigung trotz Wahrheitsbeweise”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 64.

<sup>263</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 402.

<sup>264</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 402; REGGE, J.: “§ 192. Beleidigung ..., *op. cit.*, p. 64.

<sup>265</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 192. Beleidigung ..., *op. cit.*, p. 4; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1060.

oculta que el asunto ha perdido toda la importancia, precisamente, por ese paso del tiempo<sup>266</sup>.

En cuanto a los requisitos subjetivos, se acepta comúnmente que debe concurrir dolo eventual en el sentido de que el autor se represente que la forma o las circunstancias de la expresión la hacen difamatoria, sin necesidad de mayores propósitos o intenciones injuriosas<sup>267</sup>.

Finalmente, haremos dos puntualizaciones más sobre las injurias formales. En primer lugar, la subsunción de una injuria en el tipo penal del art. 192 sólo puede llevarse a cabo una vez se ha practicado la prueba de la verdad y ésta ha prosperado<sup>268</sup>. Y, por otra parte, en la medida en que la expresión será calificada como injuria formal a pesar de la veracidad del hecho afirmado o difundido, es comprensible que la justificación que podría conceder el art. 193 en atención a la “protección de intereses legítimos” quede descartada<sup>269</sup>.

2.2.4.5 “*Wahrnehmung berechtigter Interessen*”: protección de intereses legítimos, del art. 193 StGB. El difícil equilibrio entre la libertad de expresión y los delitos contra el honor

*“Por encima de todo, el derecho al honor puede ser lesionado por efecto de la libertad de expresión. Por esta razón, se le reconoce en el art. 5.2 de la Ley Fundamental como un derecho que justifica una restricción de la libertad de expresión. Ello no obliga al constituyente a imponer cualquier clase de límite a la libertad de expresión en interés del derecho al honor personal. Antes al contrario, debe tener en consideración los derechos fundamentales restringidos y evitar excesivas limitaciones de la libertad de expresión”<sup>270</sup>.*

---

<sup>266</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 192. Beleidigung ..., *op. cit.*, p. 4; JOECKS, W.: *Studienkommentar ...*, *op. cit.*, p. 334; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 247.

<sup>267</sup> *Vid.*, entre otros, JOECKS, W.: *Studienkommentar ...*, *op. cit.*, p. 334; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1291; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1061. Un sector doctrinal minoritario mantiene un criterio diverso al jurisprudencial y al doctrinal mayoritario, que es el que hemos reproducido arriba, según el cual en las injurias formales debe concurrir un especial ánimo difamatorio en el autor que se refleje en la forma o en las circunstancias de la expresión, dado que, precisamente, la forma y las circunstancias forman parte del tipo objetivo del delito y no revisten el tipo subjetivo. Así lo recoge REGGE, J.: “§ 192. Beleidigung ..., *op. cit.*, pp. 64 y 65.

<sup>268</sup> FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1291.

<sup>269</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 192. Beleidigung ..., *op. cit.*, p. 5; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1320.

<sup>270</sup> BVerGE 93, 266 (291): “*Sie kann vor allem durch Meinungsäußerungen verletzt werden. Deswegen ist sie in Art. 5 Abs. 2 GG ausdrücklich als rechtfertigender Grund für Einschränkungen der*

Esta contundente y aclaratoria declaración del Tribunal Constitucional alemán proporciona el punto de partida en materia de conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, o en términos más genéricos, entre los derechos de la personalidad y las libertades comunicativas. Tales enfrentamientos deben contemplarse desde la pretensión de la plena eficacia del derecho al libre desarrollo de la personalidad por medio de una ponderación (“*balancieren*”) y ajuste (“*justieren*”) que se articula a través de dos instrumentos de creación jurisprudencial ya citados: la teoría del cambio de efectos y la presunción (de prevalencia) de la libertad de expresión<sup>271</sup>.

Desde una perspectiva de derecho positivo, el juego de equilibrios entre la libertad de expresión y el derecho al honor, en particular, y los derechos de la personalidad, en general, se construye sobre la base del art. 193 StGB que bajo la rúbrica “salv guarda de intereses legítimos” (“*Wahrnehmung berechtigter Interessen*”), dispone que “los juicios de reproche sobre obras científicas, artísticas o industriales y expresiones que se hagan para el ejercicio o defensa de derechos o para la salvaguarda de legítimos intereses así como reproches o amonestaciones de un superior contra su subalterno, denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado o casos parecidos, son sólo punibles en la medida en que la existencia de una injuria resulte de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria”<sup>272</sup>. De este modo, el art. 193 StGB da entrada a la libertad de expresión en el ámbito de los delitos contra el honor y constituye, en palabras de RUDOLPHI y ROGAL, una manifestación del derecho a la libertad de expresión constitucionalmente garantizado en el art. 5 de la norma fundamental<sup>273</sup>. El art. 193, en definitiva, viene a asegurar que en la aplicación

---

*Meinungsfreiheit anerkannt. Daraus folgt allerdings nicht, daß der Gesetzgeber die Meinungsfreiheit im Interesse der persönlichen Ehre beliebig beschränken dürfte (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]). Er muß vielmehr auch dann, wenn er von der Ermächtigung des Art. 5 Abs. 2 GG Gebrauch macht, das eingeschränkte Grundrecht im Auge behalten und übermäßige Einengungen der Meinungsfreiheit vermeiden”.*

<sup>271</sup> GÖTTING H-P.: “Inhalt, Zweck und Rechtsnatur des Persönlichkeitsrechts”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, p. 12; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1316; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1296.

<sup>272</sup> § 193 “*Wahrnehmung berechtigter Interessen. Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*”.

<sup>273</sup> OTTO, H.: *Grundkurs ...*, *op. cit.*, p. 122; RUDOLPHI, H-J. y ROGAL, R.: “§ 193. Wahrnehmung berechtigter Interessen”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 3.

de las disposiciones penales de protección del derecho al honor debe ser considerada o puesta en valor la importancia y necesidad de la formación de una opinión pública; o, de otro modo, la interpretación de las disposiciones de protección del honor debe realizarse bajo el influjo o a la luz del derecho fundamental a la libre expresión de opiniones<sup>274</sup>.

La mayor parte de la doctrina cataloga el art. 193 como una causa de justificación (“*Rechtfertigungsgrund*”)<sup>275</sup> en virtud de la cual una acción típicamente injuriosa no resulta punible si concurren las condiciones previstas en el precepto. Algunos autores, representantes de un sector claramente minoritario han preferido calificar el art. 193 como una causa de exclusión de la culpabilidad (“*Schuldausschließungsgrund*”), sin embargo, en contra argumentan MAURACH, SCHROEDER y MAIWALD que no se trata de excluir la responsabilidad por una expresión individual, sino de determinar si se debe afirmar una expresión cierta, es decir, si la expresión, desde la perspectiva del derecho, está permitida; en fin, no es una cuestión de culpabilidad sino de justificación<sup>276</sup>.

El ámbito de aplicación de la causa de justificación de los “intereses legítimos” presenta certezas e incertidumbres. Hay acuerdo sobre la extensión del art. 193 a las expresiones injuriosas comprendidas en el delito de injurias del art. 185 y en el de difamación del art. 186; se discute, por el contrario, su aplicación respecto de las calumnias del art. 187, dado que los fines de la calumnia (hacer despreciable o desprestigiar en la opinión pública) difícilmente pueden considerarse como “intereses legítimos” cobijados por el art. 193, y respecto del art. 189 relativo a la difamación contra el recuerdo de los fallecidos, debido a las dificultades objetivas y subjetivas de clasificar este delito como un ataque contra el *honor*. Por último, quedan excluidas del ámbito objetivo de aplicación de esta justificación, sin oposición alguna, tanto las

---

<sup>274</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz* ..., op. cit., pp. 80 y 80/1.

<sup>275</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, op. cit., p. 1407; RUDOLPHI, H.-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, op. cit., p. 5; REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, op. cit., p. 69; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 164; HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verleumdung ...”, op. cit., pp. 203 y 204; KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 202; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 283; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, op. cit., p. 1061; MAIER: *Aktuelles Strafrecht* ..., op. cit., p. 16; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., op. cit., pp. 84 y 85. Así también se contempla el art. 193 en la doctrina española: vid. CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, p. 57.

<sup>276</sup> MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., op. cit., p. 248. También justifica su rechazo a la consideración del art. 193 como una causa de exclusión de culpabilidad, como en su día ESER propusiera, ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, op. cit., pp. 334 y 335.



injurias consistentes en juicios de valor como las injurias formales del art. 192, así como, por supuesto, cualquier otra conducta delictiva aunque sea contraria a bienes jurídicos individuales o constituya un delito de expresión que no sea un delito contra el honor de la sección decimocuarta del Código Penal alemán<sup>277</sup>. Advertido todo lo anterior, en buena lógica se exige como presupuesto para la aplicación del art. 193 que se cumplan los elementos objetivos y subjetivos de la conducta típica que se pretende justificar en atención a la “salvaguarda de intereses legítimos”, así como que previamente se constate que la prueba de la verdad ha fracasado para después proceder a examinar si corresponde justificar lo afirmado o difundido en atención a los requisitos del art. 193<sup>278</sup>.

Apuntado lo anterior, debemos analizar los casos individuales contemplados por el art. 193 y bajo los cuales cabe apreciar la justificación de una expresión injuriosa en el bien entendido de que se hizo protegiendo intereses legítimos.

El primero de estos supuestos es el de los “juicios de reproche sobre obras científicas, artísticas o industriales” (*“Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen”*); se trata de críticas puramente objetivas que no implican ningún insulto, o juicios fácticos o de valor dirigidos contra el desempeño de la víctima causándole una disminución de su honor; no deben ser consideradas declaraciones difamatorias sino juicios de valor adecuados; así, en el campo científico, tal crítica puede ser la acusación de una utilización descuidada de fuentes; en el artístico, el reproche a un autor de carecer de experiencia o ser un “novato”; y en el aspecto comercial, denunciar la mala fabricación de un producto<sup>279</sup>.

En segundo lugar, las “expresiones que se hagan para la ejecución o defensa de derechos” (*“Ausführung oder Verteidigung von Rechten”*) incluyen todas las acciones

---

<sup>277</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 4; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1320; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1293; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 248; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1408; REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 70.

<sup>278</sup> HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1321; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 5; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1408.

<sup>279</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 5; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1294; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 410; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1321; LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1408.

que preparan o aseguran el cumplimiento de algún derecho o defensa frente a ataques ya activados o que se esperan. Así, se consideran tales las reclamaciones, la presentación de apelaciones o las medidas de protección jurídica; incluso, en algunos casos, el derecho de petición (*“Petitionsrecht”*) también se admite incorporado en esta cláusula<sup>280</sup>.

Igualmente alcanza el art. 193 a los “reproches o amonestaciones de un superior contra sus subalternos” (*“Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen”*), esto es, los juicios que se producen en una relación entre un superior y un subordinado en un contexto público-oficial o privado, siempre y cuando estén fundados en esa relación jerárquica, y prestando especial atención al exceso de tales juicios, que podría reconducirlos al delito de injurias formales del art. 192, quedando privados de justificación<sup>281</sup>. A lo anterior, la cláusula “denuncias oficiales u opiniones por parte de un empleado” (*“dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten”*) añade las explicaciones que ofrecen los funcionarios en el desempeño de sus tareas públicas<sup>282</sup>. Y, finalmente, el art. 193 concluye con una genérica referencia a “casos similares” (*“ähnliche Fälle”*), cláusula general que carece de un significado específico y que engloba supuestos parecidos a los descritos anteriormente en el precepto y que pudieran conllevar una lesión del derecho al honor<sup>283</sup>.

Pero, sin ningún género de dudas, el supuesto más importante que acoge el art. 193 es, precisamente, el que da nombre a la rúbrica del propio precepto: “salvaguarda de intereses legítimos” (*“Wahrnehmung berechtigter Interessen”*). Esta cláusula introduce la obligación de efectuar un equilibrio de intereses, valorando, por una parte, la pretensión de respeto del honor que corresponde a la víctima y, por otra, el interés del autor de los juicios de valor que habitualmente guarda relación con su derecho a la libertad de expresión y de desarrollo. Varios son los elementos que deben ser estudiados en relación con este supuesto:

---

<sup>280</sup> REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 73; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1284; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 1322.

<sup>281</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 418.

<sup>282</sup> *Vid.*, entre otros, HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 87.

<sup>283</sup> REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ... *op. cit.*, p. 77; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 87.

- a) Intereses. La operatividad de la causa de justificación de la “salvuarda de los intereses legítimos” obliga a evaluar si quien injuria posee intereses más altos o elevados que aquel cuyo honor evita ver lesionado. Tales intereses, ciertamente, responden a cuestiones subjetivas, pero con dos limitaciones ya que aun individuales o subjetivos, por una parte, han de ser dignos de protección y promoción a la luz de los valores consagrados por el ordenamiento y, por otra, han de conectar con los intereses de la generalidad (“*Interessen der Allgemeinheit*”) de modo que otros ciudadanos puedan verse reflejados en ellos y los aprecien como merecedores de protección<sup>284</sup>. Deben ser intereses propios (“*eigene Interessen*”) de quien efectúa la declaración, en el sentido de ser preocupaciones personales o tan cercanas que es comprensible que sea partidario de su defensa; igualmente, pueden ser intereses propios indirectos (“*Mittelbare eigene Interessen*”) derivados de la pertenencia del autor a un grupo o círculo más amplio; e incluso puede tratarse de intereses de una generalidad de ciudadanos (“*Allgemeine Interessen*”) unidos por razón de un sentimiento de identidad común religiosa, política o nacional<sup>285</sup>.
- b) El adjetivo “legítimo” (“*berichtig*”) no alude al disfrute de un derecho concreto, sino a una alternativa más general, como legitimidad respecto de ciertos intereses públicos o privados, ideales o posibles, que el ordenamiento reconoce a favor de los ciudadanos y que no son valorados como contrarios al Derecho o a la decencia<sup>286</sup>.
- c) La injuria que deriva del juicio de valor debe representar un medio adecuado y exitoso para proteger o garantizar los intereses legítimos del autor de las declaraciones. La idoneidad (“*Geeignetheit*”) implica que la expresión injuriosa debe ser valorada, desde una perspectiva *ex-ante*, como capaz de proteger los

---

<sup>284</sup> MEURER, D.: “Wahrnehmung berechtigter Interessen und Meinungsfreiheit”, WEIGEND, T. y KÜPPER, G. (Hrsg.): *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, p. 657.

<sup>285</sup> *Vid.*, entre otros, RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, pp. 8 y 9; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 1295.

<sup>286</sup> REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 74; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 8; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 413; MAIER: *Aktuelles Strafrecht ...*, *op. cit.*, p. 17.

intereses y, consiguientemente, de arrojar un resultado beneficioso o favorable<sup>287</sup>. Por el contrario, no es adecuada o idónea la declaración injuriosa de base fáctica incierta o falsa sin haber comprobado la veracidad de su contenido, ya que en este caso no se han cumplido las obligaciones debidas de obtención diligente de información<sup>288</sup>. Y, en segundo lugar, el medio elegido debe ser exitoso para la protección de los intereses legítimos (“*Erforderlichkeit*”), esto es, necesario para alcanzar el fin perseguido, en el sentido de elegir de entre los posibles medios a su alcance, el menos restrictivo<sup>289</sup>.

Un caso específico de protección de intereses legítimos que merece un estudio más detallado es el que se produce en el ámbito de la discusión pública sobre cuestiones de interés o relevancia pública, y, especialmente, en relación con el intercambio político de ideas. En este espinoso contexto debe extremarse el cuidado del aplicador del derecho para lograr el equilibrio más justo entre la protección del honor y el derecho a la libertad de expresión. El equilibrio al que nos referimos en el título del epígrafe se mide, en última instancia, en grados de protección de las expresiones; esto es, en su inmunidad frente a la amenaza de los tipos penales contra el honor. El grado de protección depende del fin de la opinión expresada, siendo más alto el nivel de tutela dispensado a las expresiones que contribuyan a fomentar el debate sobre una cuestión pública (de índole científica, cultural o comercial, como indica el art. 193 StGB) que aquellas expresiones que persigan únicamente intereses privados<sup>290</sup>, siendo más alto el umbral de intervención en el caso de las segundas<sup>291</sup> y siendo más intenso el nivel de protección en el caso de las primeras, a favor de las cuales operaría una presunción de legitimidad o admisibilidad (“*Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede*”<sup>292</sup>), que sería especialmente visible en el marco del debate público y, particularmente, en el de la

---

<sup>287</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 10; REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 75.

<sup>288</sup> SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ..., *op. cit.*, p. 88.

<sup>289</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ..., *op. cit.*, p. 11; HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 88.

<sup>290</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz* ..., *op. cit.*, p. 78/2.

<sup>291</sup> WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “Meinungs- und Pressefreiheit”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, p. 497: “*so ist [...] die Eingriffsschwelle höher als ...*”.

<sup>292</sup> BVerfGE 61, 1 (7): “*Handelt es sich im Einzelfall um einen Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage, dann spricht die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede*”. Así también, BVerfGE 7, 198, 212. Ya hemos comentado anteriormente que tal presunción constituye una aportación jurisprudencial del Tribunal Constitucional alemán desde la sentencia *Lüth* de 1958.

confrontación de ideas políticas, contextos en los que las críticas deben ser aceptadas, aun cuando se hayan formulado de un modo exagerado y polémico<sup>293</sup>, ya que de lo contrario se cerniría una amenaza de estrangulamiento o estrechamiento (“*Verengung*”), o parálisis (“*Lähmung*”) sobre el proceso de formación de opiniones, tal y como tiene establecido el Tribunal Constitucional alemán<sup>294</sup>.

Incluso las críticas difamatorias, “*Schmähkritik*”, gozan de protección constitucional como manifestación más apartada (o como la frontera más lejana - “*äußerte Grenze für die Zulässigkeit*”<sup>295</sup>-) pero aún tangencial de la libertad fundamental a la expresión de opiniones<sup>296</sup>, razón por la que podría sostenerse que en el inestable equilibrio entre la libertad de expresión y el honor personal en cierto modo termina prevaleciendo aquella, limitándose el honor a ser un parámetro para informar la declaración o expresión, pero no para determinar el contenido de la opinión expresada<sup>297</sup>. Siguiendo a HÖHC, el concepto de crítica difamatoria o *Schmähkritik* es “iridiscente” en tanto no es posible alcanzar una definición concluyente, sino que sus rasgos decisivos dependen de la perspectiva que se tome. Esto advertido, para el referido autor se trataría de “aquellas expresiones que valoran una situación o una persona, de un modo que no resulta, en un primer momento, objetivo o crítico (“*nicht sachlich-kritisch*”), sino despectivo y difamatorio” (“*sondern herabwürdigend, mithin schmähend*”); en fin, como sostiene el Alto Tribunal alemán hay crítica difamatoria cuando accede al primer plano el mero ataque degradante o despectivo para la persona<sup>298</sup>. Precisamente, la constitucionalidad de expresiones próximas a la

---

<sup>293</sup> BVerfGE 82, 272 (283): “*Inbesondere muß in der öffentlichen Auseinandersetzung, zumal im politischen Meinungskampf, auch Kritik hingenommen werden, die in überspitzter und polemischer*”.

<sup>294</sup> BVerfGE 82, 272 (283): “*Inbesondere muß in der öffentlichen Auseinandersetzung, zumal im politischen Meinungskampf, auch Kritik hingenommen werden, die in überspitzter und polemischer. Form geäußert wird, weil andernfalls die Gefahr einer Lähmung oder Verengung des Meinungsbildungsprozesses drohte*”; también BVerfGE 12, 113 (125). Así en la doctrina también, LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz ...*, op. cit., p. 78/2. Hasta ese punto la libertad de expresión de opiniones se funde con las informaciones sobre la cuestión pública, que podría decirse que son inseparables, como sostiene STARCK, C.: “Artikel 5”, op. cit., p. 536, “*Der Meinung werden zu deren Bekräftigung häufig Zitate oder Tatsachenmittelung beigelegt. Hierbei lässt sich Meinung i.e.S und Tatsachenmitteilung nicht trennen*”.

<sup>295</sup> KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 223.

<sup>296</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz ...*, op. cit., p. 80/1.

<sup>297</sup> STARCK, C.: “Artikel 5”, op. cit., p. 601.

<sup>298</sup> BVerfGE 82, 43 (51). En la doctrina, vid., entre otros, HÖCH, D.: “Ehrenschutz, Schutz vor Schmähkritik”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, p. 382; así también, KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 224; GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre ...*, op. cit., p. 70. Así, cuando la expresión de opiniones vaya más allá de la crítica difamatoria, de modo tal que el atentado contra el

*Schmätkritik* constituye un fiel ejemplo de la tendencia favorable a conceder espacios crecientes al ejercicio de la libertad de expresión por medio de un lenguaje cada vez más “picante, mordaz o cortante” (“*scharfer*”), en los ámbitos de la política, la economía y en otras esferas sociales (religión, medicina, arte, docencia), velando siempre por el fin último de la formación de la opinión pública libre, elemento fundante del sistema democrático<sup>299</sup>.

En el lado contrario de la balanza observamos que existe una tendencia a dispensar menor protección a la expresión vertida sobre determinadas cuestiones de nulo interés para la formación de la opinión pública o en atención a la forma y circunstancias (temporales, espaciales, personales) en que se han formulado (la injuria meramente gratuita o formal -“*Formalbeleidigung*”-), ya que no todas las expresiones caen bajo el amparo o disfrutan del amparo de la referida libertad fundamental<sup>300</sup>, sino que algunas de ellas son excesivas, esto es, superan la regla del exceso (“*auf dem Grundgedanken des Exzesses*”)<sup>301</sup>. Se encuentran en un punto más allá de la frontera tras la cual no es legítima la expresión proferida<sup>302</sup>. No podemos ignorar, en este sentido, que el art. 5 de la Ley Fundamental “no protege cualquier expresión, sino sólo la expresión de opiniones”<sup>303</sup>. Estas injurias formales o gratuitas son el ejemplo por antonomasia del llamado “*Gegenbegriff*”<sup>304</sup>, es decir, el “contra-concepto” de libertad de expresión, o en otras palabras, lo que bajo ninguna circunstancia puede considerarse como ejercicio de la libertad de expresión ni caer en el ámbito de protección del art. 5 GG<sup>305</sup>. Existen dos plasmaciones del “contra-concepto” de la libertad de expresión, ya mencionadas; en otras palabras, hay dos manifestaciones de las “injurias formales” (“*Formalbeleidigungen*”):

---

honor toma preferencia y ocupa una posición determinante, la protección constitucional del art. 5 ya no surte efecto. *Vid.*, WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “*Meinungs ...*, *op. cit.*, p. 493.

<sup>299</sup> HÖCH, D.: “*Ehrenschtz ...*, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

<sup>300</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz ...*, *op. cit.*, p. 80/1.

<sup>301</sup> KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, *op. cit.*, p. 188: “*Die Formalbeleidigung beruht auf dem Grundgedanken des Exzesses*”.

<sup>302</sup> KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, *op. cit.*, p. 189: “*...das die Formalbeleidigung die äußerste Grenze für die Zulässigkeit einer Äußerung darstellt*”.

<sup>303</sup> GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre ...*, *op. cit.*, p. 64: “*Der Art. 5 I S. 1 GG schützt nicht jede Äußerung, sondern die Meinungsäußerung*”.

<sup>304</sup> HERZOG, R.: “*Artikel 5*”, *op. cit.*, p. 15a (Art. 5). Pero no sólo las injurias formales sino que también las ya mencionadas críticas difamatorias (“*Schmätkritik*”) se incorporan al grupo del “contra-concepto” de libertad de expresión cuando terminan superando los límites constitucionalmente previstos para la libertad de expresión.

<sup>305</sup> Quizá por representar una lesión tan reprochable o repugnante del honor, tan “pura” (“*in reinen Form*”), la doctrina tradicional señalaba que las injurias formales constituían una lesión del honor del ser humano en cuanto tal (“*Menschenehre*”). Así, BALTIN, M.: *Das Rechtsgut ...*, *op. cit.*, p. 19.

- a) la primera en el art. 192 conforme al cual se mantiene el castigo por delito de injurias aun cuando se demuestre la verdad del hecho afirmado o divulgado si “la existencia de la injuria resulta de la forma de la afirmación o divulgación de o de las circunstancias bajo las cuales sucedió ésta”;
- b) y en segundo lugar, en el artículo 193 en cuya virtud permanece el carácter antijurídico de la injuria aunque se haya hecho en ejercicio de un derecho o en salvaguarda de intereses legítimos, cuando el contenido ofensivo de la expresión resulte “de la forma de la declaración o de las circunstancias bajo las cuales sucedió la injuria” (“*aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht*”).

La existencia de las injurias formales evidencia que no existe una libertad de expresión absoluta ni generalmente dominante. Dicho de otro modo y para concluir, *creemos que bajo este complejo statu quo subyace una idea sencilla de entender: no rige en el ordenamiento jurídico alemán la teoría de la posición preferente (“preferred position”) de la libertad de expresión por el mero hecho de su proclamación en el art. 5 de la ley fundamental y por ello no puede afirmarse su prevalencia a priori sobre el derecho al honor, sino que esa eventual preferencia sólo puede decidirse a posteriori, una vez examinadas las circunstancias del caso y tratando de hacer efectiva la presunción (de prevalencia) de la libertad de expresión, sin necesidad de forzarla ni violentarla, ya que el derecho al honor personal también goza de amparo constitucional. En definitiva, el art. 5, que garantiza el proceso de formación de la opinión pública y democrática, no se inspira en la doctrina de la posición preferente de la libertad de expresión<sup>306</sup>, de ascendencia americana.*

En conexión con lo anterior, lo contrario de una aplicación automática, apriorística y acrítica de la presunción de la libertad de expresión sería, siguiendo la misma lógica pero a la inversa, una preferencia igualmente automática del honor sobre la libertad de expresión sólo a la luz de la mención explícita del honor como límite preciso de aquella libertad, de conformidad con el art. 5.II de la Norma Fundamental alemana, de cuyo peligro advierten GOUNALAKIS y RÖSLER; ciertamente no puede excluirse la protección del derecho al honor personal, pero ello no implica necesariamente que tenga un significado tan alto como para prevalecer siempre frente a

---

<sup>306</sup> Vid., también, JESTAED, M.: “Meinungsfreiheit”, ..., *op. cit.*, p. 900.

la libertad de expresión<sup>307</sup>; tan es así que la libertad de expresión, por mor de su valor constitutivo de una sociedad democrática, debe poder ejercerse en toda su extensión, especialmente en el ámbito de los asuntos públicos (“*Öffentlichkeit*”) y con “el límite de la dignidad humana, la crítica difamatoria y las expresiones formalmente injuriosas”<sup>308</sup>, por tratar al ofendido con menos valor del propio de una persona (como un “subhombre”, “*Untermensch*”), en el primer caso, por provocar directamente su difamación cualquiera que sea el tema de debate, en el segundo, y por el valor innecesario y directamente injurioso de las palabras elegidas, en relación con el último de los límites<sup>309</sup>.

El Tribunal Supremo alemán, a fin de valorar la adecuación de una expresión a los cánones de protección del honor personal, ha establecido, como cánones a los que debería sujetarse la actuación del profesional de la comunicación para ser conforme a las normas de su código deontológico<sup>310</sup>, que la libertad de expresión debe retroceder cuando las manifestaciones lleguen a afectar a la dignidad humana (“*Menschenwürde*”). En los casos en los que así sucede, ya no tiene ninguna importancia que la crítica o el juicio de valor sean correctos o verdaderos (“*die Kritik oder Werturteil “richtig” ist*”)<sup>311</sup>, pues se ha afectado la dignidad humana y no debe olvidarse que con la protección de la dignidad se tutela, al mismo tiempo, el honor personal<sup>312</sup>. O dicho de otro modo: en el caso de insultos graves e infundados que afecten al ámbito privado, el honor afirmará su preferencia sobre la libertad de expresión<sup>313</sup>.

Los criterios jurisprudenciales y doctrinales de resolución del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor personal que estamos comentado deben ser revisados tomando en consideración una cuestión que ha estado presente desde que

---

<sup>307</sup> GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre ...*, op. cit., p. 116.

<sup>308</sup> GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre ...*, op. cit., pp. 141 y 142: “... *die grenze der Menschenwürde, der Schmähkritik oder der Formalbeleidigung ...*”.

<sup>309</sup> GOUNALAKIS, G. y RHODE, L.: *Persönlichkeitsschutz im Internet. Grundlagen und Online-Spezifika*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, p. 164.

<sup>310</sup> Sobre la relación entre los derechos de la personalidad y las normas de la profesión periodística, vid. TILLMANS, L.: “*Persönlichkeitsrechts und Pressecodex*”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008, pp. 57 y ss.

<sup>311</sup> LEIBHOLZ/RINCK.: *Grundgesetz ...*, op. cit., pp. 80 y 80/4.

<sup>312</sup> STARCK, C.: “*Artikel 5*”, op. cit., p. 601. Incluso el citado autor va más lejos afirmando que “la protección del honor va más allá de la protección de la dignidad” (“*Ehrenschutz geht weiter als Würdeschutz*”) (*ib.*, p. 601).

<sup>313</sup> GILLEN, C.: *Das Verhältnis ...*, op. cit., p. 42: “... *der Ehrenschutz regelmäßig den Vorrang vor der Meinungsfreiheit beansprucht*”.



comenzamos el examen de los delitos contra el honor en Alemania (y, de hecho, de cualquier ordenamiento jurídico estatal), cual es la distinción entre afirmación de hecho y juicio de valor. Al tiempo que estudiábamos cada uno de las conductas típicas precisábamos diferentes tratamientos legales según el ataque contra el honor se produjera a través de afirmaciones de hecho o juicios de valor, como sucedía en el caso de las injurias del art. 185, e incluso ciertos comportamientos sólo eran típicos cuando adoptaban alguno de los perfiles comentados, como era el caso de las difamaciones del art. 186 y de las calumnias del art. 187, que únicamente pueden presentarse en forma de afirmaciones fácticas.

Los juicios de valor (“*Werturteile*”) consisten en opiniones y están dirigidos a provocar determinados efectos espirituales en el entorno<sup>314</sup>. Sin duda, constituyen la esencia de la libertad de expresión y por este motivo no son necesariamente injuriosos o difamatorios por el mero hecho de ser falsos, pues el concepto de libertad de opinión que garantiza el art. 5 GG no impone que sean opiniones objetivamente verdaderas, sino que también las falsas o insostenibles son tuteladas constitucionalmente<sup>315</sup>. La Corte Constitucional acuñó una célebre fórmula, por nosotros ya citada previamente, al definir el ámbito de extensión del art. 5 GG, en cuya virtud “las opiniones protegidas por la libertad de expresión del art. 5 GG gozan de la protección propia de un derecho fundamental sin importar que (o sin que ello dependa de) sean ciertas o falsas, respondan a fundamentaciones emocionales o racionales, posean valor o carezcan de él”<sup>316</sup>, e, incluso, “sean peligrosas o inofensivas”, ya que la expresión de opiniones está garantizada aunque se haga de un modo afilado, mordaz o hiriente”<sup>317</sup>.

---

<sup>314</sup> Sentando, de este modo, las bases para la formación de la opinión y para el convencimiento del otro. Así, BVerfaGE 61, 1 (7): “*zugleich ist es der Sinn von Meinungsäußerungen, geistige Wirkung auf die Umwelt ausgehen zu lassen, meinungsbildend und überzeugend zu wirken*”.

<sup>315</sup> Así lo proclamó el Tribunal Constitucional en el caso BVerfaGE 33, 1 (14): “Lógicamente existe un límite en la tutela constitucional pues la libertad de expresión del art. 5 GG no despliega protección sobre las afirmaciones objetivas falsas o inciertas, la difusión de noticias groseramente falsas (“*offensichtlich*”; objetivamente u obviamente) o las falsas citas. Así, STARCK, C.: “Artikel 5”, *op. cit.*, p. 537.

<sup>316</sup> BVerfaGE 33, 1 (14): “*Unerheblich ist, ob seine Äußerung "wertvoll" oder "wertlos", "richtig" oder "falsch", emotional oder rational begründet ist*”. En la doctrina alemana, así lo recogen, entre otros, WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “*Meinungs ...*”, *op. cit.*, p. 493.

<sup>317</sup> BVerfaGE 90, 240 (248): “[...] *gefährlich oder harmlos eingeschätzt wird. [...] Eine Meinungsäußerung verliert den grundrechtlichen Schutz nicht dadurch, daß sie scharf oder verletzend formuliert ist*”. No lo dice, pero sin duda el Tribunal Constitucional alemán se inspiró en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Handyside v. United Kingdom*, que ya en 1979 sostuvo que el pluralismo y la tolerancia, pilares de la sociedad democrática, autorizaban las informaciones favorables, pero también las desfavorables, aun cuando éstas fueran hirientes o chocantes.

Frente a los juicios de valor, las afirmaciones de hechos (“*Tatsachenbehauptungen*”) no responden fielmente al corazón de la “libertad de expresión de opiniones” en tanto que se caracterizan porque en ellas la “relación objetiva entre lo expresado y la realidad accede a un primer plano”, de modo que puede someterse “a examen la veracidad de su contenido”<sup>318</sup>. En estas afirmaciones o relatos falta el elemento distintivo de la libre expresión de opiniones: precisamente, la opinión, “*Meinung*”<sup>319</sup>, y, desde esta perspectiva, “las afirmaciones o relatos de hechos no pueden considerarse expresión de opiniones”<sup>320</sup>.

Ello, desde luego, no significa que la libertad de expresión no cobije en su contenido también a las afirmaciones fácticas; ambas forman parte del contenido de la libertad de expresión en tanto constituyen presupuestos para la formación de la opinión<sup>321</sup>; sucede, sin embargo, que la citada libertad de expresión ampara las afirmaciones fácticas con límites: quizá no constituyan su esencia, lo sustantivo, lo primario o lo nuclear, pero caen en el ámbito del art. 5 de la Ley Fundamental, siempre y cuando constituyan presupuestos para la formación de la opinión<sup>322</sup>, así como cuando no contengan informaciones falsas, no ajustadas a la verdad, ya que en tal caso dejan de ser un bien valioso de protección (“*kein schützenswertes Gut*”)<sup>323</sup>; tampoco cuando siendo verdaderas, alcancen lesivamente esferas protegidas del tercero afectado por medio de declaraciones que no respondan a un interés público superior y prevalente; en otras palabras, las afirmaciones de hechos probadamente falsas o falsas en conciencia

---

<sup>318</sup> BVerfGE 90, 241 (247): “[...] steht bei ihnen die objektive Beziehung zwischen der Äußerung und der Realität im Vordergrund. Insofern sind sie auch einer Überprüfung auf ihren Wahrheitsgehalt zugänglich”. En la doctrina recogen esta distinción, entre muchos otros, KRETSCHMER, P.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz ...*, op. cit., pp. 35 y 36; FECHNER, N.: *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsrechtsschutzes für Prominente*, Peter Landg, Frankfurt am Main, 2010, p. 43.

<sup>319</sup> BVerfGE 85, 1(15): “Dabei sind Meinungen im Unterschied zu Tatsachenbehauptungen durch das Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt”. Y es que el concepto o la esencia de la opinión es inherente a la subjetividad de la valoración, hasta tal punto que esa subjetividad constituye el objeto básico de la protección constitucional dispensada por el art. 5 GG. *Vid.*, STARCK, C.: “Artikel 5”, op. cit., pp. 534 y 537.

<sup>320</sup> BVerfGE 90, 241 (247): “Tatsachenbehauptungen sind dagegen im strengen Sinn keine Meinungsäußerungen”. También BVerfGE 85, 1, 15.

<sup>321</sup> GOUNALAKIS, G. y RHODE, L.: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., pp. 156 y 157.

<sup>322</sup> FECHNER, N.: *Wahrung ...*, op. cit., p. 43.

<sup>323</sup> BVerfGE 90, 241 (247). La doctrina sigue idéntica postura. Así, BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II ...*, op. cit., p. 797, sostiene que de la concepción dimanante del Código penal alemán y del régimen jurídico civil de los derechos de la personalidad, se desprende que las afirmaciones fácticas sólo se protegen cuando son verdaderas; también FECHNER, N.: *Wahrung ...*, op. cit., p. 43. En fin, siguiendo a GOUNALAKIS, G. y RHODE, L.: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 163, cuando las afirmaciones no son ciertas, debe predicarse la preferencia de los derechos de la personalidad y, en lo que a nosotros nos interesa, del derecho al honor.

(“*bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen*”) no están amparadas por la libertad de expresión del art. 5 GG, ya que no sirven como presupuesto para la formación de la opinión pública<sup>324</sup>. Y en el punto intermedio de aquellas afirmaciones de hechos cuya veracidad no esté probada, el amparo constitucional no les será inmediatamente retirado, sino que dependerá de las circunstancias específicas del caso, especialmente de la clase de declaración y de la diligencia o cuidado del informador o investigador<sup>325</sup>.

Ahora bien, en determinados casos, la distinción entre las opiniones y los relatos fácticos puede resultar ciertamente difícil cuando se presentan interconectados. En tales supuestos el Tribunal Constitucional alemán ha establecido que sólo se procederá a la separación de ambos componentes cuando tal operación no distorsione el contenido y naturaleza de la expresión<sup>326</sup>; de lo contrario, esto es, cuando sea imposible evitar el efecto “distorsionador”, se optará por considerar incluida la expresión en el ámbito de la libertad de expresión consagrada en el art. 5 de la norma básica, en consonancia con el interés superior de la protección de los derechos fundamentales, en atención a la raíz constitucional de la referida libertad y a fin de evitar la amenaza de una reducción sustancial del derecho fundamental en cuestión<sup>327</sup>.

Por último, antes de terminar con el estudio del art. 193 que reglamenta el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor en el orden penal, debemos indicar los requisitos o presupuesto subjetivos que han de concurrir para aceptar la aplicación de la causa de justificación de la protección de intereses legítimos. Un sector minoritario de la doctrina considera que no debe concurrir ningún requisito subjetivo específico, sino que, siguiendo el criterio general aplicable a toda causa de justificación, basta con que el autor tenga conocimiento de la situación o contexto justificador en que se encuentra y que actúe con conciencia de ello (“*Kenntnis der Rechtfertigungslage*”),

---

<sup>324</sup> BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8): “Für unwahre Tatsachenbehauptungen gilt das nicht in gleicher Weise. Unrichtige Information ist unter dem Blickwinkel der Meinungsfreiheit kein schützenswertes Gut, weil sie der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Aufgabe zutreffender Meinungsbildung nicht dienen kann”. Así también BVerfGE 12, 113 (130). En la doctrina, *vid.*, entre otros, KARPf, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 196; GOUNALAKIS, G. y RHODE, L.: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 163.

<sup>325</sup> WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “Meinungs ...”, op. cit., p. 493: “insbesondere die Art der Darstellung [...] und die Sorgfalt der Recherche...”.

<sup>326</sup> BVerfGE 90, 241 (248).

<sup>327</sup> BVerfGE 61, 1 (9): “[...] weil andernfalls eine wesentliche Verkürzung des Grundrechtsschutzes drohte”. En el mismo sentido, BVerfGE 85, 1 (16): “könnte der grundrechtliche Schutz der Meinungsfreiheit wesentlich verkürzt werden”. *Vid.*, así en la doctrina, WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “Meinungs ...”, op. cit., pp. 494 y 497; BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II ...*, op. cit., p. 796.

es decir, que conozca las circunstancias objetivas bajo las cuales procede a manifestar las expresiones enjuiciadas, dado que la protección de tales intereses no tiene que ser la meta exclusiva (“*allgemeine*”) o final (“*end*”) de la actuación<sup>328</sup>. Que las expresiones se pronuncien para proteger intereses legítimos es presupuesto habilitante, sin ninguna duda, para la aplicación del art. 193, pero la ausencia de tal finalidad no impide que en ciertos casos pueda entenderse aplicable también la circunstancia justificadora, dado que, realmente, lo imprescindible es examinar si específicamente concurren de forma simultánea una expresión injuriosa y un interés legítimo<sup>329</sup>.

Sin embargo, para el sector mayoritario el autor debe actuar con un propósito determinado de protección de intereses legítimos, como se desprende del propio tipo penal cuando dice “para la” (“*zur*”) protección de intereses legítimos<sup>330</sup>; y a la crítica de por qué se alejan de la teoría general de las causas de justificación que exige sólo el conocimiento de las circunstancias, alegan que en esta ocasión es preciso reforzar el elemento personal de la consideración por la que actúa el sujeto, lo cual se logra exigiendo este requisito subjetivo adicional de actuar “para” la protección de intereses legítimos<sup>331</sup>, bajo cuya ausencia podría reprocharse que el autor habría actuado movido por un *animus iniuriandi* que no podría justificar la autorización del comportamiento<sup>332</sup>.

## 2.3 AUSTRIA

### 2.3.1 La libertad de expresión en el sistema constitucional austríaco

La práctica habitual de contextualizar la protección del derecho al honor en el marco más amplio de la libertad de expresión adquiere especial fuerza en el caso del ordenamiento jurídico austríaco. La Ley Constitucional austríaca (“*Bundes-Verfassungsgesetz*”) de 1920 no contiene un catálogo de derechos fundamentales entre

---

<sup>328</sup> LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1418; REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 83.

<sup>329</sup> REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 83.

<sup>330</sup> HAFT, F.: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 88; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht* ..., *op. cit.*, p. 155; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 16; FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 1304.

<sup>331</sup> ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 421.

<sup>332</sup> RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung ...”, *op. cit.*, p. 16. Reflejan ambas posturas sin pronunciarse por cual se decantan JOECKS, W.: *Studienkommentar* ..., *op. cit.*, p. 336; SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt ...”, *op. cit.*, p. 1062.

los que se reconozca el derecho al honor, sino que, a semejanza de otras tradiciones constitucionales, como la estadounidense, la parte del bloque de constitucionalidad relativa a los derechos fundamentales se nutre de diversas incorporaciones legales posteriores, que se han adherido al texto constitucional. Se integran en el bloque de constitucionalidad, por un lado, en virtud del art. 149 de la Ley Constitucional<sup>333</sup>, a través de la “Ley Fundamental del Estado (“*Staatsgrundgesetz*”) de 21 de diciembre de 1867, sobre derechos generales de los ciudadanos”, los derechos proclamados bajo la anterior Constitución monárquica austríaca de 1867<sup>334</sup>, entre los cuales figura “la libertad de expresión del pensamiento mediante la palabra, el escrito, la imprenta o la imagen, dentro de los límites legales”, así como la prohibición de censura de la prensa” (art. 13); y, por otro, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que Austria ratificó en 1958<sup>335</sup> y que fue incorporado a la Ley Constitucional en 1964, cuyo art. 10 consagra, en el primer apartado, la “libertad de expresión” y en el segundo, entre otras justificaciones para la limitación de la citada libertad, “la protección de la reputación y de los derechos ajenos”.

Además de estas dos fuentes privilegiadas, la doctrina y la jurisprudencia austríacas encuentran fundamento jurídico de la libertad de expresión también en el Código Civil austríaco (“*Allgemeines bürgerliche Gesetzbuch*” -en adelante, ABGB-), vigente desde 1812 en el Imperio Austrohúngaro y posteriormente en la República Federal de Austria, cuyo artículo 16 proclama que “todo hombre tiene derechos tanto innatos como derivados de la razón y, por tanto, debe ser tratado como una persona”<sup>336</sup>. Esta proclamación de derechos innatos, origen de la protección de los derechos de la personalidad y que va más allá de una mera declaración programática para convertirse en una norma central del ordenamiento austríaco<sup>337</sup>, es fundamento de la libertad de

---

<sup>333</sup> Artikel 149 (1) Neben diesem Gesetz haben im Sinne des Art. 44 Abs. 1 unter Berücksichtigung der durch dieses Gesetz bedingten Änderungen als Verfassungsgesetze zu gelten: Staatsgesetz vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 142, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (Anm.: Art. 8 aufgehoben durch Art. 8, BGBl. Nr. 684/1988)“.

<sup>334</sup> SCHAMBECK, H.: “Grundwerte und Grundprinzipien im Verfassungsrecht der Nachkriegszeit” (“Valores y Principios Fundamentales en el Derecho Constitucional de la Postguerra”, traducción de ZAFRA, J.), *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 28 (1993), pp. 261, 264 y 265.

<sup>335</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=&CL=ENG> (en línea a 22/10/2013).

<sup>336</sup> § 16 ABGB *Angeborne Rechte. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.*

<sup>337</sup> BRANDSTETTER/SCHMID: *Kommentar zum Mediengesetz*, 2 Auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1999, p. 46.

expresión<sup>338</sup>. Existe, finalmente, una cuarta fuente de reconocimiento en el ordenamiento constitucional austríaco de la mencionada libertad, cual es el “Tratado Internacional sobre el restablecimiento de una Austria independiente y democrática” de 1955, suscrito por las potencias aliadas y Austria para la vuelta al orden constitucional tras la invasión nazi y la II Guerra Mundial, y cuyo art. 6, bajo la rúbrica “Derechos Humanos” (“*Menschenrechte*”), reconoce a todas las personas de ciudadanía austríaca la “libertad de expresión del pensamiento, de prensa y de publicación”.

Sin duda, de las cuatro vías de entrada de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional de Austria, la más importante por cuanto viene acompañada de una amplia y consolidada jurisprudencia interpretativa es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicado por el Tribunal de Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo<sup>339</sup>. En sus decisiones, la Corte Europea evidencia la situación de especial equilibrio que debe gobernar la relación entre la libertad de expresión y la reputación. Así, en la decisión *Falter Zeitschriften GmbH v. Austria*, de 2007, el Tribunal Europeo especificó los cauces por los que debe transcurrir la coexistencia de estos dos intereses dignos de protección:

- a) la prensa juega un papel fundamental en una sociedad democrática en tanto que transmite información e ideas sobre asuntos de interés público<sup>340</sup>;
- b) igualmente, la libertad de expresión constituye un elemento esencial de toda sociedad democrática como condición para el progreso colectivo y para el desarrollo individual; ella tiene por objeto informaciones e ideas favorablemente recibidas o inofensivas, pero también aquellas que pueden resultar chocantes, sorprendentes, exageradas o, incluso, perturbadoras, pues así lo impone una sociedad abierta, pluralista y tolerante<sup>341</sup>;

---

<sup>338</sup> KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Massenmedien in Österreich”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, p. 24.

<sup>339</sup> Por ejemplo, RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorbemerkungen zu den §§ 111-117”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3. Band)*, 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p.4, cita el Convenio Europeo como primera fuente de reconocimiento del derecho al honor en el ordenamiento austríaco.

<sup>340</sup> STEDH *Falter Zeitschriften GmbH v. Austria*, de 22 de febrero de 2007, parágrafo 23.

<sup>341</sup> STEDH *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria*, de 25 de enero de 2007, parágrafo 26; STEDH *Falter Zeitschriften GmbH v. Austria*, de 22 de febrero de 2007, parágrafo 23; STEDH *Arbeiter v. Austria*, de 25 de enero de 2007, parágrafo 26.

c) tanto la libertad de prensa como la libertad de expresión gozan de un amplio espacio de ejercicio en el terreno de las cuestiones de interés público<sup>342</sup>, sin perjuicio de la sujeción a ciertos límites, como la reputación y los derechos ajenos, que deben ser aplicados estricta y convincentemente como consecuencia de una situación de “necesidad social imperiosa” (“*pressing social need*”) basada en razones relevantes y suficientes y que justifique la restricción de las citadas libertades por interferencias proporcionadas<sup>343</sup>.

El Convenio Europeo consagra la libertad de la prensa y la libertad de expresión como libertades fundamentales y en tanto dicho Convenio constituye el catálogo de derechos y libertades fundamentales más importante en el ordenamiento constitucional de Austria, resulta innegable que la relación de fuerzas tenderá a favorecer a la libertad de expresión sobre el derecho al honor o a la reputación, tal y como se desprende del texto del Convenio mismo y es incorporada en el orden austríaco. Frente al reconocimiento explícito de la libertad de la prensa y la libertad de expresión como derechos fundamentales, el derecho al honor alcanza “solamente” la categoría de componente de los derechos de la personalidad y, como tal, límite al ejercicio de tales libertades.

Esa posición privilegiada de la libertad de expresión a la que venimos refiriéndonos, en coherencia con su amplio y concluyente reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Ley Fundamental del Estado, se proyecta, en última instancia, en una concepción omnicomprendiva de la que resulta la libertad de expresión, en palabras de BERKA, como “aquella libertad que se extiende a toda forma y acto con contenido comunicativo significativo de los que surge la persona como ser social, el sistema de comunicación social e, incluso, la propia sociedad”<sup>344</sup>. A través del ejercicio y despliegue de esta libertad emerge un “orden comunicativo libre constitucionalmente garantizado” (“*verfassungsrechtlich gewährleistete freiheitliche Kommunikationsordnung*”) abierto a la participación de todos los titulares de derechos

---

<sup>342</sup> STEDH *Arbeiter v. Austria*, de 25 de enero de 2007, parágrafo 25.

<sup>343</sup> STEDH *Falter Zeitschriften GmbH v. Austria*, de 22 de febrero de 2007, parágrafo 23; STEDH *Nikowitz and Verlagsgruppe News GmbH v. Austria*, de 22 de febrero de 2007, párrafos 21 a 23; STEDH *Ferihumer v. Austria*, de 1 de febrero de 2007, parágrafo 24. En la doctrina también así, entre otros, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz. Praxiskommentar. Mit den neuesten Entwicklungen im Internetrecht*, Orac, Wien, 2002, p. 61.

<sup>344</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, *op. cit.*, p. 117.

fundamentales<sup>345</sup> (y que evoca el “modelo de la comunicación constitucional”, establecido por el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia). Añade BERKA que en este orden, sin embargo, no está constitucionalmente protegido cualquier acto de ejercicio de derechos fundamentales. Antes al contrario, no se trata de un orden neutro de valores, sino que se basa en el ejercicio responsable de la libertad, desde una perspectiva moral, racional y social, enmarcado en el respeto a la ley y a los intereses jurídicos superiores, y encaminado a fines valiosos, de modo que las formas abusivas de ejercicio de la libertad de expresión son valoradas negativamente por el Estado que posee legitimidad para rechazarlas, aplacarlas y expulsarlas<sup>346</sup>. No tienen cabida, consiguientemente, en el “orden comunicativo libre constitucionalmente garantizado” los ataques calumniosos contra terceros, o la mentira, o la traición de los secretos de Estado o la exteriorización violenta de las opiniones propias<sup>347</sup>. En fin, *la clave de bóveda del orden comunicativo es la libertad de expresión, pero no toda manifestación de esta libertad goza de amparo constitucional pues existen ciertos límites situados en los contornos de este orden comunicativo, que deben ser respetados*, y entre ellos, en lo que a nosotros se refiere, se encuentran los *derechos de la personalidad*.

A partir de esta base, puede aceptarse la reglamentación de la tutela jurídica de los derechos de la personalidad y, particularmente, del derecho al honor, en los distintos órdenes jurisdiccionales, sin perder nunca de vista que, en última instancia, se trata de restricciones e interferencias en la libertad de expresión y, consiguientemente, sólo son admisibles en tanto resulten necesarias en una sociedad democrática<sup>348</sup>, para promover la máxima eficacia del orden comunicativo libre. Ello implica que no puede alegarse sistemáticamente una vulneración de los derechos de la personalidad, especialmente cuando lo que ha acontecido no es sino un sano, aunque quizá mordaz o agudo, ejercicio de la crítica. Lo anterior evidencia que la protección de la libertad de expresión y la protección del honor serán siempre correlativas, esto es, dependientes la una de la otra ya que ambas están conectadas como vasos comunicantes (“*kommunizierende Gefäße*”): cuanto más liberal sea la postura en relación con la manifestación de la opinión crítica,

---

<sup>345</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, op. cit., p. 118.

<sup>346</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, op. cit., p. 119.

<sup>347</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, op. cit., p. 119.

<sup>348</sup> SWOBODA, E.: *Das Recht der Presse. Handbuch für die Praxis*, 2 Auflage, Verlag Medien und Recht, Wien, 1999, p. 42.



más limitada será la protección del honor<sup>349</sup>. En última instancia conviene recordar que este equilibrio debe estar gobernado por una idea, incluso, podríamos decir, por un ideal: toda sociedad democrática necesita libertad de expresión y “necesita la crítica”; el acierto en la tarea de conjugar el equilibrio entre la libertad de expresión y la crítica, por un lado, y los derechos de la personalidad y el honor, por otro, “reflejará la concepción de democracia de una determinada sociedad”<sup>350</sup>, como un termómetro o un espejo. En fin, una sociedad democrática necesita espacio para respirar.

El punto de partida para la protección de los derechos de la personalidad será el mencionado art. 16 del Código Civil que reconoce a los ciudadanos austríacos los “derechos innatos”; de esta forma, el art. 16 ABGB del que ya dijimos que representaba la norma referente en materia de protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, se convierte también en una *cláusula general de la que emana el reconocimiento jurídico y positivo de todos y cada uno de los derechos de la personalidad* (“*einer generalklauselartigen Verbürgung die persönlichkeitsrechts umfassend positiv-rechtlich anerkannt und gesichert*”)<sup>351</sup>.

Hay tres sectores del ordenamiento estatal donde se ha disciplinado la protección del derecho al honor: a) el Código Civil, que prevé la protección del honor, considerado en virtud del art. 16 ABGB como un derecho innato del hombre, en el art. 1330.1<sup>352</sup>; b) la Ley de Derecho de Autor (“*Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte*”) y la Ley de los Medios (“*Mediengesetz*”), que hacen lo propio en el art. 78 y en el art. 6, respectivamente; c) el Código Penal (“*Strafgesetzbuch*”) en el que los delitos contra el honor se hallan tipificados en los arts. 111 a 117, sección decimocuarta de la Parte especial, y a cuyo estudio dedicaremos las siguientes páginas. La convivencia de estas regulaciones sectoriales arroja un marco complicado en el que el legislador y el aplicador del derecho se ven compelidos a realizar las operaciones de ponderación y

---

349 SWOBODA, E.: *Das Recht ...*, op. cit., p. 44.

350 LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20. Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 14; insisten también en cómo la crítica no es sino ejercicio de la libertad de expresión, básica en todo sistema democrático, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. et al.: *Mediengesetz ...*, op. cit., p. 61.

351 *Id.*, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. et al.: *Mediengesetz ...*, op. cit., p. 62; HOLOUBEK, M., KASSAI K. y TRAIMER, M.: *Grundzüge des Rechts der Massenmedien*, 4. Auflage, SpringerWienNewYork, Wien, 2010, p. 144.

352 KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz ...”, op. cit., pp. 8 y 9.

equilibrio (“*Balanceakt*”)<sup>353</sup> de los intereses en juego: libertad de expresión y libertad de prensa vs. honor. Siendo cierto lo anterior y aún cuando estas regulaciones constituyen vías plenamente válidas como alternativas para la protección del honor (con sus particularidades, ya que en cada una el objeto de protección no responde a una misma concepción del bien jurídico honor), no lo es menos que la más exitosa ha sido tradicionalmente y sigue siendo en el sistema judicial de Austria la penal, a diferencia de lo que sucede en el derecho comparado, donde la ventaja de la flexibilidad convierte a la vía civil en la preferida por los ciudadanos para perseguir los ataques contra el honor<sup>354</sup>.

### 2.3.2 El bien jurídico “*Ehre*”

Existe alguna certeza en torno al debate sobre el bien jurídico honor en la doctrina austríaca. Sin cuestionar la calidad de las investigaciones, debe apuntarse que no existe una discusión muy intensa entre los autores sobre el concepto de este bien jurídico, como así lo acredita la escasez de monografías sobre la cuestión. Tal realidad contrasta con la abundancia de corrientes doctrinales, matices y *polémicas* que existen en la doctrina penalista de referencia, la alemana, prácticamente hermana de la austríaca por cuestiones culturales, históricas y geográficas<sup>355</sup>. La cercanía y respeto por la autoridad intelectual de las formulaciones de los autores alemanes entre los austríacos se pone de manifiesto en la frecuencia con que estos segundos recurren en sus comentarios a los trabajos de OTTO, MAURACH, RUDOLPHI, HIRSCH, o a la reputada obra colectiva de SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, entre otros. Observaremos más adelante que en este punto existe una similitud entre el modelo germano-austríaco y el francés-belga en tanto que la doctrina belga tiene como referente a la francesa de un modo similar a cómo la austríaca contempla a la alemana.

---

<sup>353</sup> SWOBODA, E.: *Das Recht ...*, op. cit., p. 44.

<sup>354</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit und Persönlichkeitschutz*, Springer-Verlag, Wien, 1982, p. 221.

<sup>355</sup> Esta impresión nos surge a nosotros, que estudiamos la protección jurídico-penal del honor desde la perspectiva del derecho comparado, pero también a los propios estudiosos de la materia en Austria. Por ello ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen des Medienstrafrechts*, Orac, Wien, 1992, p. 1, no tiene problema en afirmar que estos asuntos han encontrado poco eco (“*hat die Diskussion [...] wenig Widerhall gefunden*”) en la doctrina austríaca.

Si pasamos al estudio de la cuestión, se admite sin discusión que el honor es un bien jurídico de la más alta importancia para la persona (“*höchstpersönliches Gut*”)<sup>356</sup> y que debe recibir protección absoluta<sup>357</sup>, aunque cuando ello pudiera parecer poco coherente con el secundario nivel de reconocimiento con que cuenta en las disposiciones protectoras de derechos fundamentales del orden constitucional austríaco; apuntemos de nuevo que no es más que un límite a la libertad de expresión, auténtica libertad fundamental, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y uno de los derechos innatos a cuya protección dedica el Código Civil un precepto.

Posiblemente el autor cuya formulación sobre el concepto del bien jurídico honor ha concitado más apoyos en la doctrina austríaca sea KIENAPFEL. Defensor de la teoría normativa clásica, eleva a objeto de protección el valor correspondiente a cada persona por razón de su condición humana, pretendiendo así concentrar la atención jurídico-penal sobre un concepto normativo-objetivo y alejándola de elementos subjetivos<sup>358</sup>. Así, el honor sería el irrenunciable, en tanto que derivado de la dignidad humana, derecho a un trato digno (“*achtungsvolle Behandlung*”) y respetuoso por parte de los demás, en atención al valor social, personal y moral del individuo, con independencia de su edad, posición social, sexo o ganancias<sup>359</sup>. A partir de aquí, la determinación del carácter injurioso de una acción dependerá del cumplimiento de los deberes sociales y morales de la persona, con un nivel de exigencia correspondiente al de cualquier “hombre de nuestra tierra y de nuestro tiempo”, esto es, en coherencia con los valores comúnmente aceptados en un lugar y en un momento dados; en definitiva, tomando como referente la sensibilidad social media (“*Durschnittsempfinden*”)<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 664; LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, op. cit., p. 3.

<sup>357</sup> Vid., por todos, ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz. Kreditschädigung und Ehrenbeleidigung-Anschwärzung- Bildnisschutz- Medienrecht. Handbuch für die Praxis*, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1998, p. 2; ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen des Medienstrafrechts*, Orac, Wien, 1992, p. 1.

<sup>358</sup> Así KIENAPFEL, D.: *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil (Band I. Delikte gegen Personenwerte)*, 4 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 309, dice gráficamente que “se trata del honor objetivo y no del subjetivo, del sentimiento de honor” (“*Dabei geht es stets um die objektive Ehre, nicht um die subjektive, das Ehrgefühl*”).

<sup>359</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 309.

<sup>360</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 309.

Como señalamos anteriormente, son numerosos los autores que suscriben el concepto normativo de KIENAPFEL en la doctrina. Así, ZEILER<sup>361</sup>, RAMI<sup>362</sup> y SWOBODA<sup>363</sup> prácticamente lo hacen en términos literales.

Siguiendo a KIENAPFEL puede afirmarse que la orientación tendente a la no protección jurídico-penal del honor subjetivo o sentimiento de honor es la dominante en la doctrina<sup>364</sup> y la que impregna la regulación positiva. Así, para KOZIOL y WARZILEK el honor sería el derecho irrenunciable, legítimo y surgido de la dignidad humana que corresponde a toda persona, a un trato digno por parte de los demás, adecuado al juicio medio o prototípico que la comunidad jurídica tiene de cada uno<sup>365</sup>. De modo parecido, LEUKAUF y STEININGER ponen el énfasis en la vertiente objetiva como dimensión jurídica protegida del honor, entendida como la estima y el respeto de que goza una persona a los ojos de quienes le rodean en su entorno más próximo y relevante, aunque al propio tiempo admiten la existencia de una vertiente subjetiva del honor como la propia estima de esa persona<sup>366</sup>. La única forma para considerar que el legislador penal presta atención a una eventual de la autoestima es entender que toda lesión del honor en su sentido objetivo comporta indirectamente una lesión de la vertiente subjetiva<sup>367</sup>. En este punto, subyace en la doctrina austríaca, como también sucedía en la alemana, la preocupación por no conceder tutela y amparo judicial a la protección de una falsa o inmerecida buena reputación. Ante tal situación, se pregunta ZÖCHBAUER cómo y quién determina cuándo una reputación buena o mala es merecida y concluye sujetando tal juicio o consideración a las nociones dominantes del orden social (“*gesellschaftliche Wertordnung*”)<sup>368</sup>, lo que convierte el honor en un valor *relativo*, dependiente de cada hombre; en otras palabras, la habitual calificación del honor como pretensión de respeto debería afinarse más señalando que

---

<sup>361</sup> ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz...*, op. cit., p. 2.

<sup>362</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorbemerkungen ...”, op. cit., p. 5.

<sup>363</sup> SWOBODA, E.: *Das Recht ...*, op. cit., p. 43.

<sup>364</sup> *Vid.*, entre otros, ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 6; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 309; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch. StGB samt ausgewählten Nebengesetzen*, 10 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010, p. 362; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 664.

<sup>365</sup> KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz ...”, op. cit., pp. 7 y 8. De manera sucinta parecen suscribir estos planteamientos BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz. ...*, op. cit., p. 61, si bien es cierto que BERKA, en otro trabajo individual que a continuación analizaremos, formula sus propias tesis con más matices.

<sup>366</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 664.

<sup>367</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 2.

<sup>368</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 3.

es, en primer lugar, la pretensión de respeto que, en segundo lugar, corresponde o sigue a *un hombre*<sup>369</sup>, con lo que sólo puede lesionarse el honor de las personas honorables (“*Ehrenträger*”)<sup>370</sup>; sólo puede el honor ser vulnerado e influido por las consideraciones del propio portador o titular, de modo que no puede hablarse de lesión del honor de una persona a la que se atribuyen cualidades o comportamientos negativos cuando tal persona tiene justa conciencia de su valor y del trato digno que debe merecer; y llegados a este punto, concluye ZÖCHBAUER que tal planteamiento es compatible con el axioma de que “las verdades no pueden ser injurias”, tan típicamente alemán y ahora también austríaco. El honor sería, finalmente, un resultado individual, un producto “*autocontrolable*”, “*autoimpuesto*” o “*autocreado*” (“*selbst steuerbar*”)<sup>371</sup>.

OZBERGER, por su parte, se separa de las teorías tradicionales y postula una fórmula distinta que no puede ser encuadrada en ninguna categoría exclusiva y que ni siquiera él mismo define con arreglo a las terminologías tradicionales; se trataría de una teoría puramente mixta, no en el sentido de tomar elementos de las concepciones fácticas y de las normativas construyendo una tesis normativo-fáctica, sino que ofrece soluciones variadas desde la consideración de que el bien jurídico protegido es diferente según los preceptos. En primer lugar, este autor rechaza las teorías ofrecidas hasta la fecha, tanto las fácticas (así las fácticas de carácter sociológico porque conducirían a la tutela de reputaciones inmerecidas y se avienen mal con la defensa inquebrantable de la máxima eficacia de la prueba de la verdad en el derecho germano-austríaco, como las fácticas de carácter psicológico ya que no atienden a la visibilidad - “*Wahrnehmbarkeit*”- o importancia que tienen los terceros, la comunidad, en la configuración de los delitos contra el honor<sup>372</sup>) como las normativas (y dentro de estas, tanto las normativas de base personalista por emplear un concepto de honor

---

<sup>369</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 3

<sup>370</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 4: “... *die Ehre als achtungswürdigkeit könne nur vom Ehrenträger selbst verletzt werden*”.

<sup>371</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 4. Sin entrar en detalles en esta propuesta doctrinal, creemos que en su intento por amoldarse a dos máximas del derecho germano-austríaco, a saber, que el Derecho Penal no puede proteger la buena reputación inmerecida, así como que las verdades nunca ofenden, ZÖCHBAUER termina construyendo un concepto excesivamente personalista del honor, tanto casi que podría conectarse con el concepto fáctico de base subjetiva/personalista/psicológica del honor, tesis históricamente rechazada y abandonada, y que se aleja del concepto normativo que el autor dice defender. En lo que sí estamos de acuerdo es que se trata de un concepto relativo de honor; demasiado relativo a nuestro juicio.

<sup>372</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz und Medienstrafrecht*, 2. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 1997, pp. 20 y 21.

excesivamente indeterminado, como las normativas de base social en tanto que sujetan el honor de una persona a criterios de mera utilidad social<sup>373</sup>).

Por las razones antes expuestas, OZBERGER concluye que tan sólo existe un concepto genérico de honor (“*Oberbegriff*”) que da cobertura a todos los delitos contra el honor, pero más allá de ese concepto debe admitirse que cada precepto concreto viene a tutelar concreciones específicas (“*spezifische Ausprägungen*”) del primero y más amplio<sup>374</sup>: a) el art. 111 StGB vendría a proteger la buena reputación que puede ser desacreditada con falsas afirmaciones; b) el art. 113 StGB aseguraría el éxito de la resocialización del condenado (“*Absicherung des Resozialisierungserfolges*”), así como la lucha contra el delito (“*Verbrechensbekämpfung*”) y por ello castiga a quien acusa a otro de un delito cuya pena ya ha cumplido o cuyo cumplimiento ha sido suspendido; c) el art. 115 StGB tutelaría el sentimiento de honor individual que es lesionado ante un tercero o ante la opinión pública<sup>375</sup>.

LAMBAUER apoya el consenso general sobre la no protección de la vertiente subjetiva del honor concebida como el sentimiento del propio honor; sin embargo, disiente parcialmente sobre la total protección de la dimensión objetiva entendida como la consideración y el respeto de un hombre en sociedad, ya que entiende que también este aspecto debe relativizarse pues el Derecho Penal no debe aspirar a proteger una buena reputación inmerecida<sup>376</sup>. Sobre estas mimbres, propone un concepto normativo del honor como el derecho y la pretensión de todo hombre a un trato completamente digno y respetuoso (“*achtungsvolle Behandlung*”) <sup>377</sup>. Advertido lo anterior, nos parece sorprendente, incluso contradictorio, que acoja bajo un concepto normativo de honor como el propuesto las tesis de OZBERGER, quien, recordemos, rechazaba las concepciones normativas y proponía distintos objetos de protección para cada delito contra el honor previsto en el Código. A diferencia de este último, LAMBAUER sí dice apoyar un concepto normativo único de honor y de ahí nuestra incompreensión. Sea como fuere, lo cierto es que también sostiene que el art. 111 protege la buena reputación

---

<sup>373</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., p. 22.

<sup>374</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., p. 23.

<sup>375</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., pp. 23 a 27.

<sup>376</sup> LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, op. cit., p. 4.

<sup>377</sup> LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, op. cit., p. 4.

(merecida), que el art. 115 castiga la lesión pública del sentimiento de honor y que el art. 113 persigue la resocialización del condenado<sup>378</sup>.

Y finalmente, nos referiremos a BERKA, quien también se separa parcialmente de la línea dominante en la doctrina austríaca, defensora como ha quedado reflejado de un concepto normativo puro, si bien debe reconocerse que trabaja sobre conceptos ya formulados anteriormente por los autores alemanes defensores de una variante de las concepciones normativas y que nos resultan familiares: el *reconocimiento* y la *relación del individuo con los otros*. El honor es la legítima pretensión de respeto fundada en la dignidad, derivada del valor moral y social individual y que protege a la persona frente a los desprecios inmerecidos por parte de terceros. Garantizado este respeto, la persona dispone de la oportunidad de presentarse en sociedad para que su valor sea *reconocido* y para ganar y mantener una identidad y consistencia sociales<sup>379</sup>.

### 2.3.3 Sujetos pasivos

Que el honor es un bien jurídico que corresponde a las personas físicas no suscita ninguna duda; por la misma razón, las personas individualmente consideradas están legitimadas para accionar en defensa de su honor<sup>380</sup>. Las dudas sobre la capacidad de los niños y de las personas mentalmente enfermas (o dementes -“*Geistesranke*”-) para conocer el contenido injurioso de las afirmaciones contra ellas dirigidas y, por tanto, ser eventuales sujetos pasivos de los delitos contra el honor, como todavía sorprendentemente cuestiona en casos señalados OLZBERGER<sup>381</sup>, son resueltas con naturalidad por la doctrina afirmando que tanto los niños como las personas mentalmente enfermas poseen en plenitud el derecho al honor y, consiguientemente, pueden sufrir cualesquiera de los atentados contra el honor previstos en el Código Penal.

---

<sup>378</sup> LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>379</sup> BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>380</sup> *Vid.*, entre otros, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz...*, *op. cit.*, p. 68; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen gegen die Ehre”, BERTEL, C. y SCHWAIGHOFER, K. (Hrsg.): *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168e StGB)*, 11 Auflage, SpringerWienNewYork, 2010, Wien, p. 136; HAGER/ZÖCHABUER: *Persönlichkeitsschutz im Strafrecht und Medienrecht*, 4 Auflage, Verlag Medien und Recht, Wien, 2000, p. 6.

<sup>381</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, *op. cit.*, pp. 34 a 38.

El problema se plantea, por el contrario, cuando la injuria alcanza a las colectividades. Desde el Derecho Civil se sostiene ampliamente que las personas jurídicas y las colectividades disfrutan del derecho al honor. Así lo ha confirmado el Tribunal Supremo (“*Oberster Gerichtshof*”) sobre la base del Código Civil austríaco, cuyo art. 26 declara que las “personas jurídicas o entidades autorizadas (“*erlaubte Gesselschafte*”) tienen los mismos derechos que las personas individuales”<sup>382</sup>. Sin embargo, en el orden penal tal opción se rechaza mayoritariamente. En consonancia con el carácter personalista del honor, la doctrina niega toda posibilidad de castigar una injuria colectiva y acepta, a lo sumo, que si la injuria se refiere a un grupo pequeño y accesible de personas, entonces deberá apostarse por la persecución individual de cada ataque difamatorio, en el bien entendido de que por ser reducido el grupo, la injuria contra él dirigida afecta a todos sus miembros, que están legitimados a interponer la reclamación individual<sup>383</sup> y en este punto se habla de un vínculo de “recognoscibilidad” (“*Erkennbarkeit*”)<sup>384</sup>; de lo contrario, cuando el ataque se dirige contra un grupo especialmente amplio e indeterminado (funcionarios, mujeres, homosexuales), resulta necesario para accionar la concreta, efectiva y acreditable lesión del honor de algún miembro individual<sup>385</sup>. El art. 116 del Código Penal que castiga las injurias públicas contra los órganos constitucionales, contra el ejército federal o contra una autoridad<sup>386</sup>,

---

<sup>382</sup> § 26 ABGB *Die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft unter sich werden durch den Vertrag oder Zweck, und die besonders für dieselben bestehenden Vorschriften bestimmt. Im Verhältnisse gegen Andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. Unerlaubte Gesellschaften haben als solche keine Rechte, weder gegen die Mitglieder, noch gegen Andere, und sie sind unfähig, Rechte zu erwerben. Unerlaubte Gesellschaften sind aber diejenigen, welche durch die politischen Gesetze ins besondere verbotten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten.* En la doctrina también se acepta comúnmente, *vid.*, entre otros, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz ...*, op. cit., p. 63; HOLOUBEK, M., KASSAI K. y TRAIMER, M.: *Grundzüge des Rechts der Massenmedien*, 4 Auflage, SpringerWienNewYork, Wien, 2010, p. 148.

<sup>383</sup> SWOBODA, E.: *Das Recht ...*, op. cit., p. 53; BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz ...*, op. cit., p. 69; RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorbemerkungen ...”, op. cit., p. 6.

<sup>384</sup> FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 362; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 666.

<sup>385</sup> BRANDSTETTER/SCHMID: *Kommentar zum Mediengesetz*, 2 auflage, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1999, p. 68.

<sup>386</sup> § 116 StGB *Öffentliche Beleidigung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, des Bundesheeres oder einer Behörde. Handlungen nach dem § 111 oder dem § 115 sind auch strafbar, wenn sie gegen den Nationalrat, den Bundesrat, die Bundesversammlung oder einen Landtag, gegen das Bundesheer, eine selbständige Abteilung des Bundesheeres oder gegen eine Behörde gerichtet sind und öffentlich begangen werden. Die Bestimmungen der §§ 111 Abs. 3, 112 und 114 gelten auch für solche strafbare Handlungen.*

Si atendemos conjuntamente al tenor literal del precepto y a la interpretación jurisprudencial, encuentran cobijo en el art. 116 StGB el Parlamento, el Senado, el Ejército Federal y sus unidades (divisiones, batallones, brigadas, regimientos, compañías militares), los órganos de la República Federal, de los Estados Federados y de las Comunidades, así como las más altas autoridades del Gobierno Federal y de los Estados Federados. *Vid.*, OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., p. 44.



constituye simplemente una excepción (“*Ausnahme*”)<sup>387</sup> o regla especial (“*Sonderregel*”)<sup>388</sup> que no destruye la regla general de la titularidad individual del bien jurídico-penal honor; en otras palabras, las colectividades, asociaciones o entidades sólo gozarán de protección de su honor cuando la ley reconozca expresamente esta ficción<sup>389</sup>; tan es así que de la atribución *ex lege* de honor a los órganos constitucionales, el ejército federal o y las autoridades que lleva a cabo el art. 116 de manera excepcional, se deduce que las demás instituciones, colectividades o personas jurídicas de derecho privado no son portadoras de honor<sup>390</sup>. En conclusión, las personas jurídicas no gozan de protección del honor en sentido jurídico-penal<sup>391</sup>. Merece subrayarse, por la contundencia de estas afirmaciones y el sentir prácticamente unánime con que se defienden, la posición de la doctrina penalista austríaca en contra de la titularidad de honor por las personas jurídicas y las colectividades, realmente única desde la perspectiva del derecho comparado.

Es cierto, no obstante, que no es ésta una posición completamente compartida aunque sí mayoritaria; algún autor defiende que las personas jurídicas pueden sufrir también reducciones de su honor y de su reputación económica cuando el ataque al honor de las personas físicas que las componen termina elevándose, trasciende a los miembros individuales y se convierte en una amenaza contra la reputación comercial de la propia persona jurídica<sup>392</sup>.

---

<sup>387</sup> KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz ...”, *op. cit.*, p. 12; RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorbemerkungen ...”, *op. cit.*, p. 6; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, p. 153; BRANDSTETTER/SCHMID: *Kommentar* ..., *op. cit.*, p. 66.

<sup>388</sup> OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz* ..., *op. cit.*, pp. 28 y 44.

<sup>389</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., *op. cit.*, p. 665.

<sup>390</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, p. 324

<sup>391</sup> *Vid.*, por todos, BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz* ..., *op. cit.*, p. 69. “*Juristische Personen genießen keinen strafrechtlichen Ehrenschutz*”; también así HOLOUBEK, M., KASSAI K. y TRAIMER, M.: *Grundzüge* ..., *op. cit.*, p. 148; OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz* ..., *op. cit.*, p. 44; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, p. 136.

<sup>392</sup> ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz* ..., *op. cit.*, p. 8. Sin embargo, aun en estos casos, no parece una defensa muy convincente de la titularidad del honor por personas jurídicas por cuanto el genuino ataque al honor se ha producido contra alguna de las personas individuales que componen la persona jurídica, de forma que cuando el ataque es examinado desde la perspectiva de la empresa, tomará la forma de una lesión de la reputación o del desempeño económico de la empresa, noción que ya no es coincidente con el honor propiamente dicho.

Este autor mantiene, por el contrario, la opinión dominante en cuanto a las injurias dirigidas contra un grupo lo suficientemente pequeño y accesible como para entender que son los miembros del grupo los verdaderamente afectados por las declaraciones ofensivas (ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz* ..., *op. cit.*, pp. 8 y 9).

Brilla el consenso en el debate en torno a la titularidad del derecho al honor por los fallecidos. La protección jurídico-penal del honor no puede extenderse a los muertos, ya que la reclamación de tutela del honor es personalísima (“*höchstpersönliche Ansprüche*”) y no podría sobrevivir a la muerte; en fin, no existe protección *postmortem* de los derechos de la personalidad<sup>393</sup>. Debe señalarse, advertido lo anterior, que la situación cambió radicalmente con una ley de 2009 que suprimió el apartado 5 del art. 117 StGB conforme al cual sí podía entenderse, como ficción jurídica (“*gesetzlicher Fiktion*”), que en nombre de los fallecidos podían sus descendientes reclamar la protección del honor de aquellos<sup>394</sup>.

### 2.3.4 Delitos contra el honor

Los delitos contra el honor se contienen en la sección decimocuarta del Código Penal austríaco (“*Strafbare Handlungen gegen die Ehre*”). Las conductas típicamente atentatorias contra el honor son la difamación (§ 111 StGB: “*Üble Nachrede*”), el reproche de una acción penal (o delito) ya enjuiciada (§ 113 StGB: “*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”) y la injuria (§ 115 StGB: “*Beleidigung*”), que también puede presentarse en la modalidad de injuria pública contra los órganos constitucionales, el ejército federal y las autoridades (“§ 116 StGB: “*Öffentliche Beleidigung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, des Bundesheeres oder einer Behörde*”). Junto a los comportamientos delictivos, el Código Penal regula, así mismo, otras figuras importantes aplicables a los delitos mencionados: la prueba de la verdad y la prueba de la buena fe en el § 112 (“*Wahrheitsbeweis und Beweis des guten Glaubens*”) y la justificación del comportamiento para quien actúa en ejercicio de un derecho u obligado por circunstancias especiales, del § 114 (“*Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände*”). Finalmente, el § 117 concluye con la regulación de cuestiones de legitimación para la persecución de los delitos contra el honor (“*Berechtigung zur Anklage*”).

---

<sup>393</sup> Vid., BERKA, W., HÖHNE, T., NOLL, A. J. *et al.*: *Mediengesetz ...*, op. cit., p. 67.

<sup>394</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 324; BRANDSTETTER/SCHMID: *Kommentar ...*, op. cit., p. 67; LAMBAUER, H.: “Vorbem §§ 111 ff”, op. cit., p. 8; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 665.

Con mayor detenimiento estudiaba los problemas interpretativos a que daba lugar la redacción del tipo legal del art. 117.5 StGB, antes de ser derogado, OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, op. cit., pp. 38 a 41.

#### 2.3.4.1 “*Üble Nachrede*”

El delito de difamación previsto en el art. 111 StGB aparece definido con el siguiente tenor literal: “quien acusa a otro ante un tercero de un modo perceptible de una cualidad o actitud despectiva o de una conducta deshonrosa o de un comportamiento contrario a las buenas costumbres, siendo ello adecuado para hacerlo despreciable o desprestigiarlo ante la opinión pública, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o multa”<sup>395</sup>.

El precepto transcrito contempla la realización del delito de difamación a través de diversas modalidades que colman igualmente las exigencias del tipo objetivo. Todas ellas son referencias suficientemente amplias y dinámicas (“*dynamische Verweisungen*”) como para conceder libertad de apreciación al aplicador del derecho a la hora de subsumir una conducta concreta en el tipo penal, tarea que deberá realizar atendiendo a las consideraciones sociales dominantes en tanto que lo que actualmente puede entenderse por conducta deshonrosa o contraria a las buenas costumbres es sustancialmente distinto a lo que se entendía por tal un siglo atrás<sup>396</sup>. Los comportamientos mencionados en el tipo penal pueden agruparse en dos categorías, de ahí que se haya dicho que el delito de difamación es un delito mixto (“*Mischdelikt*”) <sup>397</sup> o presenta un tipo penal alternativo (“*alternativer Mischtatbestand*”) <sup>398</sup>. Por un lado, la

---

<sup>395</sup> § 111 StGB. *Üble Nachrede*. Wer einen anderen in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung zeihet oder eines unehrenhaften Verhaltens oder eines gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens beschuldigt, das geeignet ist, ihn in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

La tarea de traducción al castellano del término “*Gesinnung*” es compleja. Se trata de un elemento subjetivo que alude a una posición valorativa. Nosotros hemos apostado por *actitud* (interna o espiritual). ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 116 (2012), pp. 48 y ss, al estudiar la proyección de los sentimientos en el Derecho penal desde la perspectiva del autor, la acción y el bien jurídico protegido, traduce “*Gesinnung*”, siguiendo a la doctrina alemana, como *actitud interna, espiritual o contextura moral del individuo*. Como “actitud interna” ha sido traducido, por ejemplo, del manual de ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D.-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, Madrid, 2008, pp. 314 a 316.

<sup>396</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. *Üble Nachrede* § 111”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Band), 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 8.

<sup>397</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 4.

<sup>398</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 330; LAMBAUER, H.: “*Üble Nachrede* § 111”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20. Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 4; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 368.

imputación de caracteres reprochables (“*Charaktervorwurf*”) entre los que se incluirían las cualidades o actitudes despectivas; conforme a una aproximación negativa, podría decirse que se trata de la imputación de cualidades personales que no contienen o no se refieren a un hecho concreto, sino que son, en el sentido más amplio del término, injurias (“*Schmähung*”) <sup>399</sup>. Y, por otro, la acusación de comportamientos reprochables (“*Verhaltensvorwurf*”) tales como las conductas deshonorosas y los comportamientos contrarios a las buenas costumbres <sup>400</sup>: “deshonroso” es aquello que se opone a la noción de lo moralmente correcto, mientras que “contrario a las buenas costumbres” es aquel comportamiento mediocre o malo desde la perspectiva de la decencia, el decoro o las buenas maneras (“*Anstand*”) y que cualquier hombre razonable repudiaría <sup>401</sup>; dicho esto, han de ser reproches dotados de un mayor grado de concreción o substanciación (“*Substantiierung des Verwurfes*”); en otras palabras, debe ser un reproche reconocible, determinado e identificable y no meramente hipotético <sup>402</sup>, admitiéndose, entre otros, el adulterio, la prostitución, la mentira, los comportamientos delictivos, actividades sexuales fuera de lo normal y otros, según interpretación jurisprudencial <sup>403</sup>.

Para realizar tales acusaciones el difamador sólo puede valerse de afirmaciones fácticas, pues así se deriva de una lectura conjunta de los apartados 1º y 3º del art. 111 StGB; es la única consecuencia posible si tenemos presente que el difamador quedará libre de pena si las afirmaciones fueran verdaderas y que la veracidad sólo puede ser probada respecto de las afirmaciones fácticas y no de los juicios de valor que, por su propia esencia, no pueden someterse a la prueba de la verdad <sup>404</sup>. Por la misma razón de la necesidad de una base fáctica, se asemeja a una afirmación fáctica la mera

---

<sup>399</sup> Vid., entre otros, ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., pp. 330 y 331; RAMI, M.: “§§ 111-117. Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 9; LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, op. cit., pp. 4 y 5; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., p. 138.

<sup>400</sup> Vid., entre otros, HOLOUBEK, M., KASSAI K. y TRAIMER, M.: *Grundzüge ...*, op. cit., p. 145; KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz ...”, op. cit., p. 9; HAGER/ZÖCHBAUER: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 7; ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 72.

<sup>401</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 332; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 670.

<sup>402</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 362; LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 6.

<sup>403</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 10; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., p. 138.

<sup>404</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 8; ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 12 En un sentido totalmente opuesto, BERKA, W.: *Medienfreiheit ...*, op. cit., p. 220, defiende que el tipo objetivo del art. 111 no excluye la posibilidad de una difamación por medio de juicios de valor, ya que a diferencia de la regulación penal anterior que se refería expresamente a las afirmaciones fácticas, la legislación vigente sólo habla en el art. 111.3 de “afirmaciones” (“*Behauptung*”) dejando abierta la posibilidad de los juicios de valor difamatorios.

transmisión de una sospecha, hipótesis o suposición (“*Verdacht*”), cuando ésta se sostiene sobre una base fáctica suficiente (“*Tatsachensubstrat*”) que le dota de confianza y credibilidad frente a terceros<sup>405</sup>.

El tenor literal del precepto introduce lo que la doctrina ha calificado como “requisito de publicidad” (“*Pluzitätserfordernis*”)<sup>406</sup>, cuando exige que la conducta difamatoria tenga lugar (al menos) “ante un tercero” (“*in einer für einen Dritten*”) y “de modo perceptible” (“*wahrnehmbaren Weise*”); por el contrario, que las expresiones difamatorias se efectúen en presencia de la víctima, no es ni necesario ni una condición bastante<sup>407</sup>. “Ante un tercero” es el requisito mínimo para que pueda apreciarse un delito de difamación, por ello se habla de la mínima o mera perceptibilidad (“*bloÙe Wahrnehmbarkeit*”)<sup>408</sup>; pero tal requisito no debe entenderse literalmente como la efectiva percepción por un tercero, sino que es suficiente con que a la vista de las circunstancias, pudiera entenderse como perceptible por el tercero, aunque éste, finalmente, no llegara a escuchar las expresiones difamatorias o a entenderlas, circunstancia que pone de manifiesto el carácter de peligro abstracto de este delito (“*abstraktes Gefährungsdelikt*”)<sup>409</sup>. En cualquier caso, cuando dicho comportamiento toma la forma de un delito cometido a través de los medios de comunicación (“*Mediendelikt*”), ya sea mediante un trabajo impreso, en la radio o por cualquier otro medio por el que sea accesible al público en general, entrará en aplicación la modalidad agravada del delito de difamación prevista en el apartado segundo de este mismo precepto (art. 111.2 StGB)<sup>410</sup>.

Cualesquiera de las acusaciones deshonrosas que prevé el tipo penal del art. 111 deben ser objetivamente adecuadas (“*objektiv geeignet*”) para desprestigiar o despreciar

---

<sup>405</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 4; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., p. 138.

<sup>406</sup> HAGER/ZÖCHABUER: *Persönlichkeitsschutz* ..., op. cit., p. 7.

<sup>407</sup> Vid., entre otros, FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 364.

<sup>408</sup> KIENAPFEL, D.: *GrundriÙ* ..., op. cit., p. 333.

<sup>409</sup> Vid., entre otros, LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 10; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., pp. 139 y 140; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., pp. 671 y 672.

<sup>410</sup> § 111 StGB *Üble Nachrede*. (2) *Wer die Tat in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise begeht, wodurch die üble Nachrede einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.* Para una definición exacta y legal de lo que deba entenderse por “trabajo impreso”, “radio” u otros conceptos del ámbito de los medios de comunicación, debe acudir a la Ley de los Medios de Comunicación (“*Mediengesetz*”), que en sus primeros artículos define estos términos.

a la víctima en la opinión pública. Tal exigencia se compone de dos elementos. Por una parte, la idoneidad o capacidad abstracta de la acusación de desprestigiar a la víctima, esto es, el mero hecho de que la acusación comporte la posibilidad de desprestigiar, circunstancia que refuerza la consideración del delito de difamación como un delito de peligro abstracto<sup>411</sup>. Y por otra, la finalidad de la conducta: se entiende por hacer despreciable (“*verächtlich zu machen*”) reducir el valor moral que la persona tiene de sí misma, y por desprestigiar (“*herabzusetzen*”) situar a alguien como lo opuesto a las exigencias de comportamiento conforme a las que las tareas u obligaciones de la vida le recomiendan conducirse y guiarse<sup>412</sup>.

Desde la perspectiva de los elementos subjetivos del tipo, es suficiente con señalar que no se precisa ningún propósito injurioso en la actuación del difamador (como sí exigía la regulación penal derogada); es, consiguientemente, un delito de dolo general (“*Vorsatzdelikt*”) en el que basta con que el autor comprenda, como un profano en la materia, que sus afirmaciones pueden causar lesión del honor ajeno, que poseen un carácter difamatorio y que se ajustan moderadamente al tipo penal (“*tatbestandmässig*”), lo que incluye la conciencia del ofensor de que profiere las difamaciones de un modo perceptible para terceros (conocimiento que con más razón se exige en el tipo penal de la difamación agravada del art. 111.2 StGB)<sup>413</sup>.

El tercer apartado del art. 111 StGB dispone que “el autor no será castigado si se demuestran ciertas sus afirmaciones”; añade que el supuesto del primer apartado (delito de difamación en su modalidad ordinaria) “tampoco será castigado si se demuestra que las circunstancias arrojaron suficientes motivos para tener por ciertas las afirmaciones”<sup>414</sup>. A su vez, el art. 111.3 StGB debe interpretarse conjuntamente con el precepto siguiente, art. 112 StGB, que establece que “la prueba de la verdad y la prueba

---

<sup>411</sup> Vid., entre otros, FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, op. cit., p. 363; RAMI, M.: “§§ 111-117. Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 8; HAGER/ZÖCHABUER: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 7; ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz ...*, op. cit., p. 72. A lo sumo podría admitirse, como advierte LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 3, aunque también él se decanta por la calificación de delito de peligro abstracto, que estuviéramos ante un delito de peligro potencial (“*potentielles Gefährungsdelikt*”) en tanto la perceptibilidad de las expresiones difamatorias se halla estrechamente vinculada con la causación final del peligro.

<sup>412</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 670.

<sup>413</sup> LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, op. cit., p. 11.

<sup>414</sup> § 111 Üble Nachrede (3) Der Täter ist nicht zu bestrafen, wenn die Behauptung als wahr erwiesen wird. Im Fall des Abs. 1 ist der Täter auch dann nicht zu bestrafen, wenn Umstände erwiesen werden, aus denen sich für den Täter hinreichende Gründe ergeben haben, die Behauptung für wahr zu halten.

de la buena fe sólo se admitirán cuando el autor se ha basado en la exactitud de las afirmaciones o en su buena fe”; aunque, a continuación, fija un límite: “no se permitirá la prueba de la verdad ni la prueba de la buena fe respecto de los hechos relativos a la vida privada o familiar ni a los hechos delictivos perseguibles a instancia de parte”<sup>415</sup>.

Los preceptos transcritos regulan el importante instituto de la prueba de la verdad (“*Wahrheitsbeweis*”) y su modalidad hermana, la prueba de la buena fe (“*Beweis des guten Glaubens*”), aplicables al delito de difamación, pero no al de injurias (art. 115 StGB) ni al de reproches de comisión de delitos (art. 113 StGB)<sup>416</sup>; igualmente, queda exceptuada de la aplicación de la prueba de la buena fe la modalidad agravada o cualificada del delito de difamación, *ex* art. 111.3 StGB, segunda frase.

En el debate sobre su naturaleza jurídica (“*Rechtsnatur*”), la doctrina mayoritaria concibe la prueba de la verdad como una condición objetiva de la punibilidad (“*objektive Bedingung der Strafbarkeit*”) <sup>417</sup> o una condición objetiva de exclusión de la punibilidad (“*sachliche Strafausschließungsgrund*”) <sup>418</sup>, categorización que se aviene bien con la consideración de que la falsedad de las expresiones difamatorias no forma parte del tipo penal, no es un elemento del tipo; en otras palabras, la falsedad o veracidad de las acusaciones es irrelevante a los efectos del tipo y, por lo mismo, el autor no tiene porqué conocer la veracidad de sus afirmaciones<sup>419</sup>. La prueba de la verdad se erige, así, en una cuestión independiente de la voluntad o de los conocimientos del autor y, en este sentido, se puede hablar de una causa “objetiva” de

---

<sup>415</sup> § 112 *Wahrheitsbeweis und Beweis des guten Glaubens. Der Wahrheitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens sind nur aufzunehmen, wenn sich der Täter auf die Richtigkeit der Behauptung oder auf seinen guten Glauben beruft. Über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und über strafbare Handlungen, die nur auf Verlangen eines Dritten verfolgt werden, sind der Wahrheitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens nicht zuzulassen.*

<sup>416</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 678; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 338. Veremos más adelante que para el delito de reproche de acciones penales ya enjuiciadas existe otra vía de exculpación parcial, prevista en el art. 114.2 StGB, que viene a cubrir el vacío dejado por la inaplicación de la prueba de la verdad del art. 111.3 StGB que ahora comentamos.

<sup>417</sup> Así, KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 339.

<sup>418</sup> LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis und Beweis des guten Glaubens § 112”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, pp. 2 y 3; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis und Beweis des guten Glaubens § 112”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3. Band)*, 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, pp. 12 y 13; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 675.

<sup>419</sup> *Vid.*, entre otros, LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 2; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 13.

exclusión de la punibilidad. No obstante, estas diversas denominaciones no son incompatibles pues, sencillamente, representan las dos caras de una misma moneda que dependen únicamente de la posición inicial desde la que se contemple la problemática<sup>420</sup>. En ambos casos, la eficacia y funcionamiento de la prueba de la verdad y de la buena fe responden a la siguiente máxima expresada por ZÖCHBAUER: “la condenación de quien injuria implica, al mismo tiempo, la rehabilitación moral del injuriado, y a la inversa, la absolución de quien injuria conduce a la condenación moral del injuriado”<sup>421</sup>. Por la misma razón, el fracaso de la prueba de la verdad juega “en perjuicio del autor y a favor de la protección del honor”<sup>422</sup>. Y, finalmente y siguiendo idéntica secuencia lógica, quien quisiera difundir un hecho incierto, pero resultare más tarde la verdad del mismo, quedaría exonerado de castigo<sup>423</sup>.

La prueba de la verdad se considerara acreditada cuando se demuestra que el núcleo fundamental de la afirmación era verdadero (“*tragende Kern*”), es decir, la esencia del contenido informativo (“*wesentlich Auslagegehalt*”), sin necesidad de que se pruebe cada aspecto individual<sup>424</sup>.

Por lo que a la prueba de la buena fe se refiere, ésta ni excluye la tipicidad del comportamiento con arreglo al tipo penal del art. 111 ni constituye una causa de justificación, sino que es más bien una causa personal de exclusión de la punibilidad (“*persönliche Strafausschließungsgrund*”)<sup>425</sup>, por oposición a la prueba de la verdad, que era una causa objetiva de exclusión de la punibilidad, como antes apuntamos; con la referencia o el énfasis en el adjetivo “personal” se pretende subrayar la vinculación con la culpabilidad del autor, de ahí que hayan concebido algunos penalistas la prueba de la buena fe como causa de exclusión de la culpabilidad (“*Entschuldigungsgrund*”)<sup>426</sup>; lo anterior explica también que en el caso de la prueba de la buena fe, a diferencia de la prueba de la verdad, el autor sí debe creer subjetivamente en la veracidad de sus

---

<sup>420</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 339.

<sup>421</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 15.

<sup>422</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 338.

<sup>423</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 13.

<sup>424</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 674; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 340; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 14; LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 3.

<sup>425</sup> LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 2; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., p. 143; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 675.

<sup>426</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 342; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, op. cit., p. 15.



afirmaciones y ha de tenerlas por ciertas<sup>427</sup>. La prueba de la buena fe se entiende cumplida cuando el autor acredita que transmitió la información confiando subjetivamente en su veracidad y que sus creencias podían sustentarse objetivamente en los hechos<sup>428</sup>. De este modo, la prueba de la buena fe puede operar como remedio de última instancia a favor del autor que quedaría, de este modo, libre de pena aun habiéndose acreditado la falsedad objetiva del contenido difamatorio que difundió<sup>429</sup>.

La limitación del campo de actuación de la prueba de la verdad y la prueba de la buena fe respecto de los hechos de la vida privada y familiar, así como de los comportamientos delictivos, conocido como “prohibición de la prueba de ciertas cuestiones” (“*Beweisthemenvorbot*”)<sup>430</sup>, contenida en la segunda frase del art. 111.2, responde, por una parte, al interés de tutela de un bien jurídico distinto del honor: el ámbito personalísimo de la vida privada y familiar, esto es, aquello que queda fuera del ámbito profesional y de público conocimiento, así como lo que sucede dentro de la familia (cuestiones privadas sobre asuntos de salud o sexo)<sup>431</sup>, en el bien entendido de que aún cuando los reproches formulados sean ciertos, nadie puede continuar propagando información relativa a los asuntos más personales de la vida de una persona, con independencia de que las afirmaciones fueran verdaderas o falsas<sup>432</sup>; es, en fin, una protección frente a la indiscreción (“*Indiskretionenschutz*”)<sup>433</sup>; y, por otro, al deseo de garantizar y mantener intacta la discrecionalidad de quien ha sufrido un delito privado para decidir si insta o no su persecución<sup>434</sup>. Por su propia naturaleza indemostrable, los juicios de valor tampoco pueden someterse a la prueba de la verdad, restricción que no

---

<sup>427</sup> LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 6; ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>428</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, *op. cit.*, p. 675; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 15; LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 6. A esa confianza subjetiva se refiere KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 342, como “la fuerza del convencimiento intersubjetivo” (“*intersubjektive Überzeugungskraft*”).

<sup>429</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, p. 142.

<sup>430</sup> *Vid.*, entre muchos otros, KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, pp. 341 y 343.

<sup>431</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 17; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 367; LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 4.

<sup>432</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, p. 142; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 341.

<sup>433</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, *op. cit.*, p. 18.

<sup>434</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, *op. cit.*, p. 22; RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 17.

alcanza a los reproches o desprecios que se dirijan contra el carácter de la víctima pero que sí estén fundados en hechos<sup>435</sup>.

#### 2.3.4.2 “*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”

El art. 113 StGB tipifica un delito desconocido desde la perspectiva del derecho comparado. Con pena de prisión de hasta tres meses o pena de multa se castiga a “quien ante un tercero y de un modo perceptible acusa a otro de un delito cuya pena ya ha cumplido totalmente o ha sido parcialmente reducida o perdonada o ha sido suspendida provisionalmente”<sup>436</sup>. Estamos ante el delito de reproche de un delito ya enjuiciado (“*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”).

Para la consumación de este delito no es preciso que efectivamente se cumpla, sino tan sólo que exista la posibilidad de que el honor de la víctima pueda resultar lesionado a través de la expresión inculpativa y, en este sentido, es un delito de peligro abstracto<sup>437</sup>. No obstante, aun cuando la mayor parte de la doctrina entienda que se trata de un delito contra el honor y que el Código Penal lo incluya en la sección de delitos contra el honor, hay autores que optan por elevar a la consideración de bien jurídico la (real, cierta o efectiva) resocialización del condenado (“*(erfolgriche) Resozialisierung eines rechtskräftig Verurteilten*”), que se convierte, ahora, en víctima del reproche, ya que no es tanto si el honor es cuestionado, cuanto si se amenaza el proceso de resocialización del condenado<sup>438</sup>. Finalmente, otros autores entienden que el precepto tiene un doble fin, esto es, tutela dos bien jurídicos: honor y resocialización<sup>439</sup>.

---

<sup>435</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., *op. cit.*, p. 142; LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ..., *op. cit.*, p. 3; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., *op. cit.*, pp. 674 y 675; KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, p. 339.

<sup>436</sup> § 113 StGB. *Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung. Wer einem anderen in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise eine strafbare Handlung vorwirft, für die die Strafe schon vollzogen oder wenn auch nur bedingt nachgesehen oder nachgelassen oder für die der Ausspruch der Strafe vorläufig aufgeschoben worden ist, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.*

<sup>437</sup> LAMBAUER, H.: “Vorwurf einer gerichtlich strafbaren Handlung § 113”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 2; RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorwurf einer gerichtlich strafbaren Handlung § 113”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3. Band)*, 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 18; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., *op. cit.*, p. 679.

<sup>438</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, p. 344; ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen* ..., *op. cit.*, p. 43; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., *op. cit.*, p. 144; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., *op. cit.*, p. 368.

<sup>439</sup> LAMBAUER, H.: “Vorwurf ..., *op. cit.*, p. 1.

Existen varios elementos del tipo objetivo que deben ser analizados. El primero de todos ellos se refiere a la propia conducta o comportamiento de “reprochar” o “acusar” (“*vorwerfen*”). Suele entenderse por tal la censura (“*Tadel*”) de un comportamiento<sup>440</sup>, con lo que ello comporta de valoración negativa o desvaloración, por lo que la mera comunicación objetiva (“*sachliche Mitteilung*”) no cumplirá con la exigencia típica<sup>441</sup>, si no se acompaña de una crítica, reproche o de un desprecio y condena. En este punto surge de nuevo la vinculación del delito con la protección del honor y su alejamiento de la resocialización, como ya hemos apuntado: teniendo en consideración que el mero recordatorio acrítico de los antecedentes penales (“*Hinweis auf Verstrafen*”) de una persona no es punible en sí misma y que, por el contrario, cuando tal recordatorio o actualización se presenta de un modo tendencioso (“*tendenziös*”) la acción es merecedora de reproche penal, se observa que lo protegido no es la resocialización (que se vería afectada con la mera comunicación objetiva de los antecedentes penales), sino el honor<sup>442</sup>. En todo caso, debemos ser conscientes de la dificultad y sensibilidad especial de esta materia ya que nos movemos en un terreno que linda con el ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que a la hora de subsumir una conducta en el tipo penal del delito del art. 113 o considerarla atípica por representar un neutral ejercicio de la libertad de expresión, será preciso actuar con sutileza, buscando una reducción teleológica de este delito a favor de la libertad de expresión<sup>443</sup> y evitando que cualquier referencia a los delitos que alguien haya cometido en el pasado, incluso neutra, inofensiva o inocente, pueda reconducirse hacia este tipo penal.

Forma parte del tipo objetivo del delito la veracidad de la comisión de un delito, de donde se desprenden dos consecuencias: por un lado, no cabe exoneración por la vía de la prueba de la verdad (“*Entlastungsbeweis*”), y, por otro, la acusación de un falso

---

<sup>440</sup> Vid., entre otros, ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, op. cit., p. 2.

<sup>441</sup> LAMBAUER, H.: “Vorwurf ...”, op. cit., p. 4. Precisamente esta exclusión de las simples enunciaciones objetivas y neutras sirve a algunos autores para descartar que el precepto penal aspire a proteger la resocialización del delincuente pues, en tal caso, también quedarían prohibida la mera enunciación de la comisión de un delito por parte de otro. Así, RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorwurf ...”, op. cit., p. 19.

<sup>442</sup> SWOBODA, E.: *Das Recht ...*, op. cit., p. 58.

<sup>443</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., pp. 344 y 345. En la misma línea, propone LAMBAUER, H.: “Vorwurf ...”, op. cit., p. 3, una reducción del tipo (“*Tatbestandsreduktion*”).

delito se sometería al tipo penal de la difamación (art. 111.1 StGB)<sup>444</sup>. Otro presupuesto para la apreciación de este delito es la condena de la persona afectada por un comportamiento delictivo, no siendo bastante la mera sanción administrativa<sup>445</sup>. Y, finalmente, debe considerarse, como ya sucedía con el delito de difamación, el requisito de que el reproche se haga ante un tercero en un modo perceptible (“*in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise*”), tomando en consideración las cautelas y precisiones que efectuamos en su momento.

Respecto a los elementos subjetivos del tipo, no se precisa ningún propósito o intención específica (en todo caso, la presencia de un *animus iniuriandi* confirmaría todavía más la presencia de este delito<sup>446</sup>), por lo que, de idéntica forma a cómo sucedía con la difamación, basta con que el autor, desde la perspectiva de un profano en la materia, alcance a comprender que realiza una conducta que puede ajustarse al tipo penal, en tanto difunde reproches relativos a los antecedentes penales de alguien, revestidos de un tono censorador o tendencioso<sup>447</sup>.

#### 2.3.4.3 “*Beleidigung*”

Bajo la denominación general de “injuria” castiga el art. 115 StGB a quien “públicamente o delante de varias personas, insulte a otro, se burle de él, lo maltrate corporalmente o lo amenace con un maltrato corporal”; dado que tales conductas podrían subsumirse en otros tipos penales, el propio art. 115 precisa que se sancionará por delito de injurias, con su correspondiente pena de prisión de hasta tres meses o pena de multa, cuando el autor “no sea sancionado con una pena mayor en virtud de otra disposición”<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> LAMBAUER, H.: “Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 3; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, Wien, p. 3; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 368; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, *op. cit.*, p. 679.

<sup>445</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen ...*, *op. cit.*, p. 2, RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>446</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 346.

<sup>447</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ...”, *op. cit.*, p. 20; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 368.

<sup>448</sup> § 115 StGB. *Beleidigung (1) Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen anderen beschimpft, verspottet, am Körper mißhandelt oder mit einer körperlichen Mißhandlung bedroht, ist, wenn er deswegen nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.*

En consonancia con su encuadre entre los delitos contra el honor, el tipo penal de las injurias tutela, ciertamente, el bien jurídico honor<sup>449</sup>. Esto advertido, debemos profundizar y observar otros matices. Se acepta pacíficamente que esta modalidad delictiva atiende ante todo a la vertiente interna del honor, en el sentido de que supone un ataque directo contra la dignidad humana, por cuanto “insultar, burlarse o maltratar corporalmente” comporta una humillación (“*Demütigung*”)<sup>450</sup> o desprecio general (“*allgemeine Missachtung*”)<sup>451</sup> que lesiona la referida vertiente interna o subjetiva del honor; e incluso, también puede concebirse atacada la integridad física o corporal (“*körperliche Integrität*”) de la persona cuando la injuria adopta la forma del “maltrato corporal”<sup>452</sup>, razón por la cual puede hablarse de una diferenciación de bienes jurídicos protegidos y de un delito de carácter doble (“*Dopplecharakter*”)<sup>453</sup>; no obstante, el que la lesión de la vertiente externa del honor aparezca en un segundo plano (por oposición a lo que sucede en el art. 111 StGB en el que se difama la reputación merecida), ello no es óbice para que siga entendiéndose como objeto de protección el honor, considerado éste en su concepción común y más amplia como derecho a un trato digno por parte de los demás, definición en la que el elemento “por parte de los demás” concede la importancia que merece a la proyección externa o exterior del honor.

Lo primero que debe destacarse al estudiar la estructura típica del delito de injurias y, concretamente, su perspectiva objetiva, es que se trata de un delito que admite diversas modalidades para su comisión, por lo que se habla de un tipo mixto y alternativo (“*alternativer Mischtatbestand*”)<sup>454</sup>:

---

<sup>449</sup> Vid., entre otros, LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 686.

<sup>450</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 356. Este autor se muestra contrario a reducir el bien jurídico protegido en las injurias a los sentimientos de la víctima, como a su juicio hace OLZBERGER; sin embargo, aun siendo cierto que OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz* ..., op. cit., p. 26, vincula el art. 115 StGB a dichos sentimientos, no lo es menos que a continuación se refiere igualmente al efecto humillante de esta conducta (“*Gefühl der Demütigung*”; OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz* ..., op. cit., p. 26), e incluso contrapone el delito de difamación cuyo foco de atención se sitúa en la reputación merecida, al delito de injurias que hace lo propio en la humillación. Por lo expuesto, la crítica de KIENAPFEL no tiene fundamento.

<sup>451</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, op. cit., p. 149.

<sup>452</sup> LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 2.

<sup>453</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 356.

<sup>454</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 686; LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., pp. 1 y 5; KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 356.

- a) Injuria a otro quien lo insulta. El insulto (“*Beschimpfung*”) incluye las palabrotas (“*Schimpfworten*”), ciertos comportamientos ofensivos (como levantar el dedo corazón) o determinadas acciones (tales como escupir a otra persona)<sup>455</sup>. Representa la modalidad típica por antonomasia (“*Hauptanwendungsfall*”) del delito de injurias y se halla fuertemente sujeta a las condiciones en que ha sido realizada, que pueden incidir sustancialmente en el verdadero significado o alcance del insulto<sup>456</sup>.
- b) La burla (“*Verspottung*”) hacia otra persona es también una alternativa del delito de injurias. Se trataría, en este caso, de dejar en ridículo (“*lächerlich zu machen*”, “*verhöhn*en”) a una persona delante de otras, reírse de ella, rebajando (“*herabsetzen*”) así el respeto que merece<sup>457</sup>. En este punto, conviene hacer dos precisiones que son de común aplicación a las modalidades consistente en el insulto y en la burla. En primer lugar, debe tenerse en consideración que ambas conductas delictivas rozan la frontera con la libertad de expresión del art. 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, lo que exige del aplicador del derecho una comprobación estricta y rigurosa de las circunstancias y de los contornos constitucionales de la libertad de expresión para evitar una restricción excesiva de ésta (bromas, sátiras, parodias, caricaturas, descortesías), sin caer, al propio tiempo, en una minusvaloración de la protección del honor<sup>458</sup>. Y, en segundo lugar, la distinción entre la injuria, cualquiera que sea la forma que revista, y la difamación es especialmente problemática: habrá que estar a las circunstancias concretas para determinar si el autor pretendía lesionar la personalidad o el carácter de la víctima o únicamente buscaba rebajarla en alguna característica particular<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Beleidigung § 115”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3. Band)*, 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, pp. 24 y 25.

<sup>456</sup> *Vid.*, entre otros, SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, p. 149; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 357.

<sup>457</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Beleidigung § 115”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>458</sup> *Vid.*, entre otros, LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, *op. cit.*, p. 2; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ...”, *op. cit.*, pp. 149 y 150; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, *op. cit.*, p. 687. Advierte contra el riesgo de una “erosión de la protección penal del derecho al honor”, KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>459</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, *op. cit.*, p. 689; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 357.

- c) La injuria a través del maltrato corporal (“*Körper mißhandelt*”) consiste en la causación de efectos objetivos desagradables o molestos en el cuerpo de otra persona, esto es, “efectos no insignificantes que alteran el bienestar corporal” (“*das körperliche Wohlbefinden eines unerheblich beeinträchtigt*”), pero sin la gravedad, intensidad o grado cualitativo de provocar una auténtica lesión o daño corporal, y con el añadido de implicar una deshonra<sup>460</sup>. Nos referimos al golpeo (“*schlagen*”), a tirar del pelo (“*haarereißten*”) o las sacudidas (“*schütteln*”) <sup>461</sup>.
- d) Finalmente, la injuria admite también la comisión mediante la amenaza de un maltrato corporal (“... *oder mit einer körperlichen Mißhandlung bedroht*”); es decir, quien pone a otro en la perspectiva (“... *Aussicht stellt*”) de causarle un maltrato corporal de los que se subsumirían en la tercera modalidad de las injurias. Indica aquí KIENAPFEL que tan pronto como la amenaza del daño “escala” a efectiva lesión corporal, se descartará la aplicación del art. 115 StGB<sup>462</sup> en favor de otro delito más específico (lesiones -art. 83 StGB- o amenazas -art. 107 StGB-), operando en tal caso la “cláusula de subsidiariedad” (“*Subsidiaritätsklausel*”) que contempla el propio art. 115.1 StGB, quedando bloqueada la apreciación del delito de injurias<sup>463</sup>.

La segunda cuestión relevante en el tipo objetivo de las injurias se refiere al requisito de la publicidad mínima exigida (“*Mindestpublizität*”) para entender aplicable el art. 115 StGB. El precepto establece que la injuria debe cometerse públicamente (“*öffentlich*”) o ante varias personas (“*vor mehreren Leuten*”). Se entiende que una injuria se comete públicamente cuando ha podido ser percibida (la mera perceptibilidad o posibilidad de perceptibilidad, pero no se exige la percepción efectiva<sup>464</sup>) por un amplio grupo de personas, tal y como dispone el art. 69 StGB con carácter general para

---

<sup>460</sup> LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, *op. cit.*, p. 6.

<sup>461</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 359; RAMI, M.: “§§ 111-117. Beleidigung § 115”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>462</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, *op. cit.*, p. 359.

<sup>463</sup> Así la doctrina mayoritaria, como refleja, entre otros, LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, *op. cit.*, p. 10; se opone a ello, entendido que puede darse una concurrencia ideal (“*Idealkonkurrenz*”) entre el delito de injurias y otros delitos, como el difamación, OLZBERGER, P.: *Ehrenschutz ...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>464</sup> *Vid.*, entre otros, FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch ...*, *op. cit.*, p. 372; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, *op. cit.*, p. 688.

los delitos que se cometen públicamente<sup>465</sup>; la doctrina cifra esta referencia en diez<sup>466</sup>. En cuanto a la otra indicación de la publicidad requerida: “ante varias personas”, el mismo precepto penal, en su segundo apartado, especifica que se entiende por tal cláusula la realización de la injuria “ante más de dos personas distintas del autor y de la víctima y que hayan podido percibir” la injuria<sup>467</sup>.

La estructura del tipo subjetivo no revela diferencias en relación con los delitos de los arts. 111 y 113 StGB, ya estudiados. En este sentido, la injuria es un delito doloso (“*Vorsatzdelikt*”)<sup>468</sup> respecto del cual no debe concurrir ningún ánimo o propósito específico en el autor para poder apreciarse su realización, descartando, por lo tanto, particularmente, la exigencia del *animus iniuriandi*. Acepta la doctrina, como sucede con las otras figuras delictivas, que es bastante con que el autor, desde la perspectiva de un profano en la materia, alcance a entender que puede estar ejecutando una conducta que se ajusta moderadamente al comportamiento prohibido de las injurias<sup>469</sup>. El autor debe ser igualmente consciente de que anuncia o difunde públicamente la ofensa (requisito que no se cumple cuando habla en voz baja) o que lo hace ante varias personas<sup>470</sup>.

Finalmente, el art. 115 StGB prevé en su tercer apartado una causa de exculpación (“*Entschuldigungsgrund*”)<sup>471</sup> en virtud de la cual “quien debido a la indignación causada por un comportamiento de otro se haya dejado llevar, de un modo excusable dadas las circunstancias, a insultarlo, maltratarlo o amenazar con maltratarlo, estará disculpado cuando su estado de indignación sea generalmente comprensible, especialmente a la luz del tiempo transcurrido desde que fue provocado”<sup>472</sup>. Se trata de

---

<sup>465</sup> § 69 StGB. *Öffentliche Begehung. Eine Handlung wird nur dann öffentlich begangen, wenn sie unmittelbar von einem größeren Personenkreis wahrgenommen werden kann.*

<sup>466</sup> Vid., entre otros, SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 151.

<sup>467</sup> § 115 StGB. *Beleidigung (1) Eine Handlung wird vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können.*

<sup>468</sup> LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., p. 7.

<sup>469</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Beleidigung § 115”, op. cit., p. 25; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar ...*, op. cit., p. 689. Por el contrario, estará ausente la conciencia de la situación injuriosa cuando el autor actuó en broma; así, KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 361.

<sup>470</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 151; KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 361; LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., pp. 7 y 8.

<sup>471</sup> Vid., por todos, KIENAPFEL, D.: *Grundriß ...*, op. cit., p. 362.

<sup>472</sup> § 115 StGB. *Beleidigung (3) Wer sich nur durch Entrüstung über das Verhalten eines anderen dazu hinreißen läßt, ihn in einer den Umständen nach entschuldbaren Weise zu beschimpfen, zu mißhandeln*



la injuria por retorsión o injuria por indignación (“*Entrüstungs-Retorsionsbeleidigung*”)<sup>473</sup>. Todas las circunstancias mencionadas en el art. 115.3 deben estar presentes simultáneamente para poder apreciar esta causa de exculpación; esto es, se precisa su concurrencia acumulativa:

- a) Las circunstancias que han conducido al estado de indignación del autor de la injuria deben tener su origen en un comportamiento de la víctima; es precisa, consiguientemente, una conexión objetiva (“*sachliche Konnexität*”)<sup>474</sup>. Dicho comportamiento ha de conducir a un estado de indignación en un momento de insensatez (“*Unbesonnenheit*”) o perturbación, nunca como consecuencia de un proceso de reflexión (“*Überlegungen*”) y meditación<sup>475</sup>; en fin, debe ser una reacción espontánea<sup>476</sup>.
- b) La causa de exculpación produce efectos sólo respecto de las modalidades expresamente referidas en el apartado (insulto, maltrato o amenaza de maltrato), lo que excluye, por tanto, la burla o ridiculización.
- c) La indignación resultante debe ser comprensible para la generalidad de las personas. KIENAPFEL precisa tal exigencia: la reacción de indignación debe guardar una proporcionalidad en sentido objetivo-normativo con las circunstancias que la han provocado y ha de ser moralmente comprensible desde la perspectiva media de un ciudadano razonable sometido a las leyes y a las circunstancias concretas en que sucedió<sup>477</sup>. Dicha proporcionalidad (o conexidad objetiva) debe manifestarse en un plano cualitativo, tal que las circunstancias existentes sean adecuadas para hacer surgir el estado de indignación (“*anlaßadequät*”), sin que quepan reacciones irrazonables por sobreactuadas (“*unagmessene überreaktion*”)<sup>478</sup>.

---

*oder mit Mißhandlungen zu bedrohen, ist entschuldigt, wenn seine Entrüstung, insbesondere auch im Hinblick auf die seit ihrem Anlaß verstrichene Zeit, allgemein begreiflich ist.*

<sup>473</sup> ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz* ..., op. cit., p. 74; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 373.

<sup>474</sup> LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 690.

<sup>475</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Beleidigung § 115”, op. cit., p. 26; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 373

<sup>476</sup> LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., p. 12.

<sup>477</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 362. Le sigue, entre otros, LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., p. 8.

<sup>478</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 363; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 690.

d) Finalmente, debe darse una conexión temporal (“*zeitliche Konnexität*”): la injuria por retorsión ha de cometerse cuando todavía persista la sensación de indignación y ésta no haya disminuido<sup>479</sup>.

En cuanto al estudio de la prueba de la verdad o de la buena fe, conviene indicar que al consistir el delito de injurias en un reproche, estos institutos no son de aplicación aquí<sup>480</sup>.

#### 2.3.4.4 “*Straflosigkeit*”

El artículo 114 StGB, al que nos referimos en último lugar ya que no es una figura delictiva típica, sino consagra causas de exclusión de la punibilidad (“*Straflosigkeit*”)<sup>481</sup> de común aplicación para el delito de difamación del art. 111 StGB y para el delito de reproche de acciones penales ya enjuiciadas del art. 113 StGB. Tanto por el tenor literal del precepto como por la interpretación mayoritaria de la doctrina, no es de aplicación esta disposición al delito de injurias del art. 115 StGB<sup>482</sup>.

Dispone el art. 114.1 StGB que “si se realizan las acciones de los artículos 111 y 113 en cumplimiento de una obligación o ejercicio de un derecho, el hecho estará justificado”<sup>483</sup>. Hay consenso en torno a la consideración de esta disposición como una causa de justificación específica (“*spezielle Rechtsfertigungsgrund*”)<sup>484</sup> que, conforme a la interpretación tradicional, vendría a privilegiar a ciertas personas y grupos que por la naturaleza de sus ocupaciones deben expresar determinadas ideas de un alto valor

<sup>479</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 362; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 690.

<sup>480</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 149.

<sup>481</sup> LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes § 114”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 1; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., pp. 681 y 684.

<sup>482</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 152; sin embargo, como veremos a continuación, hay autores que proponen una aplicación análoga del art. 114 StGB que sea extensiva al delito de injurias del art. 115 StGB aunque el precepto lo descarte en su redacción misma; así, KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., pp. 360 y 361; LAMBAUER, H.: “Beleidigung § 115”, op. cit., p. 2.

<sup>483</sup> § 114 StGB *Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände (1) Wird durch eine im § 111 oder im § 113 genannte Handlung eine Rechtspflicht erfüllt oder ein Recht ausgeübt, so ist die Tat gerechtfertigt.*

<sup>484</sup> *Vid.*, entre otros, FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 371; LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit ..., op. cit., p. 1.

interés *en cumplimiento de una obligación* (a) o *en ejercicio de un derecho* (b) y que, inevitablemente, podrían colisionar con la protección del honor; recientemente, se ha incluido también la *protección de los intereses legítimos* (c) como un privilegio merecedor de justificación, que encuentra cobijo bajo esta disposición, y que posee un alcance más general en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación<sup>485</sup>:

- a) Ejercicio de un derecho (“*ein Recht ausgeübt*”). En este caso quien haya realizado una afirmación o proferido un juicio de valor subsumibles en los tipos penales de los arts. 111 o 113 StGB, quedará justificado si lo hizo en ejercicio de un derecho especial fundado en la ley, como sucede con las autoridades de un proceso civil, penal o disciplinario que intervienen por razón de una denuncia, o cuando una autoridad relata unos hechos sobre un subordinado, o cuando un tercero interpone una reclamación o se defiende en un proceso de un perjuicio o reproche sufrido<sup>486</sup>.
- b) Cumplimiento de una obligación (“*eine Rechtspflicht erfüllt*”). Nos referimos a quien en cumplimiento de una obligación impuesta por la ley (obligación de declaración de los testigos, de las partes procesales o de los servicios de información, o la obligación de denuncia de un superior respecto de su subordinado), realizara alguna de las modalidades delictivas del art. 111 StGB o del art. 113 StGB<sup>487</sup>. De común aplicación a la justificación por ejercicio de un derecho y por cumplimiento de una obligación son las siguientes circunstancias: objetivamente, la conducta debe someterse a los límites de lo necesario (“*Schranken des Notwendigen*”), y, subjetivamente, el autor de las declaraciones no puede actuar en contra de su convencimiento o convicción<sup>488</sup>.
- c) Finalmente, aunque el tenor literal no contiene ninguna referencia más, la doctrina y la jurisprudencia aceptaron que debía extenderse la justificación del art. 114.1 StGB a aquellas manifestaciones que aun revistiendo los caracteres típicos de la

<sup>485</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 348; LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit ..., op. cit., p. 2.

<sup>486</sup> *Vid.*, entre otros, KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 348; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 146.

<sup>487</sup> *Vid.*, entre otros, SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., p. 146.

<sup>488</sup> Así la doctrina mayoritariamente: LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit ..., op. cit., p. 2; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 682; KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 349; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., op. cit., pp. 146 y 147; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 369. En contra, sin embargo, se muestra RAMI, M.: “§§ 111-117. Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes § 114”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Band), 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 21, quien advierte que el tenor literal del art. 114.1 StGB no menciona ningún elemento subjetivo que deba concurrir en el autor de las declaraciones.

conducta de difamación o del reproche de delitos enjuiciados, quedaban amparadas en un sistema democrático en el que cualquier ciudadano aspira a participar en el intercambio de ideas en la arena político-pública, teniendo en mente el bienestar general (“*öffentliches Wohl*”), razón por la cual quizá se vea compelido a interferir en el honor ajeno para satisfacer tales expectativas<sup>489</sup>. Admitida esta base, la justificación de la conducta delictiva en atención a la “protección de intereses legítimos” (“*Wahrnehmung berechtigter Interesse*”) exige varios requisitos o presupuestos: c.1) que sea un interés legítimo, esto es, un interés reconocido como valor superior en el ordenamiento jurídico y no un mero valor o interés público o privado artificial o fingido (“*vorgetäuschten*”); c.2) que la interferencia en el honor sea necesaria para alcanzar el fin pretendido; c.3) que la interferencia respete la proporcionalidad o adecuación (“*Angemessenheit*”) en el sentido de ser una invasión del honor ajeno adecuada desde el punto de vista del contenido, la forma, las circunstancias y los efectos que provoque; c.4) que concorra el elemento subjetivo de la justificación consistente en la actitud del autor de las declaraciones de que ha sopesado o ponderado (“*abwägen*”) los intereses legítimos para cuya protección ha necesitado afectar el honor ajeno<sup>490</sup>.

El art.114.2 StGB, por su parte, alberga, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, una causa de exclusión de la culpabilidad (“*Entschuldigungsgrund*”) <sup>491</sup>. Establece que “no será castigada aquella persona que se vea obligada a la luz de las circunstancias a realizar una afirmación que se corresponda por la forma y el modo en que ha sucedido a las previstas en los arts. 111 o 113 StGB, a no ser que la afirmación sea falsa y el autor pudiera haber sido consciente de ello de haber empleado el cuidado necesario”<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit ..., *op. cit.*, p. 5.

<sup>490</sup> *Vid.*, por todos, KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, pp. 352 a 354. También ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen* ..., *op. cit.*, p. 5; SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., *op. cit.*, pp. 147 y 148.

<sup>491</sup> SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen ..., *op. cit.*, p. 148; KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, p. 354; RAMI, M.: “§§ 111-117. Straflosigkeit ..., *op. cit.*, p. 22.

<sup>492</sup> § 114 StGB *Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände* (2) *Wer durch besondere Umstände genötigt ist, eine dem § 111 oder dem § 113 entsprechende Behauptung in der Form und auf die Weise vorzubringen, wie es geschieht, ist nicht zu bestrafen, es sei denn, daß die Behauptung unrichtig ist und der Täter sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewußt sein können.*

La lectura conjunta de este precepto y otras disposiciones legales de la sección de los delitos contra el honor revela lo innecesario por reiterativo del art. 114.2 StGB que ahora analizamos en tanto los ámbitos lógicos de aplicación de esta disposición están ya cubiertos por otras disposiciones comentadas; dicho de otra forma, esta causa de exclusión de la culpabilidad carece de significado propio o apenas tiene un sentido marginal<sup>493</sup>, ya que, por un lado, la veracidad de las afirmaciones ya es una causa de exclusión de la punibilidad de la difamación (art. 111.1 StGB) de conformidad con los arts. 111.3 y 112 StGB y del reproche de delitos enjuiciados (art. 113 StGB) respecto de los cuales la prueba de la verdad va inserta en su propia intelección; y por otro lado, la extensión jurisprudencial y doctrinal de la causa de justificación contenida en el art. 114.1 StGB (ejercicio de un derecho o cumplimiento de una obligación) al supuesto de protección de intereses legítimos, viene a suministrar cobertura a los mismos espacios que podrían ser los naturales de la circunstancia que estamos analizando<sup>494</sup>. Así las cosas, tras estas reducciones restarían tres supuestos en los que la causa de exclusión de la culpabilidad del art. 114.2 StGB desplegaría sus genuinos efectos: a) cerrando el paso a (o rompiendo<sup>495</sup>) la prohibición de la prueba de la verdad y de la buena fe del art. 112 StGB para asuntos relativos a la vida privada o familiar, pasando por encima de ella, y dejando impune la acción, siempre que la afirmación haya sido, efectivamente, cierta, como exige el propio tenor literal del art. 114.2 StGB; b) dejando sin sanción el reproche objetivamente falso de un delito ya enjuiciado (art. 113 StGB), a pesar de que el autor actuó con el cuidado necesario antes de formular su reproche, esto es, porque el autor lo tuvo como cierto a la vista de las circunstancias<sup>496</sup>; c) el tercer caso no está autorizado por el tenor literal del precepto, que considera de aplicación esta causa de exclusión de la culpabilidad sólo a las acciones subsumidas en los tipos de la

---

<sup>493</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Strafflosigkeit ..., *op. cit.*, p. 22; KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., *op. cit.*, p. 354.

<sup>494</sup> Precisamente porque esta circunstancia del art. 114.2 StGB vendría a admitir en su ámbito de aplicación la actuación para proteger intereses legítimos, le atribuye ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen* ..., *op. cit.*, p. 71, una doble naturaleza jurídica: el art. 114.2 StGB será causa de justificación cuando entre en aplicación para la tutela de intereses legítimos, y será una causa de exclusión de la culpabilidad, como entiende la mayoría de la doctrina, en los restantes casos.

<sup>495</sup> RAMI, M.: “§§ 111-117. Wahrheitsbeweis ..., *op. cit.*, p. 17. Prefiere hablar de una “preferencia” o “prioridad” (“*Vorrang*”) de la justificación del art. 114.2 StGB sobre la restricción de prueba de la verdad del art. 112, segunda frase, SCHWAIGHOFER, K.: “*Strafbare Handlungen* ..., *op. cit.*, p. 143.

<sup>496</sup> Recordemos en este punto que la exclusión de la culpabilidad prevista en el art. 111.3 StGB que surge cuando el autor afirma algo objetivamente falso movido porque “las circunstancias arrojaron suficientes motivos para tener por ciertas las afirmaciones”, sólo surtía efectos respecto del delito de difamación, del art. 111.1 StGB; por ello, tiene sentido afirmar la eficacia de la causa de exculpación del art. 114.2 StGB, que ahora analizamos, respecto del delito de reproche de conductas penales ya enjuiciadas, en tanto éstas no se hallaban cubiertas por la cláusula del art. 111.3 StGB, exclusivamente diseñada para la difamación. *Vid., supra* Capítulo IV.2.3.4.2.

difamación (art. 111) y del reproche de acciones penales ya enjuiciadas (art. 113), pero una aplicación por analogía lo haría extensible también al delito de injurias del art. 115, en opinión de KIENAPFEL y LAMBAUER<sup>497</sup>.

Desde la perspectiva objetiva, el precepto exige que el objeto de la actuación del autor hayan sido afirmaciones (“*Behauptungen*”), dando cobertura tanto a las afirmaciones fácticas como a los juicios de valor substantivos (“*substantiierte Werturteile*”) o de base fáctica bastante, con exclusión de los juicios de valor puros (“*reine Werturteile*”) <sup>498</sup>. Por otra parte, la referencia a la “forma y el modo en que la afirmación ha sucedido” debe interpretarse como respeto al canon de adecuación (“*Anlaßadäquanz*”) o proporcionalidad, sin caer en la sobreactuación, valorado todo ello desde el prisma del ciudadano razonable sometido a las leyes (“*rechtstrauer Menschen*”) <sup>499</sup>. Mientras, el requisito subjetivo de “obligado por las circunstancias” debe contemplarse desde la consideración de actuar forzado por una intensa motivación (“*starkes Motiv zur Tat*”) <sup>500</sup>.

### 3. PORTUGAL

La protección penal del bien jurídico honor en Portugal se contiene en el Código Penal, adoptado en 1982, y constituye un régimen jurídico que representa el culmen de un proceso de evolución del sistema de protección jurídico-penal del honor iniciado en los albores de la codificación penal portuguesa con el Código de 1852, bajo la influencia del Código Napoleónico, del Código Penal del Imperio de Brasil de 1830 y del Código Penal español de 1848<sup>501</sup>. Dicha norma dedica a los delitos contra el honor el Capítulo VI (“*Dos crimes contra a honra*”) del Título I (“*Dos crimes contra a vida*”) del Libro II (“*Parte Especial*”); concretamente, los artículos 180 a 189. El régimen jurídico de estos delitos pivota en torno a tres figuras delictivas: la difamación (“*difamação*”, del art. 180.1), la injuria (“*injúria*”, prevista en el art. 181.1) y la calumnia (“*calúnia*”, del art. 183.1). Secundariamente, se contempla también la figura

---

<sup>497</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 361; LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit ..., op. cit., p. 6

<sup>498</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 354.

<sup>499</sup> KIENAPFEL, D.: *Grundriß* ..., op. cit., p. 355; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar* ..., op. cit., p. 684; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 371.

<sup>500</sup> FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch* ..., op. cit., p. 684.

<sup>501</sup> FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito de informação e tutela da honra no Direito Penal da Imprensa Português”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 115 (1983), p. 104.

de la ofensa contra la memoria de una persona fallecida en el art. 186 (“*ofensa à memória de pessoa falecida*”) y la ofensa contra una persona colectiva, organismo o servicio que ejerza una actividad pública en el art. 187 (“*ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço*”).

### 3.1 BIEN JURÍDICO “*HONRA OU CONSIDERAÇÃO*”

El Capítulo IV se consagra, por tanto, a la protección del bien jurídico honor, pero al propio tiempo, va más allá y constituye el desarrollo jurídico-penal de la protección de la integridad personal de los ciudadanos, y, concretamente, de la vertiente moral de ésta, constitucionalmente garantizada en el art. 26 de la Constitución de la República de Portugal<sup>502</sup>, que dice así: “1. Se reconocen a todos los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación, a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación”<sup>503</sup>. En otras palabras, el derecho que aquí nos ocupa goza de respaldo constitucional, circunstancia que le confiere una importancia indubitable en el marco de los derechos fundamentales.

En cuanto al objeto de protección, al bien jurídico (“*bem jurídico*”), hay autores que resaltan la especial vinculación de la dignidad y el honor-honra. Así, FARIA COSTA sostiene que el honor “es un bien jurídico personalísimo e inmaterial que deriva de la dignidad penal”, que corresponde a todo individuo “por el mero hecho de ser persona” y que es “inelástico” (en el bien entendido de que no admite variaciones entre un sujeto y otro)<sup>504</sup>. Esta cercanía entre dignidad y honor es apuntada también por

---

<sup>502</sup> *Vid.*, por todos, uno de los mayores especialistas en delitos contra el honor de la doctrina portuguesa, FARIA COSTA, J.: “Capítulo VI. Dos crimes contra a honra”, FIGUEIREDO DIAS, J.: *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 601. Explica con detalle y sólidamente la especial vinculación entre dignidad humana y honor, FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito á honra e a sua tutela penal*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 11 a 24; también, SILVA DIAS, A.: *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1989, p. 16.

<sup>503</sup> *Artigo 26º.1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.*

<sup>504</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, pp. 602 (“*a honra é um bem jurídico pessoalíssimo e imaterial a que não temos a menor dúvida em continuar a asacar a dignidade penal*”), 676 (“*a pessoa individual, só pelo facto de o ser, é um sujeito que carrega, necessariamente, em si o bem jurídico da*

SILVA DIAS explica que el honor se identifica con el “núcleo esencial representativo de la dimensión existencial del hombre (del reconocimiento de su dignidad), por lo que, sin su protección frente a ciertas agresiones, no es concebible el desenvolvimiento social de la persona”<sup>505</sup>. Así mismo, la influencia de la dignidad en la determinación del contenido del derecho al honor es apuntada por BELEZA DOS SANTOS, cuando señala que como núcleo o mínimo común denominador en el contenido esencial del derecho a la honra debe situarse “la exigencia del respeto de un mínimo de dignidad y de buen nombre”<sup>506</sup>.

También, de forma introductoria, es importante prestar atención a ese doble objeto o bien susceptible de ser lesionado por la conducta injuriosa y difamatoria: honra o consideración. Una dualidad que evoca, parece que no podría entenderse de distinto modo, a la doble y tradicional vertiente del derecho al honor: por una parte, la honra, como estimación interna por uno mismo, la dignidad subjetiva, el reflejo de la esencia de la personalidad humana en valores tales como la rectitud, la lealtad o la probidad; en palabras de FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, la honra sería la valoración que tiene una persona de sí mismo como titular de los valores íntimos que existen en su núcleo y los valores que proyecta al exterior relativo a su modo de ser y de comportarse<sup>507</sup>; dicho de otro modo, el mínimo de condiciones, especialmente de naturaleza moral, que son razonablemente consideradas esenciales para que un individuo pueda legítimamente tener estima por sí mismo, por lo que vale<sup>508</sup>.

Este es un punto que merece una aclaración. El honor, en su dimensión interna o subjetiva, protege el sentimiento de respeto y la propia valía que todo individuo merece por el hecho de ser persona, pero *no extiende su fuerza hasta el sentimiento individual que cada sujeto tiene de sí*, pues tales emociones o sentimientos no constituyen un objeto legítimo de protección para el Derecho penal. Por ello, recuerda SILVA DIAS

---

honra...” y 659 (“... axiológicamente inelástica...”). En la misma línea, SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes contra a honra*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 110.

<sup>505</sup> SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 17, “... um núcleo essencial representativo da dimensão existencial do homem, pelo que, sem a sua protecção perante certas agressões, não é concebível o desenvolvimento social da pessoa”.

<sup>506</sup> BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúrias”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 92-93 (1959-61), p. 167.

<sup>507</sup> FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., p. 18; BELEZA DOS SANTOS, J.: “Alguns...”, op. cit., p. 165.

<sup>508</sup> BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas considerações ...”, op. cit., p. 167.



que “la concepción valorativa de la honra no atribuye cualquier relevancia al sentimiento individual (honor subjetivo)”<sup>509</sup>; o, siguiendo a LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS, en la injuria (aunque la reflexión es extrapolable a la difamación también), “no se protege la susceptibilidad personal del sujeto de que se trate, sino tan sólo la dignidad individual del ciudadano, expresada en el respeto del honor y de la consideración que le es debido”<sup>510</sup>. En otras palabras, el Derecho penal no previene frente a ataques contra sentimientos de honor infra o sobrevalorados, contra susceptibilidades infundadas. Así lo entiende, por ejemplo, finalmente, BELEZA DOS SANTOS cuando defiende que las infracciones contra el honor protegen incluso a personas que, por su estado mental o corrupción moral, no tienen o no valoran suficientemente su dignidad o buen nombre, y ello es así, por una parte, porque la Constitución confiere a todo hombre el derecho al buen nombre y a la reputación, y la ley penal debe salvaguardar ese *statu quo* y, por otra, porque los delitos contra el honor pueden causar una repercusión negativa sobre el clima social (“*projecção social dos crimes*”) y conviene, lógicamente, prevenir estos efectos perjudiciales<sup>511</sup>.

En fin, nos conformarnos por ahora con advertir que *la tutela penal del honor no equivale a la protección del sentimiento de la propia valía que cada persona tiene de sí misma*, sino que tal valía ha de ser puesta a la luz de las consideraciones generalmente aceptadas en torno a cuál sea la valía que merece el ser humano<sup>512</sup>.

Para concluir con la dicotomía honor-consideración, ésta segunda debe entenderse como el merecimiento que el individuo tiene en el medio social, su dignidad objetiva, la valoración que la comunidad tiene del individuo<sup>513</sup>; en otras palabras, el modo particular de ser de cada individuo, lo más elemental de su dignidad personal, su valía, su propia estima, va adquiriendo con el tiempo una imagen ante la comunidad, que constituye su reputación, su buen nombre, su consideración social, su dignidad

---

<sup>509</sup> SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 18, que “*a concepção valorativa da honra aqui definida não atribui qualquer relevância ao sentimento individual (honra subjectiva)...*”.

<sup>510</sup> LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código Penal Anotado (Parte Especial; 2º Volume)*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2000, p. 494, para quien “*no crime em análise [injuria] não se protege, pois, a susceptibilidade pessoal de quem quer que seja, mas tão só a dignidade individual do cidadão, expressa no respeito pela honra e consideração que lhe são devidas*”.

<sup>511</sup> BELEZA DOS SANTOS, J.: “*Algumas considerações ...*, op. cit., pp. 166 y 167.

<sup>512</sup> Volveremos sobre estas cuestiones de manera más extensa en un momento posterior de la investigación.

<sup>513</sup> *Ac. Da Rel. Lisboa de 96/02/06/*, *CJ XXI, 1, 156*. Así, LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., pp. 469 y 491.

social, su “honra externa”<sup>514</sup>. Podría contemplarse la consideración social como el conjunto de requisitos que se juzgan razonablemente necesarios para cualquier persona, de modo que su carencia podría exponer a la persona a la falta de consideración o de desprecio público<sup>515</sup>. Y, en fin, la fusión de ambas dimensiones podría traducirse en la pretensión a no ser vilipendiado o despreciado en el valor que merece toda persona a ojos de la comunidad<sup>516</sup>.

### 3.2 SUJETOS PASIVOS

En conexión con el debate sobre el bien jurídico, encontramos la cuestión sobre la titularidad del bien honor, esto es, el sujeto pasivo de los delitos contra el honor. En atención a la ubicación sistemática de los delitos contra el honor en el Código Penal, como delito contra los particulares, algunos autores concluyen que es el sujeto individual el titular del honor<sup>517</sup>. LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS se muestran tajantes en este sentido y rechazan la posibilidad de que las personas colectivas puedan ser víctimas de ataques al honor, ya que no les corresponden a ellas esas realidades, “sino otras como el prestigio, la credibilidad o la confianza”<sup>518</sup>. Sin embargo, un

---

<sup>514</sup> FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., pp. 19 y 20. El autor apunta, además, un dato interesante: en primer lugar, la exteriorización de nuestra honra interna o de nuestra esencia de la dignidad personal depende del valor que cada uno tenga de sí mismo, de modo tal que al desenvolverse en sociedad, la persona proyecta las virtudes que cree tener; sin embargo, en la medida en que estas no tienen porqué ser, ciertamente, las que posee de verdad (es decir, no siempre se da una correcta correspondencia entre los valores y cualidades que una persona atesora y la valía de la que se cree titular -piénsese en los engreídos y, por el contrario, en los que se tienen en menos estima de la que merecen-), sino sólo las que él cree que tiene, surge una primera ficción. A continuación, en atención al “reflejo” que la persona ha proyectado en la sociedad, ésta le concede una reputación, una consideración social, la cual se ha construido, por tanto, sobre la forma de vender por el sujeto la valía que a sí mismo se atribuye, aunque quizá ésta no sea fiel ni se ajuste a la verdadera calidad humana del individuo; surge, así, una segunda ficción que se asienta sobre la primera.

<sup>515</sup> BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas considerações ...”, op. cit., pp. 167 y 168.

<sup>516</sup> SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 18.

<sup>517</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 602.

<sup>518</sup> LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., pp. 522 y 523. Estos autores atribuyen a FARIA COSTA una posición favorable a la titularidad del honor por las personas colectivas, interpretación con la que no podemos estar de acuerdo pues el citado autor dice expresamente que cuando se trata de personas colectivas, estamos ante otro bien jurídico (FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 602, “... o âmbito de protecção desta precisa norma é bem um outro, porque outro é o bem jurídico que, aqui [art. 187º CP], se protege”), y sólo éste, refiriéndose al buen nombre, sí puede ser ostentado por las referidas personas jurídicas.

OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.: “Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade”, *Revista Mestrado em Direito* (<http://132.248.9.1:8991/hevila/Revistamestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf>), 2006 (año 6, nº1), p. 156, explica esta atribución de derechos de la personalidad, originaria y estrictamente considerados derechos de la persona humana, a las personas colectivas como consecuencia de un proceso de “crisis de identidad” que ha conducido no sólo a unos disonantes derechos de la personalidad de las personas jurídicas, sino a una extensión de materias que nada tiene que ver con la defensa de la persona humana (“*Já não são só os desvios que levam a uns dissonantes direitos de*

importante sector de la doctrina tradicional portuguesa<sup>519</sup> y, ya sin ninguna duda, la jurisprudencia portuguesa han establecido en reiteradas ocasiones que las personas colectivas también son susceptibles de ser víctimas de ataques contra su honor, por ser “personas en sentido jurídico y estas situaciones, también en relación a ellas, se encuentran recogidas por los tipos legales de los delitos de los [antiguos] arts. 164º y 165º del Código Penal de 1982”<sup>520</sup>.

Ahora bien, en el Capítulo VI, junto a los delitos de difamación, injuria y calumnia, se contemplan también las ofensas contra las personas colectivas, organismos o servicios que ejercen autoridad pública y que constituyen ataque a la “credibilidad, el prestigio o la confianza” de las mismas<sup>521</sup>. Para un amplio sector de la doctrina no parece haber ninguna duda en que el bien jurídico protegido aquí ya no es el honor, aunque la rúbrica del Capítulo siga siendo “*crimes contra a honra*”. Por el contrario, el objeto de tutela penal es, según el mismo tenor literal del artículo 187º, la credibilidad, prestigio y confianza, ideas o intereses que confluyen en una zona común o que poseen

---

*personalidade de pessoas colectivas. Procede-se a toda uma extensão a matérias que nada têm que ver com a defesa da pessoa humana”*).

<sup>519</sup> Así, SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes...*, op. cit., pp. 116 y 117, a través de remisiones al ámbito de derecho Mercantil y a la Propiedad Intelectual y partiendo del hecho de que la difamación no exige un ataque simultáneo a la honra y a la consideración, sino que son requisitos alternativos, estima que las personas jurídicas o colectivas sí pueden ser sujeto pasivo de un delito de difamación por ser titulares del bien jurídico consideración. El autor recoge también referencias jurisprudenciales y doctrinales que defienden la titularidad del derecho al buen nombre por las personas colectivas (*op. cit.*, pp. 120 y 121). Más recientemente, a favor de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas, MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código Penal Português. Anotado e comentado*, 18ª edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 667; PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário do Código Penal à luz de Constituição de República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 508; BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas considerações ...”, *op. cit.*, pp. 182 y 183, parece posicionarse a favor de la titularidad del derecho a la honra por las personas jurídicas aunque no lo diga expresamente y todo lo más, sostenga que los entes colectivos son susceptibles de tener prestigio o desprestigio, buen nombre o mal nombre, en definitiva, titulares de intereses jurídicamente protegidos. Por último, FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., pp. 107 a 117, especialmente p. 111, entiende que las personas jurídicas están dotadas de otros valores que pueden ser equiparados a efectos jurídico-penales a la honra, en sentido amplio, y que, a través de la correspondiente modalidad de la difamación a las personas colectivas, deberían recibir igualmente tutela judicial.

<sup>520</sup> *Ac. Da Rel. De Évora de 86/04/22, BMJ 358-622*, entre muchos otros pronunciamientos (LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 476). Para FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 602, aunque el legislador apuesta inequívocamente por la titularidad individual del honor como opción político-legislativa, quiere introducir al mismo tiempo la ofensa a las personas colectivas en el art. 186º como muestra de su voluntad de consenso y acercamiento a la corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que admite la titularidad del honor por las personas jurídicas.

<sup>521</sup> *Artigo 187º. Ofensa a pessoa colectiva, organismo ou serviço. 1 - Quem, sem ter fundamento para, em boa fé, os reputar verdadeiros, afirmar ou propalar factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a organismo ou serviço que exerçam autoridade pública, pessoa colectiva, instituição ou corporação é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto: a) No artigo 183º; e b) Nos nºs 1 e 2 do artigo 186º.*

un núcleo compartido: el buen nombre de la persona colectiva (“*bom nome*”), que como realidad dual se nutre del prestigio (respeto por el dominio específico de su actuación, ante otras instituciones del mismo ámbito y ante la propia comunidad), la credibilidad (reconocimiento obtenido por el cumplimiento de las reglas, por la actuación diligente en el tiempo y en la forma y por una práctica habitual seria e imparcial) y la confianza (cualidad de quien, por su origen y actuaciones ulteriores, se presenta ante la sociedad con un mínimo de solidez de una moral social) para poder existir, al tiempo que es el resultado de la suma de estas tres realidades ético-sociales, según la tesis de FARIA COSTA<sup>522</sup>. En esta construcción, el buen nombre depende de la imagen real que los otros tienen de la persona colectiva, de la valoración de las actuaciones de dicha entidad por la comunidad<sup>523</sup>.

Y, finalmente, existe otro tipo penal no dirigido a la protección del honor. El art. 185° castiga las ofensas a la memoria de la persona fallecida, elevando a la consideración de bien jurídico un reflejo de la dignidad distinto del honor<sup>524</sup>, una proyección de la dignidad humana más allá de la vida; en definitiva, el patrimonio espiritual del pasado de una persona que sigue teniendo visibilidad en el presente. Se trata de una realidad axiológicamente relevante, que no puede confundirse con el honor ni ser un reflejo de la dignidad<sup>525</sup>. Sin embargo, frente a lo que acabamos de exponer, existe otro sector doctrinal que sostiene opiniones opuestas. Así, FERNANDES DE

---

<sup>522</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, pp. 677, 678 y 681. También MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, *op. cit.*, p. 683, considera que el bien jurídico en este delito no es el honor en un sentido estricto, sino esas nuevas realidades mencionadas por el propio precepto: crédito, prestigio, confianza.

<sup>523</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 678. Con arreglo a la inicial redacción de este precepto (“...*factos inverídicos, capazes de ofenderem a credibilidade, o prestígio ou a confiança que sejam devidos a pessoa colectiva, instituição, corporação, organismo ou serviço que exerça autoridade pública...*”), existía una polémica: ¿la protección frente a estas ofensas se extendía a todas las personas colectivas o sólo a las que ejercían autoridad pública, en atención al tenor literal? El propio FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 678, tomaba partido en la discusión a favor de la interpretación restrictiva. A la vista de las circunstancias, el legislador reformó este precepto para hacerlo aplicable a cualquier clase de persona colectiva, sin que cupieran restricciones por la titularidad de *imperium*, y en virtud de la *Lei* n°. 59/2004, de 4 de *Setembro*, se estableció la nueva redacción que ya no dejaba lugar a dudas.

<sup>524</sup> Tan distinto que algunos autores opinan que la ubicación sistemática de esta figura en el capítulo de los delitos contra el honor no es del todo legítima (“*menos legítima se apresentará...*”) dado que el honor es un bien ligado a la personalidad que se extingue con la muerte del titular. Así, LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, *op. cit.*, p. 516; también FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 42. Por todo lo anterior, como conclusión, en este delito, lo más común es afirmar, siguiendo el propio tenor literal del precepto, que el bien jurídico es la memoria de la persona fallecida (PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, *op. cit.*, p. 504) y no el honor, por más que la conducta se incluya en el Capítulo de los *crimes contra a honra*.

<sup>525</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p. 40.

OLIVERIA MENDES considera que aunque la muerte de la persona extingue su personalidad jurídica, ello no impide que haya áreas de la personalidad física y moral del difunto que continúan influyendo en el curso social y que, por eso mismo, perduran en el mundo de las relaciones jurídicas y como tales son protegidas autónomamente, como el propio cadáver, sus voluntades, su identidad e imagen, su buen nombre y su honra<sup>526</sup>. Desde este punto de vista, el tipo penal de la ofensa a la memoria de una persona fallecida sí vendría a proteger el honor, o, como mínimo, una faceta o dimensión del bien jurídico honor.

### 3.3 DELITOS CONTRA EL HONOR

La distinción entre las figuras penales de la difamación y la injuria, en el derecho penal portugués, se asienta sobre un eje claro: la intermediación de una tercera persona. Cuando la imputación de los hechos o juicios deshonrosos se produce *directamente*, ante la víctima, en fin, cuando existe una *relación bipolar*, estaremos ante la injuria; por el contrario, si la ofensa se ha realizado en presencia de un tercero, siendo éste objeto de tergiversación o instrumentalización, se habrá dado un supuesto de difamación caracterizada por una *relación triangular*<sup>527</sup>.

#### 3.3.1 “Difamação”

En primer lugar, en lo que se refiere al delito de *difamação* del art. 180<sup>528</sup>, su tipo objetivo viene caracterizado por tres modalidades de comportamiento comisivo: a) imputación de un hecho ofensivo para la honra de la víctima, b) formulación de un juicio deshonroso para la víctima, c) reproducción de las imputaciones o juicios que

---

<sup>526</sup> FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., pp. 14, 15 y 98. También a favor de la posibilidad de que los fallecidos tengan honra y, por ello, sean susceptibles de ser ofendidos por medio de la conducta difamatoria, SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes...*, op. cit., pp. 122 a 125, para quien cuando se profiere una ofensa contra un muerto en ausencia de todo interés histórico, entonces sí puede apreciarse delito de difamación. Como ya hiciera con las ofensas colectivas, la construcción de SILVA ARAÚJO es posible si entendemos que la difamación implica un ataque a la honra o a la consideración-buen nombre por lo que la ofensa dirigida a un fallecido supondría un atentado contra su buen nombre y, por consiguiente, una difamación (*op. cit.*, p. 123).

<sup>527</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 608.

<sup>528</sup> Artigo 180º. Difamação. 1 - Quem, dirigindo-se a terceiro, imputar a outra pessoa, mesmo sob a forma de suspeita, um facto, ou formular sobre ela um juízo, ofensivos da sua honra ou consideração, ou reproduzir uma tal imputação ou juízo, é punido com pena de prisão até 6 meses ou com pena de multa até 240 dias.

anteriormente hubo hecho otro y que, por consiguiente, le son ajenas<sup>529</sup>. En cualquiera de esas conductas típicas se cumpliría el contenido etimológico del concepto de difamación como el que propone SILVA ARAÚJO: difamar proviene de “*dis - famare*”, de donde puede colegirse que la “difamación” sería una negación o disminución (“*dis*”) de la reputación u opinión pública (“*fama*”)<sup>530</sup>. Una reducción tal deriva, a su vez, de la reprobación ético-social en que consiste la difamación<sup>531</sup> y que se produce, necesariamente, en presencia de un tercero al que se dirigen las descalificaciones o imputaciones de hechos sobre la víctima<sup>532</sup>. Finalmente, conviene precisar que el conocimiento de lo que se dice o se imputa puede concurrir en mero grado de “sospecha”, lo que da cabida dentro del art. 180º a las imputaciones de hechos o formulaciones de juicio inequívocamente deshonrosas, “que no presenten la más mínima duda, pero también a aquellas recubiertas del manto perverso y destructivo de la sospecha”<sup>533</sup>.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, en la realización de las conductas tipificadas tiene que concurrir dolo, en el sentido del art. 4 del Código Penal portugués<sup>534</sup>, ya sea dolo directo o eventual (aun admitiendo que puede estar

---

<sup>529</sup> En este último supuesto el agente no tiene la misma convicción respecto de lo afirmado que la que tiene quien auténticamente lo pronunció, pero al reproducir la imputación o juicio, se adhiere positivamente a su contenido. En palabras de SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 12, “*reproduzir significa, neste contexto, precisamente, divulgar uma afirmação alheia que não é, portanto, objecto de uma convicção própria, [...] relacionando-se positivamente com o seu conteúdo*”. También LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., 470.

<sup>530</sup> SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes...*, op. cit., pp. 30 y 31.

<sup>531</sup> *Ac. Da Rel. Lisboa de 96/02/06, CJ XXI, 1, 156: “a difamação pode definir-se como a atribuição a alguém de facto ou conducta, ainda que não criminosos, que encerre em si, uma reprovação ético-social*”. Así, LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., pp. 469 y 491.

<sup>532</sup> Debe entenderse por hecho aquello que acontece, aquello que es un dato real de la experiencia, un juicio de afirmación sobre una realidad exterior, un juicio de existencia incontestable; mientras, el juicio va más allá y se refiere al valor o grado de consecución de un idea, cosa o hecho, más que como una apreciación relativa a la existencia de una idea o de una cosa. *Vid.*, así, FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 609. En la misma línea, PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, op. cit., p. 496; SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 14.

<sup>533</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 611, “*a imputação de factos ou a formulação de juízos desonrosos podem ser inequívocas, não apresentarem a mínima dúvida, ou podem estar recobertas pelo manto perverso e acutilante da suspeita*”. Hemos traducido “*acutilante*” como *destructivo*, en el sentido de que la sospecha mina poco a poco, destruye, golpea, debilita la confianza, aproximándonos así al significado de “*acutilante*” (de *acutilar* + *suffixo -ante*) que proporciona el *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea da Academia das Ciências de Lisboa: “Que fere, que golpeia, que acutila; que penetra, que perfura*”. O, en las palabras, de LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 470, tanto con grado de certeza como careciendo de confirmación (“*sem o carácter de certeza, como que carecendo de confirmação*”).

<sup>534</sup> *Artigo 14º. Dolo. 1 - Age com dolo quem, representando um facto que preenche um tipo de crime, actuar com intenção de o realizar. 2 - Age ainda com dolo quem representar a realização de um facto que preenche um tipo de crime como consequência necessária da sua conduta. 3 - Quando a realização*

cometiendo un delito y sin estar bajo engaño, el agente actúa exponiéndose a las consecuencias de su acción). Existe acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia portuguesas en torno a la no exigencia de un dolo específico en la conducta injuriosa, difamatoria o calumniosa, consistente en la especial voluntad de ofender el honor ajeno, sino que es bastante el dolo genérico, la conciencia de que la conducta puede provocar tal efecto lesivo<sup>535</sup>. No es menos cierto que tal acuerdo se ha alcanzado de forma progresiva. Tiempo atrás la jurisprudencia y un sector de la doctrina sostenían opiniones opuestas a las actuales, entendiendo que el delito de difamación exigía la concurrencia de un ánimo específico de ofensa del honor ajeno. Así se manifestaba, entre otros, SILVA ARAÚJO afirmando que “si no hay dolo, intención, esto es, si no se verifica el *animus diffamandi*, si no hay propósito deliberado de ofender la honra o consideración ajenas, no hay crimen”<sup>536</sup>. Esto advertido, repetimos que la tesis partidaria de exigir el ánimo difamatorio en la realización del tipo, aunque actualmente pueda parecernos desfasada y superada, era coherente con el grado de desarrollo y evolución del pensamiento jurídico del momento. Sucedió así en todos los países de la cultura jurídica occidental, que han experimentado una evolución similar hacia nuevos planteamientos.

Llegados a este punto, es momento de analizar el ámbito de actuación de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis* en la regulación portuguesa de los delitos contra el honor. A tales efectos, dispone el art. 180º.2 que la conducta difamatoria no será punible cuando, cumulativamente, concurren dos condiciones: a) que la imputación del hecho deshonroso se haya hecho para la salvaguarda de intereses legítimos; y b) que el agente pueda probar la verdad de la imputación o, al menos, que tenía sólidos

---

*de um facto que preenche um tipo de crime for representada como consequência possível da conduta, há dolo se o agente actuar conformando-se com aquela realização.*

<sup>535</sup> Ac. Da Rel. Do Porto de 88/02/03, CJ XIII, 1, 233; Ac. Do STJ de 88/02/18, BMJ 374-218; Ac. Da Rel. Do Porto de 86/06/11, BMJ 358-606. En la doctrina, *vid.*, así, FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito..., *op. cit.*, p. 133; LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, *op. cit.*, pp. 471 y 478; FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 612; MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, *op. cit.*, p. 667; PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, *op. cit.*, p. 496; SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, *op. cit.*, p. 36; BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas..., *op. cit.*, pp. 183 a 185 y 196 a 202, especialmente p. 200. Concretamente, FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, *op. cit.*, p. 59, después de catalogar los delitos de difamación e injuria como delitos de peligro abstracto, sostiene que basta la conciencia de la genérica peligrosidad de la conducta o del medio de acción previsto en las normas incriminadoras respectivas.

<sup>536</sup> SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes...*, *op. cit.*, p. 33, “*se não houver dolo, intenção, isto é, se não se verificar o animus diffamando, se não houver o propósito deliberado de ofender a honra ou consideração alheias, não há crime*”. El mismo autor recuerda en varias ocasiones que la intención difamatoria tiene que ser probada y no basta con presumirla o deducirla de las palabras pronunciadas (*op. cit.*, pp. 38, 39 y 45).

fundamentos para confiar, de buena fe, en la verdad de sus afirmaciones<sup>537</sup>. Queda, de este modo, consagrada la regla general de la operatividad de la prueba de la verdad (con las excepciones que a continuación detallaremos) en atención a la aceptación de que “la paz social [la ausencia de ataques al honor personal] no debe ser conseguida con el sacrificio de la verdad de las relaciones sociales [impidiendo probar la veracidad de las afirmaciones formuladas], única base viable para una paz auténtica entre los hombres”<sup>538</sup>.

Respecto al elemento “intereses legítimos”, éstos deben interpretarse en el sentido de “interés públicos”, que conciernan a la comunidad<sup>539</sup>. El interés legítimo se convierte, entonces, en el verdadero fundamento de la postergación del derecho al honor, como concluye FERNANDES DE OLIVERIA MENDES<sup>540</sup>. El segundo elemento, el de la demostración de la verdad de lo imputado o formulado, o de la existencia como mínimo de serios indicios favorables a su veracidad nos sitúa en el ámbito de la función pública de la prensa y ante el cumplimiento de las reglas de cuidado del gremio de los periodistas o informadores. Se trata de una potencial fuente de conflictos que FARIA COSTA describe con tal precisión que bien merece reproducir aquí sus palabras:

*“Que, en muchas circunstancias, haya una relación conflictual entre el derecho al informar o a ser informado, y el derecho de cada uno a ver preservados sus bienes o valores más esenciales (el honor, la dignidad), es*

---

<sup>537</sup> Artigo 180º.2. 2 - A conduta não é punível quando: a) A imputação for feita para realizar interesses legítimos; e b) O agente provar a verdade da mesma imputação ou tiver tido fundamento sério para, em boa fé, a reputar verdadeira.

<sup>538</sup> Palabras del Prof. Eduarco CORREIA en la Comisión de Codificación, recogidas por LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 471, “... a paz social ñao deve ser conseguida com o sacrifício da verdade nas relações sociais, única base viável de uma paz autêntica entre os homens”; también, MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, op. cit., p. 666; FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., p. 52.

<sup>539</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., pp. 617 y 618, un hecho es de interés público cuando, a pesar de su “relevância directa é limitada apenas a algumas pessoas”, llega a “asumir um significado emblemático para a vida da colectividade inteira”; “[...] o interesse legítimo ñao decorre necessariamente da circunstancia de a pessoa atingida pela crónica pertencer à vida pública...”; así también, PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, op. cit., p. 497. Por su parte, SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 38, añade también que tal interés ha de ser conforme al orden jurídico. Es más, finalmente el requisito de su adecuación al orden jurídico suele jugar el papel determinante en tanto pueden existir intereses privado cuya repercusión sobre el conjunto de la colectividad sea reducida, y que, sin embargo, sean intereses privados legítimos por estar ajustados al orden jurídico, como defiende FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., pp. 65 y ss. Es decir, la legitimidad del interés depende de que esté sea tutelado por el orden jurídico, cualquiera que sea la razón de tal tutela, sin que sea decisivo la relevancia del interés en cuestión (op. cit., p. 67).

<sup>540</sup> FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., p. 76.



*una realidad tan palpable y tan inmediatamente aprehensible que cualquier desatención no puede pasar desapercibida. Y porque las actuales sociedades modernas (plurales) garantizan -y así se adhieren a otras- de la forma más vehemente aquellos segmentos fundamentales de la trama ético-social inherente al desarrollo individual y comunitario, todos están de acuerdo en que el legítimo distorsión de la libertad de imprenta, cuando ofende otros bienes jurídicos, especialmente a bien jurídicos de naturaleza personalísima, merece una sanción criminal”<sup>541</sup>.*

El tenor literal del art. 180°.2 abre un abanico amplio de opciones al periodista favoreciendo el ejercicio de la libertad de expresión como corresponde a cualquier sociedad democrática, pero conjugando ese interés con la existencia de otros derechos, como el del honor-honra, que actúa aquí como *fortaleza* ante la libertad de expresión e información<sup>542</sup>, situándose todos ellos en un mismo nivel jerárquico<sup>543</sup>. El art. 180°.2 no exige que los hechos imputados hayan de ser estrictamente verdaderos, sino que, en atención al riesgo inherente a la actividad periodística y dado que la comprobación de la veracidad de los hechos públicos no puede revestirse de las exigencias de comprobación científica o judicial<sup>544</sup>, se admite igualmente la prueba de que, en atención a la buena fe (que no debe igualarse a una simple convicción subjetiva<sup>545</sup>), existían serios o sólidos fundamentos para creer, *a priori*, en la veracidad de las informaciones. En este segundo caso, la confianza en la eventual veracidad procederá del cumplimiento del genérico “deber de información”, tal y como impone el apartado 4º del mismo precepto<sup>546</sup>; a su

---

<sup>541</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 46, “*que, em muitas circunstâncias, haja uma relação conflictual entre o direito de informar, e até o dever de informar, e o direito de cada um de ver preservados alguns dos seus bens ou valores mais essenciais (a honra, a dignidade), é realidade tão palpável e tão imediatamente apreensível que mesmo ao mais desatento olhar não passa despercebida. E porque as actuais sociedades modernas (plurais) garantem - e bem, acrescente-se - da forma mais vehemente aqueles dois segmentos fundamentais da trama ético-social inerente ao desenvolvimento individual e comunitário, todos concordam que o ilegítimo desvirtuamento do direito de liberdade de imprensa, quando ofenda outros bens jurídicos, nomeadamente bens jurídico de natureza pessoalíssima, deve merecer uma sanção criminal*”.

<sup>542</sup> OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.: “Sociedade da informação e liberdade de expressão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLVIII, 1 y 2 (2007), p. 12. Siguiendo a FARIA COSTA, J. F.: *Direito...*, op. cit., p. 59, este precepto refleja la voluntad del legislador de hacer efectiva la igualdad entre el derecho a informar y el derecho al honor, haciendo posible su convivencia en términos armónicos.

<sup>543</sup> *Vid.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito...”, op. cit., p. 101.

<sup>544</sup> *Vid.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito...”, op. cit., p. 171; FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., p. 74.

<sup>545</sup> SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., p. 44, “*é necessário que o arguido apresente os fundamentos em que assenta essa convicção, de modo que o tribunal possa apreciar a respectiva suficiência*”; FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 623, “*a boa-fé não pode significar uma pura convicção subjetiva por parte do jornalista na veracidade dos factos...*”; PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, op. cit., p. 497.

<sup>546</sup> *Artigo 180°.4. A boa fé referida na alínea b) do nº 2 exclui-se quando o agente não tiver cumprido o dever de informação, que as circunstâncias do caso impunham, sobre a verdade da imputação.*

vez, la observancia de este deber dependerá del cuidado en “la obtención de la información, en la selección y credibilidad de las fuentes, en el aplazamiento de la publicación cuando se alberguen dudas, etc.”<sup>547</sup>. Fuera de estos casos, cuando el derecho a la información se concreta en hechos que no son verdaderos o que no pueden ser tildados justificadamente o fundadamente como tales, la prensa debe asumir los riesgos de su conducta<sup>548</sup>.

Y, finalmente, no podemos dejar de apuntar que la prueba de la verdad se ve restringida por un límite importante, cual es su inoperancia cuando los hechos imputados se refieran a la intimidad de la vida privada y familiar, *ex art. 180º.3*<sup>549</sup>. Es decir, ante el eventual conflicto entre varios derechos básicos (libertad de expresión, derecho al honor, derecho a la intimidad privada y familiar), el legislador penal opta por privilegiar el derecho al honor y el derecho a la intimidad de la vida privada y familiar frente a la libertad de expresión, en tanto que no autoriza la prueba de la verdad y condena indefectiblemente las expresiones proferidas como atentado al derecho al honor. No obstante, el propio precepto consiente la prueba de la verdad, aun en el caso de que los hechos sean atinentes a la intimidad de la vida privada y familiar, cuando el agente actuó bajo alguna de las causas de exclusión de la ilicitud del art. 31º.2. b) ejercicio de un derecho, c) cumplimiento de un deber impuesto por la ley o por orden de una autoridad legítima, y d) con consentimiento del titular del interés jurídico lesionado. Es, por ello, como defiende FAIRA COSTA, un régimen de excepción a la excepción<sup>550</sup>.

---

<sup>547</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 623, “no cuidado na recolha de informações, na seleção e credibilidade das fontes, no adiamento da publicação caso a versão mais provável ainda não seja suficientemente forte, etc.”; SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

<sup>548</sup> FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito...”, *op. cit.*, p. 172.

<sup>549</sup> Artigo 180º.3. 3 - Sem prejuízo do disposto nas alíneas b), c) e d) do nº 2 do artigo 31º, o disposto no número anterior não se aplica quando se tratar da imputação de facto relativo à intimidade da vida privada e familiar. En el precepto indicado se contienen realmente dos límites para el ejercicio de la prueba de la verdad: a) el ámbito de la intimidad de la vida privada familiar (ya comentado), y b) “la imputación de hechos relativos a...”. Por tanto, la *exceptio* no desplegará sus efectos cuando la injuria o la difamación se haya cometido por la vía de un juicio de valor. Y esta regla rige para las difamaciones (art. 180º.3) y para las injurias (art. 181º.2, por remisión, a su vez, al art. 180º.3); en conexión con lo anterior, no estamos de acuerdo con LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, *op. cit.*, p. 473, cuando sostiene que la excepción “imputación de hechos” sólo es aplicable en el delito de injurias, pues también lo sería en el de difamación (art. 180.3º). En este sentido, nos hallamos en la misma línea que SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, *op. cit.*, p. 14, aunque este autor refiera sus apreciaciones al antiguo art. 164º.2, las cuales son, sin embargo, extrapolables a nuestra discusión.

<sup>550</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal Especial...*, *op. cit.*, p.109; del mismo, “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 624, “verifica-se, aqui, um jogo de excepção à excepção...”.

### 3.3.2 “Injúria”

En cuanto al régimen jurídico de la injuria<sup>551</sup>, las similitudes con el de la difamación son numerosas, circunstancia que facilitará nuestro estudio. Sin duda, el bien jurídico sigue siendo el mismo: el honor en su doble vertiente de honra y consideración. En el tipo objetivo observamos se contemplan dos conductas comisivas típicas de la difamación: a) imputación de hechos, b) formulación de juicios deshonrosos, en la forma de “palabras ofensivas”, término que resulta novedoso en su denominación, aunque la interpretación que del mismo debe hacerse no entrañe particularidades. Desaparece, por el contrario, la tercera modalidad consistente en la reproducción de las imputaciones o juicios deshonrosos. En este punto es preciso advertir que ni las difamaciones ni las injurias distinguen si el medio delictivo ha sido la palabra o el escrito, pues en virtud del art. 182<sup>o</sup><sup>552</sup>, ambas quedan equiparadas a los efectos de subsunción en un mismo tipo penal<sup>553</sup>. Por todo lo anterior, nos mantenemos la circunstancialidad o relatividad de los delitos contra el honor, cuya valoración no puede substraerse del ambiente social y cultural ni del momento histórico en el que fueron pronunciadas, de tal modo que la apreciación de las ofensas en un ambiente en el que, por las circunstancias que fuere, es frecuente un lenguaje más soez o vulgar, ha de ser más rigurosa que en otros escenarios más contenidos, desde el punto de vista de la agresividad verbal<sup>554</sup>.

---

<sup>551</sup> Artigo 181º. Injúria. 1 - Quem injuriar outra pessoa, imputando-lhe factos, mesmo sob a forma de suspeita, ou dirigindo-lhe palavras, ofensivos da sua honra ou consideração, é punido com pena de prisão até 3 meses ou com pena de multa até 120 dias.

<sup>552</sup> Cuyo tenor es el siguiente: “Equiparação. À difamação e à injúria verbais são equiparadas as feitas por escrito, gestos, imagens ou qualquer outro meio de expressão”

<sup>553</sup> Esta igualación es la que abre un campo de posibles conflictos entre el derecho al honor y la libertad de creación artística, libertad ésta que suele expresarse a través de imágenes. No cabe duda que al examinar un supuesto de libertad de creación artística vs. derecho al honor, debe tenerse en consideración que aquella debe disfrutar de un amplio espacio de proyección donde se respete el sentido poético y artístico de sus representaciones; en palabras de FOLQUE FERREIRA, E. A.: “Liberdade de Criação Artística, Liberdade de Expressão e Sentimentos Religiosos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLII, nº 1 (2001), p. 270, en el conflicto descrito debemos partir de un cierto posicionamiento previo favorable a la libertad artística por cuanto la lectura de una obra artística no consiste en operaciones cognitivas lógicas de identidad (verdadero/falso), sino que antes existe una prevalencia de la realidad poética sobre la realidad observada.

<sup>554</sup> LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 494; FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 630; SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes...*, op. cit., pp. 93 a 97; BELEZA DOS SANTOS, J.: “Algumas...”, op. cit., p. 167. Con carácter general, refiriéndose a la necesidad de atender a las circunstancias sociales e históricas en el conflicto entre el derecho a informar y el derecho al honor, FARIA COSTA, J. F.: *Direito...*, op. cit., p. 52.

Si el tipo objetivo no presenta diferencias, más que las meramente terminológicas, como ya adelantamos al inicio del estudio del régimen de los delitos contra el honor en Portugal, el contraste entre la difamación y la injuria sigue residiendo en la participación de un tercero. A diferencia de la conducta difamatoria, la injuria recae sobre la víctima de un modo más directo, sin mediación del tercero al que “se dirige la difamación”. En otras palabras, el precepto exige la presencia de la víctima. Qué deba entenderse por “presencia de la víctima” ya es cuestión discutida. Una corriente habla de “presencia activa” como aquella que otorga la posibilidad de réplica inmediata para neutralizar la lesión efectiva de la ofensa<sup>555</sup>. Otra opción interpretativa no estima que deba tratarse de una presencia estrictamente física o que dependa de la capacidad de respuesta, argumentando a su favor que ley no impone tal requisito<sup>556</sup>.

En cuanto al tipo subjetivo, son aplicables las observaciones formuladas anteriormente al respecto del dolo con que debía actuar el agente difamador, que debía ser dolo genérico<sup>557</sup>.

Por lo que se refiere a la *exceptio veritatis*, el régimen previsto para el delito de difamación se extiende también al delito de injurias, en virtud del apartado 2º del art. 181<sup>558</sup>. En atención a ello: a) sólo opera la prueba de la verdad respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos, y no respecto de la realizada a través de juicios de valor o palabras deshonrosas; b) es preciso que la imputación del hecho deshonroso se haya hecho para la salvaguarda de intereses legítimos, y que el agente pueda probar la verdad de la imputación o, al menos, que tenía sólidos fundamentos para confiar, de buena fe, en la verdad de sus afirmaciones; c) se excluye la prueba de la verdad aun

---

<sup>555</sup> SILVA DIAS, A.: *Alguns...*, op. cit., pp. 32 a 35 y, especialmente, nota al pie nº 26.

<sup>556</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 631. El autor alega que la exigencia de la “presencia activa” haría que no pudiera cometerse delito de injuria cuando la víctima fuera un disminuido mental que no tuviera capacidad de respuesta, lo cual constituiría una evidente violación de ley o fraude de ley. Además, los nuevos medios de comunicación electrónicos a distancia suplen por completo la necesidad de una presencia física, permitiendo que la víctima del delito de injurias pueda encontrarse a miles de kilómetros y que ello no obste para que se cometa el delito de injurias. Así, SILVA RODRIGUES, B.: *Direito Penal. Parte Especial. Tomo I. Direito Penal Informático-digital*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 391. Desde esta perspectiva, el autor citado propone reinterpretar el concepto “presencia” como “presencia virtual o electrónico-digital” a fin no dejar en la laguna de la impunidad conductas que se producen con una frecuencia creciente (op. cit., p. 391). Tampoco exige presencia física ni activa PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, op. cit., p. 500.

<sup>557</sup> Entre otros, Ac. Do STJ de 87/07/01, BMJ 369-593 (LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 497).

<sup>558</sup> Artigo 181º. 2. 2 - *Tratando-se da imputação de factos, é correspondentemente aplicável o disposto nos nº s 2, 3 e 4 do artigo anterior.*

siendo una injuria por imputación de hechos, cuando éstos afecten a la intimidad privada o familiar, salvo que tal imputación se haya hecho en ejercicio de un derecho, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley o por orden de una autoridad legítima, o con consentimiento del titular del interés jurídico lesionado.

Por otro lado, en cuanto a la penalidad aparejada a los ataques contra el honor, procedemos ahora con el análisis conjunto para las difamaciones y las injurias. En el primer caso, la difamación se castiga con pena de prisión de hasta 6 meses y de multa de hasta 240 días, mientras la pena de injuria asciende hasta los 3 meses como máximo de pena de cárcel y los 120 días de pena de multa. Estos marcos penales suscitan algunos comentarios. Así, se advierte que la previsión de dos castigos paralelos (prisión y multa) evidencia el intento del legislador de evitar tomar partido en el debate en torno a la conveniencia de despenalizar los delitos contra el honor, en tanto, por una parte, parece defender la importancia del bien jurídico honor reprimiendo los ataques a él dirigidos con pena de cárcel, pero al propio tiempo abre una puerta a la despenalización de tales ataques previendo también la pena de multa no privativa de libertad<sup>559</sup>.

Tanto en el caso de la injuria como en el de la difamación, los límites máximos y mínimos de estas penas pueden elevarse si concurren determinadas circunstancias relativas a la publicidad o difusión dada a las informaciones deshonrosas. Nos trasladamos mentalmente en tal caso al ámbito que FARIA COSTA ha bautizado como “*ámbito de la comunicación abierta*”<sup>560</sup>. En ese marco, los medios de comunicación social, que se identifican con la función pública de la imprenta o prensa, son, siguiendo una célebre cita de FIGUEIREDO DIAS, los que cumplen una actividad relativa a la formación democrática y pluralista de la opinión pública en materia política, social, económica y cultura<sup>561</sup>. Parece evidente que el precepto pretender perseguir más

---

<sup>559</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, p. 624.

<sup>560</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito...*, *op. cit.*, pp. 55 y 56, “... no domínio da chamada “*comunicação aberta*”.

<sup>561</sup> FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito...”, *op. cit.*, p. 136. Añade el citado autor que en esos ámbitos, la prensa ejerce su derecho fundamental a la información y goza de la completa garantía jurídico-constitucional (*op. cit.*, p. 136). Cabría preguntarse si la prensa puede actuar fuera de estos ámbitos merecedores de tutela jurídica; la respuesta es afirmativa, sin ninguna duda, pero en tales casos (por ejemplo, entretenimiento, curiosidades...), como precisa el propio FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito...”, *op. cit.*, p. 137, no cabe la función pública de imprenta ni la reivindicación de una particular protección fundada en la garantía jurídico-constitucional de la libertad de expresión e información. En la misma línea, MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, *op. cit.*, 668, y FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito...*, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Como conclusión, FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal*

severamente estos ataques por cuanto generan una mayor resonancia del ataque al honor<sup>562</sup>, ya sea porque se produce en entornos concurridos, ya sea porque se perpetra a través de medios, en ambos casos porque se acrecienta la divulgación del atentado al honor. Bajo la rúbrica “*publicidade e calúnia*” (publicidad y calumnia), dos supuestos atraen nuestra atención. El art. 183º. 1. A) regula las injurias y difamaciones propagadas “a través de medios o en circunstancias que facilitan su divulgación” a las que castiga con una pena de prisión cuyos límites máximo y mínimo de duración se elevan un tercio<sup>563</sup>; en sentido parecido, art. 183º.2 trata sobre las difamaciones e injurias cometidas “a través de medios de comunicación social”, que sujeta a una pena de prisión no inferior a dos años o una pena de multa no inferior a 120 días<sup>564</sup>.

### 3.3.3 “Calunia”

Finalmente, el Código Penal tipifica en el art. 183º.1.b) el delito de calumnias, junto a los delitos de injurias y difamación con publicidad. La calumnia castiga la imputación de hechos que resulten ofensivos para la honra y la consideración de la víctima, efectuada por el agente con conocimiento de su falsedad<sup>565</sup>, extremo que debe quedar averiguado y que constituye el dato definitorio y distintivo respecto de las otras figuras penales. Constituye la calumnia la forma “*mais perversa*” y maliciosa<sup>566</sup> de los crímenes contra el honor, consistente en una actuación vil y consciente de imputación

---

*Especial...*, op. cit., p.107, sostiene que no puede acogerse la máxima de que la imprenta, en ejercicio de su derecho a informar, realiza siempre intereses legítimos.

<sup>562</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, op. cit., p. 641. Cuando intervienen estos medios de comunicación, la gravedad objetiva es mayor, como apunta MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, op. cit., 676.

<sup>563</sup> *Artigo 183º. Publicidade e calúnia. 1 - Se no caso dos crimes previstos nos artigos 180º, 181º e 182º: A) A ofensa for praticada através de meios ou em circunstâncias que facilitem a sua divulgação [...] as penas da difamação ou da injúria são elevadas de um terço nos seus limites mínimo e máximo”.*

<sup>564</sup> *Artigo 183º. 2 - Se o crime for cometido através de meio de comunicação social, o agente é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa não inferior a 120 dias.*

Debe entenderse por medios de comunicación social aquellos que permiten que la ofensa pueda ser elevada a conocimiento de un núcleo más o menos expresivo o relevante de personas (“... *permiten que a ofensa possa ser levada ao conhecimento de um núcleo mais ou menos expressivo de pessoas*”). Así, LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código...*, op. cit., p. 505; FERNANDES DE OLIVEIRA MENDES, A. J.: *O direito...*, op. cit., p. 28; PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, op. cit., p. 498.

Así mismo, cabe apuntar que en estos medios de comunicación social las nuevas posibilidades tecnológicas de la Red (“el ambiente electrónico-digital”) constituyen un campo fértil y fecundo para la comisión de los delitos de injurias, difamaciones y calumnias. Sobre esta cuestión en la doctrina portuguesa, SILVA RODRIGUES, B.: *Direito...*, op. cit., pp. 386 a 392.

<sup>565</sup> *Artigo 183º. Publicidade e calúnia. 1 - Se no caso dos crimes previstos nos artigos 180º, 181º e 182º: b) Tratando-se da imputação de factos, se averiguar que o agente conhecia a falsidade da imputação..*

<sup>566</sup> MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código...*, op. cit., 677.

de hechos falsos, en la que la falsedad, como elemento objetivo del tipo, es la no adecuación o el desvío esencial (o en sumo grado) de unos hechos de o respecto de la realidad, y en la que el conocimiento de tal falsedad equivale a un nivel de certeza en la que no cabe la más mínima duda de que lo que uno sabe y lo que uno se representa<sup>567</sup>. La calumnia se castiga con los mismos marcos penales que la injuria y la difamación cometidas por medios (incluidos los medios sociales) o en circunstancias que facilitan su divulgación, *ex. art. 183°.1 y 2.*

#### 4. ITALIA

Italia posee uno de los regímenes jurídicos de protección penal del honor más sencillos en el contexto de la cultura jurídica continental europea, al menos desde el punto de vista nominal y numérico de las figuras penales dispuestas a tal fin. El *Codice Penale* italiano tipifica los delitos de injuria (“*ingiuria*”) y difamación (“*diffamazione*”) en los artículos 594 y 595, respectivamente, enmarcados en el Capítulo segundo del Título XII (“*delitti contro la persona*” -delitos contra la persona-), bajo la rúbrica “de los delitos contra el honor” (“*dei delitti contro l’onore*”). En fin, dos infracciones para la tutela jurídico-penal del honor. Prevé también el ordenamiento penal italiano el delito de calumnia, al que dedicaremos algunas reflexiones, sin embargo ya adelantamos que no se incluye en el capítulo de delitos contra el honor ni tampoco tiene por finalidad la protección del bien jurídico honor.

##### 4.1 EL BIEN JURÍDICO “ONORE”

La doctrina italiana ha reflexionado y discutido con entusiasmo sobre el controvertido bien jurídico honor, tal y como revela la abundante literatura producida durante décadas<sup>568</sup>. La cuestión lo merece, no en vano el honor no es un bien jurídico

---

<sup>567</sup> FARIA COSTA, J.: “Capítulo...”, *op. cit.*, pp. 642, 644 y 645. Por este motivo, precisa PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, *op. cit.*, p. 502, que la calumnia sólo admite las formas de dolo más graves en cuanto a la intención o dolo directo. Y, en conexión con lo anterior, la justificación de una calumnia no puede descansar en el argumento de la buena fe o convicción en torno a la veracidad de las afirmaciones, ya que el propio tipo objetivo excluye que una calumnia pueda realizarse en tales condiciones (PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário...*, *op. cit.*, p. 503).

<sup>568</sup> Así lo reflejan, entre otros, DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “Die Rolle der Ehre im Strafrecht in Italien”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlin/Freiburg i. Br., 2007, p. 301, “*die Ehre, ein Rechtsgut mit langer juristischen und ultureller Tradition, [...], ist in der*

fácilmente individualizable ni acotable y está dotado de una gran fragilidad y escasa aferrabilidad<sup>569</sup>. Todavía en la actualidad sigue siendo un tema recurrente, y a la luz de las nuevas tecnologías y de su evidente potencialidad lesiva para el citado interés jurídico, el honor se mantiene como un foco de atención para los penalistas italianos. Lo expuesto justifica que las opiniones de los juristas italianos (junto a los alemanes) constituyan una referencia imprescindible para quienes, como nosotros, pretenden profundizar y trazar una línea de interpretación e intelección del bien jurídico honor sólida y contrastada, inspirada en las propuestas más reputadas que se hayan formulado al respecto.

En el marco de estas aclaraciones introductorias debemos reflejar que la protección penal del honor se materializa en la ley penal italiana a través de las referencias a varios conceptos: honor, decoro y reputación. Así, la tipificación del delito de injurias alude a las realidades del “honor” y el “decoro”, mientras que en el delito de difamación existe una mención a la “reputación”. Sin embargo, la doctrina italiana ha sabido reconducir las tres realidades o referencias normativas proporcionadas por su Código Penal a la tradicional estructura bipartita. La solución más común ha pasado por igualar decoro y reputación, considerándolos conjuntamente como expresión del honor en su vertiente objetiva o externa. Y, en última instancia, todas estas realidades terminan conectando con la integridad moral de la persona, como BORCIANI bien sabe indicar: “bajo la denominación genérica *ofensa al honor* intentamos comprender indistintamente todas las lesiones que, con palabras o actos, se dirigen a golpear la integridad moral de la persona”,<sup>570</sup>.

Algunas voces gozan de una *autoritas* privilegiada en la doctrina italiana. Una de ellas es la de CARRARA, introductor de las *teorías fácticas* en Italia<sup>571</sup>. Distinguía tres componentes integrantes del honor, aunque bien podrán reconducirse a los dos habituales. Por un lado, el sentimiento de la propia dignidad (“*sentimento della nostra*

---

*italianischen Strafrechtswissenschaft immer noch Gegenstand einer lebendigen und spannenden Diskussion”.*

<sup>569</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Ingiuria e diffamazione”, *Digesto della Discipline Penalistiche*, VII, Torino, 1993, p. 32.

<sup>570</sup> BORCIANI, A.: *Le offese all’onore. I reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano*, 2ª edizione, Utet, Torino, 1927, p. 1.

<sup>571</sup> Estas concepciones fácticas imprimieron una notable influencia en el legislador penal italiano de 1930. Así, entre otros, CIVELLO, G.: *Il concetto penalistico di “onore”: per una concezione «relazionale» del bene giuridico tutelato*, <http://paduaresearch.cab.unipd.it/1834/1/CIVELLO.PDF>, p. 209.



*dignità*”), esto es, la mera aspiración instintiva de cada individuo a la conciencia de su mérito, de sus habilidades y de sus virtudes, independiente de cualquier cálculo y sólo dependiente del amor que se tiene a sí mismo. Este sentimiento de la propia dignidad constituye en sí mismo objeto del delito y por tanto, su lesión ya representa un delito contra el honor<sup>572</sup>. En segundo lugar, la estima o reputación establecida por otros (“*stima o riputazione appo gli altri*”) entendida como la opinión que los otros poseen de nuestras cualidades tanto espirituales como corporales o físicas. En este punto, ya estarían presentes los dos elementos tradicionales a los que se conecta el honor: el sentimiento de dignidad y la reputación social<sup>573</sup>.

ANTOLISEI también se encuentra entre los defensores de las corrientes fácticas. Distingue este autor aquello que entiende por honor de lo que realmente tutela el ordenamiento. Lo primero se identifica con el “entramado de condiciones de las cuales depende el valor social de la persona y, más concretamente, el conjunto de los derechos morales (honestidad, lealtad, etc.), intelectuales (inteligencia, instrucción, educación, etc.), físicos (salud, presencia, etc.) y de las otras cualidades que contribuyen a determinar la calidad del individuo en el ambiente en que vive”<sup>574</sup>. Esto advertido, apunta que el ordenamiento penal dispensa tutela jurídica a “dos especies” de honor: el perfil o “reflejo” subjetivo, “constituido por el aprecio que el individuo tiene de sus capacidades y, por extensión, del sentimiento del propio valor social”; y el perfil o “reflejo” objetivo, “representado por el juicio de los otros, y, concretamente, por la consideración en la que es tenido el individuo por el público dada la reputación de la que goza en la comunidad”<sup>575</sup>. Concluye finalmente que el sentimiento del propio valor social (“*sentimento del proprio valore sociale*”) y la reputación (“*reputazione*”) son el verdadero objeto de tutela penal en los delitos contra el honor, tal y como ponen de

---

<sup>572</sup> CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale (vol. III)*, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1880, p. 10 (§ 1704).

<sup>573</sup> CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale (vol. III)*, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1880, p. 13 (§ 1705). CARRARA añade un tercer elemento que, más bien, podría considerarse una proyección de la reputación o estima social: las ventajas materiales (“*materiali vantaggi*”) derivadas del buen nombre o reputación [*op. cit.*, p. 14 (§ 1706)].

<sup>574</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale (I)*, 15ª edizione, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 2008, pp. 199 a 202.

<sup>575</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, *op. cit.*, p. 202, “*il riflesso soggettivo è costituito dall’apprezzamento che l’individuo fa delle sue doti e, in sostanza, dal sentimento del proprio valore sociale. Il riflesso oggettivo è rappresentato dal giudizio degli altri, e precisamente dalla considerazione in cui l’individuo è tenuto dal pubblico dalla reputazione di cui egli gode nella comunità*”.

manifiesto las menciones del artículo 594 del Código Penal italiano al “honor”, como cualidad moral, y al decoro, como concepto comprensivo de las demás cualidades<sup>576</sup>.

MANZINI distingue entre honor y decoro-reputación, si bien en las normas penales el honor se equipara al decoro, que deviene, finalmente, en objeto de protección. Desde este punto de vista, tanto MANZINI como ANTOLISEI trazan una frontera entre *lo que se entiende por honor y lo que realmente entiende el ordenamiento por honor*<sup>577</sup>. El honor, componente de la incolumidad moral, es la opinión que una persona tiene de su propia honorabilidad; y el decoro, por su parte, es, desde una perspectiva subjetiva, la representación interna de lo que se considera consensuadamente conforme a la dignidad humana, mediatizada por el respeto elemental que cada hombre debe observar hacia la personalidad moral de los demás, desde una perspectiva objetiva. Ambos puntos de vista integran el concepto de “decoro”, y se implican respectivamente. La fusión de ambos se produciría en este punto o momento: “el decoro es el sentido de la propia dignidad personal (decoro objetivo), precisado y determinado por la idea de lo que, de conformidad con la opinión común, es socialmente exigible a todos” (decoro subjetivo)<sup>578</sup>.

Como un intento de superación de las teorías fácticas que reducían el honor a un hecho de la realidad, a un fenómeno social o psicológico<sup>579</sup>, surgieron provenientes de Alemania las *concepciones normativas* del honor, que encuentran en MESSINA a su principal exponente en la doctrina italiana, donde, sin embargo, se han manifestado de

---

<sup>576</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., pp. 202 y 203.

<sup>577</sup> Así mismo, como señala IACOVIELLO, F. M.: “*Dei delitti contro l’onore*”, LATTANZI, G. y LUPO, E.: *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina (volume XI, tomo primo: I delitti contro la famiglia. I delitto contro la persona)*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 2010, p. 637, los dos grandes tratadistas italianos coinciden en unificar el objeto de tutela pena, reuniendo sus distintos perfiles, aristas y realidades en un solo valor o interés.

<sup>578</sup> MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, 5ª edizione, Utet, Torino, 1985, p. 507, “... *é il senso della propria dignità personale, precisato e limitato dall’idea di ciò che, per la comune opinione, è socialmente exigibile da tutti*”. Así, también SPASARI, M.: *Sintesi de uno studio sui delitti contro l’onore*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1961, p. 4. Una pormenorizada relación de las deficiencias o debilidades de las teorías fácticas analizadas, puede consultarse en MANTOVANI, F.: *Diritto Penal. Parte Speciale. I. Dilitti contro la persona*, 4ª edizione, CEDAM, Padova, 2011, pp. 201 a 203; también en CIVELLO, G.: *Il concetto...*, op. cit., pp. 211 a 220.

<sup>579</sup> DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “*Die Rolle...*”, op. cit., p. 301, “*nach dieser Auffassung ist Ehre nichts anders als eine tatsache der Wirklichkeit, ein psychisches oder psychosozilogisches Phänomen ...*”.

un modo minoritario<sup>580</sup>. Esta construcción elaborada en estrecha relación con la dignidad y la personalidad como fundamentos se asienta sobre una visión del honor como un valor interno de la persona, de naturaleza originaria, como una marca irrenunciable de la dignidad social de la persona humana y del ser humano en cuanto tal<sup>581</sup>. Defiende MESSINA que el honor surge del entramado de las relaciones sociales; que el honor tiene sentido como factor de sociabilidad (“*fattore di sociabilità*”). Añade que el honor del individuo interesa a la comunidad de la que forma parte y, por lo mismo, la tutela del honor es, en última instancia, tutela del grupo social<sup>582</sup>. A partir de aquí, en términos similares a otros autores, MESSINA propone entender el honor como un valor unitario que en el plano jurídico se compone de dos perfiles que reciben protección jurídica<sup>583</sup>: el honor subjetivo o sentimiento del propio ciudadano y el honor objetivo o estima de la que goza el individuo en la comunidad, si bien no es cierto, afirma, que los tipos penales de la injuria y la difamación protejan separadamente cada una de estas perspectivas, sino que, todo lo más, puede aceptarse que en la injuria prevalece el aspecto subjetivo y en la difamación el objetivo<sup>584</sup>.

También FLORIAN mantiene una *concepción normativa* fuertemente anclada en la pertenencia del individuo al grupo social. Así, considera que “el ciudadano no es un momento fugaz, no es una molécula pérdida y autónoma, no es un número indefinible; bien al contrario, es una unidad concreta que se incorpora profundamente en el conjunto orgánico de la sociedad y del Estado, en el cual vive y se alimenta”. Su perspectiva colectivista se resume bien en esta frase: “la asunción del individuo como elemento y casi órgano del Estado implica que el Estado tutela el honor del individuo en cuanto coincida con su propio interés”<sup>585</sup>.

---

<sup>580</sup> GULLO, A.: “Il bene giuridico onore come oggetto di tutela dei delitti di ingiuria e diffamazione”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 14.

<sup>581</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte speciale (volumen II, tomo primero: I delitti contro la persona)*, 3ª edición, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, pp. 91 a 94, especialmente p. 92, “un irrinunciabile connotato della dignità sociale della persona umana e di ogni uomo in quanto tale”.

<sup>582</sup> MESSINA, S.: *Teoria Generale dei Delitti contro l'onore*, Libreris Richerche Editrice, Roma, 1953, p. 63, “l'onore del signolo interessa la comunità a cui egli appartiene e la tutela che lo concerne è tutela di un interesse del gruppo sociale. [...] L'onore sorge dall'intrecciarsi del complesso delle relazioni social; che l'onore ha senso quale fattore di socialità. Una nozione dell'onore non può guardare l'uomo isolato”.

<sup>583</sup> MESSINA, S.: *Teoria...*, op. cit., p. 86, “l'onore, come valore, è un concetto unitario. Ma come bene protetto si attea variamente secondo i diversi reati”.

<sup>584</sup> MESSINA, S.: *Teoria...*, op. cit., p. 87, “E' vero che nell'uno prevale la considerazione del sentimento del signolo, nell'altro la considerazione della stima che si gode in un ambiente sociale”.

<sup>585</sup> FLORIAN, E.: *Ingiuria e diffamazione. Sistema dei delitti contro l'onore secondo il código penale italiano*, 2ª edición, Società Editrice Libreria, Milano, 1939, p. 190, “il cittadino non é un attimo

En esta teoría, no exenta de aspectos conflictivos, se prescinde de las perturbadoras referencias externas o fácticas (la opinión favorable del sujeto o de los terceros respecto del mismo) que conducían indefectiblemente a la “*psicologizzazione*” del honor y que subordinaban el valor del hombre a la opinión del propio titular del honor y del grupo social que lo rodeaba, según la explicación de MANTOVANI<sup>586</sup>.

Para superar las concepciones fácticas y normativas, surgieron las teorías mixtas o fáctico-normativas, con origen nuevamente en la doctrina germánica y que proponían una concepción compleja del bien jurídico honor que tuviera en consideración la precisa y real percepción que el sujeto tiene de su dignidad y la percepción que tiene la sociedad en la cual él actúa y vive.

Como estadio más desarrollado de estas teorías mixtas, tomó forma en los años setenta una nueva línea de intelección del bien jurídico honor. Se considera esta teoría como una perfecta síntesis de las tensiones y dicotomías arrastradas desde hacía tiempo entre valores y hechos, normatividad y facticidad, aspectos normativo-valorativos y descriptivo-empíricos<sup>587</sup>. Se trata de la *concepción personalista o constitucionalmente orientada del bien jurídico honor* (“*conforme alla Costituzione*”), cuyo principal valedor es MUSCO. Constitucionalmente orientada, en primer lugar, porque de la declaración del artículo 3 de la Constitución italiana sobre el reconocimiento de la dignidad social de los ciudadanos, el autor eleva el respeto del honor de la persona a la consideración de límite de relieve constitucional (“*relievo costituzionale*”) de la libertad de manifestación del pensamiento<sup>588</sup>. Y, en segundo lugar, porque propone una construcción doctrinal en la que se considere la incriminación de la injuria y la difamación como la traducción, en términos penales, del principio constitucional. MUSCO parte del error que supone concebir de manera aislada y estrictamente autónoma las realidades estática y dinámica del honor, esto es, no puede admitirse una

---

*fuggente, non una molecola spreduta ed autonoma, non un numero indefinibile, bensì un'unità concreta, che s'incorpora intimamente nel tutto organico della compagine sociale e dello Stato, il quale ne vive e vi si alimenta*” [...]. “*L'assunzione dell'individuo come elemento e quasi organo dello Stato, trae ad implicazione [...] che lo Stato tuteli l'onore dell'individuo in quanto coincida col suo interesse*”.

También forma parte de este reducido grupo de juristas italianos partidarios de las concepciones normativas JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria e diffamazione*, Utet, Torino, 1953, p. 22.

<sup>586</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 203 y 204.

<sup>587</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “*Inguiria...*”, op. cit., p. 33.

<sup>588</sup> MUSCO, E.: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1974, p. 138.

concepción exclusivamente volcada sobre elementos fácticos ni, tampoco, sobre elementos normativos, respectivamente<sup>589</sup>.

Su teoría se edifica sobre una visión del honor en clave “personal-relacional”; en otras palabras, la persona desarrolla relaciones en distintos niveles: en un primer momento, necesita de un ámbito de autonomía como presupuesto indispensable para poder desarrollar, de modo personal, su propia originalidad, y, en este sentido, el honor se convierte en un objeto de tutela personalísimo, pero, al propio tiempo, inserto en el contexto social de referencia del comportamiento personal<sup>590</sup>; a partir de esa afirmación de la autonomía, el sujeto puede relacionarse en el contexto social exigiendo el respeto de su “relacionalidad” (“relazionalità”)<sup>591</sup>. En tanto se garanticen y salvaguarden estas relaciones, se darán las condiciones para que la persona logre su desarrollo personal en el seno de una comunidad en la que todos los miembros son iguales. Y aquí llega la conclusión de MUSCO:

*“su negación [de las relaciones de reconocimiento] perjudica la autonomía del individuo y le obliga a una nueva actividad de creación y a su consiguiente protección. La violación del honor es, por tanto, en última instancia, la violación de la relación de reconocimiento, que tiene por contenido la dignidad social del hombre”<sup>592</sup>.*

MANTOVANI, también firme partidario de la teoría constitucionalmente orientada del bien jurídico honor, señala como ventajas de esta propuesta, entre otras: a) la consideración del honor como un *atributo originario* (“*attributo originario*”) e

---

<sup>589</sup> MUSCO, E.: *Bene...*, op. cit., pp. 140, 142 y 143.

<sup>590</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 34.

<sup>591</sup> CIVELLO, G.: *Il concetto...*, op. cit., pp. 249 a 253, propone una concepción “relacional” del honor, a través del instrumento de la filosofía dialéctica, que en muchos aspectos es heredera de las tesis de MUSCO.

<sup>592</sup> MUSCO, E.: *Bene...*, op. cit., pp. 145 a 147, especialmente pp. 146 y 147, “*la sua negazione, viceversa, pregiudica l'autonomia del singolo e lo obbliga ad una nuova attività di creazione e di conseguente protezione. La violazione dell'onore è dunque, in ultima analisi, violazione del rapporto di riconoscimento, che ha per contenuto la dignità sociale dell'uomo*”. En definitiva, como sostienen DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “Die Rolle...”, op. cit., p. 304, en la propuesta de MUSCO, las injurias y las difamaciones no son sino las más graves formas de lesión de las relaciones de reconocimiento (“*Beleidigung und üble Nachrede seien danach nichts anderes als verschiedene und unterschiedlich schwere Formen der Verletzung eines solchen Anerkennungsverhältnisses*”). Con lo expuesto basta para reunir las piezas de una visión panorámica de la propuesta de MUSCO; además, por su importancia y sus aciertos, constituirá un importante punto de referencia en las reflexiones que emprendemos más adelante en esta investigación, por lo que volveremos a las teorías de MUSCO en otro momento.

No podemos por menos de mencionar lo llamativa, por inexplicable, que nos resulta la denominación de las tesis de MUSCO como teoría “normativa”, efectuada por IACOVIELLO, F. M.: “*Dei delitti...*, op. cit., p. 636.

intrínseco de la persona humana (“*valore intrínseco della stessa*”), que puede ser tutelado objetivamente; b) la concepción del honor como un valor igualitario que no consiente la multiplicación y parcelación de los honores (“*moltiplicazione e parcellizzazione degli onori*”) en atención a razas, sexos, religiones, lenguas, opiniones políticas ni condiciones personales o sociales; c) una construcción del honor escrupulosamente respetuosa con las bases constitucionales porque, al surgir de la norma fundamental, permite delimitar el contenido de este medio por referencia a valores constitucionalmente significativos (“*valori costituzionalmente significativi*”) y a otros jurídicos y socioculturales constitucionalmente no incompatibles (“*tutti gli altri valori giuridici o socioculturali, costituzionalmente non incompatibili*”)<sup>593</sup>. Como particularidad, MANTOVANI no cree que una concepción tal del honor impida admitir que, aun emanando de un mismo interés que los engloba, la injuria y la difamación protegen perfiles diversos del honor: la injuria tutelaría el honor en sentido estricto como conjunto de cualidades que caracterizan a la persona, mientras que el objeto de la difamación sería el decoro entendido como conjunto de las actitudes que, sin incidir en la estima o valía del sujeto, repercuten sobre el respeto del que es digno<sup>594</sup>.

La jurisprudencia italiana parece aproximarse a esta concepción constitucionalmente orientada resaltando en sus pronunciamientos la vinculación del honor con la dignidad personal a través de referencias a los artículos 2 y 3 de la Constitución<sup>595</sup>. Así, se propone una construcción del honor conectada con el concepto de la dignidad de la persona, consistente en el reconocimiento de su identidad y en la intelección del honor como un atributo emanado de la personalidad individual y que impone el deber de respeto mínimo de un *honor*, igualmente, *mínimo*:

---

<sup>593</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 205 y 206.

<sup>594</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 208 y 209. Frente a tal opción diversificadora, MUSCO, E.: *Bene...*, op. cit., pp. 148 y 149, partía de una concepción unitaria del honor en cuya virtud el decoro aisladamente no podía constituir objeto de tutela penal.

<sup>595</sup> Artículo 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquél desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social (“*Articolo 1. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”).

Artículo 3.1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales (“*Articolo 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali*”).

*“la tutela penal del honor, en virtud del art. 594 del Código Penal, debe limitarse a un mínimo cierto, en el bien entendido de que, a fin de determinar si ha resultado lesionado el bien jurídico protegido por la norma, debe basarse en una media convencional, en conexión con la personalidad del ofendido y del ofensor”*<sup>596</sup>.

Ya ANTOLISEI hablaba de un *honor mínimo* merecedor en todo caso de tutela penal y que había sido conquistado por la civilización moderna (o por la civilización cristiana, para MANZINI<sup>597</sup>), frente a la infamia legal y los privilegios sociales de épocas pretéritas, que debe reconocerse a cualquier individuo por el solo hecho de ser persona, hombre; y este umbral mínimo de respeto no se identifica con la simple verdad, sino que va más allá, es decir, existen alusiones ajustadas a la verdad que, sin embargo, son ofensivas<sup>598</sup> y que, por lo mismo, burlan la línea infranqueable de la consideración mínima debida. Esto advertido, existe también un honor especial, cualificado o adquirido, que se proyecta como especificación o materialización de la personalidad de un individuo en consonancia con la variedad o la importancia mayor o menor de las tareas desarrolladas por él en la comunidad<sup>599</sup>.

En conexión con la noción de honor mínimo surge la cuestión de la objetividad de la noción de honor, que venimos analizando en todas las regulaciones estatales. Ya hemos afirmado varias veces que la tutela penal del honor persigue la defensa de la valía o la categoría humana en que se tiene cada persona y que se merece por el hecho mismo de serlo. Sin embargo, ello no puede conducir a la creencia errónea de que el Derecho salvaguarda los *sentimientos individuales* de cada persona, ya que, al contrario, la *particular susceptibilidad* de la víctima no puede ser tomada en consideración por el Derecho<sup>600</sup>. Esta vocación de generalidad u homogeneidad que acabamos de señalar se

---

<sup>596</sup> Cass, II, 8. 7. 32, in *Guist.pen.*, 1933, II, 74: “*la tutela penale dell'onore ex art. 594 c.p. deve limitarsi ad un minimum certo, nel senso che, al fine di accertare se sia stato leso il bene giuridico protetto dalla norma, occorre basarsi su una media convenzionale, in rapporto alla personalità dell'offeso e dell'offensore*”.

<sup>597</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 508.

<sup>598</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 205

<sup>599</sup> SPASARI, M.: *Sintesi...*, op. cit., 11; BISORI, L.: “I delitti contro l'onore”, CADOPPI, A., CANESTRASI, S., PAPA, M.: *I reati contro la persona (II. Reati contro l'onore e la libertà individualae)*, Utet, Milano, 2006, p. 7.

<sup>600</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 205; MESSINA, S.: *Teoria ...*, op. cit., pp. 73 y 74; CULTRERA, S.: *Diffamazione, Internet e libertà di stampa*, Halley Editrice, Matelica, 2006, p. 28. Además, tengamos en cuenta que en la tutela penal del honor no sólo se protege al individuo, sino que, como señala JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria...*, op. cit., p. 7, también subyace en estos delitos el interés público en la eliminación de cualquier rencor y resentimiento entre los ciudadanos a fin de que cada uno vea respetada su protección de la buena fama (“... *interesse pubblico di allontanare ogni causa*”).

matiza con las ideas de *relatividad* y *circunstancialidad* en virtud de las cuales la ofensividad de una expresión debe valorarse en atención al contexto social y temporal, así como a la posición social del injuriado. Es, en definitiva, la “regla de la valoración social del honor” (“*regole della valutazione sociale dell’onore*”) de MESSINA: “el honor tutelado por el derecho es aquello que se determina a través de reglas sociales conforme a una valoración media”. Tan es así que, añade el mismo autor, “el concepto jurídico de honor recibe su contenido sólo y exclusivamente de las valoraciones sociales medias”<sup>601</sup>.

Por último, debemos referirnos a una concepción alternativa del honor todavía muy minoritaria en la doctrina italiana, aunque quizá el paso del tiempo arroje más partidarios, y que trae causa de la construcción del jurista alemán AMELUNG del “honor como presupuesto de la comunicación”. En el país alpino el defensor de esta corriente es TESAURO. Conforme a los autores citados, el honor es un factor determinante de las relaciones o interacciones comunicativas. El centro de gravedad de la teoría es la noción de *honor medio* u *honor mínimo*, que constituye el umbral mínimo del honor, corresponde a todo hombre y representa el presupuesto para la instauración de una relación comunicativa o, en otras palabras, “el punto de salida para la activación del circuito de las comunicaciones” (“*partenza per l’attivazione del circuito della comunicazione*”)<sup>602</sup>, de modo que una lesión del honor provoca un efecto modificativo del nivel *standard* (medio) del entramado comunicativo, debido al cual el sujeto sufre

---

*di rancore e di dissidio fra i cittadini, che nell’interesse particolare di ogni consociato di veder rispettato il suo protetta la sua buona fama”*).

<sup>601</sup> MESSINA, S.: *Teoria...*, op. cit., p. 71, “*l’onore tutelato dal diritto è quello determinabile attraverso regole social secondo valutazioni medie. [...] Il concetto giuridico di onore recieve contenuto solo ed esclusivamente dalle valutazioni social medie*”. En esta línea, también IACOVIELLO, F. M.: “*Dei delitti...*, op. cit., pp. 637 a 640, especialmente p. 637, “... un concetto di onore ancorato ad una “*media convenzionale*”, che tenga conto del rolo professionale e dell’ambiente sociale dell’offeso”; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti contro l’onore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 43.

En este punto, puede resultar difícil, aunque resulta absolutamente conveniente, establecer una frontera entre la defensa de la relatividad del honor pero con atribución de un mínimo a todos y al propio tiempo, la defensa de la relatividad del honor como excusa para reconocer diversas porciones del mismo a los sujetos en atención a sus circunstancias económicas, profesionales, sociales e, incluso, a sus supuestamente variables “*valías o categorías éticas*”. Esta segunda interpretación de la relatividad del honor, de la que, entre otros, FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., pp. 29 a 31, era partidario, es propia de tiempos pretéritos, cuando se estimaba, justo al contrario que en la actualidad, que el sentimiento del honor no podía adecuarse a una expresión media universal (“*Il sentimento dell’onore, infatti, non può adeguarsi ad un’espressione media universale...*”; op. cit., p. 31).

<sup>602</sup> TESAURO, A.: *La diffamazione come reato debole e incerto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 17.



dificultades para iniciar sus contactos sociales<sup>603</sup>. En palabras del propio AMELUNG: “el honor es la capacidad de un hombre de satisfacer aquellas expectativas normativas que debe saber combinar para ser aceptado como un socio en pie de igualdad en una relación comunicativa”<sup>604</sup>. A partir de aquí, la cualidad personal que es el honor opera como fuente para la consecución de las expectativas comunicativas de cada uno, y lo hace sobre un doble punto de apoyo: por una parte, en atención al conjunto de los propios dictados normativos que el sujeto quiere cumplir (honor interno) y, por otra, por medio de la capacidad personal de comportarse conforme a esas expectativas o dictados (honor externo)<sup>605</sup>.

Completada esta visión panorámica de las diversas construcciones y teorías del honor que ha proporcionado la doctrina italiana y a las que, sin duda alguna, volveremos a referirnos en una fase más avanzada de esta investigación, resta por hacer algunas referencias a la figura de la calumnia, a fin de delimitar, esta vez en sentido negativo, el contenido del bien honor. Tal tarea no resulta especialmente difícil en el caso del *Codice Penale* ya que el artículo 368 que tipifica este delito no contiene ninguna referencia a los conceptos de honor o reputación. El precepto castiga con pena de dos a siete años a la persona que, mediante denuncia, querrela, solicitud o instancia, aunque sea anónima o bajo nombre falso, se dirija a la autoridad judicial o a otra autoridad a la que tenga obligación de informar, para inculpar de un delito a alguien que sea inocente o preparar a su cargo las huellas de un delito<sup>606</sup>.

La clasificación de los delitos de calumnia, en atención al bien jurídico protegido, sino polémica, sí resulta discutible. Así, por ejemplo, se manifiesta favorable a las tesis que conciben la calumnia como un delito que protege la administración de

---

<sup>603</sup> TESAURO, A.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 19, “ogni lesione dell’onore esterno provoca non è altro che un effetto modificativo del livello standard dell’informazione, in forza del quale l’individuo interessato subisce difficoltà nell’instaurazione dei contatti sociali”.

<sup>604</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 21, “umgekehrt ist dann Ehre im hier gemeinten Sinn die Fähigkeit eines Menschen, den nominativen Erwartungen zu entsprechen, denen er entsprechen muß, um als kommunikationspartner akzeptiert zu werden”. Así también, el propio TESAURO, A.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 18.

<sup>605</sup> TESAURO, A.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 18. Contrarios a esta teoría se muestran BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 16.

<sup>606</sup> Artículo 368. *Chiunque, con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all’Autorità giudiziaria o ad un’altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato, è punito con la reclusione da due a sei anni.*

justicia, MANZINI, para quien el objeto tutelado es el superior interés del Estado en la recta administración de la justicia penal<sup>607</sup>. Desde esta perspectiva, el titular del bien ofendido con el delito de calumnia sería el Estado, golpeado en su interés o voluntad de no aplicar en vano e injustamente sus leyes; en otras palabras, el Estado no reacciona por haber puesto en vano en funcionamiento su maquinaria judicial, sino por haberla puesto a trabajar *erróneamente*<sup>608</sup>. Otra opción, ciertamente minoritaria, pasa por sostener que el bien jurídico protegido es el interés del inocente en no ser sometido a un procedimiento penal<sup>609</sup>. Y, por último, algunos autores defienden el carácter pluriofensivo del delito de calumnia, afirmando que subyacen en esta figura, por una parte, el interés del Estado en no ver obstaculizado el funcionamiento de su organización judicial, y, por otra, la lesión de la posición jurídica del sujeto falsamente acusado<sup>610</sup>.

## 4.2 SUJETOS PASIVOS

En relación con la titularidad del honor la polémica que más enfrentamiento ha generado tiene por protagonistas, como sucede en otros ordenamientos estatales, a las personas jurídicas y su eventual condición de sujetos pasivos de los delitos contra el honor<sup>611</sup>. La jurisprudencia siguiendo a la doctrina dominante ha tomado una posición

---

<sup>607</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 828.

<sup>608</sup> GULLO, L.: *Il delitto di calunnia*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1946, p. 13, “*lo Stato non si duole perchè si è fatta lavorare invano la sua macchina realizzatrice si giustizia, ma si duole per averla fatta lavorare erroneamente*”.

<sup>609</sup> Tesis de PAGLIARO, apuntada por SANTORIELLO, C.: *Calunnia...*, op. cit., p. 16.

<sup>610</sup> SANTORIELLO, C.: *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, CEDAM, Padova, 2004, p. 20. EMANUELE, P. P.: *Il delitto di calunnia*, Aiello & Martino Editori, Calabria, 2011, pp. 65 y ss, defiende también la pluriofensividad de este delito, concretada en un ataque al buen funcionamiento de la justicia penal, como componente esencial de la objetividad jurídica protegida, y en una lesión del elemento personalista de la tutela penal. Desde esta perspectiva, puede compartirse la posición de IACOVIELLO, F. M.: “*Dei delitti...*, op. cit., p. 660, según la cual el delito de calumnia absorbe los delitos de injuria y difamación, en la medida en que está implícita en la atribución de un delito la intrínseca carga denigratoria.

<sup>611</sup> De un tiempo pasado y superada en la actualidad fue la discusión en torno a la discutible capacidad de los incapaces, enfermos mentales, disminuidos físicos o menores, de ser considerados sujetos pasivos de una ofensa contra el honor. No hay lugar a dudas en cuanto a la capacidad de todos estos individuos de ser víctimas de delitos contra su honor, de modo que no se les pueda ofender impunemente por el mero hecho de estar privados de la capacidad de querer o entender. Así, mayoritariamente, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., pp. 400 a 402.; ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 206; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 95; MARINI, G.: *Delitti...*, op. cit., p. 206; SPASARI, M.: *Sintesi...*, op. cit., pp. 84 a 88; BORCIANI, A.: *Le offese...*, op. cit., p. 38; POLVANI, M.: *La diffamazione a mezzo stampa*, 2ª edizione, CEDAM, Padova, 1998, p. 35; DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “*Die Rolle...*, op. cit., p. 315. La Corte Suprema zanjó el debate afirmando que “también un incapaz de entender y de querer puede ser sujeto pasivo del delito de injurias” (Cass., II, 20.6.62. in *Guist. pen.*, 163, 52: “*anche un incapace di entenderé e di volere può essere soggetto passivo del reato di inguiria*”),

favorable a la extensión de este derecho a favor de las personas jurídicas, admitiendo la existencia de un honor social (“*onore sociale*”) del que es titular el ente colectivo y que no coincide, sino que se superpone al honor de sus componentes individuales<sup>612</sup>. Entre los autores se admite pacíficamente la conveniencia de conceder tutela penal al honor de los colectivos, los cuales, como las personas físicas, pueden ser injuriados y difamados<sup>613</sup>. La propia ley penal parece sostener esta interpretación en tanto tipifica las difamaciones contra determinadas personas jurídicas en el art. 595.4<sup>614</sup>, declaración de la que puede extenderse el reconocimiento del derecho al honor para el resto de colectivos. Así mismo, el hecho de que el art. 2 de la Constitución italiana garantice el derecho a la inviolabilidad de la persona en cuanto partícipe del entramado social permite extraer la conclusión de que las personas jurídicas también deben ver tutelado su honor para poder tomar parte activamente y en igualdad de condiciones en el contexto social<sup>615</sup>.

Existen, por el contrario, ilustres excepciones que se muestran críticas a la extensión del honor a las personas jurídicas. Este es el caso, en primer lugar, de MANZINI, quien defiende que las personas jurídicas carecen de la capacidad de sentirse ofendidas ante un ataque al honor, al decoro o a la reputación, ya que tales realidades “presuponen un sujeto, una individualidad físico-psíquica y la idoneidad de poder adquirir méritos y deméritos individuales, lo cual, a su vez, implica una personalidad individual, conciencia y voluntad unitaria”<sup>616</sup>. Así mismo, desde su

---

porque la inimputabilidad de un individuo no implica que por esa razón carezca también de la aptitud para ser sujeto pasivo del delito contra el honor, como apunta VILLA, A.: *I delitti contro l'onore*, CEDAM, Padova, 1992, p. 18.

<sup>612</sup> GULLO, A.: “Delitti contro l'onore”, VIGANÓ, F. y PIERGALLINI, C.: *Trattato teorico/practico di Diritto Penale. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 133; VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., p. 20.

<sup>613</sup> *Vid.*, entre otros, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., pp. 206 y 207; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 216 y 217; SPASARI, M.: *Sintesi...*, op. cit., pp. 88 a 91; BORCIANI, A.: *Le offese...*, op. cit., p. 39; IACOVIELLO, F. M.: “Dei delitti...”, op. cit., pp. 641 y 642; FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., pp. 36 a 38; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 25 y 26.

<sup>614</sup> *Articolo 595.4 Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza, o ad una Autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate.*

<sup>615</sup> BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 16.

<sup>616</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., pp. 408 y ss, especialmente p. 408: “*l'onore, il decoro, la reputazione presuppongono nel soggetto, cui si riferiscono, individualità fisico-psichica e idoneità ad acquistare meriti o demeriti individuali, il che implica personalità individuale, coscienza e volontà unitaire*”. Después de negar la titularidad del honor a las personas jurídicas y colectivos, MANZINI justifica el art. 595 que tipifica las difamaciones dirigidas contra un órgano político, judicial o administrativo, o contra sus representantes o contra una autoridad constituida en colegio, alegando que en estos casos, la ley concibe los “cuerpos” ofendidos con independencia de sus miembros, y que la norma se dirige a salvaguardar el prestigio del órgano, valor que merece una tutela particular (op. cit., p. 413).

intelección del honor “*conforme alla Costituzione*”, MUSCO sostiene que el honor es un bien inherente al hombre en sus relaciones con los otros por lo que su atribución a las personas jurídicas, por una parte, conduce a la devaluación y banalización del bien honor, y por otra, no es precisa en tanto se puede recurrir al derecho civil para que los colectivos vean protegida su particular consideración<sup>617</sup>.

También de manera generalizada, pero ahora en sentido negativo, se pronuncian los autores en torno a la imposibilidad de reconocer honor a los difuntos, sino que, tal y como dispone el art. 597<sup>618</sup>, éstos merecen respeto a su “memoria”<sup>619</sup> y no a su persona, ya que ésta no existe, como tampoco la personalidad, desde el momento de la muerte, por lo que “*il difunto*” no tiene intereses, ni derechos, ni capacidad de sufrir daños o recibir beneficios<sup>620</sup>. “La memoria no es”, como defiende SPASARI, “ni honor en sentido subjetivo, ni decoro, ni reputación, sino un valor autónomo psicológico, social y moral, consistente en el juicio que, a través del recuerdo, se concede a la personalidad del difunto”<sup>621</sup>. En este contexto, lo que hace el art. 597 es conceder a los parientes próximos, al adoptante y al adoptado el derecho a interponer querrela para perseguir la difamación contra el difunto, actuando “*iure proprio*” y no “*iure successionis*”<sup>622</sup>.

---

En contra también por la excesiva elasticidad del concepto de honor a que conduciría la admisión de las personas jurídicas como sujeto pasivo, MARINI, G.: *Delitti contro la persona*, 2ª edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996, p. 206.

<sup>617</sup> MUSCO, E.: *Bene...*, op. cit., p. 187.

<sup>618</sup> Artocilo 597.3 *Se la persona offesa muore prima che sia decorso il termine per proporre la querela, o se si tratta di offesa alla memoria di un defunto, possono proporre querela i prossimi congiunti, l'adottante e l'adottato. In tali casi, e altresì in quello in cui la persona offesa muoia dopo avere proposto la querela la facoltà indicata nel capoverso dell'articolo precedente, spetta ai prossimi congiunti, all'adottante e all'adottato.*

<sup>619</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 207; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 96; BORCIANI, A.: *Le offese...*, op. cit., p. 40; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 15.

<sup>620</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 403.

<sup>621</sup> SPASARI, M.: *Sintesi...*, op. cit., p. 7, “*la memoria non è nè onore in senso soggettivo, né decoro né reputazione: é un autónomo valore psicológico, sociale e morale, consistente nel giudizio che attraverso il ricordo si dà sulla personalità del defunto*”.

En contra, FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 38, para quien la memoria del difunto remite al honor que alimentó en su vida terrenal, por lo que, desde esta perspectiva, el honor del difunto es un bien individual y social en sí mismo.

<sup>622</sup> VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., p. 19; DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “Die Rolle...”, op. cit., p. 315 (“*allerdings müssen sie selbst betroffen sein, sodass sie iure proprio und nicht iure successionis handeln*”).

### 4.3 DELITOS CONTRA EL HONOR

Como indicamos al inicio del estudio del régimen jurídico-penal de los delitos contra el honor presente en el Código Penal italiano, dicho régimen se construye sobre dos figuras y sus distintas modalidades agravatorias, arrojando un modelo sencillo, al menos en comparación con otras regulaciones estatales más prolijas en tipificaciones penales. Los dos delitos que ocupan nuestra atención son la injuria y la difamación. El primero aparece previsto en el art. 594 del Código Penal, en su primer apartado, que dice así: “cualquiera que ofenda la honra o el decoro de una persona presente, será castigado con prisión de hasta seis meses o una multa de hasta 516 euros”<sup>623</sup>; el art. 595.1 del mismo cuerpo legal es el encargado de describir la conducta difamatoria y lo hace en los siguientes términos: “el que, salvo en los casos mencionados en el artículo anterior, comunicándose con más gente, perjudica la reputación de otro, será castigado con prisión de hasta un año o una multa de hasta 1.032 euros”<sup>624</sup>.

De la simple lectura de los preceptos indicados podemos deducir fácilmente que el elemento distintivo del delito de injuria y el de difamación se apoya en la presencia del ofendido: habrá injuria si la víctima del atentado contra el honor está presente; de esta forma, el *Codice Penale* se separa del criterio de diferenciación de la injuria y la difamación en atención a la atribución de un hecho determinado que sigue, por ejemplo, la legislación francesa. Aquí, el aspecto determinante es la presencia o ausencia del ofendido, entendiéndose que en el delito de injuria el ofendido, al estar presente (aunque sea en comunicación directa por vía telefónica, telegráfica, por escrito o por otros medios<sup>625</sup>), puede defenderse y justificarse o refutar las críticas a él dirigidas, oportunidad que no existe en la difamación, la cual se castiga “más gravemente en

---

<sup>623</sup> *Articolo 594.1. Chiunque offende l'onore o il decoro di una persona presente è punito con la reclusione fino a sei mesi o con la multa fino a euro 516.*

<sup>624</sup> *Articolo 595.1. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, comunicando con più persone, offende l'altrui reputazione, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a euro 1.032.*

<sup>625</sup> *Articolo 594.2. Alla stessa pena soggiace chi commette il fatto mediante comunicazione telegrafica o telefonica, o con scritti o disegni, diretti alla persona offesa.* En estos casos, hablamos de una presencia mediata, en palabras de MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 214, que facilita al injuriado tener un percepción directa de la ofensa. Incluso hay presencia del ofendido cuando el ofensor se sirve de un tercero como instrumento de comunicación del escrito o el diseño ofensivo, con la conciencia de que este tercero lo transmitiría al ofendido (*op. cit.*, p. 243).

respuesta a la mayor cantidad y extensión del daño y por la vileza y la particular peligrosidad del culpable”<sup>626</sup>.

Analizada la diferencia entre la injuria y la difamación, podemos estudiar cada uno de estos delitos y sus especificidades.

#### 4.3.1 “Inguiria”

El delito de injuria consiste en la ofensa contra el honor o el decoro de una persona presente. Desde el punto de vista de los elementos objetivos, la conducta enunciada exige que estudiemos cuatro cuestiones, aunque una ya ha sido examinada: a) ofensa; b) al honor y al decoro; c) en presencia del ofendido; d) modalidades de la ofensa:

- a) En cuanto al atentado al honor y al decoro sucede también que en las páginas precedentes nos hemos extendido en el análisis de la noción de honor y de todos los conceptos que a su vez surgen de éste, por lo que no es preciso entrar en más detalle. Basta con recordar, en términos generales, que el honor en sentido estricto atiende a la cualidad moral de una persona y expresa la opinión que una persona tiene de su propia honorabilidad, mientras que el decoro se refiere a todas las demás cualidades de la persona (intelectuales, físicas, psíquicas, etc.) que se combina para constituir el valor social del individuo.
- b) Por lo que se refiere al elemento de la “ofensa”, varias son las cuestiones que se suscitan. Primeramente, la intelección del término ofensa exige adoptar una postura en torno a la consideración del delito de injuria como un delito de lesión (“*danno*”) o de peligro (“*pericolo*”). Entre otros, a favor de la injuria como un delito de lesión se posicionan MANTOVANI y BISORI. El primero entiende que la lesión del honor está inserta en cada juicio de indignidad y es inherente a él, cualquiera que sea el efecto que produzca sobre la víctima, que podría no sentirse

---

<sup>626</sup> Vid., por todos, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 203, “*se ne deduce che la diffamazione è un reato più grave per la maggiore quantità ed estensione del danno e per la viltà e la particolare pericolosità del dolpevole*”. El mismo en *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Guiffirè Editore, Milano, 1973, p. 21, nota al pie n° 20.

ofendida por considerarse superior moralmente<sup>627</sup>; el segundo autor añade, además, que el tenor literal del precepto se alinea con la tesis del delito de daño dado que el término “ofender” conlleva un preciso resultado lesivo<sup>628</sup>. Al otro lado, encontramos a ANTOLISEI, inclinándose por la tesis del delito de peligro en tanto que no es preciso en la injuria que el sujeto pasivo se haya sentido efectivamente ofendido, de modo que el ataque persiste aunque se considere moralmente superior a la ofensa, porque en última instancia la injuria habrá sido idónea para disminuir el honor de la persona<sup>629</sup>. Ciertamente esta opción tiene dos ventajas, básicamente: por una parte, la apreciación del delito de injuria no exige que el sujeto pasivo se haya sentido ofendido en *su* honor o *su* decoro, y, por otra, permite reconocer la cualidad de sujeto pasivo de estos delitos a sujetos que no tienen capacidad para comprender el significado de una expresión injuriosa<sup>630</sup>.

c) La ausencia del ofendido ya fue estudiado al referirnos a la distinción entre injurias y difamación, al inicio de este subepígrafe.

d) Respecto a las modalidades de comisión de la injuria, estas son numerosas y diversas<sup>631</sup>. El comportamiento injurioso por antonomasia consiste en una expresión ofensiva (injuria verbal) que contengan vituperios, oprobios, amenazas, vejaciones, maldiciones o vilipendios; las injurias verbales, a su vez, pueden ser explícitas o implícitas u oblicuas (“*oblique*”) mediante negaciones o preguntas escandalosas, propuestas indecorosas o alusiones que comprometen el decoro, con el resultado último de “dejar en ridículo” a alguien (“*mettere in ridicolo una*

---

<sup>627</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 245. En la misma línea FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 99.

<sup>628</sup> BISORI, L.: “I delitti contro l’onore”, CADOPPI, A., CANESTRASI, S., PAPA, M.: *I reati contro la persona (II. Reati contro l’onore e la libertà individualae)*, Utet, Milano, 2006, p. 10.

<sup>629</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 210. Vid., también, MESSINA, S.: *Teoria...*, op. cit., p. 400; MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 538; SPASARI, M.: *Sintesi...*, op. cit., p. 482; JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria...*, op. cit., p. 93.

<sup>630</sup> BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 44. Estos autores recogen también la posición intermedia de SALCUNI, quien defiende que el delito de injurias es un delito de daño respecto del bien instrumental (el honor) y un delito de peligro concreto respecto del bien final (el orden público y la integridad física del ofendido); *vid.*, en este sentido, BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 44 y 45.

<sup>631</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., pp. 527 y ss, COLLICA, M. T.: “L’inguria: elementi costitutivi e forme di manifestazione”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l’onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 36 y ss, GULLO, A.: “Delitti...”, op. cit., pp. 135 a 137, y VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., pp. 29 y ss, proporcionan abundantes referencias jurisprudenciales sobre las distintas modalidades de injurias.

persona”)<sup>632</sup>. Así mismo, se admiten también las injurias indirectas en las que la ofensa golpea a una persona distinta de aquella a la que aparentemente va dirigida (“tu padre no te ha enseñado educación”), o las injurias simbólicas en las que la expresión, aparentemente inocente, contiene una alusión ofensiva<sup>633</sup>. Sin embargo, también caben las injurias reales a través de actos materiales de todo tipo que sean vulgarmente ofensivas del honor o del decoro de una persona<sup>634</sup>. Nos referimos a los típicos casos de “*spinta*” o empujón, de “*schiaffo*” o bofetada que, conforme a la doctrina dominante, quedarán subsumida en el tipo de las injurias cuando se hayan realizado sobre el sujeto pasivo con la voluntad de infligir una ofensa psicológica o un desprecio y no una violencia física. O, en fin, sin necesidad de matizaciones, es claramente ofensiva para el decoro de la víctima la injuria real consistente en el “*sputo*” o escupitajo<sup>635</sup>.

La modalidad de la injuria por omisión también ha sido abordada en la doctrina italiana. Inicialmente, debe advertirse que la recreación de la injuria como un comportamiento omisivo resulta difícilmente configurable, sobre todo en atención a la incompatibilidad estructural entre el delito omisivo y el tipo objetivo de la injuria<sup>636</sup>. Dicho esto, sin embargo, MANTOVANI se muestra partidario de esta figura cuando el sujeto tenía una obligación jurídica de realizar el comportamiento omitido (militar que debe respeto al superior) y que siempre que tal omisión esté acompañada de una manifestación expresiva de desprecio (dar la espalda). Tales acciones suplementarias son bautizadas por BISORI como el “*quid pluris*” necesario para dar consistencia jurídica al hecho omisivo<sup>637</sup>. Fuera de estos casos, las simples omisiones de respeto en las relaciones sociales, la falta de etiqueta, la inobservancia de las reglas o prácticas ceremoniales, por no provenir de obligaciones jurídicamente vinculantes, no pueden constituir delito de injuria<sup>638</sup>.

---

<sup>632</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 527; VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., p. 33.

<sup>633</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 244.

<sup>634</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 39.

<sup>635</sup> BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 51 y 52; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., pp. 38 y 39.

<sup>636</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 39.

<sup>637</sup> BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p.37.

<sup>638</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 243, “una ipotizzabile omissione, nei soli casi in cui il soggetto abbia innanzitutto l'obbligo giuridico di tenere il comportamento omesso e sempre che l'omissione sia accompagnata da manifestazioni positive espressive di dispregio”. Vid., también, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 210; COLLICA, M. T.: “L'inguria: elementi costitutivi e forme



En el ámbito de los elementos subjetivos del tipo de las injurias, el debate se centra en la exigencia de un dolo específico o de un dolo general. La evolución doctrinal y jurisprudencial experimentada en Italia, como en otros países de su entorno jurídico-cultural, ha revelado una tendencia favorable a la simple exigencia del dolo general en el delito de injurias. En un primer momento, la necesidad del dolo específico y del *animus iniuriandi* se impuso de la mano de FLORIAN y de la teoría del fin antisocial. Sostiene este autor que la figura del verdadero difamador surge cuando el individuo es empujado a la causa por motivos estrictamente egoístas, a partir de bajas pasiones de venganza u odio; cuando el fin propuesto no es el interés general, sino el deshonor del ataque pura y simplemente; cuando, en suma, la “antisociabilidad” está presente en el fin y en los motivos que inspiraron al agente<sup>639</sup>. Tan es así que no puede negarse que en estos casos, añade el autor, la noción del elemento subjetivo de la difamación va integrada en la naturaleza de los motivos y de los fines del autor, los cuales deben ser individuales, personales, antisociales, en conjunto, moral y socialmente reprobables<sup>640</sup>. Y concluye afirmando que la noción de honor que tiene cabida en este planteamiento es la del dolo específico, aun cuando ello suponga alejarse de la doctrina común del dolo general<sup>641</sup>, que, sin embargo, no es aplicable a la difamación por su fisonomía propia, la cual requiere este elemento particular en atención a su fuerza moral subjetiva<sup>642</sup>.

Más allá de la propuesta de FLORIAN<sup>643</sup>, en consonancia con las tesis del “*dolus in re ipsa*” (en cuya virtud la voluntad lesiva del agente estaba implícita en la objetiva ofensividad de la expresión usada<sup>644</sup>), el resto de la doctrina especializada y de la jurisprudencia ha apoyado las tesis del dolo general en el delito de injurias, alegando, entre otros motivos, que si el legislador hubiera querido exigir la intención de lesionar el honor (el *animus iniuriandi*), habría configurado el elemento subjetivo del delito como dolo específico, por lo que, en ausencia de tal actividad, el intérprete debe aplicar la

---

di manifestazione”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 39.

<sup>639</sup> FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 187.

<sup>640</sup> FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 187.

<sup>641</sup> FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 187.

<sup>642</sup> FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 196, “*se un determinato reato, per la natura sua, ha una fisionomia propria, perchè mai non potrà richiedere qualche elemento peculiare anche nella sua forza morale soggettiva?*”

<sup>643</sup> A favor también de un dolo específico en el delito de injurias, BORCIANI, A.: *Le offese...*, op. cit., pp. 21 y ss, “... tutti sono d'accordo nell'ammettere il principio fondamentale che nono possa aversi delitto d'inguria senza l'animus iniuriandi”.

<sup>644</sup> VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., p. 59.

noción general del dolo<sup>645</sup>. El dolo general que debe concurrir en la injuria implica querer y conocer la conducta, querer y tener conciencia de la ofensividad de la misma para el honor o el decoro y tener conciencia de la presencia (o situación equivalente) del ofendido y de la percepción material directa de la ofensa por su parte la conciencia<sup>646</sup>. El dolo eventual también tiene cabida en el delito de injurias en relación con aquel ofensor que no se ha desviado de sus propósitos criminales a pesar de haberse representado el hecho lesivo como posible consecuencia de la conducta y de haber aceptado el riesgo de que sus palabras fueran interpretadas socialmente como ofensivas<sup>647</sup>. La jurisprudencia también se muestra clara a este respecto y establece que “en el ámbito de los delitos contra el honor, no se requiere la presencia de un *animus iniuriandi* o *diffamandi*, sino que es suficiente el dolo genérico, que puede asumir la forma de dolo eventual”<sup>648</sup>.

En cuanto a la posibilidad de comisión del delito de injuria en grado de tentativa, tal eventualidad es en rigor posible, aunque difícilmente imaginable en la práctica; en otras palabras, la configuración de la tentativa de injuria no puede ser afirmada o negada en términos absolutos, sino que debe examinarse en relación con la concreta modalidad de ejecución del hecho<sup>649</sup>. Como dice ANTOLISEI, es configurable en abstracto, poniendo como ejemplo el envío de una carta injuriosa que por un error postal no llega a su destinatario. Sin embargo, en tanto el delito de injuria es perseguible a instancia de parte, la tentativa de injuria queda en el aire<sup>650</sup>.

Analizada la forma o tipo básico de la injuria, corresponde hacer lo propio con las injurias agravadas, previstas en los apartados tercero y cuarto del art. 594:

---

<sup>645</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., pp. 210 y 211; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., pp. 98 y 99; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 59 a 63; SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 40; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., pp. 44 a 47; GULLO, A.: “Delitti...”, op. cit., pp. 140 Y 141.

<sup>646</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 246.

<sup>647</sup> BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 60 y 61.

<sup>648</sup> *Sez. V, 11 maggio 1999, Berti Riboli, in Cass. Pen., 2000, p. 1953.*

<sup>649</sup> BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 63.

<sup>650</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 210; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 99; SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 39; VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., p. 39. La tentativa de injuria también debe ser considerada cuando el delito no se consuma con un sólo acto (palabra o gesto), sino con una pluralidad de ellos, o cuando la ejecución sea divisible. Así, entre otros, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 538; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 247 y 248.

1. La primera de ellas, en cuya virtud se eleva la prisión hasta un año y la pena pecuniaria hasta los 1032 euros, concurre cuando la ofensa consiste en la atribución de un hecho determinado (“*fatto determinato*”)<sup>651</sup>. Debemos advertir en este punto que el art. 595. 2<sup>652</sup> prevé también la ofensa a la reputación de otro por medio de la atribución de un hecho determinado, como tipo agravado del delito de difamación, por lo que las reflexiones que formulemos en esta sede serán perfectamente extrapolables al delito de difamación que estudiaremos a continuación.

Se decide reprimir más severamente esta modalidad de injuria (y de difamación) en atención a la mayor eficacia ofensiva del comportamiento injurioso o difamatorio, esto es, por tratarse de un ataque más serio y profundo contra la personalidad individual que las simples atribuciones de cualidades, hechos indeterminados o genéricas conductas deshonorosas<sup>653</sup>. Esta mayor ofensividad tiene diferentes concreciones según el hecho determinado se atribuya en el marco de una injuria o de una difamación: en el caso de la difamación, la mayor ofensividad del hecho determinado se dirige contra la credibilidad o fiabilidad de la persona, dado que el objeto de protección es el honor en sentido objetivo, mientras que en un supuesto de injuria el hecho determinado constituye una humillación, una ofensa moral deshonorosa, desde la perspectiva del honor subjetivo<sup>654</sup>.

A partir de aquí, la doctrina se divide entre aquellos que defienden la necesidad de concretar la cláusula “hecho determinado” de una forma amplia y aquellos otros que creen preferible y posible ofrecer una definición más restringida. Entre los primeros, se sostiene que resulta inaccesible realizar un acercamiento específico y riguroso al hecho determinado, en tanto las apreciaciones varían de caso a caso en atención a las modalidades y circunstancias

---

<sup>651</sup> *Articolo 594.3. La pena è della reclusione fino a un anno o della multa fino a euro 1.032 se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato.*

<sup>652</sup> *Articolo 595.2. Se l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la pena è della reclusione fino a due anni, ovvero della multa fino a euro 2.065.*

<sup>653</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 99; SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, op. cit., p. 41.

<sup>654</sup> MANTOVANI, F.: *Fatto...*, op. cit., p. 49.

concretas<sup>655</sup>. Así, se admitiría por hecho determinado el enunciado dotado de cierta concreción, acompañado de cualquier nota que le haga parecer verdad, que le otorgue credibilidad y que le aleje de ser una simple ofensa genérica<sup>656</sup>. Por el contrario, existen otros autores que se atreven a perfilar con mayor precisión las características de este “*fatto determinato*”. MANTOVANI, que ha estudiado con profundidad la cuestión, entiende que puede hablarse de un hecho determinado “cuando el hecho en cuestión se ha descrito con una especificidad tal que se presenta como una cosa históricamente individual y, por ello, irrepitable”<sup>657</sup>. Gracias a estas notas de individualización histórica del hecho y del consiguiente juicio de irrepitibilidad, se deduce que la determinación del hecho debe venir acompañada de indicaciones relativas a la persona, al tiempo y al espacio<sup>658</sup>.

Tampoco la jurisprudencia ha ayudado especialmente a resolver estas polémicas. Podemos encontrar pronunciamientos en ambos sentidos: por una parte, se dice que el hecho determinado es aquello individualmente concretado a través de la indicación de las circunstancias particulares (modalidad, tiempo, lugar) que permitan especificar la acción deshonrosa que se atribuye a un determinado sujeto; pero, en otras ocasiones, se afirma que la agravación por hecho determinado no exige especificar un hecho en todos sus elementos (cronológico, topográfico u otras particularidades), sino que es suficiente su indicación de un modo tal que permita despertar en la mente la representación de un hecho material real<sup>659</sup>.

2. La segunda circunstancia agravante, prevista en el art. 594.4<sup>660</sup>, entra en aplicación cuando la ofensa injuriosa se comete ante varias personas. La razón de ser de esta agravación responde a la mayor lesividad cuantitativa de la ofensa debido a la presencia de, al menos, dos personas distintas del ofensor y del ofendido<sup>661</sup>, las cuales, naturalmente, deben haber *percibido* la ofensa, de modo

---

<sup>655</sup> MESSINA, S.: *Teoria...*, op. cit., p. 145; FLORIAN, E.: *Inguiria...*, op. cit., p. 354.

<sup>656</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 212.

<sup>657</sup> MANTOVANI, F.: *Fatto...*, op. cit., p. 33, “*in tanto un fatto determinato può dirsi determinato in quanto sia descritto con specificazioni tali da presentarsi come qualche cosa si storicamente individuato e, perciò, irrepibile*”.

<sup>658</sup> MANTOVANI, F.: *Fatto...*, op. cit., p. 32.

<sup>659</sup> Recoge estos y otros pronunciamientos jurisprudenciales, VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., pp. 69 a 72.

<sup>660</sup> *Articolo 594.4. Le pene sono aumentate qualora l'offesa sia commessa in presenza di più persone.*

<sup>661</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 99.

tal que si, a pesar de haberse encontrado en el lugar de la ofensa, por cualquier motivo físico (sordera) u otra causa (desconocimiento de la lengua), no la hubieran comprendido, no se estimaría aplicable esta disposición<sup>662</sup>.

Finalmente, realizaremos un estudio de las causas de exclusión de la pena o eximentes de la responsabilidad (“*cause speciali di non punibilità*” o “*besondere Straffreistellungsgründe*”) que contempla el *Codice Penale* respecto de los delitos contra el honor<sup>663</sup>. Son cuatro: una (la *exceptio veritatis* o “*prova liberatoria*”) despliega sus efectos conjuntamente sobre la injuria y la difamación, mientras las otras (inmunidad judicial, retorsión y provocación) sólo afectan a la conducta injuriosa:

1. La prueba de la verdad, de aplicación conjunta para la injuria y la difamación, aparece prevista en el art. 596 del *Codice Penale italiano*<sup>664</sup>. El primer apartado del precepto establece como regla general la prohibición de la prueba de la verdad del modo que sigue: “al culpable de los delitos previstos en los dos artículos precedentes no se le permite probar, como disculpa, la verdad o notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida”<sup>665</sup>. Al margen de la excepción del art. 596.2<sup>666</sup> a la regla general de la inadmisibilidad de la prueba de la verdad cuando la ofensa consista en la atribución de un hecho determinado y el ofendido y el

---

<sup>662</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 212; SIRACUSANO, P.: (voce) “Ingiuria...”, op. cit., p. 40. Por otra parte, el art. 594.4, como indica BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 48, en realidad sirve como un motivo de exclusión de una hipótesis de la competencia para los delitos injuria y difamación, y por lo tanto en última instancia, permite a un total de un tratamiento más indulgente de las sanciones

<sup>663</sup> Toda la doctrina reconoce la aplicabilidad de las causas de justificación comunes previstas en la Parte General del *Codice Penale* para todos los delitos. Se trataría de la legítima defensa, del ejercicio de un derecho (del derecho de información y del derecho de crítica), del consentimiento de la víctima y del cumplimiento de un deber. El estudio pormenorizado de estas cuestiones, sin embargo, supera con creces las ambiciones de esta investigación en sede de derecho comparado y por ello nos centraremos en el examen de las causas eximentes específicas de los delitos contra el honor. Para más información sobre las causas generales de justificación, entre otros, GULLO, A.: “Delitti...”, op. cit., pp. 158 y 22; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., pp. 87 y ss; VITARELLI, T.: “L’esercizio del diritto”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l’onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 115 a 124; del mismo autor en la misma publicación “Diritto di cronaca e limiti”, op. cit., pp. 124 a 173.

<sup>664</sup> Sobre la polémica en torno a la naturaleza de la prueba de la verdad, ampliamente, BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 149 a 154; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., pp. 142 a 145; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 239. Desde la perspectiva jurisprudencial, COLLICA, M. T.: “L’*exceptio veritatis*”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l’onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001, pp. 241 a 243, y VILLA, A.: *I delitti...*, op. cit., pp. 107 a 111, recogen los pronunciamientos más significativos.

<sup>665</sup> *Articolo 596.1. Il colpevole dei delitti preveduti dai due articoli precedenti non è ammesso a provare, a sua disculpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa.*

<sup>666</sup> *Articolo 596.2 Tuttavia, quando l’offesa consiste nell’attribuzione di un fatto determinato, la persona offesa e l’offensore possono, d’accordo, prima che sia pronunciata sentenza irrevocabile, deferire ad un giurì d’onore il giudizio sulla verità del fatto medesimo.*

ofensor acuerden dirimir su disputa ante un Tribunal de honor siempre que no se haya pronunciado una sentencia irrevocable<sup>667</sup>, la verdadera matización de la prohibición genérica de la *prova liberatoria* fue introducida por el art. 5 del Decreto Legislativo de 14 de septiembre de 1944, número 288, en virtud del cual se modificaba el art. 596 con un tercer apartado que incluía tres supuestos de admisión de la prueba de la verdad, exigiéndose en todo caso que la ofensa consista en la atribución de un hecho determinado (“*quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato ...*”)<sup>668</sup>:

1.1 Si la persona ofendida es un funcionario público y el hecho a atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones. Por tanto, en atención al sujeto, quedan excluidos por esta cláusula los titulares de servicio públicos y aquellos que ejerzan un servicio de necesidad pública; desde la perspectiva objetiva, no están cubiertos por la mencionada disposición los hechos atribuidos a funcionarios públicos, aun cuando hayan perdido ya tal condición, que no se refieran, ni siquiera ocasionalmente, al ejercicio de sus funciones<sup>669</sup>, salvo que, en este último caso, aun siendo atinentes a su vida privada, puedan tener incidencia relevante en su prestigio por constituir infracciones disciplinarias impuestas por la ley o el reglamento<sup>670</sup>.

---

<sup>667</sup> Aclara BISORI, L.: “I delitti..., *op. cit.*, p. 138, que el Tribunal de honor es una institución de solución privada de conflictos, no jurisdiccional, que ha quedado completamente descuidada e inutilizada en la práctica a pesar de las expectativas del legislador, especialmente tras la ampliación de las hipótesis de admisión de la prueba de la verdad. También con detalle, COLLICA, M. T.: “L’*exceptio...*, *op. cit.*, pp. 247 a 249.

<sup>668</sup> *Articolo 596.3 Quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato, la prova della verità del fatto medesimo è però sempre ammessa nel procedimento penale: 1) se la persona offesa è un pubblico ufficiale ed il fatto ad esso attribuito si riferisce all'esercizio delle sue funzioni; 2) se per il fatto attribuito alla persona offesa è tutt'ora aperto o si inizia contro di essa un procedimento penale; 3) se il querelante domanda formalmente che il giudizio si estenda ad accertare la verità o la falsità del fatto ad esso attribuito.* A su vez, estos tres supuestos de admisión de la prueba de la verdad quedan supeditados a la circunstancia de que la ofensa, por el modo en que ha sido proferida, constituya en sí misma u objetivamente, injuria o difamación, situación en la que aun probándose la verdad del hecho, el autor de la imputación será castigado, tal y como tiene declarado la jurisprudencia italiana (*Cass.*, V, 12.12.86, in *Guist. Pen.*, 1988, II, 390; *Cass.*, 26.11.1953, in *Riv. Pen.*, 1954, II, 568), en aplicación del art. 596.4: “*Se la verità del fatto è provata o se per esso la persona, a cui il fatto è attribuito, è per esso condannata dopo l'attribuzione del fatto medesimo, l'autore dell'imputazione non è punibile, salvo che i modi usati non rendano per se stessi applicabili le disposizioni dell'art. 594, comma 1, ovvero dell'articolo 595, comma 1*”. SPASARI, M.: *Sintesi...*, *op. cit.*, p. 39, explica que en estos casos, debido a la violencia y primitivismo de la ofensa, la aplicación de la *exceptio veritatis* constituiría un abuso de este instrumento.

Esta reforma constituyó, a juicio de BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, *op. cit.*, p. 141, la primera señal tangible de la reconquista de las libertades democráticas en Italia tras la caída del fascismo. Así también MANTOVANI, F.: *Diritto...*, *op. cit.*, p. 240.

<sup>669</sup> *Vid.*, entre otros, MANTOVANI, F.: *Fatto...*, *op. cit.*, pp. 76 y 77; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>670</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, *op. cit.*, p. 228.

- 1.2 Si el hecho atribuido a la persona ofendida ha motivado o puede motivar la apertura de un procedimiento penal contra ella; en otras palabras, cuando el ofendido haya adquirido o adquiriera, con ocasión del hecho ofensivo atribuido, la condición de imputado o, al menos, sospechoso en un procedimiento penal, de donde se excluye, en primer lugar, las atribuciones de hechos que, aun siendo delictivos, no hayan sido objeto de procedimiento penal; en segundo lugar, las atribuciones de hechos que ya hayan sido enjuiciadas y hayan concluido con sentencia definitiva de condena o absolució;n; finalmente, hechos juzgados por la jurisdicción civil, administrativa o disciplinaria<sup>671</sup>.
- 1.3 Si el querellante pide formalmente que el juicio se extienda a demostrar la veracidad o falsedad del hecho que se le atribuye. Es la conocida como facultad de prueba (*“facoltà di prova”*), que debe concederse de manera inequívoca, sin condiciones ni límites, en cualquier momento del proceso antes de que haya recaído sentencia definitiva<sup>672</sup>.

Analizado el contenido de la *exceptio veritatis*, debemos advertir, como hace la generalidad de la doctrina, que la operatividad de este instrumento ha quedado sustancialmente reducida o “superada” (*“superata”*), o en palabras de FIANDACA y MUSCO “ha perdido gran parte de su significado normativo”<sup>673</sup>, a raíz de la proclamación de la libertad de manifestación del pensamiento (*“diritto alla libera manifestazione del pensiero”*) por el art. 21 de la Constitución italiana. Así, en la aplicación de la *prova libetatoria* deberá tenerse en consideración el interés público o la relevancia social de las atribuciones que sean expresión del derecho de crítica y de información, quedando bajo el abrigo de la institución de la *exceptio veritatis*, según la fórmula de MANTOVANI, “las solas atribuciones de hechos determinados, que no caen en el derecho de manifestación del pensamiento en cuanto [están] privadas de relevancia público social: los hechos que se refieren a la vida privada o al interés privado”<sup>674</sup>.

---

<sup>671</sup> Vid., por todos, FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 107.

<sup>672</sup> Vid., entre otros, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 229.

<sup>673</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 107.

<sup>674</sup> MANTOVANI, F.: *Fatto...*, op. cit., pp. 105 a 120, especialmente p. 120; el mismo autor en *Diritto...*, op. cit., pp. 240 y 241; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 108; ELLAGAMBA, F. y

2. La inmunidad judicial se recoge en el art. 598 del texto punitivo, cuyo tenor literal es el siguiente: “no son punibles las ofensas contenidas en los escritos presentados o en los discursos pronunciados por las partes o sus abogados en los procedimientos ante un tribunal o ante cualquier autoridad administrativa, cuando las ofensas se refieran al objeto de la causa o del recurso administrativo”<sup>675</sup>. La referida inmunidad judicial responde al deseo de conceder a las partes y a sus abogados un amplio margen para el ejercicio de la libertad de discusión y de defensa, aunque al mismo tiempo, paradójicamente constituye un abuso del derecho de defensa, a fin de tutelar los intereses sustanciales en la oportuna sede procesal<sup>676</sup>. Tal circunstancia alcanza a las ofensas consistentes en la atribución de hechos infamantes útiles para la defensa, pero no ciertos, o hechos ciertos pero no útiles para la defensa, así como a la utilización de un lenguaje ofensivo o inadecuado. Sin duda en estos casos es evidente que la antijuricidad del comportamiento concurre en toda extensión, pero quedan exentos por razones de oportunidad<sup>677</sup>.
  
3. La circunstancia de la provocación figura en el art. 599.2, en virtud del cual no es punible quien ha cometido cualquiera de los delitos sancionados en los artículos 594 y 595 (injuria y difamación) en el estado de la ira causada por un hecho injusto de otros, e inmediatamente después de ello<sup>678</sup>. La provocación opera como circunstancia atenuante en la parte general del Código italiano, aunque en sede de delitos contra el honor funcione como causa de exención de la pena. La disposición legal contiene tres elementos que debemos estudiar: a) “hecho injusto de otro” es aquella conducta incorrecta (“*scorrettezze*”) grave y flagrante que sea

---

GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 143. Sobre este particular, en la doctrina española ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, op. cit., pp. 147 y 148.

<sup>675</sup> *Articolo 598.1. Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronunciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria, ovvero dinanzi a un'autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo.*

<sup>676</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 108; ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 224.

<sup>677</sup> MANTOVANI, F.: *Fatto...*, op. cit., p. 232. La doctrina ha discutido sobre si la naturaleza de esta circunstancia se corresponde con las causas de exención de la pena, las causas de justificación o causas de incapacidad penal. Sobre este particular, BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 154 y ss.

<sup>678</sup> *Articolo 599.2 Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 594 e 595 nello stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui, e subito dopo di esso.*



idónea para causar un estado de ira objetivamente justificado en el sujeto provocado<sup>679</sup>; b) el “estado de ira” se corresponde con un impulso emotivo incontenible que provoca en el agente la pérdida del poder de autocontrol y que va, por ello, más allá de los estados de ánimo del rencor o de la irritación<sup>680</sup>; c) la exigencia temporal “*subito dopo*”, o inmediatamente después, no debe interpretarse de forma absoluta, sino teniendo presente el momento en que el provocado ha tenido conocimiento del hecho y ha podido llevar a cabo su reacción (en tal caso, la reacción puede verificarse en un momento posterior ya que la ira permanece en el intervalo de tiempo entre la injusticia y la reacción), para cuya determinación deberá estarse a su vez a las circunstancias subjetivas y objetivas del caso concreto<sup>681</sup>.

4. La retorsión, compensación entre ofensas recíprocas o injuria recíproca es la circunstancia contenida en el art. 599.1<sup>682</sup>, en virtud de la cual cuando las ofensas injuriosas sean recíprocas, el juez puede declarar no punibles a uno o a ambos de los ofensores. Según MANTOVANI, la retorsión constituye un caso excepcional de renuncia a la potestad punitiva del Estado fundada en el hecho de que, dado un delito leve, el enfrentamiento puede darse por resuelto después de la retorsión, no pareciendo necesaria la aplicación de la pena, según el sabio criterio del juzgador<sup>683</sup>. Dicha reciprocidad comporta la necesidad de un nexo de dependencia lógico-casual entre las ofensas, lo cual no exige contemporaneidad, contextualidad ni proporcionalidad de las mismas<sup>684</sup>.

---

<sup>679</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, *op. cit.*, p. 47. La jurisprudencia (*Cass. Pen., Sez. V, sent 27 febbraio 1975, n. 2017*) ha establecido que un hecho injusto es aquello intrínsecamente ilegítimo, esto es, contrario a las normas de la convivencia cívica, en oposición a las reglas y principios del ordenamiento o del derecho natural”.

<sup>680</sup> FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>681</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, *op. cit.*, p. 225; CULTRERA, S.: *Diffamazione...*, *op. cit.*, p. 47; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>682</sup> *Articolo 599.1. Nei casi preveduti dall'articolo 594, se le offese sono reciproche, il giudice può dichiarare non punibili uno o entrambi gli offensori.*

<sup>683</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, *op. cit.*, p. 226, “*rinunzia giustificata dal fatto che -data la lieve entità del reato- la partita su può ritenere saldata in seguito alla ritorsione, e l'applicazione della pena non appare più necessaria*”.

<sup>684</sup> SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria...”, *op. cit.*, p. 48; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, *op. cit.*, pp. 112 y 113; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, *op. cit.*, p. 236.

### 4.3.2 “*Diffamazione*”

El delito de difamación se castiga en el art. 595 del *Codice Penale* y consiste en la ofensa a la reputación de una persona ausente, en presencia de otras personas.

En el plano de los elementos objetivos del tipo penal debemos estudiar varios aspectos, aunque algunos de ellos ya han sido examinados anteriormente, por lo que nos remitiremos a las observaciones efectuadas entonces: a) ausencia del ofendido; b) ofensa a la “reputación”; c) modalidades de realización de la ofensa; d) comunicación a más personas:

- a) En cuanto al elemento de la ausencia del ofendido, ya hemos indicado que dicho requisito debe interpretarse como imposibilidad de percepción directa de la expresión ofensiva e incomprensión de su ofensividad. La ausencia del ofendido puede producirse de manera expresa o bien cuando estando presente el ofendido, la conducta difamatoria resulta, *ex ante*, inidónea para ser percibida <sup>685</sup>.
- b) Es una particularidad de la conducta difamatoria el que el atentado se dirija contra la reputación de una persona. Para la definición del concepto de reputación y sus relaciones con el honor, basta con remitirnos al epígrafe sobre el bien jurídico en la regulación italiana. A modo de recordatorio, podemos apuntar que la reputación sería el reflejo objetivo del honor en sentido amplio, es decir, la otra perspectiva o cara del mismo bien jurídico que se protege en el delito de injurias. La reputación es la valoración que el público realiza de la valía del individuo y, por tanto, la estima de la que goza tal persona entre sus semejantes<sup>686</sup>. Esta reputación puede, a su vez, revestir un doble perfil: a) en sentido positivo, puede presentarse como buena reputación, esto es, como la consideración positiva que una persona ha

---

<sup>685</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 246 y 251; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 70. Como advierten FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 103, tal interpretación, si bien es cierta, introduce un punto de conflictividad en relación la distinción entre difamación y tentativa de injuria agravada en presencia de más personas, en relación con los principios establecidos en materia de capacidad *ex ante* de percepción de la ofensa.

<sup>686</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 213; PERON, S.: *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, Padova, 2006, p. 62. Esta autora también establece dos vertientes de la reputación, distinguiendo entre una reputación moral, como componente moral de la persona que se refleja en el ambiente de referencia del sujeto, y una reputación patrimonial, relativa a la actividad económica, comercial y profesional de la misma.

adquirido en el entorno social en el que vive debido al ejercicio de actividades legítimas, decorosas y morales; b) en sentido negativo, consistiría en el respeto social mínimo del que cada ciudadano es titular en la sociedad y que se concreta en el derecho de pretender que los otros no evoquen hacia él sentimientos de hostilidad o desprecio (lo que MANZINI denomina “*antipatía attuosa*”), sin que ello tampoco signifique la existencia de simpatía en sentido positivo<sup>687</sup>. Desde este punto de vista, dado que lo que el tipo penal protege es el valor social de la persona, se comprende que la difamación cometida a través de la prensa (“*stampa*”) u otros medios de publicidad se castigue más severamente, como difamación agravada en el art. 595.3, ya que en tales casos aumenta la idoneidad ofensiva de la conducta y la reputación del ofendido sufre un daño más grave<sup>688</sup>.

La jurisprudencia ha unido los perfiles que venimos comentando, en una concepción conjunta y unitaria de la reputación que no suscita debates; así la reputación es:

*“la valoración que los otros hacen de la personalidad moral y/o social de un individuo; tal opinión objetiva del honor y del decoro de una persona tiene un doble valor: positivo y negativo; porque la ley debe tutelar tanto la buena reputación (la estima que por razones morales, intelectuales o sociales, una persona ha conquistado mercedamente), como en sentido negativo, el respeto social mínimo a que cualquier persona tiene derecho, independientemente de su buena o mala fama”*<sup>689</sup>.

El aspecto negativo de la reputación que hemos apuntado antes conecta con la idea de *minimun* que ya comentamos en relación con el honor, que también es aplicable en el ámbito de la reputación y cuya vigencia impide que una persona pueda seguir siendo impunemente agredida en su honorabilidad<sup>690</sup>. Mínima tiene que ser también la ofensividad de la conducta para apreciarse delito de difamación; en otras palabras, debe concurrir un grado mínimo o idóneo de

---

<sup>687</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 623; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 64; POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., pp. 26 y 27.

<sup>688</sup> CULTRERA, S.: *Diffamazione...*, op. cit., p. 26, “è agevole notare che in presenza di tali circostanze [stampa o altro mezzo di pubblicità] aumenta l'idoneità offensiva della condotta posta in essere dall'agente e la reputazione dell'offeso risente di un danno più grave”.

<sup>689</sup> Trib. Roma, 10 marzo 1989.

<sup>690</sup> Trib. Roma, 11 dicembre, 1993.

ofensividad que ponga efectivamente en peligro la reputación de otro<sup>691</sup>. Y tanto las nociones de *minimun* de reputación como de idoneidad de la ofensividad, deben matizarse a la luz de la idea de *relatividad*, que también sobrevuela en sede de difamación y que impone que la reputación individual sea valorada ajustándose al momento histórico y al contexto social. En fin, como no podía ser de otra forma, la noción de reputación mínima “debe verificarse teniendo presentes todos los indicios que son susceptibles de adquirir relieve, a fin de individualizar la consistencia y la extensión de la reputación de un determinado sujeto”<sup>692</sup>.

Finalmente, una última observación respecto del concepto de reputación debe hacerse. En los últimos años ha tomado forma el “derecho a la identidad personal”, el cual podría creerse que constituye una parte de la noción de reputación que protege el art. 595 de la ley penal italiana. Sin embargo, tal consideración es incorrecta. Este derecho de nuevo cuño es “el derecho a ser uno mismo en el contexto de las relaciones con la sociedad en la cual el individuo vive y afirma su propia individualidad, la pretensión a no ver representada la posición social e ideológica de uno mismo y su estado personal en un modo distinto al verdadero; en síntesis, el derecho a ser uno mismo en la consideración de los demás”<sup>693</sup>. En otras palabras, el derecho a que nuestra propia individualidad, a que las particularidades que dan forma a nuestra esencia se proyecten sin tergiversaciones ni manipulaciones en el contexto social, de tal modo que en nuestras relaciones sociales se nos reconozca como un sujeto individual y concreto, específico y único. En este sentido, podría decirse que la identidad personal es previa a la reputación. Primero el individuo exige el reconocimiento de su ser propio, de su individualidad, y, a continuación, persigue que la imagen

---

<sup>691</sup> BICO, F. y SORGATO, A.: *Diffamazione. Aspetti pratici e nuove problematiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007, p. 18.

<sup>692</sup> POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 27, “*la medesima reputazione [...] deve essere verificata tenendo presenti tutti gli indici che siano suscettibili di assumere rilievo al fine di individuare consistenza ed estensione della reputazione di un determinato soggetto*”. En el mismo sentido, CULTRERA, S.: *Diffamazione...*, op. cit., p. 29.

<sup>693</sup> POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 28, “*il diritto ad essere se medesimo nel rapporto di relazione con la società nella quale l'individuo vive ed afferma la propria singolare individualità, la pretesa -cioè- a no vedere rappresentati la propria posizione sociale, quella ideologica, il proprio stato personale, in modo difforme dal vero, in sintesi, il diritto ad essere se stessi nella considerazione degli altri consociati*”. Un definición similar aporta PERON, S.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 64. También BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., pp. 8 y 9; del mismo autor BISORI, L.: “I delitti contro l'onore (art. 594-599)”, CADOPPI, A., CANESTRASI, S., MANNA, A. et. al.: *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale (vol. VIII: I Delitti contro l'onore e la libertà individuale)*, Utet, Milano, 2010, pp. 15 y 16.

proyectada al exterior goce de un juicio favorable entre sus semejantes para poder entablar en condiciones de igualdad sus relaciones sociales<sup>694</sup>.

- c) Como sucedía con la injuria, las modalidades de ejecución del delito de difamación son realmente variadas. Como reconocen todos los autores, la difamación puede realizarse por cualquier medio, ya sea con palabras (difamación verbal), escritos (difamación escrita), imágenes, fotografía, fotomontajes, escultura (difamación representada, “*diffamazione raffigurata*”), o con actos materiales (difamación real; por ejemplo, desprecios a un busto o una imagen); por cualquier modo, a través de difamaciones indirectas, oblicuas, simbólicas, dubitativas (por insinuación) o reflejas<sup>695</sup>.
- d) El art. 595 exige para la apreciación del delito de difamación que la ofensa a la reputación de la víctima se materialice mediante su comunicación a más personas (“*più persone*”). El acto de la comunicación, como precisa MANZINI, va más allá de la simple presencia de otras personas, sino que implica una relación activa voluntaria (“*rappporto attivo volontario*”), en la cual de un lado (difamador) se expresa una ofensa relativa a un tercero ausente, y del otro se percibe la misma comprendiendo su contenido, de modo que si, por cualquier razón, no ha entendido el significado o no ha prestado razón, no podrá hablarse de “comunicación”<sup>696</sup>. Esta comunicación o divulgación puede efectuarse de diversas formas y por medio de los más diversos medios comunicativos: desde la comunicación directa con la persona presente hasta la comunicación a distancia<sup>697</sup>.

Por lo demás, la comunicación debe producirse a un mínimo de dos personas (distintas de la ofendida por la información difamatoria), reunidas o

---

<sup>694</sup> Para un estudio más detallado, MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 209 a 214.

<sup>695</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 251; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 58; BICO, F. y SORGATO, A.: *Diffamazione...*, op. cit., p. 19; MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., pp. 624 y 625. A diferencia de la injuria, la mayoría de los autores descartan la comisión por omisión del delito de difamación en base a la inexistencia de una obligación de impedir la ofensa a la reputación de otro. Así, BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 59; POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 59; MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 635.

<sup>696</sup> MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 625; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p.103.

<sup>697</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 250. Dado que la ley no exige estrictamente que quien escucha la ofensa la tenga que difundir a su vez, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 625, no considera que pueda igualarse divulgación a comunicación. En contra, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 214; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 250; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 60.

separadas, en un mismo o distinto lugar, contemporánea o no contemporáneamente, y del mismo hecho difamatorio o diverso (de lo contrario quedarían impunes quienes ofendieran la reputación de una persona mediante la comunicación de hechos parcialmente diversos, diferenciándolos “un poco”. Más allá de dos personas, el hecho típico sigue constituyendo el delito de difamación del art. 595, si bien esta circunstancia puede tener relevancia a los efectos de determinar la gravedad del delito y la pena de conformidad con el art. 133 del *Codice Penale*<sup>698</sup>.

Respecto a los elementos subjetivos, es suficiente con remitirse a lo apuntado con ocasión del estudio del problema del dolo en el delito de injuria, cuando abordamos la evolución de la doctrina desde una posición de defensa del dolo específico hasta la final aceptación del dolo genérico.

Parte de la doctrina califica la difamación como un delito de lesión<sup>699</sup>; otros optan por su consideración como delito de peligro dado que se precisa la idoneidad de la conducta para poner en peligro la reputación<sup>700</sup>. En cuanto al momento de consumación de la ofensa, ésta se produce en el instante en que se verifica la difusión ofensiva, entendiéndose que en el caso de comunicación hecha a varias personas, el momento consumativo coincide con la segunda comunicación<sup>701</sup>. Y, por último, en relación con la consumación del delito, se sostiene mayoritariamente la admisión de la forma de tentativa de la difamación<sup>702</sup>.

Tras el tipo básico de la difamación, corresponde analizar los tipos agravados. El art. 595 contiene tres agravaciones de la pena por ofensas difamatorias:

---

<sup>698</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 250 y 251; BISORI, L.: “I delitti...”, op. cit., p. 60; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 71 y 72. Sin embargo, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 631, difiere y estima que cuando la comunicación a las dos personas se produce en momentos diversos, la ofensa a la reputación debe realizarse de un “modo sustancialmente idéntico”. La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre este particular, según indican BICO, F. y SORGATO, A.: *Diffamazione...*, op. cit., p. 15.

<sup>699</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 253; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 104.

<sup>700</sup> POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 52. También en contra, por entender que la difamación es un delito de peligro actual, efectivo, en cuanto que se requiere no sólo la posibilidad, sino la probabilidad de una lesión de la reputación ajena, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 637 y 683.

<sup>701</sup> *Vid.*, entre otros, ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 215.

<sup>702</sup> ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 215; MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 253; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 104. En contra, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 639.

- a) La primera, prevista en el apartado segundo (art. 595.2), alude a la difamación que tenga por objeto un hecho determinado y en cuanto coincide con la primera causa de agravación de la injuria que ya examinamos en su momento, nos remitimos a aquellas observaciones.
- b) El segundo motivo de agravación se contempla en el apartado tercero (art. 595.3)<sup>703</sup>, que dice así: “si la ofensa se cometió por medio de la prensa<sup>704</sup> o con cualquier otro medio de publicidad<sup>705</sup>, o en un acto público<sup>706</sup>, la pena será de prisión entre seis meses y tres años o de multa no inferior a 516 euros”. El fundamento, la *ratio* de esta circunstancia agravatoria reside la mayor potencialidad lesiva, valorada desde una perspectiva *ex ante*, de la conducta difamatoria a cargo de la fuerte capacidad difusiva del medio elegido<sup>707</sup>, tanto en el plano especial (los medios de publicidad gozan de una capacidad difusiva de amplio alcance), como temporal (al ser grabada en un soporte fijo, la difamación puede ser repetida y renovada) y emocional (estos medios gozan de gran capacidad persuasiva)<sup>708</sup>.

---

<sup>703</sup> *Articolo 595.3. Se l'offesa è recata col mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità, ovvero in atto pubblico, la pena è della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa non inferiore a euro 516.*

<sup>704</sup> De conformidad con el art. 1 de la Ley de 8 de febrero de 1947, el impreso es “toda reproducción tipográfica u obtenida por medios mecánicos o físico-químicos, en cualquier modo destinados a la publicación”

<sup>705</sup> Éstos serán, siguiendo a MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 254 y 255, todos los restantes, con exclusión de la prensa, tales como las transmisiones radiofónicas, las comunicaciones por internet, las representaciones cinematográficas, el lanzamiento de carteles o de circulares que tienen por objeto ampliar el círculo de personas, los gritos, cánticos o expresiones amplificadas por altavoz o megáfono en manifestaciones públicas o espectáculos. Por tanto, la definición de “*stampa*” exige la reunión de dos elementos: uno material-descriptivo (u objetivo) y otro finalístico-funcional (o subjetivo) que pone su atención en la publicación. Así, BISORI, L.: “*I delitti...*, op. cit., p. 71; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., p. 80; PERON, S.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 88.

<sup>706</sup> Tal denominación alcanza no sólo a los actos públicos en sentido estricto, sino también a los destinados a la publicidad, de modo que el interesado pueda tener conocimiento de ellos. Así, MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., pp. 254 y 255.

<sup>707</sup> POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., p. 69.

<sup>708</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 254; ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., p. 216; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 79 y 80.

Para un estudio más exhaustivo de las particularidades de la difamación agravada a través de la prensa u otros medios de publicidad, o en acto público, cuyo análisis desborda los márgenes de esta investigación, POLVANI, M.: *La diffamazione...*, op. cit., pp. 69 a 83; en la relación con la difamación a través de Internet, PAPA, A.: *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 212 a 215; BISORI, L.: “*I delitti...*, op. cit., pp. 76 a 85, BICO, F. y SORGATO, A.: *Diffamazione...*, op. cit., pp.184 y ss; CULTRERA, S.: *Diffamazione...*, op. cit., pp. 41 a 45; GULLO, A.: “*Delitti...*, op. cit., pp. 149 a 155; a través de la radio y televisión, BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 94 a 103; GULLO, A.: “*Delitti...*, op. cit., pp. 155 a 158.

c) Por último, el art. 595.4<sup>709</sup> prevé un aumento de las penas, sin determinar hasta qué punto, cuando la difamación se dirija a un cuerpo político, administrativo o judicial, o a su representante o a una autoridad constituida en colegio<sup>710</sup>.

En el delito de difamación, como ya advertimos anteriormente<sup>711</sup>, la única causa de exención de la pena es la “*prova liberatoria*” y su régimen fue analizado entonces, en la medida en que era aplicable en toda su extensión también al delito de injuria.

Y como venimos haciendo con las regulaciones estatales precedentes, concluiremos este análisis de los delitos contra el honor en la legislación italiana con una breve referencia a las penas asignadas a tales infracciones. Para el delito de injuria, el art. 594.1 prevé pena de cárcel de hasta 6 meses o una multa que no supere los 516 euros, incluso si la injuria se comete por medios telegráficos o telefónicos (art. 594.2); en el supuesto de que la injuria consista en la atribución de un hecho determinado (art. 594. 3), las cifras indicadas se multiplican por dos, tanto la pena privativa de libertad como la de multa; y si la injuria se perpetró ante más personas, también se endurece el castigo, aunque sin precisar el art. 594.4 en qué medida. En cuanto a la difamación, el tipo básico se castiga con prisión de hasta un año y multa de hasta 1.032 euros, conforme al art. 595.1, cifras que se doblan en el art. 595.2 cuando la difamación tenga por objeto un hecho determinado, siguiendo el criterio punitivo de la injuria; si la difamación se comete a través de la imprenta u otros medios de publicidad, o en un documento público, la prisión podrá llegar hasta los 3 años o una multa no inferior a los 516 euros, en virtud del art. 595.3; por último, para las difamaciones contra un cuerpo político, administrativo o judicial del art. 595.4, se prevén penas aumentadas, sin mayor precisión (“*le pene sono aumentate*”). Esta visión panorámica refleja, en definitiva, el habitual y tradicional recurso a las penas de cárcel y de multa de las legislaciones penales en sede de delitos contra el honor.

---

<sup>709</sup> Articolo 595.4. *Se l'offesa è recata a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario, o ad una sua rappresentanza o ad una autorità costituita in collegio, le pene sono aumentate.*

<sup>710</sup> BISORI, L.: “I delitti...”, *op. cit.*, p. 75, y MANTOVANI, F.: *Diritto...*, *op. cit.*, p. 252, precisan la referencia a cada una de esas entidades colectivas: a) el cuerpo político son los órganos constitucionales (Cámaras legislativas, Gobierno y Asambleas Regionales); b) los cuerpos administrativos son las autoridades colegiales, tales como el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas, los consejos comunales, etc.; c) los cuerpos judiciales son toda autoridad judicial constituida en colegio, dotada de jurisdicción; d) las restantes autoridades constituidas en colegio son cualquier otra oficina que ejerza una función pública.

<sup>711</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.4.3.1.



## 5. EL SISTEMA FRANCO-BELGA

### 5.1 INTRODUCCIÓN

En el apartado dedicado al estudio de los delitos contra el honor desde la perspectiva del derecho comparado, las regulaciones penales de Francia y de Bélgica también reciben nuestra atención. Existen entre estos marcos normativos ciertas similitudes de carácter formal y material, no en vano el punto de partida de ambas legislaciones penales es el mismo: el Código Napoleónico de 1810. Desde entonces, ciertamente cada país siguió su propia evolución y marcó sus diferencias, pero el rastro de una trayectoria común es bien visible. Ello es así en cada una de las cuestiones que pretendemos abordar.

En el ámbito del bien jurídico es fácilmente constatable la influencia que las grandes obras de los penalistas franceses han ejercido sobre la doctrina belga, tanto en el caso de los Tratados de Derecho Criminal franceses, como el de VITU o VIRIOT-BARRIAL, como en lo que se refiere a monografías o comentarios a la legislación penal, refiriéndonos ahora a las obras de DOUCET y BEIGNER. Más allá de la discusión teórica sobre el interés protegido, desde la perspectiva del derecho positivo son evidentes también los puntos en común entre el marco jurídico francés y el belga. Sin pretender entrar con exhaustividad en el régimen concreto, basta con señalar ahora que ambas legislaciones prevén las figuras penales de la difamación y la injuria como centrales, basando la distinción en la precisión de los hechos imputados, que ha de ser exacta o intensa en el caso de la difamación, y menos precisa o más vaga si se trata de la injuria. Es cierto, no obstante, que en la legislación belga existen los delitos de difamación y divulgación maliciosa, pero como veremos a continuación, no son sino especificaciones para casos determinados del delito más general de difamación, de modo que la clave sigue residiendo en la imputación de un hecho preciso. Así mismo, el régimen de la prueba de la verdad presenta semejanzas, siendo de común aplicación el límite la revelación de datos o hechos relativos a la vida privada, aunque ciertamente en la *exceptio veritatis*, en términos generales, debe afirmarse que cada Código ha optado por configurar un régimen sustancialmente distinto. En sede de inmunidades, ambas normativas consagran un régimen dual: inmunidad parlamentaria y judicial. Finalmente, las coincidencias se mantienen en relación con otros delitos próximos a las figuras

básicas que protegen el honor, como sucede con los delitos de violación o profanación de tumbas y sepulturas, así como con el delito de denuncia calumniosa; respecto del segundo, más adelante será el momento de reflejar la diferencia en el sentir doctrinal mayoritario de un país y otro, en relación con consideraciones sobre el bien jurídico protegido, aun aceptándose generalmente que se trata de un delito compuesto: el honor de la persona denunciada (Bélgica) o la Administración de Justicia (Francia).

Advertida la cercanía y la conexión entre ambas legislaciones, realizaremos primero un profundo estudio del régimen de los delitos contra el honor en Francia por ser el referente del modelo franco-belga. A continuación, haremos lo propio con la legislación belga, procurando compaginar equilibradamente los intereses del rigor científico y una mayor brevedad en el tratamiento de las cuestiones, dadas las similitudes con la normativa francesa.

## **5.2 FRANCIA**

### **5.2.1 La Ley de Libertad de Prensa de 1881**

Los atentados punibles contra el honor están regulados en Francia en la Ley de Libertad de Prensa de 1881 (“*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*”), artículos 29 a 35.bis, en el marco del apartado III, que lleva por rúbrica “delitos contra las personas” (“*Délits contre les personnes*”), del Capítulo IV, junto a los atentados contra el derecho a la propia imagen (art. 35.ter). El Capítulo IV regula también otras cuestiones: la provocación a la comisión del delito, los delitos de prensa contra la *res publica*, los delitos contra el Jefe del Estado y los agentes diplomáticos extranjeros y la prohibición de publicación de actos procesales en defensa de la inmunidad. El resultado viene a ser una reglamentación de un modo más enumerativo que racional de las distintas infracciones que afectan a la prensa y a la libertad de opinión, sometidas a una disciplina particular<sup>712</sup>.

La primera observación que debemos hacer en lo que a nuestra investigación se refiere nos lleva a advertir que los ataques al honor (difamación e injuria) no están

---

<sup>712</sup> BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. *et. al.*: *Droit de la presse*, Licet, París, 1990, Fasc. 120, p. 2.

tipificados en el Código Penal francés, como sí sucede con las otras legislaciones estatales europeas, sino que han sido objeto de tratamiento por una ley especial relativa a la libertad de prensa. Consiguientemente, todas las remisiones que hagamos desde este instante al régimen jurídico de los delitos contra el honor, se referirán a la citada Ley. La afirmación anterior, sin embargo, no es del todo exacta, pues si bien es cierto que las figuras básicas de represión de los atentados contra el honor son la difamación y la injuria, previstas en la Ley de Libertad de Prensa, no es menos cierto que el Código Penal contiene otros tipos destinados también a la protección del honor, aunque sean de segundo orden. Nos referimos ahora a las injurias y difamaciones perpetradas sin publicidad, previstas como meras contravenciones en los arts. 621-1 y 622-1, al delito de denuncia calumniosa del art. 226-10, y al caso particular del delito de chantaje regulado en el art. 312-10 del Código Penal francés.

La Ley de Libertad de Prensa francesa es uno de los textos constitutivos del espíritu de la República, o, en palabras de BIEGNIER, autor de un completo tratado sobre el honor de referencia en la doctrina francesa, “es indubitablemente uno de los textos fundadores de la “República de los republicanos”, que desde su primer artículo quiere ser expresión de la libertad absoluta de la prensa”<sup>713</sup>. Y en ese contexto, añade el autor, la mencionada libertad se configura en la Ley de tal forma que en la dicotomía entre honor y libertad de prensa no cabe duda o vacilación de la preferencia del segundo valor sobre el primero<sup>714</sup>. Esta situación de desequilibrio ha permanecido hasta hoy, en la medida en que sigue considerándose, en sede penal, que la libertad de expresión es el principio y la salvaguarda del honor, la excepción, lo que desplaza la protección del honor del derecho punitivo al derecho civil<sup>715</sup>. La razón de esta necesidad de protección de la libertad de expresión a través de la prensa, que forma ya parte de la idiosincrasia del pueblo francés, puede deberse, en parte, al laborioso proceso hasta su conquista que se vio forzado a vivir este país, con la sucesión de unas leyes que tan pronto expandían la libertad como la restringían por medio de la censura<sup>716</sup>. Pero sin duda, y más importante, no podemos olvidar que la libertad de prensa es un derecho que forma parte

---

<sup>713</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995, p. 151, “la Loi est indubitablement l'un des textes fondateurs de “la République des républicains” qui, dès son premier article frappé en principe, s'est voulu déclaratif d'une liberté absolue de la presse”.

<sup>714</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 152.

<sup>715</sup> PIN, X.: “L'honneur et le Droit Pénal en France”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlín/Freiburg i. Br., 2007, p. 159.

<sup>716</sup> WACHSMANN, P.: *Libertés publiques*, 5<sup>a</sup> édition, Dalloz, París, 2005, p. 572.

del bloque de constitucionalidad francés y que recibe, consiguientemente, protección constitucional<sup>717</sup>, a diferencia del honor que no ha sido elevado a la consideración de derecho fundamental<sup>718</sup>.

### 5.2.2 Bien jurídico protegido “*honneur ou considération*”

El punto de partida para determinar el bien jurídico protegido se encuentra en el tenor literal del art. 29 de la Ley de Libertad de Prensa que al tipificar los delitos de difamación e injuria, convierte en objeto de protección penal “el honor o la consideración”. Una reflexión de VIRIOT-BARRIAL nos permitirá reflejar la dificultad y la impenetrabilidad inherentes a esta cuestión: “las incriminaciones de la difamación y de la injuria son caprichosas pues los bienes que protegen no son bienes materiales, palpables, claramente definidos en sus términos. Son bienes inmateriales que tocan la esfera moral, psicológica y filosófica. De ahí que el contorno de las infracciones sea maleable y dependa de la puesta en juego de criterios evolutivos y extrínsecos”<sup>719</sup>.

El concepto de honor que maneja la doctrina penalista francesa comparte muchos de los rasgos generales que tiene esta noción en derecho comparado.

VITU extrae los conceptos de honor y consideración de otro más amplio y que los engloba a ambos: la respetabilidad (“*respectabilité*”), es decir, la estima de que goza

---

<sup>717</sup> FAVOREU, L.: “La protection constitutionnelle de la liberté de la presse”, AA.VV. (Université de Droit, d’Économie et des Sciences d’Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l’Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994, pp. 225 y 226. Explica el autor que el artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 consagraba el derecho a la libertad de expresión de pensamientos y de opiniones (“puesto que la libre comunicación de los pensamientos y opiniones es uno de los más valiosos derechos del hombre, todo ciudadano puede hablar, escribir y publicar libremente, excepto cuando tenga que responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”) y que a partir de esta declaración, el Consejo Constitucional francés reconoció el valor constitucional del precepto citado.

<sup>718</sup> Hay quienes, como GARÉ T.: *Le droit des personnes*, Dalloz, París, 1998, p. 86, cuestionan incluso la mera existencia del derecho subjetivo al honor, aceptando únicamente un derecho a la protección de la honra.

<sup>719</sup> VIRIOT-BARRIAL, D.: “A la découverte de la notion d’injure et de diffamation”, AA.VV. (Université de Droit, d’Économie et des Sciences d’Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l’Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994, pp. 37 y 38, “les incriminations de diffamation et d’injures sont capriceuses car les biens qu’elles protègent ne sont pas des biens matériels, palpables, précisément définis en eux-mêmes. Ce sont des biens immatériels qui touchent la sphère morale, psychologique et philosophique. Dès lors le contour des infractions est malléable et dépend de la mise en jeu de critères évolutifs et extrinsèques”.

un sujeto entre sus conciudadanos como consecuencia de su comportamiento conforme a sus convicciones más profundas<sup>720</sup>. A partir de ahí, el citado autor mantiene la tradicional fusión en el honor de dos vertientes o dimensiones del término, una más interna y subjetiva (honor en sentido estricto u honra), y otra más externa, social u objetiva (consideración, que es el vocablo empleado por el precepto legal). Desde este punto de vista, define el honor como un bien del orden moral que resulta del modo personal en que nos conducimos de acuerdo a las exigencias de la moral y del Estado de derecho<sup>721</sup>. Nos consideraremos a nosotros mismos dignos de honor cuando veamos que nuestro comportamiento se amolda a la filosofía moral que hemos elegido; desde esta perspectiva, el concepto de honor en sentido estricto guarda una conexión directa con la idea de “consciencia” de nuestra valía, estima o categoría humana<sup>722</sup>.

BEIGNIER no puede escindir ni separar los conceptos de honor y consideración, dibujando la tradicional unión entre honor/valor individual y consideración/valor social, sino que desde su punto de vista el honor es la fuente de la consideración tanto pública como personal, por lo que el deshonor engendra tanto vergüenza personal como desprecio público. Para esta autor, sólo hay honor y el honor es la ley moral, de modo tal que un ataque contra el honor será un atentado a la moral y un acto inmoral<sup>723</sup>. Las tesis de este autor procuran eludir la tradicional bipartición entre honor y reputación, rechazando que estas manifestaciones del honor por separado pudieran ser lesionadas una con independencia de la otra.

VOUIN, por su parte, concreta la vinculación del honor en sentido estricto con las virtudes morales al indicar que el ataque al honor se dirige a la lealtad, la honestidad

---

<sup>720</sup> VITU, A.: *Droit pénal spécial*, Cujas, París, 1982, p. 1577. Así, puede haber difamación cuando se hace referencia de modo ofensivo a las cualidades profesionales del sujeto o atacando la forma en que el ciudadano se presenta como leal y respetuoso con la ley (*op. cit.*, p. 1576).

<sup>721</sup> VITU, A.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 1577. Para DOUCET, J-P.: *La protection de la personne humaine*, 3ª edición, Ed. Gazette du Palais, París, 1999, p. 391, el honor, como sentimiento de la propia dignidad, consiste en la voluntad profundamente anclada en uno mismo de conducirse en la vida conforme a los principios morales más elevados, es decir, es una filosofía de vida en sí misma.

<sup>722</sup> MALKOÇ, I. N.: *Les délits contre l'honneur commis par voie de la presse. Étude de droit comparé*, Imprimerie Genevoise, Genève, 1952, p. 11, “*cet honneur est en rapport direct avec la conscience*”.

<sup>723</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, *op. cit.*, p. 155, “*il est plus exact de dire que l'honneur est la source de la consideration aussi bien personnelle que publique, le déshonneur engendrant aussi bien la honte personnelle que le mépris public*”. Refleja brevemente las dos tesis enfrentadas: separación de los conceptos de honor y reputación vs. concepción integradora de la reputación en un concepto más amplio de honor, LÉCUYER, G.: *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, Dalloz, París, 2006, p. 90.

o, con carácter más general, a la moral<sup>724</sup>. Pero llegados a este punto en el que la confusión del honor con la dignidad se vuelve tan accesible, se advierte que el honor y la dignidad no pueden igualarse por más que lenguaje informal así lo haga, porque el honor está ligado a la estima o a la reputación, mientras que la dignidad es inherente a la persona y trasciende cualquier vínculo social<sup>725</sup>. Es decir, podría establecerse un orden cronológico en el que primeramente encontraríamos la dignidad como fundamento del ser humano y semilla de sus derechos, uno de los cuales sería el honor, el cual aparecería así en segundo lugar como el valor que merece la persona (aquí podrá discutirse si esa valía es igual para todos o depende de la pulcritud de la conducta individual) y que tendría su reflejo social en la reputación o consideración, que nacería en última posición.

Todavía en el plano del honor en sentido subjetivo e interno, hay autores que van más allá y encuentran una dimensión social del concepto de honor-honra (pero que todavía no llega a identificarse con la reputación o consideración). Se trataría de un honor como dignidad social que concede a su titular un halo de respetabilidad, reconocimiento, dignidad o integridad como consecuencia de la realización de actuaciones de una categoría o valor excepcional, ya sea en el plano social, militar, familiar, profesional, científico, religioso o moral, y en virtud de las cuales se encumbra en una posición prestigiosa, honorífica o eminente dentro del cuerpo social. Esto advertido, suele reconocerse que tales acepciones y subdivisiones tuvieron acogida en épocas pretéritas, como parte de códigos morales, caballerescos o gremiales, pero actualmente su aceptación se ha circunscrito al lenguaje social, sin reflejo en el plano jurídico<sup>726</sup>.

Por lo que se refiere a la consideración, posee ésta unos perfiles más sociales y amplios<sup>727</sup>, en tanto consiste en la estima que los otros tienen o acuerdan sobre una persona en atención a su vida privada, profesional o pública<sup>728</sup>. En el atentado contra la

---

<sup>724</sup> VOUIN, R.: *Droit penal special*, 5ª edición, Dalloz, París, 1983, p. 317. En términos parecidos se manifiestan, entre otros, GOYET, F.: *Droit pénal spécial*, 8ª edición, Sirey, París, 1972, p. 604; CHAVANNE, A.: "La diffamation", BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. *et. al.*: *Droit de la presse*, Licet, 1990, Fasc. 140, p. 15; VIRIOT-BARRIAL, D.: "A la découverte...", *op. cit.*, p. 39.

<sup>725</sup> PIN, X.: "L'honneur...", *op. cit.*, p. 159.

<sup>726</sup> DOUCET, J-P.: *La protection...*, *op. cit.*, pp. 389 y 390; PIN, X.: "L'honneur...", *op. cit.*, p. 159.

<sup>727</sup> PIN, X.: "L'honneur...", *op. cit.*, pp. 157, "... la consideration recouvre l'honneur...".

<sup>728</sup> VITU, A.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 1577. En el mismo sentido, *vid.*, entre otros, GOYET, F.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 604, para quien sería contrario a la reputación la imputación de un hecho que supusiera una

consideración, el sujeto ve comprometida su situación social<sup>729</sup>; por el contrario, cuando la reputación está intacta e indemne, reviste un carácter pasivo, evocando pureza, inocencia, ingenuidad y buena salud moral y psíquica<sup>730</sup>. Podría decirse, en definitiva, que la “consideración social es un homenaje o tributo de los otros” y que “se nutre de todos los elementos conforme a los cuales el mundo nos juzga”, en palabras CHAVANNE<sup>731</sup>.

Aunque no tenga una aplicación práctica inmediata en el ámbito jurídico, bien merece reproducirse esta afirmación de MAYER que sirve como colofón del estudio sobre el bien jurídico honor y que reúne en breves palabras los rasgos definitorios de las dos vertientes o dimensiones del término: “el honor es el ojo de la consciencia; la consideración es la mirada del cuerpo social”<sup>732</sup>.

Una observación que debe hacerse en este punto y que ya hemos efectuado al referirnos a otras regulaciones estatales es la que se refiere al alcance de la tutela penal una vez determinado qué sea honra y qué sea consideración; esto es, ¿protege la ley penal un concepto genérico, estable y plano de honor y reputación, o, por el contrario, tutela los sentimientos individuales? La doctrina francesa se muestra unánimemente partidaria de la primera posibilidad. Así, VOUIN, con citas a la jurisprudencia, señala que “la ley protege indistintamente a todos los individuos frente a la difamación y cualesquiera que sean las concepciones personales y subjetivas que la víctima pueda tener de las nociones de honor y de consideración, y cualquiera que sea la opinión que el público albergue de esa persona”<sup>733</sup>. La referencia, pues, no ha de encontrarse en el

---

infracción de los principios por los que un hombre es valorado en atención a su situación social o a su profesión; DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., p. 388; PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit pénal spécial*, 4<sup>a</sup> édition 2007/2008, Cujas, París, 2007, p. 368; VIRIOT-BARRIAL, D.: “A la découverte...”, op. cit., p. 39; MALKOÇ, I. N.: *Les délits...*, op. cit., p. 10.

<sup>729</sup> VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., p. 317.

<sup>730</sup> DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., pp. 388.

<sup>731</sup> CHAVANNE, A.: “La diffamation”, op. cit., p. 15, “la consideration est liée a l’estime publique. [...] La consideration entraîne l’hommage des autres...”, [...] “la considération [...], est composée de tous les éléments sur lequel le monde nous juge...”. En sentido similar, AUBERT, G.: *Des infractions à la Loi sur la Presse en matière électorale*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1899, p. 95.

<sup>732</sup> Palabras de D. MAYER tomadas por BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, op. cit., p. 155, “l’honneur, c’est l’oeil de la consciencie; la considération, c’est le regard du corps social”.

<sup>733</sup> VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., p. 317, “la loi protégeant indistinctement tous les individus de la diffamation celle-ci est réalisée quelles que soient les conceptions personnelles et subjectives que la victim peut avoir des notions d’honneur et de considération et quelle que soit l’opinion que le public peut avoir de cette personne”.

sentimiento individual, sino en lo que, con gran acierto, BEIGNIER llama “*opinio honoris*”. Él mismo añade que todos los ciudadanos están censados y suscritos a este *standard*<sup>734</sup>. En fin, podemos zanjar esta cuestión con una contundente declaración de la Sala de lo Penal de la Corte de Casación, de 3 de julio de 1975, que reproducimos de modo literal:

*“Para determinar si la alegación o la imputación hecha puede atentar contra el honor o la consideración de la persona a la que se ha imputado el hecho, los jueces no tienen que averiguar cuáles pueden ser las concepciones personales y subjetivas que ella [la persona aludida] tiene en relación con la noción de honor y consideración; no tienen que tener en cuenta, a estos efectos, la opinión que el público tiene de esta persona; que las leyes que prohíben y castigan la difamación protegen a todos los individuos, sin que quepa ninguna excepción en función de tales elementos”*<sup>735</sup>.

Ahora bien, el procedimiento consistente en examinar la imputación concreta a la luz de la “*opinio honoris*”, que aplicado radicalmente podría llegar a ser *despiadado* o inquisitorial, debe matizarse con la circunstancialidad y relatividad típica de los atentados contra el honor, características que imponen que la apreciación de los delitos contra el honor se lleve cabo siempre teniendo en consideración el criterio temporal y contextual, es decir, valorando los criterios sociales dominantes en un momento

---

En la misma dirección, estima DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., p. 396, que en derecho positivo la protección [de la reputación] reviste un carácter abstracto, es decir, concierne al ciudadano medio, que posee un *statu* medio y que es atacado en condiciones normales. El autor se reafirma en su tesis recordando que la propia ley castiga los actos susceptibles de causar un daño, independientemente de sus efectos reales y de que, sobre el terreno, la víctima haya visto ciertamente lesionado su honor o consideración (*op. cit.*, p. 397). BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 159, recoge también pronunciamientos jurisprudenciales en los que señala que el carácter legal de las imputaciones difamatorias se aprecia no a partir de los motivos por los que fueron proferidas, sino a partir de la naturaleza del hecho a que se refieren.

<sup>734</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 160. Tan pronto como el juez compruebe que un hecho le ha sido imputado al demandante y constate que tal hecho es, efectivamente, tenido por fuente de deshonor, ya sólo le queda por resolver la causa (*op. cit.*, p. 160).

<sup>735</sup> *Crim.*, 3 juillet. 1975, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 174, “pour déterminer si l'allegation ou l'imputation faite porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne à laquelle le fait est imputé, les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion de l'honneur et de la considération; qu'il n'ont pas, non plus, à tenir compte à cet égard, de l'opinion que le public a de cette personne; que les lois qui prohibent et punissent la diffamation protègent tous les individus, sans prévoir aucun cas d'exclusion fondé sur de tels éléments”.



histórico y los elementos del entorno en que fueron proferidos los ataques lesivos del honor<sup>736</sup>.

Llegados a este punto y analizados los distintos planteamientos sobre la concepción del bien jurídico honor, podemos afirmar que las figuras más representativas de los atentados contra el honor en Francia son, sin duda, los delitos de injuria y difamación previstos en la Ley de Libertad de Prensa de 1881 (sin perjuicio de las contravenciones de injuria y difamación cometidas sin publicidad, reguladas en el Código Penal). Como tendremos ocasión de examinar a continuación, los tipos penales de estos delitos hacen expresa referencia al ataque contra el honor o la consideración de la víctima, por lo que, en fin, en ellos la vulnerabilidad y la amenaza de lesión para el bien jurídico honor es incuestionable. Sin embargo, en la órbita de estas infracciones existen otras en las que es discutible que el honor se mantenga como interés jurídicamente tutelado. Nos referimos al delito de denuncia calumniosa. El Código Penal dedica su art. 226-10 al *delito de denuncia calumniosa* (“*dénonciation calumnieuse*”) del art. 226-10 del Código Penal. El tenor literal del precepto es el siguiente: “la denuncia de un hecho susceptible de dar lugar a sanciones judiciales, administrativas o disciplinarias, efectuada por cualquier medio y dirigida contra una persona determinada, a sabiendas de que es total o parcialmente inexacta, cuando se presente ante un funcionario judicial o de la policía administrativa o judicial, o ante la autoridad que tenga el poder de darle curso o de remitirla a la autoridad competente, o a los superiores jerárquicos o al empleador de la persona denunciada, será castigada con cinco años de prisión y multa de 45.000 euros”<sup>737</sup>.

Existe en torno a este delito un debate sobre cuál es el verdadero bien jurídico protegido. De forma casi unánime la doctrina francesa entiende que son consideraciones como el respeto a las autoridades judicial y administrativa o el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, las que subyacen bajo el delito de denuncia calumniosa,

---

<sup>736</sup> VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., 318, “une meme expression peut d’ailleurs être appréciée différemment selon l’époque ou le contexte”; VIRIOT-BARRIAL, D.: “A la découverte...”, op. cit., pp. 40 y 43; CHAVANNE, A.: “La diffamation”, op. cit., Fasc. 150, p. 4; MALKOÇ, I. N.: *Les délits...*, op. cit., p. 10.

<sup>737</sup> Article 226-10.1. *La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d’un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l’on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu’elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d’y donner suite ou de saisir l’autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l’employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d’emprisonnement et de 45000 € d’amende.*

alejándose, consiguientemente, del bien jurídico honor. Así, algunos autores, como PIN, niegan que la denuncia calumniosa proteja el honor o la honorabilidad de la víctima, sino otros valores sociales próximos, aunque no aclara cuáles<sup>738</sup>. DOUCET, por su parte, sí propone como bien jurídico alternativo el deber general de justicia, en tanto por cuestiones de justicia y de respeto a la verdad debe castigarse a quien imputa a otro un hecho sancionable<sup>739</sup>. Para VÉRON está en riesgo el respeto y la autoridad de las instituciones administrativas y judiciales a las que se expone al ridículo de realizar investigaciones necesariamente inútiles ya que los hechos denunciados son total o parcialmente falsos<sup>740</sup>. Sin embargo, otro sector, aunque minoritario, considera evidente que el objeto de protección es el honor, en el sentido de que la denuncia calumniosa persigue el deshonor de la persona a la que va dirigida con la esperanza de que sea sancionada o condenada<sup>741</sup>. Incluso hay quienes parecen mantener opciones intermedias, defendiendo que el tipo penal tutela tanto la honorabilidad de la víctima calumniada como la autoridad de la justicia<sup>742</sup>.

La colocación sistemática más generalizada del delito de denuncia calumniosa en los Códigos Penales estatales lo sitúa como un atentado contra la Administración de Justicia, bajo el nombre también de denuncia falsa<sup>743</sup>. Nosotros consideramos acertada esta clasificación y estimamos, consiguientemente, que el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia es el interés que quiere tutelar el legislador. Así, la denuncia

---

<sup>738</sup> PIN, X.: “L’honneur..., *op. cit.*, pp. 164 y 165, “*les infractions contre l’honneur doivent être soigneusement distinguées d’autres que peuvent avoir pour conséquence une atteinte à l’honneur mais qui en réalité protègent une autre valeur sociales. Il en est ainsi de la dénonciation calomnieuse, ...*”.

<sup>739</sup> DOUCET, J-P.: *La protection...*, *op. cit.*, p. 439, “... la calomnie viole principalement le devoir général de justice”. Para MALABAT, V.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 483, la verdad judicial es atacada a través de cualquier engaño o acto que pueda tener incidencia sobre el curso de la justicia y, desde este punto de vista, la denuncia calumniosa y el perjurio (“*faux témoignage*” del art. 434-13 del Código Penal) son los ejemplos más representativos de atentados a la verdad judicial.

<sup>740</sup> VÉRON, M.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 421.

<sup>741</sup> BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, *op. cit.*, p. 192.

<sup>742</sup> Así, PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 404, sostienen, en un momento, que la denuncia calumniosa no protege tanto la honorabilidad de los ciudadanos como la a autoridad de la justicia; pero más adelante, al estudiar el sujeto pasivo del delito, advierten que a diferencia de los delitos contra el honor, la víctima ha de ser una persona física y no un grupo (*op. cit.*, p. 407), dando a entender que las difamaciones e injurias frente a la denuncia calumniosa se diferencian por el sujeto pasivo, aunque coinciden en el interés jurídico protegido.

<sup>743</sup> Así sucede, por ejemplo, en España donde el Código Penal regula en el Título XX los delitos contra la Administración de Justicia e incluye bajo esta rúbrica el delito de prevaricación, la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución, el delito de encubrimiento, el delito de realización arbitraria del propio derecho, los delitos de acusación y denuncia falsa y de simulación de delitos, el delito de falso testimonio, los delitos de obstrucción a la justicia y de deslealtad profesional y el delito de quebrantamiento de condena. Como excepción a este régimen generalizado puede citarse el caso de Bélgica, donde el delito de denuncia calumniosa se incluye en el capítulo dedicado a los delitos contra el honor y se considera ampliamente que su objeto preferente de protección es el honor de las personas.

calumniosa, como su propio nombre indica, no se limita a ser una imputación de un hecho sancionable, sino que tal imputación se formula ante la autoridad correspondiente (funcionario judicial o de la policía administrativa o judicial, o autoridad que tenga el poder de darle curso o de remitirla a la autoridad competente, o los superiores jerárquicos o el empleador de la persona denunciada) para que proceda a su persecución, por medio de una denuncia. Si a esto sumamos que el hecho sancionable denunciado es parcial o totalmente falso, entran en consideración preocupaciones relativas a la instrumentalización del sistema judicial y sus recursos al servicio de fines espurios (uno de los cuales puede ser, ciertamente, deshonrar infundadamente a la víctima<sup>744</sup>).

Por último, apunta en esta misma dirección el hecho de que la legislación francesa impone a los ciudadanos en muchos casos la obligación de contribuir con la Administración de Justicia en la persecución del crimen, tal y como refleja el deber de poner en conocimiento de la autoridad la práctica de malos tratos contra menores, la existencia de tramas delictivas o criminales, o la articulación de un procedimiento de “arrepentimientos” en materia de tráfico de drogas y terrorismo<sup>745</sup>. Frente a estas manifestaciones de civismo que se esperan de la población en cumplimiento de la ley, la denuncia calumniosa constituye una desnaturalización y perversión de la obligación de colaboración con las autoridades en pro de la persecución de los delitos y el esclarecimiento de la verdad. La intención de engañar a la Justicia hace reaccionar al propio sistema judicial contra el calumniador. En definitiva, se actúa frente a una utilización desviada del sistema judicial.

---

<sup>744</sup> Sin embargo, es la búsqueda del fin concreto de la condena lo que distingue la denuncia calumniosa de la difamación, que sólo persigue la ofensa contra el honor o la reputación de la víctima, por lo que la imputación de un acto sancionable, susceptible de atentar contra el honor o la consideración de la víctima, sin que medie denuncia, será difamación y no denuncia calumniosa. Así, VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., p. 301, “*l'éventualité de la sanction distingue la dénonciation calumnieuse de la diffamation, qui peut consister en une simple allégation portant atteinte à la consie'ration ou à l'honneur*”; BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 192; *Crim.*, 17 octobre 1995.

Podría admitirse la lectura intermedia que efectúa RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 422, señalando que la denuncia calumniosa no constituye un puro atentado contra el honor y la consideración, aunque sí lo implica; existe entre ellas (difamación y denuncia calumniosa) una relación de utilidad.

<sup>745</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 185.

### 5.2.3 Sujetos pasivos

Los delitos de difamación e injuria contra los muertos o contra el honor de sus herederos vivos en los términos que hemos estudiado nos permiten trasladarnos a otra polémica que envuelve siempre a los delitos contra el honor: el sujeto pasivo del delito. La gran incógnita en este sentido se refiere a la posibilidad de que las personas jurídicas (“*personnes morales*”) puedan ser titulares del derecho al honor y, por tanto, víctimas de los delitos contra el honor.

No cabe duda de que las personas físicas, como titulares originarios y primigenios del derecho al honor, son destinatarios de la tutela penal del art. 29 de la Ley<sup>746</sup>. Respecto a las personas morales, el primer argumento a favor de una interpretación expansiva que conllevaría aceptar la titularidad del derecho al honor por parte de éstas, es el propio tenor literal del precepto<sup>747</sup>. El art. 29 se refiere a la difamación cometida contra toda “persona o cuerpo”, dando cabida, sin ningún género

---

<sup>746</sup> Junto a la difamación contra las personas físicas, la Ley prevé también la difamación contra personas físicas especiales por razón de su cargo o autoridad, desde el bien entendido de que los ataques contra los servidores públicos son más graves y por tanto a ellos hay que rodearlos de un respeto especial (miembros del Ministerio, magistrados, funcionarios públicos, etc., previstos en el art. 31: “*Sera punie de la même peine, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l’une ou de l’autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l’autorité publique, un ministre de l’un des cultes salariés par l’Etat, un citoyen chargé d’un service ou d’un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition*”), y contra otras personas colectivas públicas especiales (en el artículo 30: “*La diffamation commise par l’un des moyens énoncés en l’article 23 envers les cours, les tribunaux, les armées de terre, de mer ou de l’air, les corps constitués et les administrations publiques, sera punie d’une amende de 45 000 euros*”). A estos delitos les asigna la Ley penas agravadas al estar en peligro la reputación de la Administración, la autoridad y la majestad del Estado. Para un estudio más exhaustivo, CHAVANNE, A.: “Diffamations et injures spéciales”, BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. *et. al.*: *Droit de la presse*, Licet, 1990, Fasc. 160, pp. 1 a 16, y Fasc. 161, pp. 1 a 19; del mismo, “Offense...”, *op. cit.*, Fasc. 170, pp. 1 a 12; VIANGALLI, M.: “Diffamations et injures spéciales”, AA.VV. (Université de Droit, d’Économie et des Sciences d’Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l’Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994, pp. 171 a 186.

También atentan contra la autoridad y el respeto merecido a su persona, por razón de la función pública que desarrolla, los delitos de ultraje. Por ejemplo, el delito de ultraje a un magistrado, a una persona depositaria de autoridad pública, a una persona encargada de una misión de servicio público, a un agente de la red de transporte público de viajeros o a un enseñante, que consiste simplemente en una difamación o injuria pero que por el hecho de cometerse contra esta autoridad pasa a denominarse y tipificarse como ultraje. En estos casos, existe algo más que el simple honor como objeto de protección: se trata ya de la autoridad que representan, el respeto que merecen, incluso, la dignidad de sus cargos.

<sup>747</sup> Se basan en el argumento de la interpretación literal, entre otros, VOUIN, R.: *Droit...*, *op. cit.*, pp. 311 y 312; PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 372.

de dudas, a la protección del honor y la reputación de “cuerpos”,<sup>748</sup> y de las personas jurídicas. Además, los delitos de difamación e injuria vienen encabezados por la rúbrica “delitos contra las personas”, de tal modo que todos los sujetos pasivos que a continuación se enumeran (particulares, personas físicas especiales o públicas, cuerpos, personas colectivas especiales o públicas) quedan englobados por la denominación común “personas”, que todos comparten.

Para DOUCET la cuestión no entraña problemas y afirma contundentemente que las personas morales (sociedades civiles y comerciales, sindicatos, patronal, otras entidades con personalidad jurídica) reciben, del mismo modo que las personas físicas, protección para su reputación, pues la actividad de las personas jurídicas facilita la actividad social de las personas físicas, de manera que la protección acordada a favor de las primeras beneficia a las segundas<sup>749</sup>. La doctrina<sup>750</sup> y la jurisprudencia<sup>751</sup> francesas defienden enérgicamente la línea de pensamiento que acabamos de reproducir. El único límite en la protección de la reputación o consideración social de los colectivos que suele indicarse se refiere a los grupos sin personalidad jurídica y que carecen de una estructura organizativa claramente determinada<sup>752</sup>.

---

<sup>748</sup> AUBERT, G.: *Des infractions...*, op. cit., p. 94, propone como definición de “cuerpos” la colectividad que actúa en representación de una persona moral o ficticia, en ejercicio de un interés público o privado. Así, también MALKOÇ, I. N.: *Les délits...*, op. cit., pp. 35 y 36.

<sup>749</sup> DOUCET, J.-P.: *La protection...*, op. cit., p. 392, “... *l'activité des personnes morales facilite l'activité sociale des personnes physiques, et que la protection accordée aux premières bénéficie de ce fait aux secondes*”.

<sup>750</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1589; GOYET, F.: *Droit...*, op. cit., p. 609; PIN, X.: “L’honneur...”, op. cit., pp. 166 y 167; WACHSMANN, P.: *Libertés...*, op. cit., pp. 533 y ss; RASSAT, M.-L.: *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, 3ª edición, Dalloz, París, 1997, pp. 431 y 432.

La única voz que, creemos, ofrece dudas y ni siquiera niega rotundamente la titularidad de honor por las personas jurídicas, es BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, op. cit., p. 225, pues se limita a reconocer que la eventual reputación que pueden tener las personas jurídicas posee relevancia únicamente a efectos económicos, sin llegar a hablar a su favor del derecho al honor. Incluso alaba del derecho anglosajón la exigencia de que cualquier difamación contra una persona jurídica debe tener repercusión en su patrimonio, dejando claro que sólo puede hablarse de reputación comercial de las empresas, al tiempo que se descarta por completo cualquier otro concepto de honor más espiritual. Es cierto, no obstante, que el propio autor a continuación adopta una postura intermedia al reconocer que, en última instancia, los derechos patrimoniales y extra patrimoniales de una persona jurídica no son fácilmente escindibles y que no puede considerarse como tesis irrefutable que los derechos extra patrimoniales (entre los que se incluiría el derecho al honor) sean un privilegio exclusivo de las personas físicas.

<sup>751</sup> Para consultar pronunciamientos jurisprudenciales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, TOULEMON, A.: *Nouveau Code de la Presse*, Recueil Sirey, París, 1952, p. 132. Para la jurisprudencia más reciente, CHAVANNE, A.: “La diffamation”, op. cit., Fasc. 140, pp. 31 y 32.

<sup>752</sup> CHAVANNE, A.: “La diffamation”, op. cit., Fasc. 141, p. 3 y Fasc. 150, p. 14; DOUCET, J.-P.: *La protection...*, op. cit., p. 393; PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, op. cit., p. 374; PIN, X.: “L’honneur...”, op. cit., p. 171, muestra la postura más restrictiva y exigente de la Corte de Casación en torno a esta posibilidad.

Finalmente, existe un conjunto de *comportamientos relativos al deber de respeto de la memoria de los muertos* respecto de los cuales también podría discutirse si el bien jurídico protegido es el honor y quiénes son los titulares del interés jurídicamente protegido, una vez decidido éste. El origen de esta discusión se localiza en los diversos tipos penales de la legislación francesa que parecen estar destinados a la protección del honor de los muertos. Así, en primer lugar, nos referimos a los atentados al respeto debido a los difuntos, previstos en el art. 225-17. Dicho precepto castiga, en su primer apartado “todo atentado, por cualquier medio, contra la integridad del cadáver”; en el segundo apartado “la violación o la profanación, por cualquier medio, de tumbas, sepulturas o monumentos erigidos en memoria de los difuntos”; y, por último, en el tercero “cuando las infracciones definidas en el párrafo anterior [que] vayan acompañadas de atentado contra la integridad del cadáver”. ¿Tipifican estos preceptos comportamientos prohibidos por atentar contra el bien jurídico honor de personas fallecidas? Como sostiene la generalidad de la doctrina francesa hemos de descartar que el objeto de protección penal sea en estos casos el honor de los muertos, sino más el bien el “respeto a los muertos”, concretado en el deber de mantener la integridad del cadáver y de la sepultura, e, incluso, la estabilidad social o paz pública y la decencia<sup>753</sup>.

Al margen de este precepto del Código Penal, la Ley de Libertad de Prensa también contiene disposiciones relativas a la memoria de las personas fallecidas. El art. 34 castiga las difamaciones o injurias dirigidas contra la memoria de los muertos en el caso de que los autores de las mismas hayan podido provocar un atentado contra el honor o la consideración de los herederos, cónyuges o legatarios universales vivos, a los que se les concede el derecho de respuesta del art. 13, aun cuando los autores de los ataques al honor no hubieran tenido la intención de lesionar su honor o consideración<sup>754</sup>. A diferencia de lo que sucedía, por ejemplo, en Portugal con la incriminación de las ofensas a la memoria de los fallecidos, supuesto en el que se concluía que no era el honor sino el patrimonio espiritual todavía en el presente después de la muerte el objeto

---

<sup>753</sup> PIN, X.: “L’honneur...”, *op. cit.*, pp. 165 y 166, “le texte vise d’ailleurs non pas l’honneur mais le “respect” dû morts. L’incrimination protégé en effect, d’une part, l’intégrité du cadaver et de la sepulture en interdisant toute violation intentionnelle et, d’autre part, la pax publique...”

<sup>754</sup> Article 34. 1. Les articles 31, 32 et 33 ne seront applicables aux diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l’intention de porter atteinte à l’honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants. 2. Que les auteurs des diffamations ou injures aient eu ou non l’intention de porter atteinte à l’honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants, ceux-ci pourront user, dans les deux cas, du droit de réponse prévu par l’article 13.

de protección, en la legislación francesa sí podría decirse que el bien tutelado es el honor, pero el honor de los herederos del fallecido y no el del propio fallecido, que ya no es sujeto de derecho, por lo que no ostenta honor sino que sólo merece respeto<sup>755</sup>; por ello, en la difamación dirigida a la memoria de los muertos existe un dolo especial: la intención de causar una lesión del honor de los herederos vivos<sup>756</sup> y, desde este punto de vista, tras la “protección del honor de un muerto” la Ley realmente quiere referirse a la protección del honor de la familia que el fallecido ha dejado, o incluso a razones de policía y decencia, de piedad filial y de tradiciones familiares<sup>757</sup>. Por tanto, no hay honor de los muertos, sino de los herederos. La figura del fallecido cumple aquí, podría decirse, un simple papel de vaso comunicante entre el autor de la difamación y la víctima del atentado contra el honor.

Cuestión distinta ya es la de cómo determinar cuándo el honor de los herederos puede haber sido lesionado por una ofensa dirigida a la memoria del fallecido; en otras palabras, en qué medida la ofensa dirigida a un muerto termina afectando al honor de sus herederos. Serán éstos los encargados de demostrar cómo la ofensa al fallecido ha vulnerado su honor, hecho que vuelve a evidenciar que la ley sólo protege el honor de los vivos; no basta con que invoquen la continuación en ellos de la personalidad del difunto, sino que deben establecer que, conociendo su existencia, el autor del delito quería atacar su honor<sup>758</sup>. Ello implica que debe concretarse un dolo especial en el presunto difamador, ya que si bastara la simple conciencia de la posibilidad de atacar el honor o la consideración los herederos serían víctima a título principal y se aplicaría el régimen de derecho común<sup>759</sup>. Gracias a la obligación de probar el ataque al honor se mitiga el principio rector que parece inspirar este aspecto de la Ley francesa, según el

---

<sup>755</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 225. Nosotros creemos que la propia ley viene a reconocer implícitamente esta realidad ya que señala que las difamaciones o injurias dirigidas a la memoria de los muertos sólo serán perseguidas cuando verdaderamente busquen lesionar el honor o la consideración de sus herederos, de modo que admite que el honor que en última instancia se vulnera es el de los herederos y no el del muerto. Bien es cierto que, en tal caso, la redacción legal no es muy acertada pues al utilizar los conceptos de *difamación* y de *injurias*, que son ataques al honor, y al afirmar que éstas pueden dirigirse a la memoria de un fallecido, termina por admitir gramaticalmente que el honor del fallecido puede ser lesionado en la medida en que puede ser sujeto pasivo de un delito de injurias o de difamación.

<sup>756</sup> CHAVANNE, A.: “Diffamations...”, op. cit., Fasc. 160, p. 15. En este sentido apuntan PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, op. cit., p. 377, que no se trata tanto de una difamación contra la memoria de los muertos sino de un atentado contra el honor de los vivos (“*il s’agit donc moins, en réalité, d’une diffamation contre la mémoire des morts que d’une atteinte à la considération des vivants*”).

<sup>757</sup> TOULEMON, A.: *Nouveau...*, op. cit., p. 166; BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 225; VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1595.

<sup>758</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1596; BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., p. 238.

<sup>759</sup> CHAVANNE, A.: “Diffamations...”, op. cit., Fasc. 161, p. 15. Señala también la necesidad de que concurra un dolo especial, CONTE, Ph.: *Droit...*, op. cit., 239.

cual la personalidad del difunto continúa en la de sus herederos, consideración que a nosotros nos parece difícilmente sostenible en el plano jurídico. En otras palabras, la carga de la prueba llena de contenido la vacía presunción de que toda ofensa contra la memoria de un fallecido supone, en cualquier caso, un atentado contra el honor de sus herederos. Se produce ahí un salto argumental que merece ser explicado, y la obligación de prueba de la que venimos hablando, cubre tal salto.

En fin, el análisis efectuado sobre la eventual protección penal del honor de los muertos ha arrojado dos conclusiones: la primera es que las conductas tipificadas en el Código Penal en relación con la memoria de los muertos no protegen el bien jurídico honor, sino otros intereses claramente distintos con lo que no debe confundirse; y la segunda es que los delitos de difamación e injurias contra los muertos de la Ley de Libertad de Prensa aunque sí tienen por objeto la tutela penal del bien jurídico honor, no se refieren al honor de los fallecidos (circunstancia que influiría en la concepción que mantuviéramos del bien “honor” desdibujando sus contornos), sino al de sus herederos vivos, por lo que el interés jurídico “honor” conserva los rasgos que hemos estudiado en páginas precedentes sin que estos preceptos introduzcan ninguna novedad en la delimitación de su contenido.

#### **5.2.4 Delitos contra el honor. El caso particular del “*délit de chatanje*”**

El régimen jurídico de los delitos contra el honor en Francia se articula básicamente en torno a la distinción de las figura de la difamación y de la injuria. El art. 29. 1 de la Ley de Libertad de Imprenta tipifica el delito de difamación con el siguiente tenor literal: “Cualquier alegación o imputación de un hecho que atenta contra el honor o la reputación de la persona o entidad a la que se atribuye el acto es una difamación. La publicación o reproducción directa de la alegación o imputación es punible, incluso si se hace de modo dubitativo o si se refiere a una persona o entidad que no se menciona expresamente, pero cuya identificación ha sido posible por los términos de los discursos, gritos, amenazas, escritos o impresos, anuncios o carteles”<sup>760</sup>. A

---

<sup>760</sup> Article 29. 1. Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais



continuación, más brevemente, describe el delito de injuria como “toda expresión ofensiva, en términos de desprecio o de invectiva, que no contenga la imputación de ningún hecho, será injuria”<sup>761</sup>.

La lectura de los preceptos evidencia la diferencia básica entre ambos delitos: la difamación exige la imputación de un hecho preciso, mientras que en la injuria el atentado al honor se produce sin necesidad de tal imputación<sup>762</sup>. Ahora bien, *dicho esto, no hemos dicho nada*. La clave radica en determinar qué distingue la imputación de un hecho preciso de la simple expresión ofensiva o de desprecio o una invectiva. Si lo dicho o imputado es susceptible de prueba y su falsedad o veracidad puede ser establecida en el marco de un debate contradictorio, estamos ante la imputación de un hecho y, consiguientemente, ante una difamación<sup>763</sup>; por el contrario, si son vagas insinuaciones no susceptibles de prueba<sup>764</sup>, se tratará de una injuria. No obstante, como reconocen la doctrina y la jurisprudencia francesas, este criterio no es infalible y pueden darse en la práctica supuestos conflictivos por hallarse justamente en la frontera entre difamación e injuria, situación que se produce, por ejemplo, cuando en una misma imputación es indisociable la alegación del hecho de la expresión ofensiva, en cuyo caso los tribunales entienden que el delito de injuria quedará absorbido por el difamación<sup>765</sup>. O, cuando, se opta por la calificación jurídica de difamación en atención a las

---

*dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés.*

<sup>761</sup> Article 29.2. *Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure.*

Esta distinción no es original de la Ley de Libertad de Prensa de 1881, sino que ya la Ley de 17 de mayo de 1819, en su art. 13, la estableció en idénticos términos: “*Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure*”

<sup>762</sup> *Vid.*, entre muchos otros, CHAVANNE, A.: “La diffamation”, *op. cit.*, Fasc. 140, p. 9; VÉRON, M.: *Droit pénal spécial*, 12<sup>a</sup> édition, Dalloz, París, 2008, pp. 168 y 183; MALABAT, V.: *Droit pénal spécial*, 4<sup>a</sup> édition, Dalloz, París, 2009, p. 280; CONTE, Ph.: *Droit pénal spécial*, 2<sup>a</sup> édition, Lexis Nexis, París, 2005, p. 223; WACHSMAN, P.: “La liberté d’expression”, CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M.-A. y REVET, T.: *Libertés et droits fondamentaux*, 12<sup>a</sup> ed., Dalloz, París, 2006, p. 400; MOLINA, M.: *Les Journalistes. Statut professionnel, libertés et responsabilités*, Victoires, París, 1989, p. 132; RASSAT, M.-L.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 432.

<sup>763</sup> *Crim.*, 14 février 2006, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 40, “*un fait est de nature à être, sans difficulté l’objet d’une preuve et d’un débat contradictoire*”.

<sup>764</sup> *Crim.*, 2 décembre 1963, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 345, *Crim.*, 17 février 1981, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 64, “*n’ont donc jamais constitué des diffamations de vagues insinuations insusceptibles de preuves*”.

<sup>765</sup> PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 366.

circunstancias extrínsecas del escrito, aun no siendo difamatorios los términos en que se cometió el delito<sup>766</sup>.

Y si el elemento de la imputación de un hecho preciso es lo que separa la injuria de la difamación, las dos figuras previstas por la Ley de Libertad de Prensa comparten, más allá del bien jurídico protegido que ya hemos analizado, otro aspecto: la publicidad. El mismo artículo 29, después de describir la conducta difamatoria, aclara que sólo será punible cuando haya sido publicada directamente o reproducida. Los sucesivos preceptos se ocupan de precisar las penas aplicables a la difamación cometida con publicidad atendiendo al sujeto pasivo del delito; concretamente, el art. 30 se refiere a las difamaciones públicas contra personas colectivas especiales por razón de su cargo o autoridad; el art. 31 atiende a las difamaciones públicas contra personas físicas especiales por razón de su cargo o autoridad; y el art. 32 trata sobre las difamaciones públicas contra los particulares y contra grupos de personas por razón étnica, nacional, racial, religiosa, sexual, de orientación sexual o minusvalía. En relación con las injurias, la publicidad es también un rasgo constitutivo en tanto sólo se castigan las cometidas con publicidad, de conformidad con el art. 33 (que establece el listado de penas según el sujeto pasivo de la injuria). Este conjunto de disposiciones debe interpretarse a la luz del art. 23 que explica en qué condiciones puede entenderse que un delito es cometido con publicidad: "...a través de discursos, gritos o amenazas pronunciadas en reuniones o lugares públicos, o por escritos, impresos, dibujos, grabados, pinturas, emblemas, imágenes u otros medio de la escritura, el habla o la imagen vendidos o distribuidos, ya sean puestos en venta o exhibidos en lugares públicos o reuniones, o por carteles o letreros expuestos a la vista del público, o por cualquier otro medio de comunicación pública por vía electrónica..."<sup>767</sup>.

El elemento de la publicidad reviste importancia ya que su concurrencia distingue las difamaciones e injurias previstas en la Ley de Libertad de Prensa de las

---

<sup>766</sup> *Crim.*, 27 juillet 1982, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 199, *Crim.*, 6 décembre 198, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 44.

<sup>767</sup> *Article 23.1. Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet.*

injurias y difamaciones, ambas sin publicidad, que tipifica el Código Penal francés en sus arts. 621-1<sup>768</sup> y 621-2<sup>769</sup>; no en vano, la propia actividad de la prensa ya implica un innegable componente publicitario<sup>770</sup>. El que unas y otras se penalicen de distinta forma responde, según DOUCET, a que el interés protegido varía: en los delitos contra el honor en los que media publicidad se ataca más fuertemente la reputación, mientras que cuando la publicidad está ausente, el objeto de protección se aproxima más al honor interno<sup>771</sup>. La presencia del elemento “publicidad” ofrece, sin embargo, más problemas de los que *a priori* pudiera pensarse y ello ha obligado a los jueces y tribunales a actuar con cierto margen de apreciación para determinar si en los casos-frontera o casos-límite, ha mediado, finalmente, publicidad<sup>772</sup>.

Establecidas las diferencias entre la injuria y la difamación previstas en la Ley de Libertad de Prensa y entre éstas dos y las contravenciones de difamación e injuria sin publicidad, es momento de analizar por separado cada conducta típica.

#### 5.2.4.1 “*Diffamation*”

Como ya hemos apuntado, el delito de difamación se tipifica en el apartado primero del art. 29 de la Ley de Libertad de Prensa de 1881, cuya redacción es la siguiente: “Cualquier alegación o imputación de un hecho que atenta contra el honor o la reputación de la persona o entidad a la que se atribuye el acto es una difamación. La publicación o reproducción directa de la alegación o imputación es punible, incluso si se hace de modo dubitativo o si se refiere a una persona o entidad que no se menciona expresamente, pero cuya identificación ha sido posible por los términos de los discursos, gritos, amenazas, escritos o impresos, anuncios o carteles”.

---

<sup>768</sup> Article 621-1. 1. La diffamation non publique envers une personne est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 1<sup>er</sup> classe. 2. La vérité des faits diffamatoires peut être établie conformément aux dispositions législatives relatives à la liberté de la presse.

<sup>769</sup> Article 621-2. L'injure non publique envers une personne, lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation, est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 1<sup>er</sup> classe.

<sup>770</sup> PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, op. cit., p. 363.

<sup>771</sup> DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., p. 432. Al margen de esta circunstancia, las difamaciones e injurias no públicas, consideradas meras contravenciones, reúnen los mismos elementos que las difamaciones e injurias tipificadas en la Ley de Libertad de Prensa, incluida la intención o el dolo del autor. Así, GOYET, F.: *Droit...*, op. cit., p. 612.

<sup>772</sup> Esta cuestión se aparta de los objetivos de nuestro análisis. Para un estudio más detallado de las soluciones jurisprudenciales, PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, op. cit., pp. 363 a 365; DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., pp. 432 a 434; CHAVANNE, A.: “La diffamation”, *op. cit.*, Fasc.141, pp. 20 y 21.

Desde el punto de vista de los elementos materiales de la difamación conviene estudiar, en primer lugar, las formas de realización del delito. El precepto cita dos modalidades: la alegación y la imputación. La diferencia entre alegación e imputación reside en el grado de participación en el hecho: cuando alega, el difamador no hace sino difundir un hecho que ha sido previamente afirmado por otro (“*untel m’a dit*”) o que es un rumor público (“*on dit que*”); sin embargo, en la imputación, el difamador atribuye a la víctima un hecho cuya existencia él mismo ha constatado o conocido personalmente<sup>773</sup>. En cuanto al modo de realizar esta imputación o alegación, caen bajo el ámbito de la ley las opciones más diversas, desde la afirmación directa hasta la indirecta en forma de interrogación, duda, condición, hipótesis, insinuación o suposición<sup>774</sup>.

A continuación, hay otros elementos materiales que ya hemos examinado: a) el artículo 29 considera punible la difamación cuando se ha hecho pública o se ha reproducido a través de cualquier medio de los previstos en el art. 23; b) la difamación debe tener por objeto un hecho preciso susceptible de someterse a la prueba de la verdad, o, en palabras de RASSAT, “un hecho que pueda ser fechado y circunstanciado”<sup>775</sup>; c) la imputación debe dirigirse a una persona, física o moral, determinada o susceptible de ser determinada a través de las referencias contenidas en la expresión difamatoria; d) el hecho atribuido a la víctima ha de ser perjudicial (“*préjudiciable*”, “*dommageable*”), en el sentido de poder comportar un menoscabo del honor o consideración ajenos.

Desde la perspectiva de los elementos morales (subjetivos) del delito o de la intención del autor, cabe señalar que la difamación es un delito intencional, esto es, es preciso que el autor sea consciente de que la imputación que formula puede comportar una lesión del honor o la consideración de la víctima, lo que equivale a la exigencia de un dolo general. La difamación exige, consiguientemente, la mala fe, hasta tal punto que este componente se presume, de conformidad con el art. 35.bis de la Ley de Libertad de

---

<sup>773</sup> RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 430. Como apunta CHAVANNE, A.: “La diffamation..., op. cit., Fasc. 140, p. 7, la calificación como alegación o imputación sólo tiene importancia en el plano doctrinal, pues la pena prevista por la ley para ambas conductas es la misma.

<sup>774</sup> Recogen abundante jurisprudencia que admite estas múltiples modalidades difamatorias, entre otros, CHAVANNE, A.: “La diffamation..., op. cit., Fasc. 140, pp. 7 a 9; CONTE, Ph.: *Droit...*, op. cit., 220; DOUCET, J-P.: *La protection...*, op. cit., p. 442; RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 431.

<sup>775</sup> RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 432, “... un fait précis susceptible d’être date et circonstancié”.

Prensa, que dice así: “toda reproducción de una imputación que ha sido juzgada difamatoria se reputará hecha de mala fe, salvo prueba en contrario de su autor”<sup>776</sup>, aunque ya con anterioridad a la introducción en 1944 de este precepto, la Sala de lo Penal de la Corte de Casación había establecido que toda difamación se presumía hecha de mala fe, con intención culpable (“*intention coupable*”)<sup>777</sup>. Por ello, son acertadas las palabras de MALABAT cuando señala que “el elemento moral de la difamación [la conciencia del difamador de poder causar un ataque al honor o a la consideración] presenta la particularidad de presumirse desde que el elemento material [la imputación o alegación difamatoria] se constata”<sup>778</sup>; o, ahora siguiendo a VITU, “la imputación material pretende englobar necesariamente el elemento psicológico de la culpabilidad”<sup>779</sup>.

A partir de ahí, el acusado de difamación dispone de diversos medios de defensa para eludir la condena que indefectiblemente terminaría sufriendo dado que, como hemos apuntado, cometida la imputación difamatoria, se presume su mala fe y su conciencia de que con su actuación se exponía a ser considerado culpable de atentado contra el honor o la reputación. Siguiendo el esquema de VÉRON, el acusado puede invocar una inmunidad, puede probar la verdad de las imputaciones difamatorias, o, en última instancia, puede intentar probar su buena fe<sup>780</sup>:

- a) En primer lugar, el presunto autor de las imputaciones difamatorias puede acogerse al régimen de inmunidades previsto en el art. 41 de la Ley de Libertad de Prensa<sup>781</sup>. Por una parte, quedan cubiertos por el privilegio de la inmunidad los “discursos pronunciados en una u otra Asamblea parlamentaria, los informes y cualquier otro documento que haya sido impreso por orden de estas

---

<sup>776</sup> Article 35. Bis. *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur.*

<sup>777</sup> *Crim.*, 23 août 1894.

<sup>778</sup> MALABAT, V.: *Droit...*, op. cit., p. 279, “*mais cet element moral présente la particularité d'être presumé dès que l'élément matériel est constaté*”. En la misma línea, PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, op. cit., p. 375.

<sup>779</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1579, “*l'imputation matérielle est censée englober nécessairement l'élément psychologique de culpabilité*”.

<sup>780</sup> VÉRON, M.: *Droit...*, op. cit., p. 175.

<sup>781</sup> El estudio detallado de los regímenes de inmunidad previstos por la Ley es una cuestión que excede de la atención que podemos prestar a esta cuestión debido al abundante casuismo jurisprudencial existente, sin perjuicio de que a continuación ofrezcamos una visión general. Para un examen más detallado, BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., pp. 168 a 177; TOULEMON, A.: *Nouveau...*, op. cit., pp. 196 a 204; VÉRON, M.: *Droit...*, op. cit., pp. 173 a 175; VOUIIN, R.: *Droit...*, op. cit., pp. 321 y 322.

Asambleas”<sup>782</sup>, así como también “la reproducción de buena fe por el periodista del contenido de las “cuentas rendidas” en sesión públicas en aquellas Asambleas”<sup>783</sup>. En definitiva, se trata de asegurar la libertad de los debates que se celebran en las más altas asambleas políticas, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones previstas por los reglamentos de orden interno de cada una de las Cámaras<sup>784</sup>. La inmunidad parlamentaria persigue que el miedo al delito no coarte la libertad de expresión de los representantes<sup>785</sup>. Esto advertido, la inmunidad se concibe con carácter “funcional” refiriéndola a los trabajos de las Asambleas y alcanzando también a quienes sin tener la condición de parlamentarios, están asociados a esas tareas, pero no una “inmunidad personal” que proteja a los parlamentarios cuando actúan más allá de estas funciones<sup>786</sup>.

En segundo lugar, existe también inmunidad judicial en los siguientes términos: “no darán lugar a acción por difamación, injuria o insulto, ni las cuentas rendidas exactamente de buena fe en los debates judiciales, ni los discursos pronunciados o los escritos realizados ante los tribunales”<sup>787</sup>. Los elementos de “exactitud” o “fidelidad” y “buena fe”, son determinantes para decidir a favor de la apreciación o no de atentados al honor<sup>788</sup>.

- b) El acusado de difamación puede quedar exonerado de pena si prueba la verdad de los hechos difamatorios (“*preuve de la vérité des faits diffamatoires*”). El artículo 35 que consagra la prueba de la verdad en los delitos contra el honor en Francia

---

<sup>782</sup> Article 41. 1. Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.

<sup>783</sup> Article 41.2 Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux.

<sup>784</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1591.

<sup>785</sup> Con el escudo de la inmunidad pueden expresarse ideas que, en otro caso, quedarían sepultadas. En palabras de un alto magistrado, recuperadas por LÉCUYER, G.: *Liberté...*, op. cit., p. 307, “hay supuestos especiales en que no se puede defender una causa sin ofender a la persona, atacar la injusticia sin deshonorar a la patria, explicar los hechos sin servirse de términos duros” (“*il est espèces où l'on ne peut défendre la cause sans offenser la personne, attaquer l'injustice sans déshonorer la patrie, expliquer les faits sans se servir de termes dures*”).

<sup>786</sup> RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 443.

<sup>787</sup> Article 41.4. Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

<sup>788</sup> TOULEMON, A.: *Nouveau...*, op. cit., p. 199. Esa fidelidad y exactitud consisten en limitarse a reflejar las pretensiones contrarias de las partes, de manera que se pueda apreciar el debate en su conjunto (*Crim., 4 novembre 1986, Bulletin criminel de la Cour de Cassation 322*).

constituye un auténtico nudo gordiano para los autores que consideran que el régimen represivo de los ataques contra el honor está considerablemente desequilibrado a favor del periodista-difamador y en contra de la víctima<sup>789</sup>. Después de reconocer que la prueba de la verdad de los hechos difamatorios puede practicarse por las vías ordinarias en relación con las personas públicas colectivas enumeradas en el art. 31 y respecto de los directores y administradores de empresas comerciales, industriales y financieras<sup>790</sup>, establece el citado precepto la regla general de la prueba de la verdad, junto a dos excepciones, en el apartado tercero.

Según el art. 35.3, tras la reforma introducida por Ordenanza de 6 de mayo de 1944, “la verdad de los hechos difamatorios puede probarse siempre, salvo: a) cuando la imputación afecte a la vida privada de la persona; b) cuando la imputación se refiera a una infracción que ha sido amnistiada o ha prescrito, o dio lugar a una condena que fue suprimida por rehabilitación o revisión”<sup>791</sup>. A partir de ahí, se advierte del riesgo de una declaración tan generosa como la reproducida que conduce a una operatividad máxima de la prueba de la verdad como instrumento justificativo de cualquier difamación, en la medida en que el adverbio “siempre” (“*toujours*”) ha adquirido amplitud excesiva, ha sido dotado de un valor

---

<sup>789</sup> Vid., por todos, BEIGNIER, B.: *L'honneur...*, op. cit., pp. 177 a 180.

<sup>790</sup> Article 35. 1. La vérité du fait diffamatoire, mais seulement quand il est relatif aux fonctions, pourra être établie par les voies ordinaires, dans le cas d'imputations contre les corps constitués, les armées de terre, de mer ou de l'air, les administrations publiques et contre toutes les personnes énumérées dans l'article 31. 2. La vérité des imputations diffamatoires et injurieuses pourra être également établie contre les directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou offerts au public sur un système multilatéral de négociation ou au crédit.

<sup>791</sup> Article 35.3. La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf : a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ; b) (Abrogé); c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.

El Consejo Constitucional francés en la reciente *Décision n° 2011-131 QPC de 20 de mayo 2011* ha declarado inconstitucional, dando así la razón a un amplio sector de la doctrina que venía reclamando la modificación de este precepto, una tercera excepción a la prueba de la verdad que contenía el art. 35.3, en virtud de la cual no cabía la *exceptio veritatis* para justificar una imputación difamatoria que se refiriera a un hecho trascurrido más de diez años antes (“*lorqu'elle se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années*”). La excepción aludida respondía al interés de evitar resucitar viejas querellas y a la dificultad de la prueba de tales hechos; pero al propio tiempo, constituía un considerable inconveniente para los historiadores que pudieran ser acusados de difamación al estudiar hechos y personajes públicos de gran trascendencia histórica y que, por efecto de esta excepción, no podrían justificar su actuación presuntamente difamatoria (VÉRON, M.: *Droit...*, op. cit., p. 176; RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 448). Apoyando tales consideraciones, el Consejo Constitucional admitió que este régimen excepcional constituía un obstáculo para la investigación científica e histórica y representaba, en definitiva, una limitación desproporcionada de la libertad de expresión

pleno de tal modo que la prueba de la verdad de los hechos difamatorios se ha extendido a todas las formas de difamación<sup>792</sup>.

En cuanto a las excepciones previstas a la regla general de la *exceptio veritatis*, la primera (los hechos que afectan a la vida privada de la víctima), conforme a una restrictiva interpretación jurisprudencial, que vuelve a incidir en el temor a una línea excesivamente favorable a la libertad de la prensa y contraria a los derechos de la personalidad, se limita a la moralidad, la honestidad y la comisión de infracciones<sup>793</sup>. El otro supuesto en que no cabe la prueba de la verdad (hechos prescritos o amnistiados) responde al deseo y necesidad de paz pública<sup>794</sup>.

- c) Finalmente, como último salvoconducto, el acusado de difamación puede intentar probar que actuó de buena fe. La jurisprudencia ha establecido que se considera acreditada la concurrencia de buena fe cuando se evidencia la honestidad intelectual del periodista (“*honnêteté intellectuelle*”), su deber de objetividad (“*devoir d’objectivité*”), su misión como informador (“*mission d’information*”), o, en fin, cuando en su actuación no ha existido ninguna intención malévola (“*intention malveillante*”)<sup>795</sup>, esto es, que no tenía consciencia de que con sus alegaciones podía estar atentando contra el honor o la reputación ajena. Se trata, por tanto, de una particular inversión de la carga de la prueba: el periodista debe probar que actuó de buena fe y no, como impone la regla en su formulación habitual, quien acusa demostrar que el presunto autor del delito se comportó maliciosamente. La compatibilidad de esta situación con el principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así mismo, los tribunales han indicado que para valorar si está presente la buena fe no bastará con alegar que el difamador confiaba en la exactitud de los hechos que imputaba, ni que carecía de animosidad contra la víctima, ni que creía actuar en cumplimiento estricto de su deber de información, ni que las

---

<sup>792</sup> RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 447; VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., p. 324.

<sup>793</sup> VÉRON, M.: *Droit...*, op. cit., p. 176; RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 448.

<sup>794</sup> TOULEMON, A.: *Nouveau...*, op. cit., p. 175.

<sup>795</sup> BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, op. cit., p. 163.



imputaciones eran notoriamente conocidas, ni que había habido provocación<sup>796</sup>. Sí constituyen pruebas de buena fe la prudencia observada por el informador, las reservas formuladas a la hora de comunicar los hechos, el uso de la forma condicional o, en ciertos casos, la utilización de comillas<sup>797</sup>.

#### 5.2.4.2 “Injure”

El exhaustivo estudio realizado del delito de difamación nos será de utilidad a partir de ahora para proceder del mismo modo con el delito de injurias previsto en el art. 29, apartado segundo, ya que la gran mayoría de los elementos son coincidentes.

La Ley tipifica como delito de injuria “toda expresión ofensiva, en términos desprecio o de invectiva, que no contenga la imputación de ningún hecho”. El primer elemento típicamente distintivo de la injuria se refiere a la propia conducta castigada: expresión ultrajante u ofensiva, en términos de desprecio. CHAVANNE entiende por término ofensivo “toda formulación que sin contener la imputación de un hecho preciso es susceptible [de naturaleza] de conllevar un atentado contra el honor o la delicadeza”<sup>798</sup>. La jurisprudencia suele exigir un contenido grosero<sup>799</sup>, despectivo<sup>800</sup>. La expresión despectiva, de nivel ofensivo más reducido, se caracteriza por conllevar un ataque a la honorabilidad<sup>801</sup>. No obstante estas diferencias de intensidad, lo cierto es que no tiene relevancia práctica y todas ellas reciben el mismo trato penal.

---

<sup>796</sup> Sobre la inutilidad de tales argumentaciones para destruir la presunción de mala fe del difamador, CHAVANNE, A.: “La diffamation...”, *op. cit.*, Fasc. 141, pp. 6 a 10. La mayoría de los autores, como PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit...*, *op. cit.*, pp. 375 y 376, VÉRON, M.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 177; RASSAT, M-L.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 437, o MALABAT, V.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 279, estiman que la demostración de esta voluntad positiva hacia el respeto y la verdad se convierte en una circunstancia difícil de acreditar, sin embargo, un sector minoritario representado por BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, *op. cit.*, pp. 161 a 164, se muestra fuertemente enfrentado a un método como el de la prueba de la buena fe cuya aplicación se presta a una generosidad, flexibilidad, ligereza y laxitud, que tienden siempre a favorecer al periodista y a desatender los derechos al honor y a la reputación de los destinatarios de la información.

<sup>797</sup> *Crim.*, 11 mai 1989.

<sup>798</sup> CHAVANNE, A.: “L’injure publique”, BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. *et. al.*: *Droit de la presse*, Licet, 1990, Fasc. 150, p. 4. .

<sup>799</sup> *Crim.*, 6 janvier 1949, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 6. Señala VITU, A.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 1583, que apelativos como “imbécil”, “canalla”, “sucio”, “bribón”, o “puta”, poseen tal violencia verbal que constituyen, sin lugar a dudas, invectivas punibles como injurias.

<sup>800</sup> *Crim.*, 6 mars 1974, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 98.

<sup>801</sup> VITU, A.: *Droit...*, *op. cit.*, p. 1583.

Existe acuerdo unánime tanto doctrinal como jurisprudencial en cuanto a que la calificación de una conducta como injuriosa dependerá notablemente del contexto, de las circunstancias, de la evolución de los modos y costumbres<sup>802</sup>; se deben valorar, incluso, de un modo especial las circunstancias del propio autor: su medio, profesión, hábitos, educación<sup>803</sup>. En fin, la tantas veces repetida circunstancialidad y relatividad de las injurias, en su máxima expresión.

Desde el punto de vista de la intención del injuriador, es un delito intencional en el que la mala fe se presume, en el sentido de que basta para apreciar injuria con que quien la profiera tenga consciencia de estar empleando un término despectivo, una invectiva o una expresión ofensiva, pues en tal caso el elemento material se estima presente<sup>804</sup>; en otras palabras, quien emplea términos ofensivos o despectivos no puede sino tener consciencia de estar atentando contra el honor o la consideración de la víctima y quiere inevitablemente este resultado en la medida en que recurre a tales expresiones<sup>805</sup>. Por ello, hablar de presunción de mala fe resulta incluso excesivamente dulcificado, ya que la intención culpable se determina pura y simplemente por los términos injuriosos.

En conexión con lo anterior, la presunción de la intención culpable del injuriador (la cual, como hemos indicado, se constata con la mera comisión de la injuria) puede destruirse, en primer lugar, si se acredita la existencia de una inmunidad, parlamentaria o judicial, que proteja al autor de las expresiones ofensivas. Además, el régimen de la injuria presenta en este aspecto un dato novedoso: la previsión de una excusa absolutoria en el art. 33, apartado segundo, en virtud la cual se excluye el castigo de la injuria si se demuestra que fue vertida como consecuencia de una provocación<sup>806</sup>. Corresponderá al acusado de injuria demostrar que sus expresiones fueron proferidas mediando previas provocaciones a modo de réplica, sin que haya transcurrido demasiado tiempo entre la provocación y la injuria<sup>807</sup>. Así mismo, la jurisprudencia

---

<sup>802</sup> VÉRON, M.: *Droit...*, op. cit., p. 183; RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 435;

<sup>803</sup> CHAVANNE, A.: "L'injure...", op. cit., Fasc. 150, p. 4.

<sup>804</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1583; CHAVANNE, A.: "L'injure...", op. cit., Fasc. 150, p. 15; JACOPIN, S.: *Droit pénal spécial*, Hachette, París, 2010, p. 104; CONTE, Ph.: *Droit...*, op. cit., 237.

<sup>805</sup> MALABAT, V.: *Droit...*, op. cit., p. 280.

<sup>806</sup> Article 33.2. *L'injure commise de la même manière envers les particuliers, lorsqu'elle n'aura pas été précédée de provocations, sera punie d'une amende de 12 000 euros.*

<sup>807</sup> *Crim., 15 avril 1959, Bulletin criminel de la Cour de Cassation 226.; Crim., 4 décembre 1973, Bulletin criminel de la Cour de Cassation 448.*

exige que la provocación haya sido injusta y que guarde relación y proporcionalidad con la injuria proferida ulteriormente<sup>808</sup>.

Concluimos con el bloque de los delitos contra el honor con el tratamiento de una cuestión común a ellos: el castigo penal. En este sentido, la legislación francesa contiene una particularidad a diferencia de las restantes legislaciones europeas que hemos analizado: no se prevé para los delitos contra el honor penas de prisión, sino únicamente de multa. Así, en el primer caso, las difamaciones contra particulares se castigan con penas de multa de 12000 euros (art. 32 de la Ley de Libertad de Prensa); si la difamación se dirige a cualquiera de los cuerpos constituidos o cualquiera de las personalidades públicas especiales mencionadas en el art. 31, se impondrá una pena de 45000 euros (art. 30). Las distintas modalidades del delito de injurias se reprimen, por el contrario, con idéntica pena de multa: según el art. 31.2, las injurias contra particulares se castigarán con pena de multa de 12000 euros, y, en virtud del art. 31.1, las injurias dirigidas contra los cuerpos constituidos o las personas públicas especiales, previstos todos ellos en los arts. 30 y 31, recibirán también una multa de 12000 euros.

#### 5.2.4.3 “*Délit de chantage*”

Y, finalmente, como indicamos en el título de este subepígrafe, conviene hacer una breve referencia al caso particular del delito de chantaje, previsto en el art. 312-10 del Código Penal, en los siguientes términos: “el chantaje es el hecho de obtener, amenazando con revelar o imputar hechos susceptibles de comportar un atentado contra el honor o la consideración tanto una firma, un compromiso o una renuncia, como la revelación de un secreto, o el envío de fondos, valores o un bien cualquiera”<sup>809</sup>. La variedad de fines que pretende alcanzar el chantajista sólo nos permite hablar del chantaje como el delito consistente en la obtención de una cosa<sup>810</sup> con la ayuda de una amenaza de revelación de un hecho susceptible de causar un atentado contra el honor o la consideración de la víctima, siendo indiferente a efectos jurídicos que el hecho sobre

---

<sup>808</sup> *Crim.*, 16 avril 1985, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 140; *Crim.*, 13 avril 1979, *Bulletin criminel de la Cour de Cassation* 77.

<sup>809</sup> Article 321.10. *Le chantage est le fait d’obtenir, en menaçant de révéler ou d’imputer des faits de nature à porter atteinte à l’honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d’un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d’un bien quelconque.*

<sup>810</sup> De manera genérica, GOYET, F.: *Droit...*, op. cit., p. 710, apunta que la amenaza está dirigida al fin de obtener una ganancia ilegítima.

el que versa la amenaza sea verdadero o falso, ya que la víctima en cualquier caso quiere evitar el escándalo público, si bien es cierto que el chantaje será más eficaz si el hecho es verdadero pues en tal supuesto la víctima procurará por todos los medios plegarse a las peticiones del chantajista para evitar el escándalo<sup>811</sup>. En este sentido, el chantaje es una forma de extorsión específica que se consuma a través de la amenaza y no de una amenaza cualquiera, sino necesariamente de una amenaza contra el honor o la consideración<sup>812</sup>. Es el contenido de la amenaza lo que acerca el chantaje al bien jurídico honor y a los delitos contra el honor, y lo que le separa parcialmente de la mera extorsión. Ello convierte al chantaje en un delito que atenta simultáneamente contra los bienes (libertad) y contra el honor, y en el que la amenaza del deshonor como intención culpable es un elemento esencial, no siendo suficiente el simple deseo de dañar a otro<sup>813</sup>.

### 5.3 BÉLGICA

La legislación belga castiga los ataques al honor en el Código Penal. Concretamente, el Capítulo V del Título VIII del Libro II, bajo la rúbrica “de los delitos contra el honor o la consideración de las personas” (“*des atteintes portées à l’honneur ou à la considération des personnes*”), prevé diferentes figuras delictivas destinadas a proteger el honor de las personas, tales como la difamación (art. 443), la calumnia (art. 443), la injuria (art. 448) y la “*divulgation méchante*” (art. 449), que nosotros traduciremos, en adelante, como divulgación maliciosa. Junto a estos atentados, existentes también en otras legislaciones estatales aunque con contenidos diversos, existen otros comportamientos delictivos que se mueven en la órbita del bien jurídico honor aunque no tutelan exactamente este interés; es el caso de la denuncia calumniosa ante la autoridad (art. 445.1), la imputación calumniosa contra el subordinado (art. 445.2) y los ultrajes (arts. 275, 276, 277 y 282). Esta enumeración revela que el catálogo de sanciones que reprimen los ataques al honor es extenso en Bélgica, aun cuando las sutiles diferencias existentes en la práctica se muestren escasamente operativas e insuficientes para distinguir unas infracciones de otras.

---

<sup>811</sup> VITU, A.: *Droit...*, op. cit., p. 1877; BEIGNIER, B.: *L’honneur...*, op. cit., pp. 131 y 132.

<sup>812</sup> RASSAT, M-L.: *Droit...*, op. cit., p. 184; MALABAT, V.: *Droit...*, op. cit., p. 355.

<sup>813</sup> *Vid.*, por todos, PIN, X.: “L’honneur...”, op. cit., p. 164.

Antes de comenzar con el análisis de las conductas típicas mencionadas y del bien jurídico protegido por ellas, conviene hacer una precisión. Las conductas penales que analizaremos a continuación se caracterizan por cometerse entre particulares, esto es, sin participación ni mediación de la prensa. No cabe duda de la potencialidad criminal de la prensa en el ámbito de los delitos contra el honor, sin embargo en esta investigación no profundizaremos en el vasto campo de los delitos de prensa, es decir, los delitos que comportan un atentado contra los derechos de la sociedad o de los ciudadanos, cometidos en abuso de la manifestación de opiniones en escritos impresos y públicos. Tales delitos de prensa, que adoptarán también la forma de imputaciones calumniosas y difamatorias, son competencia de la Sala de lo Penal (“*Cour d’assises*”) tal y como exige el art. 150 de la Constitución belga<sup>814</sup>, además de estar rodeados de otras garantías, como el sistema de responsabilidad en cascada, la prohibición de la detención preventiva, el acortamiento de los plazos de prescripción de los delitos de prensa o la necesidad de que el veredicto deba ser adoptado por unanimidad del tribunal, conforme al art. 148 de la Constitución<sup>815</sup>.

### **5.3.1 El bien jurídico “*l’honneur ou la considération*”**

Las siguientes reflexiones deben ir precedidas de una aclaración. La rúbrica del Código Penal que encabeza la regulación de los delitos contra el honor se refiere a los atentados contra el honor o la consideración. Sin embargo, tal y como tendremos ocasión de examinar más adelante, las figuras más representativas de esta categoría de delitos, la difamación y la calumnia, prohíben la imputación de hechos que puedan comportar un atentado contra el honor o que expongan a la víctima al desprecio público (“... *ou à l’exposer au mépris public...*”). De esta forma sutil, el legislador parece estar queriendo igualar los conceptos de “consideración”, contemplado en la rúbrica del Capítulo, y de “desprecio público”, utilizado en la descripción de la conducta típica. Ciertamente es que ambas expresiones pueden ser empleadas como sinónimos en el lenguaje coloquial o informal; nos corresponde a nosotros, y a ello nos dedicaremos a continuación, valorar si también son coincidentes en el plano jurídico.

---

<sup>814</sup> FAURE, M. y MASSET, A.: “Atteintes à l’honneur ou à la considération des personnes”, GORLE, F., DE NAUW, A y BODSON, P.L.: *Qualifications et jurisprudence pénales*, Bruges, La Chartre, 2007, p. 14.

<sup>815</sup> HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit de la Presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, Academia Bruylant, Louvain la Neuve, 2000, pp. 82 a 86.

La temática relativa al bien jurídico honor no es objeto de acaloradas discusiones ni de extensas publicaciones en el caso de la doctrina belga; de hecho, los principales manuales de Derecho penal comienzan sus explicaciones sobre los delitos contra el honor con referencias a los autores franceses que han profundizado en las raíces filosófico-jurídicas del concepto de *honneur*. Así, HOEBEKE y MOUFFE, después analizar las palabras del jurista francés BOISTEL sobre el derecho al honor<sup>816</sup>, ofrecen las orientaciones ya conocidas sobre la doble vertiente del derecho al honor, en línea con las tesis de VIRRIOT-BARRIAL que analizamos con anterioridad. Sostienen los referidos autores, de manera global, que “el honor enlaza con lo que uno quiere ser en sí mismo, con aquello a lo que aspira; mientras que la consideración, por el contrario, se vuelve hacia la publicidad, la imagen y la impresión que deseamos presentar frente a los demás”<sup>817</sup>.

Analicemos ahora, con mayor precisión, cada dimensión del honor. Por una parte, PICARD y HOFFSCHMIDT aclaran que el término honor, *stricto sensu*, constituye una parte de la personalidad moral del sujeto, que evoca las ideas de probidad y coraje (entendido valor o valía)<sup>818</sup>.

En cuanto a la vertiente exterior u objetiva del honor, que venimos denominando consideración, conviene remitirnos a la historia para explicar cómo y porqué el texto legal no se refirió a la vertiente externa como “consideración”, sino como “exposición de la víctima al desprecio público”. La mirada al pasado que nos proporcionan NYPELS y SERVAIS quizá pueda ofrecernos útiles elementos de juicio. En la fase de reforma del viejo Código Penal belga se barajó la posibilidad de introducir el concepto “consideración” junto al de “honor”, como parámetro de referencia de lo que debía entenderse como imputación difamatoria y calumniosa, frente a la redacción existente

---

<sup>816</sup> BOISTEL defiende el “derecho absoluto de todo hombre al honor merecido en el bien entendido de un honor a no serle denegada injustamente una cualidad que él posea o el beneficio de una acción que ha realizado, o a que no se le impute una cualidad negativa o una mala acción, frente a las cuales él es un extraño” (“*L’homme a un droit absolu à l’honneur mérité, c’est-à-dire à ce qu’on ne lui dénie pas injustement une qualité qu’il possède ou le bénéfice d’une action qu’il a faite, à ce qu’on ne lui impute pas une mauvaise qualité qu’il n’a pas ou une mauvaise action à laquelle il est resté étranger*”). Sus palabras son recogidas por HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 329.

<sup>817</sup> HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 330, “*si l’honneur se rattache plutôt à ce que l’on veut être soi-même, à ce vers quoi on aspire, la considération renvoie par contre à une certaine publicité, à l’image et à l’impression que l’on souhaite présenter aux autres*”.

<sup>818</sup> PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie et Diffamation”, PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N. et. al.: *Pandectes Belges. Encyclopédie de Législation, et Doctrine et de Jurisprudence (t. XV)*, Larcier, Bruxelles, 1885, p. 696.

que recurría a la clausula “imputación de un hecho digno del desprecio público”; sin embargo, el término “consideración” y la interpretación que del mismo se hacía generaron un debate con posturas a favor y en contra. Los críticos argüían que hablar de “consideración” era tanto como atender sólo a la capacidad, la habilidad o la prudencia de una persona, para lo cual ya existían acciones civiles por daños. Era preciso buscar otro concepto que permitiera reflejar la vulnerabilidad de la moralidad y el honor de la personas. De forma gráfica se decía: “porque puede haber un hombre muy honesto y muy honrado pero incapaz, inhábil e imprudente” (“*car on peut être un homme très probe et très honorable quoique incapable, inhabile ou imprudent*”)<sup>819</sup>. Frente a ellos, los partidarios del término “consideración” rechazaban aquellas interpretaciones, afirmando que un atentado al honor o a la consideración debía entenderse como un ataque al valor moral, a la probidad, a la delicadeza, a la dignidad de la persona (“*à la valeur morale, à la probité, à la délicatesse, à la dignité de la personne...*”), y, así contemplada, la expresión era perfectamente válida. Había otros, en fin, que señalaban que honor y consideración no tenían nada en común.

Después de largas discusiones, la Comisión encargada de presentar las conclusiones sostuvo que las interpretaciones del término “consideración” que se habían manejado eran demasiado extensas, en la medida en que incluían no sólo las cualidades morales y esenciales del hombre honesto y digno, sino también sus talentos, ciencias, capacidades, e incluso, su posición económica. Teniendo en cuenta que estos otros perfiles debían quedar excluidos de la tipificación penal, la Comisión propuso limitar el ámbito de lo punible al “atentado contra el honor y la estima pública”, entendiendo por estima pública “la consideración debida a los hechos y las cualidades de las que el individuo es responsable, que le son moralmente imputables”<sup>820</sup>. Sin embargo, la discusión continuaba y a la vista de que las diferencias eran ciertamente nimias y se referían más a palabras o nombres que a conceptos y significados, el Presidente de la Comisión llegó a proponer si estarían de acuerdo los demás miembros en mantener la expresión del viejo Código “exponer al desprecio público” (“*exposer au mépris*”

---

<sup>819</sup> Reproduce las discusiones celebradas con ocasión de la elaboración del nuevo Código Penal, NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code Pénal Belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup>, Bruxelles, 1989, p. 192.

<sup>820</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., pp. 193 a 195.

*public*”). La solución suscitó acuerdo<sup>821</sup> y se procedió a votar la inclusión de la cláusula, ligeramente modificada, en estos términos: “imputación de hechos dignos del desprecio público” (“*digne du mépris public*”), aun cuando se reconocía que tal fórmula tenía la desventaja de no apreciar el hecho en sí mismo (“en atención a los principios eternos de la justicia y el honor”), sino en la medida en que su gravedad influía sobre la opinión pública. Por ello, finalmente, aceptándose la vía intermedia que se había propuesto, la última opción de la Comisión fue la de conceder a la expresión “desprecio público” un sentido más elevado y alejado de sentimientos pasajeros: el hecho imputado en sí mismo y en abstracción de las circunstancias de lugar y de tiempo, debía ser digno del desprecio público<sup>822</sup>.

Con la reproducción de los debates celebrados con ocasión de la reforma del cuerpo legal punitivo de Bélgica, pretendíamos evidenciar cómo desde hace años han sobrevolado en torno al concepto de honor las mismas discusiones; es decir, cambia el ropaje pero se mantiene el modelo. La interpretación última que proponía la Comisión para la cláusula “exposición de la víctima al desprecio público” (que en el derecho belga es la sustituta de “consideración”, pero viene a cumplir sus mismas funciones), cual era que el hecho imputado debe ser valorado en sí mismo y en abstracción de las circunstancias de lugar y de tiempo, nos devuelve a uno de los puntos clave en la determinación del concepto de honor: ¿qué parámetros debemos utilizar para determinar si un atentado contra el honor interno o subjetivo ha tenido la suficiente envergadura o entidad como para repugnar a la conciencia social, como para ser un atentado a la consideración (siendo ésta la proyección del honor interno desde la perspectiva de la opinión pública)?; o en términos de oposición: ¿objetividad o subjetividad?, ¿relatividad o absolutividad?, ¿circunstancialidad o abstracción?

Apuntada esta última reflexión, debemos admitir que el resultado arrojado por aquellas discusiones no fue especialmente positivo o esclarecedor, en la medida en que la distancia que mediaba entre unas propuestas y otras era mínima o, al menos, no quedaba debidamente acreditada. Una de las pocas conclusiones que pueden extraerse

---

<sup>821</sup> Hecho que evidencia lo farragoso de la discusión y el hartazgo al que había llegado sus Señorías, aunque cabría recordarles que en el matiz y la sutileza suele estar el acierto.

<sup>822</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 195. De forma más sucinta, PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, op. cit., pp. 696 a 700, y BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: “Diffamation...”, op. cit., 767, también relatan las discusiones de los parlamentarios.



de aquellas intervenciones parlamentarias y que posteriormente se ha convertido en criterio jurisprudencial, atiende al deseo de no rebajar la “exposición al desprecio público” a una simple crítica a las capacidades o habilidades profesionales de una persona, sino que esa vulnerabilidad desde la perspectiva pública debe tener un alcance no sólo superior sino distinto. El enfoque debe ser otro: lesionar la moralidad de la víctima, la integridad moral de la persona, valorada desde la perspectiva pública. En este sentido, “la crítica de los valores profesionales de alguien no es constitutiva de infracción, sino que únicamente puede dar lugar a una acción civil”<sup>823</sup>.

Más allá del bien jurídico honor existen otros tipos penales que protegen intereses cercanos y que pueden ser estudiados ahora. Como veremos a continuación, las conductas que rozan los delitos contra el honor en Bélgica, que se mantiene en esta órbita circundante, es el mismo que ya analizamos en el caso de la legislación francesa: denuncia calumniosa. No obstante lo anterior, conviene advertir ya que en estos casos no es el honor *strictu sensu* el objeto de protección o, al menos, ya no es exclusivamente el honor el interés jurídico tutelado.

Respecto del delito de denuncia calumniosa (“*dénonciation calomnieuse*”) del art. 445 del Código Penal<sup>824</sup>, a pesar de su frecuente catalogación como un “delito complejo o compuesto” que amenaza el honor de la persona denunciada y expone a los tribunales a cometer un error judicial<sup>825</sup>, tanto la doctrina como la jurisprudencia belgas coinciden en subrayar más su orientación a la protección del honor por encima de otras consideraciones relativas a la Administración de Justicia. La inequívoca ubicación sistemática del delito entre los ataques contra el honor de las personas también refuerza esta posición. Se presenta a así la denuncia calumniosa como una extensión de la calumnia y la difamación, caracterizada, eso sí, por su mayor gravedad y peligro, derivadas del carácter de funcionario de la persona a la que se dirige, de la posibilidad

---

<sup>823</sup> *Corr. Charleroi, 15 décembre 1967, J. T., 1968, 155; Bruxelles, 26 juin 1970, Pas., 1971, II, 26.* Jurisprudencia citada por SCHUIND, G.: *Traité de Pratique de Droit Criminel (Tome Premier)*, 4<sup>a</sup> édition, Swinnen, Bruxelles, 1980, p. 402.

<sup>824</sup> *Article 445. Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cinquante à mille euros: celui qui aura fait par écrit à l'autorité une dénonciation calomnieuse; celui qui aura adressé par écrit à une personne des imputations calomnieuses contre son subordonné.* La única especialidad que introduce el segundo apartado respecto del primero implica que entre la persona que denuncia y la denunciada debe existir un vínculo de subordinación legal y efectiva. *Vid.*, MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, *op. cit.*, p. 796.

<sup>825</sup> DOUCET, J. P.: “Dictionnaire de Droit Criminel. Lettre D (septième partie): Dénonciation calomnieuse”, en línea: [http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre\\_d/lettre\\_d\\_denonciation.htm](http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_d/lettre_d_denonciation.htm).

de poner en funcionamiento un instrumento de persecución e, incluso, del hecho de la persecución criminal contra un inocente<sup>826</sup>. Ahora bien, la denuncia calumniosa no es sino una denuncia o calumnia agravada tal y como resume CONSTANT: “la denuncia calumniosa debe ser tenida como calumnia en la medida en que, en los términos del art. 443 y el art. 447 que es el corolario, la imputación maliciosa que contiene debe, a falta de prueba, ser considerada calumniosa o difamatoria”<sup>827</sup>. Efectivamente, su cercanía con el honor queda evidenciada en el hecho de que la denuncia debe hacerse con intención de lesionar o de dañar (“*intention de nuire*”)<sup>828</sup> para que la persona afectada sea perjudicada o quede privada de una ventaja en el futuro<sup>829</sup>.

### 5.3.2 Sujetos pasivos

Concluido el estudio del bien jurídico honor, es el momento de analizar la cuestión del sujeto pasivo del delito. Como sucedía también en Francia, la doctrina y la jurisprudencia resuelven favorablemente la polémica en torno a la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas o, en otras palabras, la susceptibilidad de las personas jurídicas para ser víctimas de un delito contra el honor. Así, se acepta unánimemente que las personas físicas y morales, públicas y privadas, pueden ser el

---

<sup>826</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 224; CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 264.

<sup>827</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 264, “*la denunciation doit être tenue pour calomnieuse dès lors que, au sens de l’article 443 et de l’article 447 qui en est le corollaire, l’imputation méchante qu’elle contient devrait, á défaut de preuve, être tenue soit pour calomnieuse, soit pour diffamatoire*”. También BELTJENS, G.: *Encyclopédie du Droit Criminel Belge. Premier Partie. Le Code Pénal et les Lios Pénales Spéciales*, Bruylant/Librairie a. Maresq, Ainé, Bruxelles/Praris, 1901, p. 540, NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., 225, insisten en este sentido señalando que la denuncia calumniosa supone la acción a cargo de un individuo determinado de denunciar un hecho que se considere calumnioso, y que tal denuncia sea hecha maliciosamente. Para MAGNIEN, P.: “*Les atteintes portées à l’honneur et à la considération des personnes*”, BEERNAERT, M-A., BOSLY, H-D., CLESSE, Ch-E., *et al.: Les Infractions (volumen 2: Les Infractions contre les personnes)*, Larcier, Bruexelles, 2010, p. 793, es simplemente una forma particular de la calumnia.

<sup>828</sup> Entre otros, BELTJENS, G.: *Encyclopédie...*, op. cit., p. 540; CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., pp. 265 y 266; MAGNIEN, P.: “*Les atteintes...*, op. cit., p. 793.

<sup>829</sup> FAURE, M. y MASSET, A.: “*Atteintes...*, op. cit., p. 18.

Al respecto de la vinculación entre honor y denuncia calumniosa, hay quienes, como J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., pp. 237 y 238, se plantean incluso si el tipo penal se realiza simplemente con la imputación de un hecho deshonoroso o susceptible de exponer a la víctima al desprecio público y su puesta en conocimiento de la autoridad, sin necesidad de que medie una denuncia. Sin embargo, nosotros creemos que con una interpretación tan amplia del concepto procesal de “denuncia”, prácticamente habríamos igualado los delitos de calumnia y denuncia calumniosa (salvo en el aspecto de que la imputación se formula ante una autoridad), con lo que el segundo delito habría perdido su razón de ser.

destinatario de atentados contra el honor<sup>830</sup>. Este extracto jurisprudencial es inequívoco al respecto:

*“Una sociedad cuyo objeto es de orden social, como una sociedad mutualista, no puede por menos que ser perjudicada en su buen nombre y en los medios materiales que son necesarios para cumplir su papel, y por lo mismo tiene el derecho a ver reconocida su probidad y al respeto de su honor igual que cualquier otra persona”<sup>831</sup>.*

NYPELS y SERVAIS entienden que los artículos 443 y siguientes no protegen sólo a las personas físicas frente a calumnias, difamaciones o injurias, sino que su tutela se extiende a todas las personas, sin distinción, y casi con indignación se preguntan: “¿podemos concebir que el mismo código que castiga incontestablemente los atentados a la propiedad de las personas morales, deje impunes los atentados contra su reputación y honor?”<sup>832</sup>. Así mismo, sigue siendo un obstáculo la carencia de personalidad jurídica para que un colectivo pueda defenderse frente a un ataque a su honor; en tal caso, la única opción que se admite es que algunos de sus miembros reclamen a título personal (“*ut singuli*”), accionando en nombre propio y demostrando que las ofensas dirigidas contra el colectivo les han afectado de modo individual<sup>833</sup>.

Por otro lado, para estudiar la eventual titularidad del honor por los difuntos debemos dirigir nuestra atención hacia el art. 453 del Código Penal belga, que castiga a quien sea culpable de violación de tumbas o de sepulturas<sup>834</sup>. El precepto no contiene ninguna referencia al honor, por lo que resulta sencillo alejar esta conducta criminal de aquellas que constituyen ataques al honor. Su extensión en este capítulo del Código Penal responde a una visión muy amplia del concepto de honor que pretendería así

---

<sup>830</sup> HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 336; CONSTANT, J.: *Manuel ...*, op. cit., p. 243; BELTJENS, G.: *Encyclopédie...*, op. cit., p. 545; PICARD, E. y d'HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, op. cit., p. 749; SCHUIND, G.: *Traité...*, op. cit., p. 402.

<sup>831</sup> Gand, 3 juin 1929, B. J.: “*Une société dont l'objet est d'ordre social, telle une société mutualiste, n'en peut pas moins être préjudiciée dans le bon renom et dans les moyens matériels qui lui sont nécessaires pour remplir son rôle, et telle a le droit de voir reconnaître sa probité et respecter son honneur à l'égal de ceux de toute personne*”. Sentencia citada por BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: “Diffamation, calomnie, divulgation mechante”, BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: *Répertoire pratique du Droit Belge. Législation, Doctrine et Jurisprudence* (t. III), Brylant/Librairie Générale de Droit, Bruxelles/París, 1949, p. 766.

<sup>832</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., pp. 247 y 248.

<sup>833</sup> BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: “Diffamation...”, op. cit., p. 767, “*les membres qui la composent peuvent agir en diffamation en leur nom personnel*”; HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 337.

<sup>834</sup> Article 453. *Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de vingt-six francs à deux cents francs, quiconque se sera rendu coupable de violation de tombeaux ou de sépulture.*

extenderse hasta el respeto a los muertos, pero que en ningún caso debe considerarse como sinónimo de honor. De hecho, el tipo penal se consuma con la mera realización de la conducta material de violación de la tumba o sepultura, sin precisar cuál debe ser la intención de autor del comportamiento. Ciertamente es que tales actuaciones materiales ya conllevan el elemento moral: atentar al respecto debido a los muertos, a sus cenizas<sup>835</sup>.

### 5.3.3 Delitos contra el honor

Tal y como apuntamos anteriormente, la legislación belga es especialmente prolija en la tipificación de conductas atentatorias contra el honor y la consideración. El Código Penal contempla hasta cuatro figuras delictivas distintas: difamación, calumnia, injuria y divulgación maliciosa. Sin embargo, tras la lectura de los correspondientes tipos penales puede observarse que la diferencia fundamental con otras legislaciones estatales estriba, fundamentalmente, en la denominación del delito; esto es, se trata de una diferencia nominal, nada más. En el fondo, los comportamientos que caen bajo el ámbito del *ius puniendi* son los mismos o muy similares a los previstos en otros regímenes jurídico-penales estatales. Por último, la práctica diaria de la jurisprudencia revela que tal despliegue de figuras delictivas no resulta especialmente indispensable pues la mayor parte de las conductas se reconducen a los tipos básicos de la calumnia y la difamación, siendo meramente secundarios los tipos de la injuria y de la divulgación maliciosa. Precisamente, esta última precisión nos sirve para explicar la estructura del estudio que realizaremos en las páginas siguientes: examinaremos los elementos comunes a los delitos de difamación y calumnias, para proceder a continuación con sus diferencias, y concluiremos con una breve explicación del delito de injurias y de divulgación maliciosa.

#### 5.3.3.1 “Calomnie” y “diffamation”

El art. 443.1 castiga conjuntamente los delitos de calumnia y de difamación en los siguientes términos: “aquel que maliciosamente impute a otro un hecho preciso susceptible de atentar contra el honor de esta persona o de exponerla al desprecio

---

<sup>835</sup> CONSTANT, J.: *Manuel de Droit Pénal (Deuxième Partie. T. II. Les Infractions)*, Imp. Des Invalides, Liège, 1954, p. 288, “... le fait matériel implique nécessairement l'élément moral: atteinte au respect dû à la cendre des morts...”; SCHUIND, G.: *Traité...*, op. cit., p. 402.

público, y cuya prueba legal no sea aportada, es culpable de calumnia para el caso de que la ley admita la prueba del hecho imputado, y de difamación en el caso de que la ley no admita esta prueba”<sup>836</sup>. A partir de esta descripción podemos definir la calumnia como la imputación de un hecho preciso, en las condiciones de publicidad que establece el art. 444, susceptible de atentar contra el honor de una persona o exponerla al desprecio público y cuya prueba, siendo admitida por la ley, no ha sido aportada; precisamente, esta última circunstancia es la que distingue la calumnia de la difamación que se caracteriza también por ser imputación de un hecho preciso, en las condiciones de publicidad que establece el art. 444, susceptible de atentar contra el honor de una persona o exponerla al desprecio público pero cuya prueba no sea admitida por la ley.

El primero de los elementos comunes a la calumnia y la difamación es la imputación de un hecho preciso a una persona determinada. Varias circunstancias se derivan de este elemento: a) ha de ser un hecho cuya falsedad o veracidad pueda ser determinada mediante una prueba directa y una prueba en contrario<sup>837</sup> (o, como decíamos en sede de delitos contra el honor en la legislación francesa, en el marco de un debate contradictorio); b) la conducta consiste en imputar, esto es, situar el hecho bajo la responsabilidad del destinatario (“*sur le compte de cette personne*”; a su cuenta), atribuyéndoselo<sup>838</sup>; c) la imputación del hecho no tiene porqué realizarse directamente, sino que también son punibles las imputaciones alusivas, hipotéticas, irónicas, dubitativas, de hechos imposibles o por antífrasis<sup>839</sup>; d) en última instancia, dado que la precisión del hecho imputado debe ser valorada a la vista de las circunstancias, será el juez quien apreciará si el hecho invocado es lo suficientemente preciso<sup>840</sup>.

---

<sup>836</sup> Article 443.1 *Celui qui, dans les cas ci-après indiqués, a méchamment imputé à une personne un fait précis qui est de nature à porter atteinte à l'honneur de cette personne ou à l'exposer au mépris public, et dont la preuve légale n'est pas rapportée, est coupable de calomnie lorsque la loi admet la preuve du fait imputé, et de diffamation lorsque la loi n'admet pas cette preuve.*

<sup>837</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 240; LEMMENS, K.: *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde!*, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 437.

<sup>838</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 178.

<sup>839</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., pp. 241 y 242, ofrece numerosos ejemplos jurisprudenciales. También PICARD, E. y d'HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, op. cit., p. 681; HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 339. Particularmente, sobre la posibilidad de calificar imputaciones hipotéticas como calumnia, muestran suspicacias NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 179.

<sup>840</sup> MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, op. cit., p. 755; NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 188.

Respecto a la persona determinada a la que se le imputa el hecho calumnioso o difamatorio, como ya hemos apuntado, puede ser una persona privada o pública, física o jurídica, y en relación con éstas últimas, el art. 446 precisa que “la calumnia y la difamación contra los cuerpos constituidos serán punibles en la misma forma que la calumnia o la difamación dirigida contra los individuos”<sup>841</sup>.

En segundo lugar, el hecho imputado debe ser susceptible de constituir un atentado contra el honor de la víctima o de exponerla al desprecio público. Sostienen todos los autores y la jurisprudencia que aunque el precepto citado sólo exija que el hecho sea susceptible de atentar contra el honor, lo cierto es que es preciso que el hecho constituya realmente tal atentado<sup>842</sup>, en consonancia con lo que disponía el viejo Código. No puede entenderse que el sentido de la ley sea castigar el delito por la mera posibilidad de producirse un atentado contra el honor, en un futuro más o menos cercano<sup>843</sup>. Dicho esto, hay que añadir que el juez será el que decidirá si hay un atentado contra el honor y la consideración del demandante basándose en el sentimiento general que las expresiones pueden provocar y no en las concepciones de la víctima (su sensibilidad personal) o de la opinión pública, aunque todo ello mediatizado por el contexto social y emocional, así como la identidad de la persona calumniada<sup>844</sup>.

El tercer elemento compartido por la difamación y la calumnia se refiere a la intención maliciosa (“*méchamment*”). Dicha intencionalidad, ausente en el Código penal belga anterior<sup>845</sup>, queda perfectamente reflejada en este extracto jurisprudencial:

---

<sup>841</sup> Article 446. *La calomnie et la diffamation envers tout corps constitué seront punies de la même manière que la calomnie ou la diffamation dirigée contre les individus.* Estos cuerpos constituidos son aquellos en los que la Constitución o las leyes orgánicas han residenciado parte de la autoridad o de la administración pública, según amplia jurisprudencia recogida por MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, *op. cit.*, p. 756, y HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, *op. cit.*, p. 338, nota al pie nº 992. Para NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, *op. cit.*, p. 248, los cuerpos constituidos son ciertas reuniones de funcionarios o de agentes que cumplen con un mandato o un servicio público, siempre que tales reuniones sean reconocidas como tales por la ley.

<sup>842</sup> PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, *op. cit.*, p. 681, “*il ne faut pas se réprendre sur le sens de cette expression “de nature à...” pour en conclure que la simple possibilité d’une atteinte à l’honneur serait suffisante pour constituer le délit; il faut comprendre la loi en ce sens qu’elle exige une atteinte réelle à l’honneur*”. Así, también, entre otros, CONSTANT, J.: *Manuel...*, *op. cit.*, p. 244.

<sup>843</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>844</sup> MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, *op. cit.*, p. 757; HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, *op. cit.*, p. 340; LEMMENS, K.: *La presse...*, *op. cit.*, p. 438.

<sup>845</sup> De conformidad con la antigua legislación, toda imputación que cumpliera con los requisitos del art. 367 que tipificaba estas conductas calumniosas, constituía por sí sola delito de calumnia, sin que los jueces tuvieran que prestar mayor atención al elemento intencional ni que tuvieran que hacer constar que al imputación se hizo maliciosamente. *Vid.*, PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, *op. cit.*, p. 664.

“el autor debe haber actuado maliciosamente, es decir con la intención de lesionar a la persona calumniada o difamada, o de ofenderla; este dolo especial, este *animus iniuriandi* no se presume sino que debe ser probado por la parte perseguidora”<sup>846</sup>. No basta con un dolo general (actuación a sabiendas y voluntaria), sino que debe ser un dolo especial (intención específica de lesionar y de ofender), que no puede ser presumido pues ello contrariaría los principios generales del derecho, sino que debe ser acreditado por el acusador, disponiendo el acusado del derecho a presentar prueba en contrario<sup>847</sup>. Únicamente la apreciación de este requisito se realizará de modo más ligero o menos estricto en el contexto de la contienda electoral (que no la habitual lucha o enfrentamiento político), aceptándose en ese caso ciertas libertades del lenguaje que no serían admitidas en tiempos ordinarios y que no implican necesariamente una intención maliciosa o lesiva<sup>848</sup>.

En cuarto lugar, otro rasgo común a la calumnia y la difamación es la publicidad. El art. 444<sup>849</sup> establece en qué términos se entienden cometidos los citados delitos con publicidad. Por nuestra parte, basta con que apuntemos las distintas modalidades que acoge el precepto: reuniones o lugares públicos; en presencia de varios individuos, en un lugar no público, pero abierto a un cierto número de personas donde se ejerce el derecho de reunión; en un lugar cualquiera, en presencia de la persona ofendida y de varios testigos; por escritos impresos o no impresos, imágenes o carteles publicitarios, distribuidos o vendidos, puestos en venta o expuestos a la vista del público; por escritos no tenidos por públicos, pero dirigidos o comunicados a varias personas. En ausencia de publicidad no hay delito, sino aplicación del derecho común de la reparación *quasi* delictual<sup>850</sup>; en otras palabras, la publicidad es un elemento

---

<sup>846</sup> “L’auteur doit avoir agi méchamment, c’est-à-dire avec l’intention déterminée de nuire à la personne calomniée ou diffamée, ou de l’offenser; ce dol spécial, cet “animus injuriandi” ne se presume pas mais doit être prouvé par la partie poursuivante” (Liège, 6 août 1885, B. J., 1886, 107).

<sup>847</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 201; PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie...”, op. cit., p. 771.

<sup>848</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., pp. 246 y 247.

<sup>849</sup> Article 444. *Le coupable sera puni d’un emprisonnement de huit jours à un an et d’une amende de vingt-six-francs à deux cents francs, lorsque les imputations auront été faites: soit dans des réunions ou lieux publics; soit en présence de plusieurs individus, dans un lieu non public, mais ouvert à un certain nombre de personnes ayant le droit de s’y assembler ou de le fréquenter; soit dans un lieu quelconque, en présence de la personne offensée et devant témoins; soit par des écrits imprimés ou non, des images ou des emblèmes affichés, distribués ou vendus, mis en vente ou exposés aux regards du public; soit enfin par des écrits non rendus publics, mais adressés ou communiqués à plusieurs personnes.*

<sup>850</sup> HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 341.

esencial del delito, cuya concurrencia debe ser reflejada por el juez ajustándose a las modalidades que la ley ofrece<sup>851</sup>.

Por último, resta por analizar el aspecto en el que la difamación y la calumnia se diferencian netamente. La admisión legal de la prueba es lo que separa una figura de otra: el calumniador será condenado cuando, permitiéndole la ley la prueba, éste no haya podido presentarla o resulte imposible presentarla, mientras que para el difamador no cabe si quiera la posibilidad de prueba porque la veta la ley. MAGNIEN propone un estudio del régimen de presentación y admisión de la prueba articulado en tres niveles<sup>852</sup>:

- a) Prohibición absoluta de la prueba. Tal regla opera en el ámbito de la vida privada. La Sentencia de 8 de abril de 1869 del Tribunal de Bruselas aclara meridianamente este aspecto:

*“El acusado tendría, entonces, que analizar los hábitos, las acciones que se refieren a la vida privada de la parte difamada, y, en consecuencia, la expondría a imputaciones y alegaciones difamatorias distintas de los hechos y reclamaciones de la denuncia. Dar una latitud semejante al derecho de defensa sería ignorar no sólo el principio, convertido en ley, de inadmisibilidad de la prueba de los hechos difamatorios, sino incluso del propio fin de esta prohibición, cual es la voluntad de acordar una protección eficaz del honor y de la reputación de las personas”*<sup>853</sup>.

En este contexto, a fin de garantizar la vigencia de un principio de orden público como el respeto de la vida privada de toda persona<sup>854</sup>, la posibilidad de prueba queda proscrita por la ley, salvo que dicha prueba hubiera sido obtenida en un juicio o por un acto auténtico, en virtud del art. 447.2 (y en tal situación

---

<sup>851</sup> PICARD, E. y d'HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie..., op. cit., p. 768.

<sup>852</sup> MAGNIEN, P.: “Les atteintes..., op. cit., pp. 758 a 762.

<sup>853</sup> Bruxelles, 8 avril 1869: “Le prévenu serait ainsi amené à scruter les habitudes, les actions qui pourraient se rattacher à la vie privée de la partie diffamée, et, par suite, à l'exposer à des déclarations ou allégations diffamatoires se rapportant à des faits autres que ceux dont elle se plaint. Donner une pareille latitude au droit de défense, ce serait méconnaître non seulement le principe, érige en loi, de la non-admissibilité de la preuve des faits diffamatoires, mais encoré le but de cette prohibition, c'est-à-dire la volonté d'accorder une protection efficace à l'honneur et à la réputation des personnes”.

<sup>854</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., pp. 263 y 264; PICARD, E. y d'HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie..., op. cit., p. 728.



habríamos pasado ya a un delito de calumnia)<sup>855</sup>. Es estos supuestos, la prueba es imposible cuando el hecho imputado es un acto de la vida privada que no constituye una infracción y que no es susceptible de ser constatado por un juicio o por un acto auténtico, de donde podría extraerse como definición de la difamación la imputación contra la vida privada de un ciudadano cuya prueba legal no puede ser aportada ni por un juicio, ni por un acto auténtico<sup>856</sup>. Del mismo modo resulta imposible la prueba si el hecho imputado constitutivo de infracción de las leyes penales está prescrito o amnistiado, o si la imputación se refiere a un delito que sólo puede ser perseguido en virtud de denuncia de la persona lesionada y tal denuncia no existe (como se deduce del art. 450.1)<sup>857</sup>.

- b) Admisión limitada de la prueba. En este caso, el hecho imputado debe ser relativo a la vida privada y poder ser probado por juicio o por acto auténtico; cuando se dan estas condiciones y el autor de las imputaciones no puede probar los hechos alegados, es responsable de delito de calumnias. En fin, en el ámbito de la vida privada, la prueba sólo se admite cuando los hechos son pertinentes y concluyentes<sup>858</sup>.
- c) Admisión de la prueba por todos los medios. En varios casos admite la ley la presentación de la prueba al acusado de imputaciones calumniosas: c.1) cuando el hecho imputado haya sido pactar con el enemigo durante el transcurso de hostilidades, en virtud del art. 447.2<sup>859</sup>; c.2) cuando la imputación se dirija contra depositarios o agentes de la autoridad<sup>860</sup> o contra personas con carácter público<sup>861</sup>

---

<sup>855</sup> Article 447.2. *S'il s'agit d'un fait qui rentre dans la vie privée, l'auteur de l'imputation ne pourra faire valoir, pour sa défense, aucune autre preuve que celle qui résulte d'un jugement ou de tout autre acte authentique.*

<sup>856</sup> SCHUIND, G.: *Traité...*, op. cit., p. 409. CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 257, propone como ejemplo de difamación la imputación de una filiación adúltera o incestuosa, respecto de la cual la investigación de la paternidad o maternidad resulta prohibida ya que es imposible obtener, a través de un juicio, la prueba del hecho imputado.

<sup>857</sup> PICARD, E. y d'HOFFSCHMIDT, N.: "Calomnie...", op. cit., pp. 721 y 723.

<sup>858</sup> HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit...*, op. cit., p. 345.

<sup>859</sup> Article. 443.2. *Lorsque el fait imputé sera d'avoir au cours des hostilités, pactisé avec l'ennemi...*

<sup>860</sup> Son agentes o depositarios de la autoridad, según NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 254, aquellos que por delegación mediata o inmediata del Gobierno, ejercen una parte [porción] de la autoridad pública o hacen ejecutar sus órdenes.

<sup>861</sup> Es decir, funcionarios o personas públicas, a juicio de NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., pp. 258 y 259. O, en palabras de MAGNIEN, P.: "Les atteintes...", op. cit., p. 761, son quienes ejercen una función conferida por el poder público por razón de interés público.

o contra cuerpos constituidos, tal y como prevé el art. 447.1<sup>862</sup>; c.3) cuando la imputación se dirija contra los gerentes, administradores, miembros del consejo de dirección, miembros del consejo de seguridad y comisarios de las sociedades privadas de responsabilidad limitada, de las sociedades cooperativas, de las sociedades anónimas, de las sociedades europeas, de las sociedades cooperativas europeas y de las sociedades comanditarias por acciones, a la luz de lo dispuesto por el art. 200 del Código de Sociedades.

Por último, junto al régimen jurídico de admisibilidad de la prueba, debemos hacer una mención a la inmunidad como causa absolutoria para las imputaciones difamatorias o calumniosas, prevista en el art. 452 del Código Penal, cuyo tenor literal dice así: “no darán lugar a persecución represiva alguna los discursos pronunciados o los escritos producidos ante los Tribunales, cuando tales discursos o escritos sean relativos a la causa o a las partes”<sup>863</sup>. Es, en fin, una inmunidad de tipo judicial, similar a la contemplada en la legislación francesa, la cual regulaba también otra para el ámbito parlamentario que no está presente en el cuerpo punitivo belga, sino en la misma Constitución en su artículo 58 y en virtud de la cual un parlamentario no puede ser perseguido con ocasión de las opiniones emitidas en ejercicio de sus funciones, incluso si éstas contienen una infracción o una falta. En tanto los Ministros, Secretarios de Estado, los miembros de los Gobiernos de la comunidades y de las regiones, y los Secretarios de Estado regionales gozan también de este régimen privilegiado, podríamos denominarla inmunidad parlamentaria e ministerial, siguiendo la propuesta de MAGNIEN<sup>864</sup>.

### 5.3.3.2 “*Divulgation méchante*”

Con anterioridad hemos precisado que si las imputaciones calumniosas afectaran a la vida privada de la víctima y pudieran ser probadas por su autor en juicio o mediante un acto auténtico, no se impondrá pena por delito de calumnia. Tal regla, sin embargo,

---

<sup>862</sup> Article 447.1. *Le prévenu d'un delit de calomnie pour imputations dirigées, à raison des faits relatifs à leurs fonctions, soit les dépositaires ou agents de l'autorité ou contre toute personne ayant un caractère public, soit contre tout corps constitué, sera admis à faire, par toutes les voies ordinaires, la preuve des faits imputés, sauf la preuve contraire par les mêmes voies.*

<sup>863</sup> Article 452.1. *Ne donneront lieu à aucune poursuite répressive les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux, lorsque ces discours ou ces écrits sont relatifs à la causa ou aux parties.*

<sup>864</sup> MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, *op. cit.*, p. 786.

conoce una excepción que constituye la razón de ser del siguiente de delito que nos proponemos analizar brevemente: la divulgación maliciosa (“*divulgation méchante*”), del art. 449. Establece este precepto que “si al tiempo del delito existe una prueba legal de los hechos imputados y se establece que el acusado hizo la imputación sin motivo alguno de interés público o privado y con el único fin de dañar, será castigado como culpable de divulgación maliciosa”<sup>865</sup>.

Este delito comparte con la calumnia y la difamación los elementos básicos: se trata de la imputación a una persona determinada de un hecho preciso susceptible de comportar un atentado contra el honor de esta persona o exponerla al desprecio público, en las condiciones de publicidad del art. 444. De manera particular, la divulgación exige que la prueba legal del hecho imputado pueda hacerse en el instante en que se imputa el hecho, de lo contrario ya no habrá divulgación maliciosa. En la medida en que la prueba del hecho imputado es posible, la divulgación maliciosa se aproxima a la calumnia; sin embargo, difieren en un aspecto: en la divulgación maliciosa el autor ha actuado con la sola intención de lesionar, aun cuando las imputaciones formuladas fueran ciertas. Moralmente, por tanto, la actuación del delincuente se caracteriza por su pura malicia (“*pure méchanceté*”), como sucedería, por ejemplo, si pretendiese privar a la víctima de su empleo, robarle la clientela, insultarla, etc<sup>866</sup>. Tan es así que fue precisamente esa maldad de la divulgación la verdadera causa para la aparición del delito de divulgación maliciosa que no existía en el antiguo Código del Imperio Napoleónico de 1810, vigente también en Bélgica mientras fue territorio francés, y que se introdujo para reprimir las revelaciones de hechos que siendo ciertas causaban problemas en las familias e incluso despertaban pasiones peligrosas en el orden público y que no tenían interés alguno para la sociedad<sup>867</sup>.

### 5.3.3.3 “Injure”

Y, finalmente, procedemos a examinar someramente el delito de injurias tipificado en el art. 448, que castiga a quien haya injuriado a una persona a través de

---

<sup>865</sup> Article 449. *Losqu’il existe au moment du déliy une preuve légale des faits imputés, s’il établi que le prévenu a fait l’imputation sans aucun motif d’intérêt public ou privé et dans l’unique but de nuire, il sera puni, comme coupable de divulgation méchante, d’un emprisonnement de huit jours à deux mois et d’une amende de vingt-six-francs à quatre cents francs, ou d’une de ces peines seulement.*

<sup>866</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 263.

<sup>867</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 287.

hechos, escritos, imágenes o emblemas, en las circunstancias indicadas en el artículo 444<sup>868</sup>. Basta con señalar en el caso de las injurias que sus diferencias respecto de las calumnias y las difamaciones residen en que el atentado contra el honor o la consideración de la víctima proceden del nivel de precisión del ataque contra el honor. NYPELS y SERVAIS lo explican con suma claridad: “calumniar, difamar, es imputar a una persona un hecho preciso, determinado, susceptible de comportar un atentado contra su honor; injuriar es ofender a una persona por medio de actos o expresiones más o menos vagas que, desde la perspectiva de la opinión pública, son susceptibles de comportar un atentado contra el honor, contra la consideración”<sup>869</sup>. Por lo demás, este delito exige que se dirija a una persona determinada<sup>870</sup> y que se produzca en las condiciones de publicidad del art. 444 (de lo contrario, se castigará como una mera contravención de injurias, prevista en el art. 561.7º del Código Penal). Así mismo, sigue siendo preciso que el autor de la injuria actúe con *animus iniuriandi*, esto es, con intención maliciosa, de lesionar, de dañar, de ofender<sup>871</sup>. La prueba de esta intención corresponde al Ministerio Público y, si el caso lo requiere, a la parte civil; pero el juez puede estimar que la intención maliciosa resulta de los mismos términos empleados por el acusado<sup>872</sup>.

Completado el estudio de las cuatro figuras delictivas que pueden englobarse bajo la denominación genérica de delitos contra el honor, resta por añadir una breve consideración en torno a las penas aplicables para tales infracciones. Por lo que a nosotros se refiere se trata sólo de apuntar que los cuatro delitos prevén castigos de prisión y de multa, aunque de diversa gravedad: las calumnias y las difamaciones se castigan con pena de prisión de ocho días a un año y pena de multa de 26 a 200 euros (art. 444); con pena de prisión de ocho días a dos meses y multa de 26 a 500 euros, se castiga la injuria (art. 448); y, finalmente, la divulgación maliciosa se castiga con una pena de cárcel idéntica a la de la injuria y una pena de multa algo más reducida: de 26 a

---

<sup>868</sup> Article 448. 1. *Quiconque aura injurié une personne soit par des faits, soit par des écrits, images ou emblèmes, dans l'une des circonstances indiquées à l'article 444, sera puni d'un emprisonnement de huit jours à deux mois et d'une amende de vingt-six à quatre cents euros, ou d'un de ces peines seulement.*

<sup>869</sup> NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code...*, op. cit., p. 280. Por “hechos injuriosos” podemos entender violencia leve, acciones indecentes, gestos o cencerradas. *Vid.*, SCHUIND, G.: *Traite...*, op. cit., p. 410.

<sup>870</sup> Conforme al apartado segundo del citado precepto, tal persona puede ser un depositario de la autoridad o de la fuerza pública, o alguien que tenga carácter público, en cuyo caso, para que la injuria se castigue, debe haberse proferido mediante palabras y en cualidad o en razón de las funciones del destinatario

<sup>871</sup> CONSTANT, J.: *Manuel...*, op. cit., p. 276.

<sup>872</sup> MAGNIEN, P.: “Les atteintes...”, op. cit., p. 801.

400 euros (art. 449). Aunque no hemos considerado la denuncia calumniosa como un delito contra el honor en sentido estricto, podemos apuntar que también lleva pareja pena de prisión (de quince días a seis meses) y de multa (de 50 a 1000 euros), en virtud del art. 445.

## 6. COMMON LAW: INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS

### 6.1 INTRODUCCIÓN

#### 6.1.1 Marco jurídico

##### 6.1.1.1 La difamación como daño (“*tort*”)

La expresión “*law of defamation*” no debe interpretarse en su sentido literal como la ley de la difamación, sino como el conjunto de normas y de casos jurisprudenciales que componen y determinan el régimen jurídico por el que se rigen las acciones por difamación.

El régimen jurídico de la difamación hunde profundamente sus raíces en los principios y reglas del derecho de daños (“*law of torts*”; “*tort law*”)<sup>873</sup>, en el bien entendido de que la difamación ha sido siempre considerada como una grave ofensa o daño, concepción que aproxima la difamación a la definición de “*tort*” ofrecida por WINFIELD: “incumplimiento de una obligación primariamente impuesta por la ley, en la que la obligación se refiere a las personas en general y su infracción es reparada con una acción por daños”<sup>874</sup>. Posteriormente, otras voces de la doctrina han formulado multitud de definiciones del concepto de “daño”, todas ellas, a pesar de sus bondades, incapaces de abrigar una descripción suficientemente precisa como para ser operativa para los profesionales del mundo del derecho y, al propio tiempo, lo suficientemente amplia como para incluir las numerosas categorías de “daños” que el *common law* ha reconocido con el paso del tiempo. De hecho, son tantos los componentes o sectores

---

<sup>873</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley on Libel and Slander*, 10<sup>th</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 17.

<sup>874</sup> Definición recogida por FRANK, W. F.: *The General Principles of English Law*, 3<sup>rd</sup> edition, George G. Harrap & Co. Ltd, London, 1964, p. 163, “*the breach of a duty primarily fixed by the law, where the duty is one towards persons generally and its breach is redressible by an action for damages*”.

dentro del “*tort law*”, que se ha llegado a afirmar que no existe el “derecho de daños” como tal, sino sólo una sucesión de regímenes jurídicos desconectados o inconexos de daños, cada uno con una denominación y cada denominación asignada a una categoría. Aun siendo parcialmente ilustrativa esta reflexión, se viene aceptando que las distintas categorías de “daños” pueden englobarse bajo una misma rama del derecho, el “derecho de daños”, gobernada conforme a unos principios estables, más o menos precisos, aunque difíciles de definir<sup>875</sup>. Desde esta perspectiva y asumiendo esta dificultad o imposibilidad intrínseca, una definición general e introductoria de “daño” puede ser la de “ilícito civil en el que la conducta de una persona causa una lesión compensable contra la propia persona, contra las propiedades o contra otros intereses protegidos de un tercero, violando o incumpliendo las obligaciones impuestas por el derecho, por la ley”<sup>876</sup>.

De acuerdo con la definición proporcionada de “daño”, suele afirmarse que hay tres clases de intereses protegidos en las acciones por daños. En primer lugar, los “intereses de la persona” con los que se alude a la esfera más estrictamente personal y física. En segundo lugar, los “intereses económicos” vinculados a las propiedades o a los derechos económicos que ostenta la persona. Y, finalmente, bajo la cláusula más genérica de “otros intereses” podemos encontrar un amplio elenco de intereses intangibles, situados más allá de la esfera física de la persona, y que se adentran ya en el campo de la “seguridad emocional” (“*emotional security*”), donde nos topamos con el objeto de nuestro estudio: el interés a la protección de la reputación e, incluso, de la dignidad (o el interés a la privacidad, que ya no nos afecta directamente)<sup>877</sup>; esta tercera categoría englobaría un conjunto de daños contra la dignidad (“*dignitary torts*”) consistentes en invasiones de derechos derivados de la dignidad humana, en el sentido de valía humana (“*invasions of human dignity in the sense of human worth*”)<sup>878</sup>.

Quizá el elemento de la obligación no represente una característica destacada de la difamación, a menos que se entienda que existe un deber genérico de no difamar a

---

<sup>875</sup> Refleja las posturas enfrentadas PROSSER, W. L.: *Handbook of The Law of Torts*, 4<sup>th</sup> edition, West Publishing Co., 1971, p. 3.

<sup>876</sup> KIONKA, E. J.: *Torts in a Nutshell*, 4<sup>th</sup> edition, Thomson/West, Minnesota, 2005, p. 4.

<sup>877</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law of Torts. Practitioner Treatise Series (volume 1)*, 2<sup>nd</sup> edition, Minnesota, West, 2011, pp. 5 y 6; ABRAHAM, K. S.: *The Forms and Functions of Tort Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Foundation Press, New York, 2007, p. 264.

<sup>878</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 161.

otros sin justa causa; por el contrario, la existencia de daños y la necesidad de su compensación en las acciones por difamación son rasgos tan inherentes a esta figura que se convierten en el corazón o el núcleo de la misma<sup>879</sup>. La esencia de la institución del “daño” pivota, por consiguiente, sobre un doble eje; por un lado, la potencial responsabilidad civil del demandado a consecuencia de la actuación lesiva sobre la víctima, y por otro, la compensación que ha de recibir esa víctima como consecuencia del daño<sup>880</sup>.

#### 6.1.1.2 La difamación como delito: el libelo criminal

La difamación, como hemos indicado, se presenta en la inmensa mayoría de las ocasiones como un daño (“*tort*”), su castigo sigue las reglas del proceso civil y ante los tribunales la víctima de la difamación alcanzará el restablecimiento de sus derechos violados y la compensación pecuniaria correspondiente mediante el ejercicio de las dos acciones civiles por difamación a su alcance: “*libel*” y “*slander*”<sup>881</sup>; sin embargo, bajo ciertas circunstancias, la exigencia de responsabilidades por difamación puede sustanciarse en la vía penal, considerándose entonces la difamación como un delito, el libelo como un crimen (“*libel as a crime*”). En estos casos, la naturaleza del “*libel*” muta; ya no estamos ante un “daño”, “*tort*”, sino ante un delito, “*crime*”. Esa mutación responde interés a cuya protección se dedica la ley y que impone recorrer el camino desde la frecuente responsabilidad civil hasta la casi desconocida, por olvidada, responsabilidad penal por difamación.

Para comprender la esencia distintiva de la difamación como delito perseguido públicamente y no como daño privado castigado por vía civil, debemos situar el énfasis en el interés protegido, en el bien jurídico tutelado. Cuando una acción se reconduce por la vía criminal bajo la consideración de delito es porque entran en juego intereses públicos que exigen ir más allá de las acciones civiles por daños. PROSSER refleja bien la diferencia entre estas dos realidades, señalando que “un delito es una ofensa contra la comunidad en general, consecuencia de la cual el Estado, como representante de la

---

<sup>879</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 17.

<sup>880</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., pp. 211 y 212; también así SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law of Tort*, West/Thomson Reuters, Minnesota, 2011, p. 2.

<sup>881</sup> Sobre este régimen dual, más extensamente *vid. infra* Capítulo IV.6.1.1.

sociedad, iniciará los procedimientos oportunos en forma de persecución criminal. El propósito de tal procedimiento es proteger y reivindicar el interés del grupo en su conjunto, castigando al delincuente o apartándolo de la sociedad [...]; la persecución criminal no persigue ninguna compensación a quien ha sido víctima del delito cometido [...]; la acción civil por daños se inicia y sostiene por la propia persona lesionada quien aspira a ser compensada por el daño sufrido, a expensas del responsable del daño”<sup>882</sup>.

Esta argumentación adquiere validez en el terreno de la difamación cuando se atiende a las distintas justificaciones del castigo o represión de la difamación desde la perspectiva penal y civil: en este último caso, la víctima ha sufrido un ataque contra su reputación que la degrada en la estima social y la aparta del entramado de las relaciones sociales con el resto de miembros de su comunidad; en el primer supuesto, sin embargo, la consideración de la difamación como delito o “*crime*” deriva de la creencia de que ciertos intereses públicos, como la paz pública, se han puesto en peligro con ocasión del ataque difamatorio, como consecuencia especialmente del destinatario de la ofensa (el Gobierno). En consonancia con lo anterior, trasladándonos a la arena de la realidad práctica, el libelo criminal requiere que la publicación difamatoria haya provocado una ruptura de la paz (concepto especialmente vago e indefinido, como estableció el tribunal Supremo de Estados Unidos en *Asthon v. Kentucky*, en 1966), esto es, que sea tan extremadamente seria que el interés público recomiende el seguimiento de un procedimiento criminal (*Gleaves v Deakin and Others*, de 1980<sup>883</sup>), o que pueda constituir un ataque serio contra la reputación de la persona difamada (*R v Wicks*, de 1933)<sup>884</sup>. En definitiva, se trata de aplicar el test de la seriedad o gravedad de la ofensa

---

<sup>882</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 7. Puede admitirse que en las acciones civiles por daños también existe un interés público, pero éste queda postergado a un segundo plano: después de proteger a la víctima y sus derechos individuales, bien puede afirmarse que, secundariamente, se aspira también a restablecer los estándares y normas públicas de comportamiento (“*reinforce public standards of behavior*”). Así, DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 6.

<sup>883</sup> CAREY, P. y VEROW, R.: *Media and Entertainment Law*, College of Law Publishing, Guildford, 2005, p. 112; CALLENDER SMITH, R.: *Press Law*, Sweet & Maxwell, London, 1978, p. 5; ROGERS, W. V. H.: “The protection of personality rights against invasions by Mass Media in England”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005, p. 62.

<sup>884</sup> Precisa SANFORD, B. W.: *Libel and Privacy*, 2<sup>nd</sup> edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013, pp. 4-78 y 4-79, que en Estados Unidos, por su parte, si bien la mayoría de los casos de libelo criminal han sido sobreesidos o abandonados en un limbo judicial (“*relegated to the judicial dustbin*”), algunos supuestos de persecución criminal por libelo contra periodistas e informadores permanecerán por siempre en la memoria colectiva de un modo definitivo (“*within the living memory*”).



(“*test of seriousness*”) <sup>885</sup>, tal y como se advirtió claramente en la sentencia ya citada de *Gleaves v Deakin and Other*: “el rasgo esencial de un libelo criminal sigue siendo, como en el pasado, la publicación de un libelo grave, no meramente trivial” <sup>886</sup>.

El libelo criminal (“*criminal libel*”), en sus inicios, se generalizó en casos de críticas difamatorias contra el gobierno (libelo sedicioso) a fin de forzar desde el poder una opinión pública favorable al mismo; sin embargo, el recurso a esta figura fue decreciendo considerablemente. La primera advertencia seria contra su uso tuvo lugar en 1735 en el caso *Zenger*. J. P. Zenger era editor del periódico *New York Weekly Journal* y fue castigado con pena de prisión de nueve meses por libelo contra el Gobernador *Cobys* por acusarle de delitos de corrupción; tras la interposición de un recurso contra la sentencia condenatoria de la *Court of the Star Chamber*, el jurado absolvió a Zenger, en lo que constituyó el primer paso hacia el rechazo del libelo criminal por la publicación de acusaciones verdaderas. Más adelante, en otro célebre caso, *New York Times v. Sullivan*, de 1964, se asestó el golpe definitivo cuando se declaró inválida retrospectivamente la “*Sedition Act*” (Ley de Sedición) de 1789, con el argumento de que el sistema americano no podía perseguir a alguien por difamar al Gobierno <sup>887</sup>.

Como recuerdan MILMO y ROGERS, con carácter general la persecución criminal de las difamaciones, “*libel as a crime*”, es cuantitativamente escasa en los países del “*Common Law*”, que prefieren concentrar su atención en los remedios civiles frente a estas conductas ofensivas, mientras, por el contrario, juega un papel destacado

---

<sup>885</sup> CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel and Slander*, 4<sup>th</sup> edition, Butterworths, London/Edinburgh, 1992, p. 182.

<sup>886</sup> *Gleaves v Deakin and Others*, de 1980, “*the essential feature of a criminal libel remains –as in the past– the publication of a grave, not trivial libel*”.

Un sector de la doctrina estadounidense, entre ellos WALDRON, J.: “Dignity ...”, op. cit., pp. 1604 y 1605, contempla con buenos ojos la posibilidad de ampliar el campo objetivo de aplicación del delito de libelo, más allá de los estrictos supuestos de ruptura de la paz y mantenimiento del orden público, alcanzado también a otros casos, paradigmáticamente ciertas manifestaciones de discurso extremo y discurso del odio que se ceba sobre las particularidades de determinados grupos; discursos que no sólo amanezan el orden público, sino también el sentido público y compartido de respeto al estatus de dignidad básico del ser humano y la posición de ciudadano reputado.

<sup>887</sup> ELDER, D. A.: *Defamation: a lawyer's guide*, Thomson Reuters, Minnesota, 2012, pp. 4-15 y 4-16. Sobre el origen histórico del libelo como delito, también WALDRON, J.: “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, *Harvard Law Review*, 123 (2010), pp. 1602 a 1605. Sobre los orígenes de esta jurisprudencia estadounidense, en la doctrina española vid. MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 90 a 97.

en el modelo de protección de la reputación de los países del “*Civil Law*”<sup>888</sup>. Este planteamiento ha estado vivo en la jurisprudencia del “*Common Law*” desde hace tiempo evidenciando con meridiana claridad la oposición idiosincrática del sistema a la persecución criminal por libelo; así, el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Garrison v. Louisiana*, de 1964, ha advertido que ni siquiera la justificación tradicional del libelo criminal por comportamiento especialmente perturbador del “sentido de seguridad de la comunidad” y el mantenimiento de la paz puede tener cabida en el derecho de los Estados Unidos, lo cual explica la escasez de actividad desplegada por la Fiscalía y los particulares en la persecución pública y privada, respectivamente; cuando el ordenamiento jurídico y el derecho han apartado a las armas (“*force of arms*”) como instrumento para la defensa del honor, difícilmente puede defenderse que el mantenimiento de la paz requiera la persecución pública criminal en casos de difamación privada<sup>889</sup>. Igualmente, en Inglaterra, *Gleaner Co Ltd v Abrahams*, de 2003, se rechazaron las teorías que proponen recurrir a la ley criminal para reflejar el rechazo social contra estos comportamientos o corregir los errores del tejido social<sup>890</sup>. Esto advertido, debemos concluir que aunque el libelo criminal por difamación contra el Gobierno está completamente prohibido y proscrito, la persecución por libelo criminal contra individuos sigue vigente en la normativa de algunos estados de Estados Unidos, y se permite en tanto las exigencias de la libertad de expresión y las garantías del debido proceso se cumplan. Tan es así que incluso el Tribunal Supremo, en *Keeton v. Hustler Magazine, Inc.*, de 1984, ha reconocido la conveniencia de la normativa de libelo criminal del Estado de New Hampshire en razón al interés estatal en tutelar, por una parte, la reputación individual y, por otra, proteger a la población de las falsedades<sup>891</sup>.

Hemos aprovechado las reflexiones previas para explicar la única modalidad de ataque difamatorio que se puede sustanciar en el proceso penal y que genera responsabilidad criminal, el “*libel as a crime*”. De esta forma, en las páginas que restan trataremos las modalidades de ataque contra la reputación más frecuentes: esto es, la

---

<sup>888</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 16. En el mismo sentido, STONE, R.: *Civil Liberties & Human Rights*, 8<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 467.

<sup>889</sup> EMERSON, T. I.: *Toward a General Theory of the First Amendment*, Random House, New York, 1963, p. 71.

<sup>890</sup> *Gleaner Co Ltd v Abrahams*, de 2003, “*it cannot lightly be taken for granted [...] that the criminal law [...] is in these cases the better instrument, or conveying social disapproval, or for redressing a wrong in the social fabric [...]. English law has not committed itself to any of these theories*”.

<sup>891</sup> ELDER, D. A.: *Defamation: a lawyer's guide*, Thomson Reuters, Minnesota, 2012, pp. 4-16 a 4-18.

daño a la reputación sustanciada en el proceso civil y generadora de efectos civiles-indemnizatorios, accionado mediante, bien “*libel*”, bien “*slander*”.

#### 6.1.1.3 La influencia de la raíz jurisprudencial del “*Common Law*” en el “*defamation law*”

El “*tort law*” constituye uno de los sectores que más atención ha acaparado en el contexto del derecho angloamericano. A su vez, dentro del complejo del “*tort law*” encontramos el régimen jurídico de las acciones por difamación, conocido como *defamation law*. La “mayor parte del *tort law* es *common law*”; con tal afirmación, ABRAHAMSON pone el acento en la impronta jurisprudencial en la configuración del entramado del “derechos de daños”, del “*tort law*”. El régimen jurídico de las acciones por daños ha sido esculpido por las decisiones jurisprudenciales, mucho más que por las leyes y el legislador (“*made by courts rather than by legislatures*”); las primeras han sentado progresivamente diversos principios estables, consolidados como reglas de derecho (“*rules of law*”) <sup>892</sup>. Ahora en palabras de SPEISER, KRAUSE y GANS, “el método del “*Common Law*” ha contribuido de un modo decisivo en el desarrollo de los principios del “*tort law*” en la sociedad angloamericana”<sup>893</sup>.

Gracias al sistema del “*Common Law*”, que descansa como ningún otro en la creación del derecho por vía judicial, el “*tort law*” ha podido adaptarse satisfactoriamente a las circunstancias sociales. En este sentido, PROSSER sostiene que el “derecho de daños” más que otras ramas del derecho, “es el campo de batalla de la teoría social”. La impronta jurisprudencial en el “*tort law*” garantizaba la adecuación o el transcurrir paralelo del derecho y la sociedad, en la medida en que gracias al método del “precedente” (“*precedent*”), básico en el “*Common Law*”, una vez establecida una regla, todos los tribunales debían seguirla a no ser que justificaran razonadamente los motivos por los que se apartaban de ella, logrando de este modo que el derecho se condujera y guiara siempre “hacia la obtención de un resultado social deseable” <sup>894</sup>. El precedente aseguraba la estabilidad y el caso novedoso, “*novel*”, la adaptación al

---

<sup>892</sup> ABRAHAMSON, K. S.: *The Forms ...*, op. cit., p. 1; también CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel ...*, op. cit., p. 3.

<sup>893</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 62.

<sup>894</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., pp. 14 y 15: “*Perhaps more than any other branch of the law, the law of torts is a battleground of social theory*”; [...] ... *to make a conscious effort to direct the law along lines which will achieve a desirable social result*”.

cambio, en el sentido de que ante la producción de un daño que no estaba previsto legal ni jurisprudencialmente antes de su materialización, y que no encontraba su ubicación en el contorno de los “cubículos ya establecidos del ordenamiento” ni dentro de “los nichos de los viejos muros del derecho de daños”<sup>895</sup>, los tribunales proporcionaban una nueva regla para resolver la situación y conceder la compensación debida. Desde esta perspectiva puede entenderse la frecuente consideración del sistema judicial como una fuerza al servicio de la “ingeniería social” (“*social engineering*”)<sup>896</sup>.

Dicho esto, debemos apuntar que, no obstante lo anterior (el carácter predominantemente jurisprudencial –“*Common Law*”- del “*tort law*”), no podemos negar que en ocasiones también las normativas estatales, e incluso las Constituciones de los Estados y de la propia Federación, en relación con los Estados Unidos, y ciertas leyes (“*acts*”) del Parlamento Británico, en el caso de Inglaterra, castigan por vía legal ciertas conductas lesivas (“*tortious*”), provocadoras de “daños”, y habilitan medios e instrumentos para que las víctimas sean compensadas<sup>897</sup>. Así, en el ámbito que a nosotros nos ocupa, el régimen jurídico de las acciones por difamación (“*defamation actions*” o “*defamation law*”), en el derecho de los Estados Unidos, la célebre doctrina jurisprudencial sentada en el caso *New York Times v. Sullivan* de 1964, del Tribunal Supremo Federal, marcó la vinculación y sujeción del “*defamation law*” a los mandatos constitucionales y, concretamente, a la I Enmienda que consagra el derecho a la libertad de expresión; de modo que aunque no pueda decirse que la norma básica establece y configura el régimen jurídico de las acciones por difamación directamente, sí al menos hay que convenir que es una emanación constitucional. Por otro lado, en el caso del derecho inglés, las normas de referencia son: la “*Defamation Act*” de 1952 y la “*Defamation Act*” de 1996; ambos textos jurídicos contenían la regulación de los ataques al honor o reputación en el derecho inglés. Recientemente (25 de abril de 2013) el Parlamento británico ha adoptado la “*Defamation Act 2013*”, que refunde ese régimen jurídico, con novedades y supresiones, y que entró en vigor a finales del año 2013<sup>898</sup>.

---

<sup>895</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 18: “... established cubbyhole of the law or [...] the existing niches in the ancient walls surrounding the law of torts”.

<sup>896</sup> Afirmación tradicionalmente sostenida, en sus orígenes por POUND, PROSSER y WHITE. *Vid.*, entre otros, SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 18.

<sup>897</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 2.

<sup>898</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/introduction> (10/06/2013). Más adelante, cuando se aborde el estudio del régimen jurídico de las acciones por difamación en el “*Common Law*”, haremos referencia a la nueva regulación introducida por la *Defamation Act* de 2013. No obstante, su estudio más

### 6.1.2 La reputación (“reputation”), el interés protegido

Queda aceptado por todos, consiguientemente, que el interés protegido en la base del “*defamation law*” es la reputación de las personas<sup>899</sup>. Corresponde ahora precisar qué debe entenderse por reputación. Pero permítasenos hacer aquí un paréntesis para, antes de indicar las definiciones técnico-jurídicas del concepto, reproducir los bellos versos de SHAKESPEARE en su obra *Othello* refiriéndose a la reputación, que plasmamos literalmente:

“*Good name in man and woman, dear my lord,  
Is the immediate jewel of their souls.  
Who steals my purse steals trash;  
’tis something, nothing;  
’Twas mine, ’tis his, and has been slave to thousands;  
But he that filches from me my good name  
Robs me of that which not enriches him,  
And makes me poor indeed*”<sup>900</sup>.

También ilustrativas son estas palabras del mismo poeta en *Richard II*:

“*Mine honour is my life, both grow in one,  
Take honour from me and my life is down*”<sup>901</sup>.

#### 6.1.2.1 Concepciones doctrinales

No existen en el sistema del “*Common Law*” muchos intentos de definición o conceptualización del interés jurídico de la “reputación” como base sobre la que se articula el régimen jurídico de acciones por difamación<sup>902</sup>. Esto advertido, conviene que hagamos dos aclaraciones: en primer lugar, la escasez cuantitativa de estudios sobre esta

---

detallado se realizará al final del epígrafe, cuando analicemos los desarrollos legislativos y jurisprudenciales más recientes en Reino Unido y Estados Unidos (*vid. infra* Capítulo IV.6.3.1.2).

<sup>899</sup> *Vid.*, entre otros, MELKONIAN, H.: *Defamation, Libel Tourism and the Speech Act of 2010. The First Amendment colliding with the Common Law*, Cambria Press, New York, 2011, p. 5.

<sup>900</sup> El significado podría ser este: “Mi querido señor, en el hombre y en la mujer el buen nombre es la joya más inmediata a sus almas. Quien me roba la bolsa, me roba una insignificancia; es algo, nada; fue mía, es de él y había sido esclava de otros mil; pero el que me hurta mi buen nombre, me arrebató una cosa que no le enriquece y me deja pobre en verdad”.

<sup>901</sup> En español, la traducción podría ser: “Mi honor es mi vida, con ella florece; quitadme el honor y mi vida muere”.

<sup>902</sup> AA.VV.: “Developments in the Law-Defamation”, *69 Harvard Law Review*, March, 1956, p. 877; CALVERT, C.: “Harm to Reputation: an Interdisciplinary Approach to the Impact of Denial of Defamatory Allegations”, *Pacific Law Journal*, July, 1995, pp. 934 y 939.

cuestión no encuentra paralelismo en el nivel cualitativo; muy al contrario, los intentos teóricos de aproximarse al concepto de reputación han resultado ser verdaderamente sugerentes y dignos de elogio; y en segundo lugar, tal escasez tampoco deriva de una degradación del interés de la reputación, pues tanto doctrina como jurisprudencia coinciden en el valor de esta idea<sup>903</sup>.

Por lo demás, debemos recordar la preferencia de la vía civil o del derecho de daños sobre la vía penal para castigar los ataques contra el valor de la reputación. Ello implica, en este punto, que las concepciones de la reputación que se barajan a continuación sirven como base para la construcción de las acciones por difamación y del “*defamation law*”, desde la perspectiva, por tanto, del derecho de daños. Es cierto que bajo la consideración del libelo como un delito, “*libel as a crime*”, el concepto de reputación es el mismo; sin embargo, el hecho de que para su persecución criminal el ataque difamatorio deba ir acompañado de un grave riesgo para la paz pública, así como que los casos individuales que se plantean diariamente se resuelven abrumadoramente siguiendo las normas del derecho de daños, explican que las propuestas de los autores se hayan formulado pensando siempre en el entorno del derecho de daños y de las indemnizaciones a efectos civiles.

a) “*Los tres conceptos de la reputación*” de R. C. POST

Uno de los modelos teóricos más aplaudidos en la doctrina de Estados Unidos, que ha traspasado sus fronteras y se ha difundido a lo largo del sistema completo del *Common Law*, es el propuesto por POST en su artículo doctrinal “*The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution*”<sup>904</sup>. Su estudio concibe la reputación como un ideal de tres perspectivas o que encierra tres conceptos; es el modelo de “los tres conceptos de la reputación” (“*the three concepts of reputation*”). Las respuestas y comentarios a la propuesta de POST han sido numerosos

---

<sup>903</sup> Refleja detalladamente este extremo ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008, pp. 6 a 11.

<sup>904</sup> POST, R. C: “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”, *74 California Law Review*, May, 1986. Ha sido ampliamente estudiado, comentado e incluso criticado por destacados autores de la doctrina, aunque todos coinciden en el éxito teórico de este análisis pionero, aunque sólo sea como punto de partida. En las próximas páginas las opiniones de POST se alternarán con las réplicas y las propuestas, entre otros, de MILO, ARDIA, HEYMEN, BELLAH o ROLPH.

El primero de estos conceptos identifica la reputación con la propiedad (“*reputation as property*”), o, más concretamente, con una propiedad intangible, similar a la buena voluntad (“*goodwill*”). Sería el mérito que alcanza una persona como consecuencia de sus esfuerzos individuales y su trabajo. Y como cualquier otra propiedad, la reputación tiene un valor en el mercado, de forma que cualquier lesión innecesaria de la reputación deberá ser inmediatamente compensada económicamente en consonancia con el valor de la reputación en el mercado; este valor puede variar o modular en atención a las condiciones del mercado, es decir, a la productividad de cada individuo, que con su trabajo triunfa o fracasa granjeándose una reputación altamente estimada. El reflejo en derecho positivo de esta proyección de la reputación como propiedad se observa, por ejemplo, en la posibilidad de que las empresas puedan ejercer acciones por difamación; pero, al propio tiempo, es incompatible con otros aspectos del derecho actual; así, el que el demandante en una acción por difamación pueda exigir la compensación pecuniaria sin necesidad de probar el daño sufrido, contraría claramente la concepción de la reputación como propiedad<sup>905</sup>.

El contenido de “propiedad” que POST conecta con la reputación es el que sobresale en el antiguo tratado de VEEDER sobre los orígenes históricos del “*defamation law*”. Esta autor define el “buen nombre”, sinónimo de la reputación, como el resultado de los esfuerzos y las posesiones físicas y materiales de una persona, que

---

<sup>905</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ..., *op. cit.*, pp. 693 a 698. Es interesante dejar apuntado ya la cercanía que observamos entre este concepto de reputación y el que en la Europa continental llamaríamos *honor externo*, como *fama* o *reputación*, dado que en ambos casos hablamos del valor social que la comunidad (el mercado) otorga al trabajo y a las comportamientos efectivamente realizados por el individuo.

Al estudiar la teoría de POST, MILO, D.: *Defamation and Freedom Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 27 y ss, especialmente p. 30, reconoce también que la función “propiedad” de la reputación es incompatible con algunos aspectos del sistema jurídico tales como la exigencia de que la comunicación deba ser difamatoria, con la regla de la presunción de daños y con la desaparición de la acción con el fallecimiento del demandante. La vinculación reputación-propiedad que propone POST se inspira en la filosofía de LOCKE, como apunta MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process and Reputational Harm: Liberty as Self-Invention”, *U.C. Davis Law Review*, November, 2009, p. 102. Siguiendo a HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance: an Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, *Boston University Law Review*, December, 1998, p. 1338, entre otros componentes de la reputación encontramos la “imagen de uno mismo” (“*self's image*”), entendida como el resultado de las actividades que desarrolla cada uno y la valoración de las mismas a ojos de su comunidad; consiguiendo, en esta línea también puede hablarse de la reputación como propiedad. Sobre estas cuestiones, finalmente, ROLPH, D.: *Reputation ...*, *op. cit.*, pp. 19 a 21; y SLAUGHTER, M. M.: “The Development of Common Law defamation Privileges: from Communitarian Society to Market Society”, *14 Cardozo Law Review*, 1992-1993, pp. 353 y 354.

son fuente de la felicidad humana<sup>906</sup>. También hay coincidencia en que la consideración de la reputación como propiedad impondría la exigencia de probar los especiales daños (“*proof of special damages*”) sufridos antes de procederse al resarcimiento<sup>907</sup>.

Siguiendo el planteamiento de POST, la reputación puede analizarse también desde su relación con el honor (“*reputation as honour*”), como la estima y aprecio (“*regard and estimation*”) que la sociedad reconoce a una persona en atención al papel social que ese individuo cumple dentro del grupo y con el que se identifica. Por tanto, según esta concepción, la reputación de una persona dependerá del estatus que la sociedad adscriba a la función social que el individuo desarrolla, dentro de una jerarquía social en la que unos ciudadanos gozarán de mayor reputación que otros con independencia de sus esfuerzos y trabajos (como sí sucedía con la reputación como propiedad), sino únicamente en relación con la posición social ostentada. Claramente, se trata de una visión anacrónica, difícilmente compatible con los valores modernos; POST la localiza en la Inglaterra preindustrial. Una de las escasas reminiscencias de la relación “reputación-honor” puede apreciarse, precisamente, en la regla de la presunción de daños (“*presumption of damages*”) que se entendería, en este sentido, como una forma de limpiar la mancha sobre el honor del demandante (“*vindicating the plaintiff’s honor*”) <sup>908</sup>.

---

<sup>906</sup> VEEDER, V.: “The History and Theory of the Law of Defamation. II”, *Columbia Law Review*, Vol. 4, No. 1 (Jan., 1904), p. 33. En la doctrina tradicional, también POUND, R.: “Interests of Personality. II”, *Harvard Law Review*, vol. XXVIII, 5 (March, 1915), pp. 451 y 452, ha reconocido la presencia dominante de la concepción de la reputación como propiedad en el “*defamation law*”.

<sup>907</sup> VEEDER, V.: “The History ..., *op. cit.*, p. 34.

<sup>908</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ..., *op. cit.*, pp. 699 a 706. Como hiciéramos ya anteriormente con la reputación como propiedad, también ahora con la reputación como honor debemos evidenciar la proximidad de este concepto con el que en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental denominaríamos *honor externo en sentido formal*; por una parte, *honor externo*, porque es el valor que la sociedad atribuye al individuo; por otra, *honor en sentido formal*, porque se otorga con sujeción únicamente a la posición que el individuo ocupa en un grupo social, sin atender a su comportamiento, trabajo o aportaciones; es decir, porque es el honor que *formalmente* le corresponde.

Por su parte, MILO, D.: *Defamation ...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33, añade que la concepción de la reputación como honor ha perdido apoyo en el sistema del *Common Law* (no sólo Estados Unidos, sino también Inglaterra, Sudáfrica y Australia) especialmente desde el caso *New York Times v. Sullivan* (1964), cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos negó una reputación especial o distinta de los funcionarios públicos en atención a su posición, frente a los demandantes particulares, al condicionar sus posibilidades de ejercicio de acciones por difamación a aquellos casos en que pudieran demostrar debidamente que se actuó con malicia. También ARDIA, D. S.: “Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer, 2010, p. 286, advierte de la progresiva desaparición del concepto de reputación como honor en la moderna sociedad de la información y de internet. Es una concepción más propia de las sociedades antiguas, feudales y esclavistas, como observa MITNICK, E. J.: “Procedural Due ..., *op. cit.*, p. 104; también HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance..., *op. cit.*, p. 1337. Otra explicación de esta segunda vertiente de la reputación de POST es ofrecida por ROLPH, D: *Reputation ...*, *op. cit.*, pp. 23 a 25.



Finalmente, igual que la reputación tiene una vertiente pública y otra privada, también las acciones por difamación protegen la dignidad en sus dos perfiles (público y privado), siendo posible concebir la reputación como dignidad (“*reputation as dignity*”)<sup>909</sup>, como sugiere POST. El “*defamation law*”, por una parte, garantiza la dignidad individual procurando que el individuo sea reconocido como parte del grupo y respetado socialmente<sup>910</sup>; y, por otra, garantiza la dignidad en su plano colectivo mediante el fortalecimiento de unas reglas de civildad (“*rules of civility*”) que sirven para definir y mantener el orden social, la identidad comunitaria. La primera vertiente, sin embargo, es difícilmente materializable pues el ordenamiento no puede compensar económicamente la pérdida de “dignidad individual”; existe, sin embargo, una protección más espiritual de la dignidad individual por parte del derecho, no tan tangible como las indemnizaciones: cuando un tribunal reconoce efectivamente que una persona ha sido víctima de una difamación, la rehabilita (“*rehabilitation*”) y exige que se restablezca el respeto social que merece como persona (componente individual de la dignidad), ofreciendo al mismo tiempo una reafirmación de las reglas de civildad que deben gobernar la vida en comunidad<sup>911</sup>; la difamación injusta ha quebrado las reglas de

---

<sup>909</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ...”, *op. cit.*, p. 707. Las observaciones de POST sobre la reputación como dignidad son recogidas por SLAUGHTER, M. M.: “The Development ...”, *op. cit.*, pp. 352 y 353.

<sup>910</sup> En este punto se observa proximidad entre la concepción de la reputación-dignidad de POST y la opinión de McNAMARA, L.: “Bigorty, Community and the (In)visibility of Moral Exclusion: homosexuality and the capacity to defame”, *Media and Arts Law Review*, vol. 6, 2001, p. 296, que defiende, como finalidad del “*defamation law*”, la protección de la dignidad del individuo para que éste pueda sentirse miembro de una comunidad inclusiva. Esta “*inclusive community*”, principal aportación conceptual del autor, es fundamental en la medida en que en el “*Common Law*” (pero, en general, también en cualquier sistema jurídico) el carácter difamatorio de una expresión se determina desde la perspectiva de la comunidad relevante (*op. cit.*, p. 274); cuando se determinan los límites de una comunidad, se imponen, al mismo tiempo, los contornos de su exclusión; en otras palabras, el derecho practica, reconoce y concede carta de naturaleza a la exclusión moral (*op. cit.*, pp. 274 y 275). Sucede que los jueces deben ser conscientes de que al establecer las fronteras de una comunidad como marco de referencia, están optando también por una determinada moralidad pública que avalan y reconocen (*op. cit.*, p. 295); y en este punto, han volver sus ojos hacia una “comunidad inclusiva” que respeta a todos sus ciudadanos sin excluir a ninguno (*op. cit.*, p. 296), y que podrá proteger, al propio tiempo, la reputación y la dignidad de todos ellos al demostrarles que los considera miembros plenos del grupo.

<sup>911</sup> Al reincorporarse a la vida social, el individuo ve ratificada su dignidad individual y se fortalece la identidad comunitaria y las reglas de civildad colectivas. La propia vida social o pública se consolida al permitir que una persona valiosa participe en los asuntos públicos. Por el contrario, surgen costes sociales cuando se desanima a tales personas a entrar en la vida pública ante el temor a ser víctima de acusaciones y rumores. Es el “efecto disuasivo o disuasorio de participación en la vida pública” (“*deterrent effect on participation in public life*”) apuntado por ANDERSON, D. A.: “Is Libel Law Worth Reforming?”, *University of Pennsylvania Law Review*, December, 1991, p. 531.

La misma idea aunque con diferentes palabras expresa BELLAH, R. N.: “The Meaning of Reputation in American Society”, *California Law Review*, May, 1986, p. 745, al demostrar cómo la reputación y la identidad de una comunidad dependen también de la propia reputación de sus miembros y de aquellos que participan en la vida pública (“*the reputation of a community is reflected in the reputation of its representative figures*”), por lo que su sujeción a las reglas de civildad, en términos de POST,

civilidad y tal hecho, de acaecer en el moderno contexto de la sociedad de la información, devalúa la identidad comunitaria y descredita el valor y la confianza de sus fuentes de información<sup>912</sup>; en conclusión, todos estos bienes dañados deben ser restaurados a su estado óptimo. De modo que, en cierto sentido, advierte POST, surge una conexión entre la vertiente individual o privada de la dignidad y la más colectiva, social o pública, sin llegar a identificarse ni a solaparse, dado que la segunda perspectiva constituye un objetivo independiente e importante del “*defamation law*”. La preocupación del ordenamiento por la dignidad colectiva se observa, sobre todo, en la presunción de los daños: en la medida en que tales daños a la reputación no deben ser probados, si no que se presumen, el ordenamiento se concentra en el mantenimiento de la identidad colectiva permitiendo al juzgador que castigue a quien vaya más allá de los límites<sup>913</sup>.

Comentando las propuestas de POST, profundiza MILO en la vertiente colectiva de la dignidad-reputación en el “*Common Law*”. En su trabajo demuestra que existe otra manifestación de la reputación como dignidad pública: se trata del concepto “*ubuntu*” del derecho consuetudinario sudafricano y que se define como el respeto a la humanidad de los otros, de modo que cuando ese respeto quiebra como consecuencia de una infracción de las normas comunitarias es preciso restablecer la armonía de las relaciones humanas y sociales. Por ello, el aspecto público de la reputación se hace presente en el “*defamation law*” en la medida en que aspira a restaurar “la dignidad atacada del miembro de la comunidad, a ojos de la comunidad misma”<sup>914</sup>. Dicho de otro modo: “*ubuntu*” alude a la reputación como dignidad pública y reglas de civilidad, siguiendo la terminología de POST, en la medida en que es un espíritu o una regla de convivencia derivada del respeto y la preocupación mutuas que los hombres de una comunidad deben sentir los unos por los otros, por ello cuando se menoscaba la dignidad individual quiebra ese sentimiento de respeto y humanidad comunitaria, el “*ubuntu*”, y ante este quebrantamiento lo que importa que se restablezca es la armonía social, el vínculo que une a todos en unas relaciones humanas de respeto e

---

revierte como beneficios en el componente público o colectivo de la dignidad como reputación. De modo que, concluye BELLAH, R. N.: “The Meaning ..., *op. cit.*, p. 745, la reputación de las personas públicas es un bien público. Es más, es el bien público por antonomasia, o la “quintaesencia del bien público”. *Vid.* ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 262. Por último, también percibe en la reputación un perfil o una proyección de la dignidad HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance..., *op. cit.*, p. 1339.

<sup>912</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 262.

<sup>913</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ..., *op. cit.*, p. 713.

<sup>914</sup> MILO, D.: *Defamation* ..., *op. cit.*, pp. 37 y 38.

interdependencia. Eso es el “*ubuntu*” y por eso es dignidad pública. Desde la perspectiva de derecho positivo del “*Common Law*”, este componente colectivo de la reputación se manifiesta en los pronunciamientos jurisprudenciales que castigan las expresiones difamatorias por exponer a alguien al odio, desprecio o ridículo ante la sociedad, o por degradarlo frente a la estima social, ya que se justifican desde la idea de dignidad pública como inclusión de un miembro en la comunidad<sup>915</sup>.

POST finaliza su análisis señalando que los tres conceptos de reputación han estado presentes en la historia del “*defamation law*” de los Estados Unidos en la medida en que representan diferentes modalidades de comunidades o sociedades. El paso del tiempo, sin embargo, ha hecho que la reputación como honor haya sucumbido paralelamente a la desaparición de la sociedad estratificada a la que iba unida. Sin embargo, las otras dos concreciones de la reputación persisten en la actualidad y evidencian la tensión entre la sociedad mercantilizada (“*market society*”; conectada con la reputación como propiedad) y la sociedad comunitaria (“*communitarian society*; unida a la reputación como dignidad)<sup>916</sup>; de lo anterior se extrae la imposibilidad de trabajar con un concepto unitario de reputación (“*unitary concept of reputation*”)<sup>917</sup>, pues muy al contrario, la reputación es un concepto complejo (“*complex concept*”) que no puede explicarse desde una sola perspectiva<sup>918</sup>; en otras palabras, su contenido no puede ser colmado por un único componente. No obstante, lo anterior no representa un problema, concluye POST, sino la constatación de la coexistencia de ambas sociedades, circunstancia que debe dirigir al “*defamation law*” a desarrollar las estructuras y

---

<sup>915</sup> MILO, D.: *Defamation ...*, op. cit., p. 39.

<sup>916</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ...”, op. cit., p. 721. Está de acuerdo con ello MILO, D.: *Defamation ...*, op. cit., p. 42, que pone el acento en la consideración de la reputación como un “interés relacional” (“*relational interest*”): la reputación es un interés que se relaciona con otros valores igualmente subyacentes o justificadores del “*defamation law*”, especialmente con la propiedad y la dignidad. Así también SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012, p. 1-46.

El carácter “relacional” de la reputación también puede contemplarse desde otra perspectiva, en el sentido de “instrumental” (como oposición a un derecho con valor intrínseco). Así, HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance...”, op. cit., p. 1336, señala que conforme al derecho tradicional del *Common Law* la reputación merecía protección no como derecho individual e independiente sino en su relación con otros derechos para cuyo pleno ejercicio necesitaba tutelarse también la reputación.

Finalmente, existe otra concepción de la reputación como “interés relacional”: aquella que entiende la reputación como producto de “la opinión que otros en la comunidad tienen, o tienden a tener, del demandante difamado”. Vid., así, PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 737.

<sup>917</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ...”, op. cit., p. 721.

<sup>918</sup> MILO, D.: *Defamation ...*, op. cit., p. 42. También así ROLPH, D.: *Reputation ...*, op. cit., p. 6.

métodos de aproximación necesarios para dar solución a los ataques contra la reputación, entendida ésta desde las dos perspectivas que hoy se mantienen vigentes<sup>919</sup>.

*b) Revisión de la teoría de POST y nuevas propuestas*

Sin duda, la construcción doctrinal de POST merece atención por la autoridad de quien procede y, ciertamente, por la calidad del estudio. Su investigación cuenta ya un cuarto de siglo y se mantiene con la fuerza y el vigor de los estudios originales; sin embargo, es innegable que en el campo de la difamación y la reputación el paso del tiempo es más veloz si cabe que en otros ámbitos. Los avances tecnológicos y la expansión de los tradicionales medios de comunicación hacia formas y entornos difícilmente imaginables hace veinticinco años, arrojan una realidad en la que no es fácilmente aplicable la doctrina legal tradicional<sup>920</sup>. En una “economía de la información conectada por redes”<sup>921</sup> es obligado readaptar las propuestas no sólo teóricas sobre el contenido de la reputación, sino, y sobre todo, las soluciones prácticas que se ofrecen a los problemas de la realidad diaria.

Las teorías más modernas, adaptadas a estos cambios tecnológicos y sociales, cuando definen la reputación como valor protegido por las acciones por difamación, ponen el acento en el carácter público de la reputación, en la dimensión relacional en el sentido de interacción entre los ciudadanos de un grupo; ante todo, atienden a la vertiente exterior y tangible de la reputación.

Representante de estas nuevas corrientes es ARDIA. En la “sociedad en red” (“*networked society*”), la reputación es una propiedad que emerge de las interacciones sociales (“*an emergent property of social interaction*”) y que se construye continuamente mediante las relaciones de unas personas con otras; es, finalmente, un “capital social al que se da forma en el campo de las redes sociales” (“*a form of social*

---

<sup>919</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations ...”, *op. cit.*, p. 721.

<sup>920</sup> SANFORD, B. W.: *Libel and Privacy*, 2<sup>nd</sup> edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013, p. 2-45.

<sup>921</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer, 2010, p. 262. También MARTIN, K. J., WILK, N. y ROGAL, L.: “Protecting One’s Reputation. How to Clear a Name in a World Where Name Calling is So Easy?”, *Phoenix Law Review*, Fall, 2010, pp. 66 y ss.

“capital” that is amassed within social networks”<sup>922</sup>. En esta sociedad mediatizada por internet es preciso configurar un nuevo concepto de reputación, como proponen MARTIN, WILK y ROGAL<sup>923</sup>, en la línea también de ARDIA. Desde esta perspectiva, el concepto de reputación se vuelca sobremanera en el perfil exterior o público de modo que no hay reputación hasta que no entran en juego las experiencias, creencias y prejuicios de los demás<sup>924</sup>. Con estas características, parece comprensible que la concepción de reputación preferida por ARDIA se acerque a la de propiedad, a la que considera dominante en el “defamation law” de Estados Unidos<sup>925</sup>, y se aleje de la idealizada concepción de la reputación como dignidad de POST que es utópica, en su opinión, en la medida en que requiere sociedades homogéneas, estáticas y con normas fijas, circunstancias todas ellas ausentes en las nuevas comunidades cuyos contornos cambian con la rápida incorporación de nuevos miembros (“comunidades de fronteras porosas”, dice ARDIA) y cuyas reglas “se constituyen y reconstituyen cada cierto tiempo”<sup>926</sup>. Por el contrario, en la “sociedad de la red”, la reputación queda expuesta en numerosas esferas de la vida pública en las que los ciudadanos participan continuamente; de hecho, no existe una única reputación asociada a cada persona, sino que hay tantas reputaciones como identidades tiene la persona en la “sociedad de la red”<sup>927</sup>.

Existe una concepción de la reputación que no pone el énfasis en su vertiente pública o exterior. De hecho, esa es una de sus críticas y de las debilidades que pretende corregir. Se trata de la propuesta de MITNICK, quien advierte que la dominante visión de la reputación como propiedad que plantea POST es excesivamente materialista (atiende más a las consecuencias del proceso de construcción de la reputación que al proceso mismo; se concentra más en el producto de los esfuerzos individuales que en la capacidad de desarrollar esos esfuerzos)<sup>928</sup>. Aunque rechaza todas las identificaciones

---

<sup>922</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, pp. 267 y 268.

<sup>923</sup> MARTIN, K. J., WILK, N. y ROGAL, L.: “Protecting One’s Reputation. How to Clear a Name in a World Where Name Calling is So Easy?”, *Phoenix Law Review*, Fall, 2010, pp. 53 y ss.

<sup>924</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 311.

<sup>925</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 290. La hegemonía de la concepción “reputación como propiedad” es coherente también con los propios valores de la sociedad americana, fuertemente individualista, como advierten BELLAH, R. N.: “The ..., *op. cit.*, p. 743, y ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 291.

<sup>926</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 289.

<sup>927</sup> ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 308.

<sup>928</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process and Reputational Harm: Liberty as Self-Invention”, *U.C. Davis Law Review*, November, 2009, pp. 102 y 103.

de la reputación con la propiedad (por reducir el estigma a su mero valor económico) el honor, la dignidad o la privacidad, observa en ellas un aspecto común y positivo: en todas, la reputación aparece como corolario de la construcción de la identidad individual y social; la reputación es constitutiva de la identidad<sup>929</sup>. Este autor propone concebir la reputación como uno de los intereses protegidos en la libertad; concretamente, como la libertad individual para elegir la forma de autorrealización, su identidad individual<sup>930</sup>.

A partir de las nociones de reputación, identidad y libertad, emerge el concepto de reputación como identidad (*“reputation as identity”*), con base en las investigaciones en el campo de la sociología y la psicosociología, conforme al cual un ataque contra la reputación individual supone un obstáculo para el libre desarrollo de la identidad y, por tanto, un ataque contra la libertad misma<sup>931</sup>; en otras palabras, el daño a la reputación que procedería de considerar o “etiquetar” (*“label”*) a alguien como delincuente sexual, ladrón o alcohólico, o cualquier otra circunstancia que acarree oprobio social, menoscabaría la libertad para crear o dar forma a la identidad social del individuo<sup>932</sup> o, dicho de otro modo, para inventarse a uno mismo (*“liberty, at its core, entails individual self-invention”*), en el bien entendido de que la libertad otorga un espacio privado para la construcción autónoma de uno mismo (*“autonomous construction of the self”*), para la invención de uno mismo conforme a sus propias ideas<sup>933</sup>. Y en este punto final, sobresale otra virtud en la valiosa propuesta de MITNICK: la reputación (es decir, la identidad, “el uno mismo creado o inventado”) entronca con la idea de dignidad humana si aceptamos que “la libertad para la invención de un mismo es esencial al completo desarrollo de la dignidad humana”<sup>934</sup>.

---

<sup>929</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, p. 141: *“reputation is constitutive of identity”*.”

<sup>930</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, p. 103: *“individual liberty in the form of one’s capacity for self-invention”*.”

<sup>931</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, pp. 110, 111 (*reputational harm stands as an obstacle to autonomous self-invention, and thus to liberty*)” y 124.

<sup>932</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, pp. 110. En este punto, MITNICK sigue los planteamientos del juez BRENNAN formulados en su voto particular discrepante a la opinión de la mayoría en la sentencia *Paul v. Davis* que consolidó el *“stigma plus test”*. BRENNAN fue contrario a tal doctrina al entender que el daño a la reputación imponía un estigma sobre el individuo merecedor de tutela judicial sin necesidad de que otros intereses se vieran lesionados.

<sup>933</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, pp. 121 y 141 (*“liberty, at its core, entails individual self-invention”*); [...] *a free person is, in this sense, a maximally self-defined person, at liberty to the greatest possible extent to constitute one’s own self-concept and one’s own social identity in virtue of one’s beliefs regarding appropriate sources of value*”).

<sup>934</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, p. 142: *“liberty as self-invention is essential to the fulfillment of basic human dignity”*.”

Otro de los autores que ha sometido la propuesta de POST a profunda revisión y crítica es ROLPH. A las debilidades de la noción de reputación como propiedad que señala el mismo POST, este autor añade otras: a) discrepa de la alienabilidad de la reputación que se desprende de la teoría de POST en la medida en que toda propiedad se puede transferir, o se puede disponer de ella, o se puede comerciar con ella, sin embargo, nadie puede hacer lo mismo con la reputación; b) no existe un mercado de la reputación en el que pueda determinarse su valor, porque la reputación no es un activo valorable económicamente y ni siquiera las indemnizaciones que se otorgan por lesión de la reputación, son un reflejo del valor de la reputación<sup>935</sup>.

Respecto a la conexión entre reputación y honor, también ROLPH mantiene una opinión discrepante frente a la tesis de POST, ampliamente apoyada, según la cual la reputación como honor es una reminiscencia de tiempos pasados cuando los ciudadanos ajustaban su conducta personal a unos estándares normativos. Advierte ROLPH que tal visión sigue estando presente en el régimen jurídico de las acciones por difamación de Australia, país incluido también en el área del “*Common Law*” y que ROLPH conoce bien gracias a su nacionalidad australiana. Advierte este autor que la jurisprudencia australiana ha moldeado el “*defamation law*” de tal forma que contribuye a la función de definir y mantener los roles y las identidades sociales<sup>936</sup> (“*defining and upholding social roles and identities*”), especialmente en los asuntos de “moralidad sexual”, como el adulterio, la homosexualidad, la promiscuidad o la castidad<sup>937</sup>. Quizá no se trata de un concepto de reputación como honor jerárquico, pero sí como sujeción relativamente flexible a las reglas de comportamiento de un determinado colectivo (“*broadly normative concept, rather than a hierarchical or traditional concept*”)<sup>938</sup>. Además, teniendo en consideración que el “*defamation law*” es una de las ramas del “*Common Law*” que apenas ha sido objeto de racionalización o revisión, manteniendo desde el siglo XVII sus ejes principales inalterados, resulta difícil afirmar que la concepción de

---

<sup>935</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., pp. 21 a 23.

<sup>936</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., pp. 26 y 186.

<sup>937</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., p. 187. En el adulterio, los estándares normativos imponen a la esposa un comportamiento fiel e intachable; en relación con la homosexualidad, existe una presunción social sobre los hombres de heterosexualidad; y lo mismo podría decirse de temas como la promiscuidad o la castidad.

<sup>938</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., p. 27.

reputación como honor no persiste en la estructura y contenido del régimen jurídico de las acciones por difamación<sup>939</sup>.

Y, por último, la vinculación reputación-dignidad tampoco se libra del análisis crítico de ROLPH. El autor australiano reprocha que el concepto de dignidad que emplea POST en su estudio posea un base psicológica; él prefiere una aproximación sociológica, es decir, lo concibe como un fenómeno social, frente a la concepción de la dignidad como una noción de base personal y subjetiva que se desprende del propio sentido original del término y de la protección que las normas internacionales y la mayoría de los ordenamientos nacionales conceden a los derechos derivados de la dignidad<sup>940</sup>.

Si la conexión honor-reputación y dignidad-reputación se articula a través del mecanismo de la sociedad, ya que en la sociedad es donde el individuo muestra su identidad ante los demás, y la conexión reputación-propiedad está mediatizada por el mercado donde el individuo ofrece sus habilidades, esfuerzos y experiencias para obtener un valor de su reputación, propone ROLPH un nuevo concepto de la reputación como celebridad (“*reputation as celebrity*”), edificado en torno a los medios de comunicación y de masas (“*mass media*”), pues en ese contexto el individuo se presenta a sí mismo y la audiencia forma su opinión sobre la persona. La reputación ya no es una construcción social ni una construcción económica, sino una construcción de los medios (“*media construct*”)<sup>941</sup>. A lo largo del siglo XX, las tecnologías de la información y los medios de comunicación han experimentado un desarrollo exponencial que juega necesariamente un papel determinante en la elaboración del concepto de reputación, por ser una noción tan influida y mediatizada por estos medios<sup>942</sup>. Los “*mass media*” han contribuido decididamente a la difusión de la información relativa a cada individuo, transportándola más allá del círculo social de la persona (“*beyond one’s immediate*

---

<sup>939</sup> ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008, pp. 35, 36, 185 y 186. También, entre otros, SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012, p. 1-7. Profundizando en esta línea, no solo el desarrollo o evolución ha sido escasa, sino carente de toda dirección, sin un plan u objetivo determinado, como señala PROSSER, W. L.: *Handbook of The Law of Torts*, 4<sup>th</sup> edition, West Publishing Co., 1971, p. 737.

<sup>940</sup> ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008, pp. 30 a 36.

<sup>941</sup> ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008, pp. 37 y 178.

<sup>942</sup> ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008, pp. 172 a 176.



*social circle*”) hasta cada rincón del mundo, emergiendo un nuevo concepto de reputación como celebridad<sup>943</sup>.

La concepción de reputación como celebridad comparte con la reputación-propiedad que es contingente (“*contingent*”), efímera y temporal (“*ephemeral and temporary*”), que puede ser creada, cultivada y ganada (“*may be created, cultivated, earned*”) en el contexto de los medios de masas y de la audiencia, aunque a diferencia de esta última, el valor de la reputación como celebridad no depende de las condiciones del mercado y de los esfuerzos del individuo, sino de la atención de los medios (“*media’s attention*”) y del interés de la audiencia (“*audience’s interest*”) en la persona, razón por la cual no se posee por igual por los ciudadanos<sup>944</sup>.

#### 6.1.2.2 Otras aportaciones

Junto a las propuestas teóricas de los autores ya mencionados, existen también distintas referencias que debemos considerar en nuestro intento por formular un concepto completo que abrace los distintos perfiles y aspectos del interés jurídico de la reputación.

A nivel jurisprudencial, podemos acercarnos al objeto de nuestro interés mediante algunos pronunciamientos que focalizan la atención del “*defamation law*” en la reputación. Así, en *Monitor Patriot Co. v. Roy*, el Tribunal Supremo sentenció que la esencia del libelo es la reputación; en similares términos, en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, y en *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*, siempre en Estados Unidos, se sostiene que las demandas por difamación persiguen la defensa del interés jurídico de la reputación<sup>945</sup>.

De manera más completa, en *Jameel v Wall Street Journal Europe*, de 1991, en el derecho inglés, se estableció:

---

<sup>943</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., p. 177.

<sup>944</sup> ROLPH, D: *Reputation ...*, op. cit., pp. 179 a 181 y 188.

<sup>945</sup> *Monitor Patriot Co. v. Roy*, de 1971: “*damage to reputation is the essence of libel*”; *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974: “*strong and legitimate interest in compensating private individuals for injury to reputation*”; *Masson v. New Yorker Magazine, Inc.*, de 1991: “*the interest of the plaintiff in a defamation suit is his reputation*”. Referencias tomadas de CALVERT, C.: “*Harm ...*, op. cit., pp. 934 y 935.

*“la reputación es una parte integral e importante de la dignidad de los individuos. Se encuentra también en la base de muchas decisiones de una sociedad democrática que son determinantes para su bienestar: a quién contratar o para quién trabajar, a quién ascender, con quién hacer negocios o a quién votar. Después de ser mancillada por una afirmación infundada en un periódico nacional, la reputación puede ser lesionada para siempre, especialmente cuando no hay ocasión de reivindicar la propia reputación. Cuando esto sucede, tanto la sociedad como el individuo pierden. Por ello no debe creerse que la protección de la reputación tiene relevancia sólo para el individuo afectado y su familia. La protección de la reputación toca también al interés público. Es de interés público que la reputación de los personajes públicos no sea falsamente degradada. En el ámbito político, a fin de tomar una decisión formada, el electorado necesita ser capaz de identificar tanto lo bueno como lo malo. En atención a estas consideraciones, las convenciones de derechos humanos reconocen que la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Su ejercicio puede ser objeto de restricciones como las prescritas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para la protección de la reputación ajena”<sup>946</sup>.*

Ahora ya de una forma más “cercana” a la realidad reproducimos otras definiciones de reputación, suministradas por instituciones, autores y tribunales. En el Informe que presentó el “Comité sobre la Difamación” en marzo de 1975 en Inglaterra, al que nos referiremos repetidamente, se propuso la siguiente definición de difamación: “la difamación consiste en la publicación a una tercera persona de una cuestión que en cualquier circunstancia podría afectar adversamente a una persona en la estimación general de la gente razonable”<sup>947</sup>.

Podría decirse que existe una noción comúnmente aceptada de difamación que se nutre de cláusulas procedentes de diversos pronunciamientos jurisprudenciales; así, la difamación es “la declaración relativa a una persona que la expone al odio, al ridículo o

---

<sup>946</sup> *Jameel v Wall Street Journal Europe*, de 1991, “reputation is an integral and important part of the dignity of the individual. It also forms the basis of many decisions in a democratic society which are fundamental to its well-being: whom to employ or work for, whom to promote, whom to do business with or to vote for. Once besmirched by an unfounded allegation in a national newspaper, a reputation can be damaged forever, especially if there is no opportunity to vindicate one’s reputation. When this happens, society as well as the individual is loser. For it should not be supposed that protection of reputation is a matter of importance only to the affected individual and his family. Protection of reputation is conducive to the public good. It is in the public interest that the reputation of public figures should not be debased falsely. In the political field, in order to make informed choice, the electorate needs to be able to identify the good as well the bad. Consistently with these considerations, human rights conventions recognize that freedom of expression is not an absolute right. Its exercise may be subject to such restrictions as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the reputation of others”.

<sup>947</sup> *Report of the Committee on Defamation*, Her Majesty’s Stationery Office, London, 1975, parágrafo 65, “defamation shall consist of the publication to a third party of matter which in all circumstances would be likely to affect a person adversely in the estimation of reasonable people generally”.

al desprecio, o que provoca que sea rechazado o evitado, o que tiene la tendencia de lesionarla en su oficio, profesión o comercio”<sup>948</sup>; la exposición al odio, al ridículo o al desprecio fue indicada en *Parmiter v Coupland*, de 1840<sup>949</sup>, y la alusión al rechazo o a la evitación del difamado tiene su origen en la sentencia por el caso *Youssouf v Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd*, de 1934<sup>950</sup>. El prestigioso *American Law Institute*, en su obra, “*Restatement (Second) of Torts*”, sostiene, en la misma línea, que “una comunicación es difamatoria cuando tiende a lesionar la reputación de alguien degradándole en la estimación social o disuadiendo a terceras personas de asociarse o tratar con él” (§ 559)<sup>951</sup>. Finalmente, según *Sim v Strecht*, de 1936, serán difamatorias aquellas imputaciones que tiendan a degradar a una persona en la estimación general que de ella albergan los miembros razonables de una sociedad<sup>952</sup>.

#### 6.1.2.3 Solución: se desplaza la atención de la reputación a lo difamatorio

Ante la incapacidad de llegar a una solución mínimamente compartida de lo que deba entenderse por reputación como interés protegido por las acciones difamatorias y el “*defamation law*”<sup>953</sup>, tribunales y autores advirtieron la necesidad de fijar alguna base

---

<sup>948</sup> Recogida por CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel ...*, op. cit., p. 2, “*a statement concerning any person which exposes him to hatred, ridicule or contempt or which causes him to be shunned or avoided or which has a tendency to injure him in his office, profession or trade*”.

<sup>949</sup> La fórmula completa gozó de tal aceptación que fue recogida en el *Restatement (Second) of Torts* § 559, comment b.

<sup>950</sup> Y posteriormente en los casos *Kimmerle v. New York Evening Journal, Inc.*, de 1933 (“*tend to expose one to public hatred, shame, obloquy, contumely, odium, contempt, ridicule, aversion, ostracism, degradation or disgrace*”) y en *Musacchio v. Maida*, de 1954 (“*contempt, aversion, disgrace, or induce an evil opinion of him or deprive him of friendly intercourse in society*”), planteados ante el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York; y recientemente en *Guilford Transp. Industries, Inc. v. Wilner*, de 2000.

<sup>951</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 559: “*A communication is defamatory if it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him*”.

<sup>952</sup> En el caso *Sim v Strecht*, el juez se preguntó si las palabras enjuiciadas tendían a degradar al demandante (el Sr. Sim) en la estima que de él tenían los miembros razonables de la sociedad. Más tarde, el criterio fue doctrinalmente asumido, sin oposición; *vid.*, entre otros, CALLENDER SMITH, R.: *Press ...*, op. cit., p. 3, “*defamation is the publication to a third party of a statement which tends to lower a living person in the estimation of right-thinking members of society generally [...]*”; CAREY, P. y VEROW, R.: *Media...*, op. cit., p. 111.

<sup>953</sup> Conviene advertir, en este punto, que tal falta de acuerdo no es imputable ni a la falta de esfuerzo de los profesionales del mundo del derecho en Inglaterra y Estados Unidos, ni exclusiva del *Common Law*, pues ya hemos visto que no existe tampoco en las tradiciones jurídicas continentales un acuerdo unánime en torno al concepto de honor, si bien, hay que reconocer que las teorías elaboradas para dotar de contenido al bien jurídico honor han sido más abundantes en el viejo continente y también, ya desde nuestro punto de vista, más exhaustivas y sólidas.

Al propio tiempo debemos advertir que no todos los estudios elaborados ofrecen resultados que sirvan para nuestros intereses; así, en el campo de las ciencias de la comunicación se han formulado

clara y estable, construida sobre nociones tangibles y aprehensibles, que permitiera construir el régimen jurídico de las acciones por difamación y definir sus contornos, requisitos, elementos y remedios. Desde esta perspectiva, el cauce seguido para sentar las bases de las acciones por difamación ha obligado a desplazar el foco de atención: en lugar de tratar de definir el *objeto de protección, la reputación*, se ha optado por determinar *los instrumentos o las formas para atacarlo, para ponerlo en peligro*; es decir, los esfuerzos se han concentrado en definir qué se entiende por *difamatorio*, aceptando, por una parte, que aquello que sea difamatorio atentará contra la reputación y, por otra y consiguientemente, que castigando las acciones difamatorias se protegerá la reputación. El daño a la reputación individual es la esencia de la acción por difamación, la reputación es lo difamado, es lo injuriado y es el objeto de protección por las acciones por difamación (“*libel*” y “*slander*”), como se estableció *Luttrell v. United Telephone System, Inc.*, 4th Cir, de 1984.

En conexión con lo anterior, varias son las referencias o los parámetros empleados para determinar el carácter difamatorio de una declaración. Básicamente son tres: a) la degradación desde la perspectiva del pensamiento normal y razonable de la sociedad; b) la exposición al odio, al ridículo o al desprecio; c) aversión social (rechazo o evitación del difamado en el entorno social).

En primer lugar, la opinión de la comunidad como entidad de referencia. El carácter difamatorio de una imputación sólo puede ser juzgado y determinado desde la perspectiva de los estándares sociales dominantes<sup>954</sup>; la potencialidad difamatoria de una imputación se determina desde el prisma del cuerpo social, “del normal o correcto pensamiento generalmente dominante entre las personas” (“*right-thinking persons generally*”), si tomamos el método de aproximación del derecho inglés, o atendiendo al criterio de “una apreciable fracción de personas”, si nos guiamos por el sistema

---

investigaciones sobre la reputación desde la perspectiva de sus efectos, de las consecuencias que provoca un daño a la reputación: por una parte, un cambio de opinión sobre el difamado en un sentido negativo a peor en la actitud de los demás hacia una persona (“*opinion change about the plaintiff in the negative direction*”) y, por otra, un cambio en el comportamiento de las personas que se abstienen de asociarse con el difamado (“*a physical behavioral change toward the plaintiff refraining from associating with the plaintiff*”). Trabaja en el ámbito de las ciencias de la comunicación CALVERT, C.: “Harm ...”, *op. cit.*, pp. 939 a 941.

<sup>954</sup> ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, *op. cit.*, p. 63, “*the formula [the test for what is capable of being defamatory] must be applied in the light of current social attitudes*”. También así COLLINS, M.: *The Law of Defamation and the Internet*, 3ª edición, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 132 y 142.

americano<sup>955</sup>. A continuación, serán los aplicadores del derecho, los jueces, quienes deban decidir, conforme al modelo que se elija, si una declaración ha menoscabado la reputación del demandante<sup>956</sup>. Ese criterio opera como un molde para el enjuiciamiento, como un “test”.

Estas reflexiones conectan, al propio tiempo, con las nociones de relatividad y circunstancialidad que, al igual que en la Europa continental, también se predicán unánimemente en Inglaterra respecto de los ataques contra la reputación. Es un valor voluble, cuyos contornos se adaptan a los cambios sociales y económicos, así como a los marcos jurídicos<sup>957</sup>. El contexto social e histórico es una pauta interpretativa fundamental; incluso el propio medio en que se publican las expresiones supuestamente ofensivas resulta determinante en tanto “palabras que en sí mismas son inocentes o inofensivas pueden ser consideradas como portadoras de un significado difamatorio cuando se leen en referencia a las circunstancias en las que fueron pronunciadas o escritas, y con relación al contexto en el que aparecen”<sup>958</sup>.

En segundo lugar, la exposición al desprecio, al odio o al ridículo<sup>959</sup>. El carácter difamatorio procederá del desprecio que se produce cuando se presente de un modo desfavorable la integridad o moralidad de una persona<sup>960</sup>. No obstante, en el caso del ridículo, el humor juega un papel importante, por lo que la línea entre lo ofensivo y lo permitido es más estrecha, siendo recomendable mostrarse sensible a los cambios en la percepción de la gente sobre lo que es aceptable y lo que no<sup>961</sup>.

Y, finalmente, debemos tener en consideración que el ataque a la reputación que provoca el rechazo del difamado por el grupo en el que se integra puede producirse

---

<sup>955</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 4-10 y 4-11. Más adelante estudiaremos con detalle esta diferencia.

<sup>956</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media Law*, 5ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 105.

<sup>957</sup> MILO, D.: *Defamation...*, op. cit., p. 42. Ya proponía el “Comité sobre la Difamación” que las difamaciones no fueran valoradas o analizadas de forma aislada, sino en relación con el ambiente general (“*general background*”) y en el contexto en el que fueron publicadas (*Report...*, op. cit., parágrafo 96).

<sup>958</sup> *Smith v Walker*, de 1912.

<sup>959</sup> *Vid.*, entre otros, DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 186; también SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American ...*, op. cit., p. 15.

<sup>960</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement (Second) of Torts* § 559, *comment b*.

<sup>961</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 32. Por ello, una afirmación que se hace con la finalidad de divertir, que no pretende ser tomada en serio ni representar una reflexión profunda sobre un individuo, no expone al ridículo a nadie. Así AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement (Second) of Torts* § 566, *comment d*.

respecto de aquel de quien se ha dicho que está loco, que ha sufrido ciertas enfermedades, o de la mujer que ha sido violada, de modo que, en cualquiera de estos casos, la víctima ve reducidas o mermadas las posibilidades de recibir un trato de respeto por quienes la rodean<sup>962</sup>. Aun cuando las circunstancias señaladas no sean faltas que caigan bajo la responsabilidad de una persona, ni ataques contra su reputación o contra su solvencia, sino desgracias o desdichas, no es menos cierto que su atribución tiende a disminuir la confianza de la gente en el difamado y a limitar sus posibilidades de relación o asociación con otros. Es lo que el *Restatement (Second) of Torts* § 559 llama aversión social (“*social aversion*”)<sup>963</sup>.

### 6.1.3 La doctrina de la libertad de expresión (“*free speech doctrine*”)

Una vez descrito el interés jurídico de la reputación, para comprender el régimen jurídico de las acciones por difamación se debe estudiar el otro componente o bien que se halla en juego: la libertad de expresión. Goza dicha libertad de una posición preferente y dominante en el sistema jurídico del *Common Law*, que deriva de las poderosas justificaciones o teorías de la libertad de expresión como contrapeso del poder político o límite al poder público, como ideal que contribuye a la promoción del pleno desarrollo de la personalidad y la autonomía del individuo, y, finalmente, como mecanismo para la profundización del sistema democrático.

#### 6.1.3.1 Límite al poder público

---

<sup>962</sup> Dicho así por la sentencia del caso *Youssouppoff v Metro-Goldwyn-Mayer Pictures Ltd*: “it is for that reason that persons who have been alleged to have been insane, or to be suffering from certain diseases, and other cases where no direct moral responsibility could be placed upon them, have been held to be entitled to bring an action to protect their reputation and their honour. [...] A lady of whom it has been said that she has been ravished, albeit against her will, has suffered in social reputation and in opportunities of receiving respectable consideration from the world”. Reprodujo estos términos posteriormente la sentencia del caso *Boyd v Mirror Newspapers Ltd*, de 1980.

<sup>963</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement (Second) of Torts* § 559, *comment c*. También MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 35.

Cualquiera de los tres componentes del contenido difamatorio de una expresión refleja la identificación de la reputación con la vertiente pública de la dignidad, siguiendo la teoría de los tres conceptos de la reputación de POST anteriormente analizada; pero, sin duda, es el elemento de la aversión social el que mejor refleja tal acepción en la medida en que el desprecio, el odio o el ridículo a que ha sido sometida la víctima de la acción difamatoria (con la consiguiente lesión de su dignidad individual) la ha apartado y marginado de la comunidad, causando la ruptura injustificada de las reglas de civilidad, por lo que en este contexto, la declaración judicial de rehabilitación de la reputación de la víctima la reintegrará en el grupo y fortalecerá y consolidará las “*rules of civility*”.

En la doctrina (tanto en la tradicional de John MILTON<sup>964</sup> y John Stuart MILL<sup>965</sup>, como en la mejor escuela “contemporánea”, liderada por ZECHARIAH CHAFEE<sup>966</sup>) y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo del los Estados Unidos, la idea común de que la libertad de expresión encuentra su justificación en la necesidad de descubrir la verdad, de modo que cuando el pueblo tiene la oportunidad de recibir diferentes mensajes y de contrastarlos durante un periodo de tiempo, logra aproximarse a la verdad<sup>967</sup>.

La libertad de expresión mantiene un vínculo casi tangible con la búsqueda de la verdad, con la confianza en el diálogo, la investigación y el debate como instrumentos para comprender la realidad y acercarnos a la verdad de las cosas. Por lo mismo, la libertad de expresión repele, como polos magnéticos del mismo signo, a la verdad impuesta, a la verdad dictada desde otra instancia superior, a la verdad indiscutible, a la verdad inamovible. La “*certeza absoluta*”, en términos de STUART MILL, lamina el debate y anula nuestra libertad para contradecir y rechazar nuestros propios postulados<sup>968</sup>. Y aquí se alza una amenaza contra la libertad de expresión: el Gobierno, el poder público<sup>969</sup>, cuya fuerza coactiva bien ejercida puede proporcionar al pueblo los adecuados cauces para el desarrollo del debate en condiciones óptimas de libertad, respeto e igualdad de oportunidades, puede ejercer también sus facultades coactivas de un modo desviado situándonos ante el inminente peligro de la pendiente resbaladiza (“*slippery slope*”): la restricción del discurso libre puede tentar o seducir al poder que se ve atraído por una lógica totalitaria (“*that draws the government to its totalitarian logic*”), y si restringimos este pensamiento erróneo ahora, quizá no seamos capaces de pararnos a nosotros mismos restringiendo un pensamiento permitido en el futuro; [...]

---

<sup>964</sup> MILTON, J.: *Areopagítica = Areopagitica / John Milton (estudio preliminar de Marc Carrillo; traducción, edición y notas de Joan Curbet)*, Madrid, Tecnos, 2011.

<sup>965</sup> En el capítulo de su obra “*On Liberty*”, dedicado a la libertad de pensamiento y discusión (“*liberty of thought and discussion*”): MILL, J. S.: *On liberty (edited by John Gray and G. W. Smith)*, New York, Routledge, 1991, pp. 36 y ss.

<sup>966</sup> CHAFEE, Z. Jr.: “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, 32 (June, 1919), pp. 956 y 958.

<sup>967</sup> GREENAWALT, K.: *Fighting words. Individuals, communities, and liberties of speech*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995, p. 3.

<sup>968</sup> MILL, J. S.: *On liberty* ..., op. cit., pp. 38 y ss.

<sup>969</sup> Sin perjuicio de otra fuente de verdades impuestas como puede ser la religión o la fe. Así, apunta KERSCH, K. I.: *Freedom of Speech. Rights and Liberties under the Law*, ABC-CLIO, California, 2003, p. 18, que los principales defensores de un amplio concepto de libertad de expresión estaban estrechamente conectados en la historia con el movimiento intelectual de la Ilustración, que privilegiaba como mejor forma de desentrañar los interrogantes de la vida y el mundo, el pensamiento racional y el cuestionamiento de la realidad de las cosas.

“el poder de restricción se apodera de uno mismo y cuanto menos poder tienes, más rápido te atrapa (“restriction will get around to you eventually and the less power you have, sooner it will get around to you”)<sup>970</sup>. Sin libertad de expresión, el poder público podría ser ilimitado, omnímodo y absoluto<sup>971</sup>. Frente a esa fuerza incontrolada y abusiva de poder, se alza la libertad de expresión como baremo de la salud democrática y “como señal de aviso del inicio de la pendiente hacia un despotismo incipiente”<sup>972</sup>.

Para que la verdad surja del contraste y la oposición de ideas y opiniones, es preciso que éstas se enfrenten en el marco de un “mercado de ideas”. El “free trade of ideas” fue sugerido por primera vez por el juez HOLMES, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en la sentencia *Abrams v. US*, de 1919, en la que afirmó que el mejor sistema para probar la veracidad de un planteamiento es sometiéndolo a su aceptación en la competición del mercado (“to get itself accepted in the competition of the market”) del que resulten expulsadas las ideas que sean falsas. Sobre esta base, MEIKLEJOHN proporcionó una de sus aportaciones más célebres: “el estatus de igualdad a todos los discursos en el campo de las ideas” (“equality of status in the field of ideas”<sup>973</sup>). Conforme a esta teoría, la plena realización del sistema democrático y del elenco de derecho y libertades que lleva parejo sólo puede ser posible garantizando un estatus de igualdad a todos los discursos en el campo de las ideas, aunque sean discursos minoritarios y marginales<sup>974</sup>, mentirosos y tramposos, falsos o peligrosos. Ni siquiera estos discursos despreciables puede ser restringidos pues, continúa MEIKLEJOHN, la I Enmienda proscribire semejante “mutilación” del proceso de formación de la opinión

---

<sup>970</sup> MacKINNON, C. A.: *Only words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, p. 76. Por su parte, GREENAWALT se muestra temeroso y “escéptico” ante la posibilidad de que sea el Gobierno (y los dictados gubernamentales) el que decida qué afirmaciones son tolerables y verdaderas: GREENAWALT, K.: *Fighting words ...*, op. cit., p. 4.

<sup>971</sup> La libertad de expresión opera, de este modo, como remedio frente al abuso de autoridad: el binomio libertad de expresión y prensa “expone a los funcionarios al escrutinio público y les aleja de su tentadora inclinación a la corrupción” (GREENAWALT, K.: *Speech, crime, and the uses of language*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989, p. 26), “a su anhelo de mantenerse en el cargo y de desatender todo salvo sus propios intereses” (GREENAWALT, K.: *Fighting words ...*, op. cit., p. 5).

<sup>972</sup> KERSCH, K. I.: *Freedom ...*, op. cit., p. 22: “early warning signs of incipient despotism”.

<sup>973</sup> MEIKLEJOHN, A.: *Political freedom. The Constitutional Powers of The People*, New York, Oxford University Press, 1965, p. 27, es recogida por toda la doctrina americana. *Vid.*, entre otros, POST, R. C.: *Democracy, Expertise and Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 2012, p. 9.

<sup>974</sup> Como recuerda MILL, J. S.: *On liberty ...*, op. cit., p. 41, incluso en la canonización de los santos de la Iglesia Católica, “la más intolerante de las Iglesias”, se escucha “pacientemente la defensa del diablo”. Hay que dejar “espacio para que el discurso respire” (“breathing space”), tanto el de las ideas falsas como el de las verdaderas. *Vid.*, así, LINDSKY, L. B.: “Where is the Harm? Free Speech and Regulation of Lies”, *Washington and Lee Law Review*, Summer, 2008, p. 1098.



pública<sup>975</sup>; o, en palabras de DWORKIN, se “degrada” el discurso público (“*degradation of our public discourse*”) e, incluso, se desfigura la propia democracia (“*desfigure democracy*”) cuando se autoriza a la mayoría a impedir a una minoría ejercer su derecho a hablar, situándola en una posición desigual “en la competición argumentativa por el poder” (“*in the argumentative competition for power*”)<sup>976</sup>, en el mercado (competitivo) de las ideas.

Paralelamente al concepto de “mercados de las ideas”, puede hablarse también del “mercado de las comunidades” (“*marketplace of communities*”). Los ciudadanos son libres para elegir el modelo de comunidad en que quieren vivir así como las reglas civiles conforme a las que quieren estructurar dicha comunidad, estando vedado que el Estado pueda imponer un determinado modelo comunitario, sino que debe garantizarse el debate público como una esfera o espacio igualmente abierto a todas las comunidades (“*equally open to all communities*”)<sup>977</sup>.

La plena realización de un mercado libre de las ideas y de las comunidades impone necesariamente abrir el debate público, no censurarlo ni cortarlo; a más amenaza de ruptura, más libertad de expresión; de lo contrario, silenciando un discurso una vez, desalentamos el ejercicio de la libertad de expresión en futuras ocasiones (“*chilling effect*”) y, lo que aun es peor, provocamos un efecto más devastador, ya anunciado por J. S. MILL: “la tiranía de las mayorías” (“*the tyranny of the majority*”)<sup>978</sup>.

Advertido todo lo anterior, la cerrada defensa de la interpretación liberal de la libertad de expresión a partir de los argumentos de MILL y sus sucesores también está sujeta a ciertas críticas que debemos indicar aunque sea brevemente. Como apunta

---

<sup>975</sup> MEIKLEJOHN, A.: *Political freedom*. ..., op. cit., p. 27. También así STONE, G. R.: “Content-Neutral Restrictions”, *54 University Chicago Law Review*, 46 (1987), p. 55.

<sup>976</sup> DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000, pp. 366 y 367. Hay traducción al español de este trabajo: DWORKIN, R.: *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.

<sup>977</sup> POST, R. C.: “Hate Speech”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 133

<sup>978</sup> MILL, J. S.: *On liberty* ..., op. cit., p. 26 También, entre otros, WOLFSON, N.: *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, Westport, Connecticut, Praeger, 1997, p. 59. Los críticos de la “*free speech doctrine*” invierten el argumento y señalan que es el discurso racista el que silencia la voz de las minorías porque anula su capacidad para intervenir como iguales en el proceso. DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue* ..., op. cit., pp. 366, cuestiona la tesis al señalar que podría ser una mera generalización afirmar que el discurso racista silencia a las minorías de color; los efectos de la fuerza racista son inciertos. El mismo en *Freedom’s law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 239 y 240.

BARENDT, las tesis liberales aceptan determinados supuestos que no son necesariamente ciertos. Así, se parte de que en todas las circunstancias la publicación de una información verdadera o probablemente verdadera es siempre el máximo bien, representa el mayor interés; pero ello obvia en que ciertas situaciones el ordenamiento jurídico puede preferir razonablemente proteger otros valores que entran en conflicto con la libertad de expresión y que merecen tutela<sup>979</sup>. En segundo lugar, debe cuestionarse la máxima de MILL de que la libertad de expresión siempre conduce al descubrimiento de la verdad, pues si bien ello puede ser cierto en contextos donde impera un compromiso común y compartido de discusión y búsqueda de la verdad (como la Universidad o la doctrina científica), la sociedad no se rige conforme a ese intachable principio y nada garantiza que una discusión exitosamente manipulada pueda, muy al contrario de lo deseado, alejar a la sociedad de la verdad buscada<sup>980</sup>.

#### 6.1.3.2 Autonomía del individuo. Igual dignidad

Otro de los fundamentos incuestionables de la libertad de expresión (y de pensamiento) es su contribución a la promoción del libre desarrollo de la autonomía del individuo y de la libertad de elección. La doctrina reparó en estos valores cuando observó que los otros intereses, como los derechos de participación política en los asuntos públicos -soberanía política- o la búsqueda de la verdad, eran valores vulnerables que podían ser fácilmente orillados en determinados casos en atención a un cálculo de utilitarismo, de modo que se fue más allá de aquellos intereses colectivos hasta encontrar otros exclusivamente individuales, como el derecho a la expresión de las propias ideas, el derecho a la realización personal o la autonomía (“*self-expression, self-fulfillment, and autonomy*”)<sup>981</sup>. KERSH describe cómo el argumento de la autonomía ha ido sumando apoyo entre los jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos desde los años 60, bajo la fórmula de la realización personal (“*personal fulfillment or self actualization*”)<sup>982</sup>.

---

<sup>979</sup> BARENDT, E.: *Freedom of Speech*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, New York, 2005, p. 8.

<sup>980</sup> BARENDT, E.: *Freedom ...*, op. cit., p. 9.

<sup>981</sup> WEINSTEIN, J.: *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press, 1990, p. 14.

<sup>982</sup> KERSCH, K. I.: *Freedom ...*, op. cit., p. 22.

A través de la expresión de sus sentimientos y pensamientos, el individuo se realiza (“*realize herself*”) en el marco de un proceso continuo, dando cumplimiento a su derecho al desarrollo personal (“*self-development*”) y, en última instancia, a su autorrealización (“*self-fulfillment*”)<sup>983</sup>. La máxima realización de la persona se logra mediante el desarrollo de la individualidad sin que el sujeto se vea compelido por fuerzas exteriores a someterse a los estándares marcados por otros. Y en este contexto la comunicación es un presupuesto de la autonomía (“*communication is a prerequisite for autonomy*”), de la interacción intelectual y emocional con los otros y del crecimiento interno personal<sup>984</sup>. En definitiva, vinculada con el respeto a los derechos humanos y con la idea misma de la dignidad humana, se halla la obligación a cargo del poder público de permitir y favorecer la posibilidad de que cada ciudadano pueda escuchar del otro aquello que quiera decir, de modo que la restricción del discurso libre es un desprecio hacia los ciudadanos criticable en sí mismo, sin atender a sus consecuencias, en la medida en que tal limitación discriminatoria de unas ideas frente a otras se convierte en un quebranto del mandato de trato igualitario para todos los ciudadanos<sup>985</sup>.

En la “teoría o el modelo de la libertad de expresión” de BAKER<sup>986</sup>, la autonomía juega un papel fundamental. Por una parte, el poder público debe respetar la autonomía juega un papel fundamental. Por una parte, el poder público debe respetar la autonomía *formal* (“*formal autonomy*”) del sujeto, eje estructurador de su teoría; el Estado anula la autonomía formal del sujeto cuando le deniega su derecho a expresarse para dar cuerpo a sus opiniones. El verdadero reto del Estado consistir en hacer posible el pleno respeto de la autonomía individual de cada individuo aunque ello suponga interferir en su autonomía *substantiva* (“*substantive autonomy*”), esto es, la capacidad y oportunidades de una persona para encauzar su propia vida del modo más positivo y valioso *posible*. La adjetivación de “posible” creemos es fundamental en la medida en que no es posible la presencia de la autonomía formal y de la autonomía *substantiva* al máximo (al cien por cien) y simultáneamente, ya que, BAKER añade, cuando el Estado

---

<sup>983</sup> HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance ...”, *op. cit.*, p. 1326. Y más adelante explica el mismo autor qué se entiende por autorrealización: no basta con *ser en potencia*, sino que las personas deben realizarse, dar a sus subjetividades una experiencia en el mundo (“*give their subjectivity an existence in the world*”; *op. cit.*, p. 1329).

<sup>984</sup> GREENAWALT, K.: *Fighting words ...*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>985</sup> GREENAWALT, K.: *Speech ...*, *op. cit.*, p. 33. También propone fundamentar la libertad de expresión en un amplio marco de derechos humanos, cuyos vértices son la autonomía y la dignidad humana, HEYMAN, S. J.: “Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010, p. 163.

<sup>986</sup> BAKER, C. E.: “Autonomy and Hate Speech”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 142 a 146.

permite a un individuo manifestar, por ejemplo, sus ideas racistas para garantizar su autonomía formal, se ve compelido a pasar por alto que tal discurso al mismo tiempo socava la autonomía substantiva de otra persona. En definitiva, la propuesta de BAKER traslada el fundamento y la causa de la libertad de expresión del polo del “sistema democrático” al polo de “la autonomía del individuo”, es decir, no se trata de permitir el discurso del odio porque es esencial a la democracia, sino porque así lo impone la exigencia de la autonomía del ciudadano<sup>987</sup>. Así pues, no se trata de proteger la libertad de expresión en atención a nuestra lealtad a la democracia (“*allegiance*”), sino que la democracia es el único orden político que respeta el principio normativo de garantía del derecho de todos los individuos a su autodeterminación (“*normative principle of equal respect for people’s right to be engaged in self-determination*”). En fin, la autonomía individual es el eje, el centro, mientras la democracia es una ramificación (“*offshoot*”)<sup>988</sup>, una condición necesaria.

También edifican sobre el valor de la autonomía del individuo su modelo de democracia REDISH y MOLLY. En la “democracia de los adversarios” (“*adversary democracy*”) se parte de la base de que “la capacidad del individuo para promover su propio interés favorece la máxima expresión de la autonomía personal, incluso dentro del contexto de la toma de decisiones colectivas”, sin verse sometida ni subordinada ni anulada; y además, la colocación de la autonomía en el vértice de este modelo democrático se hace en coherencia con el concepto kantiano de autonomía, reconociendo que “el individuo es una unidad integral digna de respeto y no un medio para alcanzar un fin”<sup>989</sup>.

Sin embargo, el problema de la invocación de tales intereses individuales y no instrumentales (en el sentido de que el fin son ellos mismos -la autonomía individual, la realización personal-, y no intereses que trascienden, como el descubrimiento de la verdad, el libre mercado de las ideas o la soberanía política), es que, como defiende

---

<sup>987</sup> BAKER, C. E.: “Autonomy ..., *op. cit.*, p. 145.

<sup>988</sup> BAKER, C. E.: “Autonomy ..., *op. cit.*, p. 146. Frente a esta teoría cuya fuerza reside en el concepto de autonomía, INGRAM, P. G.: *Censorship and Free Speech*, Vermont, Ashgate Publishing Company, 2000, p. 120, dirá que en ocasiones la reivindicación de la sociedad relativa al mantenimiento del orden social amenazado por la sistemática difusión de mentiras y a la preservación de la sociedad misma, debe prevalecer por encima del derecho a la verdad y a la autonomía personal.

<sup>989</sup> REDISH, M H., y MOLLY, A. B: “Understanding Post’s and Meiklejohn’s Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression”, *Northwestern Public Law Research Paper No. 08-26*, <http://ssrn.com/abstract=1177788> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1177788>, p. 74.

WEINSTEIN, si ya el recurso a los valores instrumentales “explica poco, estas razones explican todavía menos”<sup>990</sup>.

Otra importante crítica a las teorías que conectan la libertad de expresión al valor de la autonomía por encima de otros, proviene de POST. Esta autor reconoce, sin duda, tal vínculo en la medida en que el valor ético de la libertad de expresión, protegida en I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, se hace presente, precisamente, en la medida en que garantiza la autonomía o la plena realización personal y, con ello, la igual dignidad que se concede a cada ciudadano para desarrollar su potencial único (“*equal dignity to fulfill their unique individual potential*”)<sup>991</sup>. Dicho esto, advierte, sin embargo, que la autonomía debería ser el valor fundamental y el objetivo básico al que respondiera la aplicación e interpretación judicial de la I Enmienda, de modo que habría que tolerar ciertas ideas (por ejemplo, difamatorias) en tanto responden a la autonomía individual, aunque sean radicalmente contrarias a otros valores esenciales a la I Enmienda. Pero sucede que esto no es así: la I Enmienda ofrece cobertura a discursos que son sensibles al valor de la autonomía pero también a otros que no lo son porque el fin auténtico de la I Enmienda es más político que ético: la formación de una opinión pública educada e instruida en el interés por los asuntos de carácter público<sup>992</sup>.

#### 6.1.3.3 Participación del ciudadano para la profundización del sistema democrático

Finalmente, existe una tercera justificación para la libertad de expresión, y en cierto modo, sirve para fusionar o conectar los argumentos anteriormente expuestos. El fortalecimiento del sistema democrático, por una parte, y el pleno desarrollo de la autonomía individual, convergen en un punto: la participación del ciudadano en el sistema político mediante su participación en los asuntos públicos. Se trata del

---

<sup>990</sup> WEINSTEIN, J.: *Hate Speech ...*, op. cit., p. 14.

<sup>991</sup> POST, R. C.: *Democracy ...*, op. cit., p. 10.

<sup>992</sup> POST, R. C.: *Democracy ...*, op. cit., p. 11. Podría ser cierto, como sostienen REDISH, M H., y MOLLY, A. B: “Understanding Post’s and Meiklejohn’s Mistakes ...”, op. cit., p. 74, que en el esfuerzo por alejar la autonomía como fundamento y corazón de la I Enmienda, este autor la margina sistemáticamente en la medida en que sólo la tiene en consideración cuando la autonomía individual coincide con la autonomía colectiva o contribuye a una voluntad común. También a la teoría de MEIKLEJOHN le reprochan estos autores un desprecio completo hacia el valor de la autonomía en la medida en que concibe la democracia con la mera suma de los ciudadanos que se reúnen para alcanzar un bien común (op. cit., p. 74).

planteamiento más moderno de defensa de la libertad de expresión y que, además, ha recibido más apoyos y adhesiones en los últimos tiempos. BARENDT justifica este reciente éxito al advertir cómo reúne los valores y compromisos de toda sociedad democrática (en el caso de Estados Unidos, los contenidos en la norma constitucional), al tiempo que se muestra respetuoso con las teorías filosóficas sobre búsqueda de la verdad y el derecho a la plena realización<sup>993</sup>.

En conexión con lo anterior, de manera muy ajustada a este concepto, advierte WEINSTEIN que el contenido nuclear de la “*free speech doctrine*” se articula sobre un doble eje: por una parte, el pueblo debe tener libertad para tratar sobre cualquier asunto de interés público sin que exista un riesgo a la censura del poder (pues en tal caso el pueblo ya no sería el último titular de *soberanía popular*) y, por otra, todo ciudadano debe poder ejercer su derecho a participar en el proceso de formación de la opinión pública sin que una mayoría de ciudadanos o el gobierno puedan impedir tal derecho por considerar tales ideas demasiado molestas o peligrosas<sup>994</sup>.

La teoría de la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas puede ser defendida desde distintos “modelos de democracia” e incluso por autores que mantienen una postura diversa en torno a la eventual restricción de la libertad de expresión cuando otros bienes o intereses públicos en juego se ven amenazados. Así, entre los defensores de una concepción amplia de libertad de expresión se encuentra DWORKIN y su modelo de democracia colectiva o democracia asociada (“*partnership democracy*”); en ella, el gobierno corresponde a todos, actuando en conjunto, como socios iguales (“*equal partners*”) en la empresa colectiva del autogobierno. En este modelo, las instituciones son democráticas en tanto permiten a los ciudadanos gobernarse colectivamente (“*to govern themselves collectively*”) en una asociación en la que cada individuo es un socio activo e igual (“*active and equal partner*”)<sup>995</sup>.

La democracia asociada de DWORKIN proyecta tres dimensiones: la soberanía popular (“*popular sovereignty*”, como una estrecha relación entre el pueblo en su

---

<sup>993</sup> BARENDT, E.: *Freedom ...*, op. cit., p. 18.

<sup>994</sup> WEINSTEIN, J.: *Hate Speech ...*, op. cit., pp. 26 a 29. Con otras palabras, los dos ejes mencionados se corresponden con las dos premisas del análisis que propone BAKER, C. E.: “Autonomy ...”, op. cit., p. 142: legitimidad pública y autonomía del individuo.

<sup>995</sup> DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue ...*, op. cit., pp. 358.

conjunto y aquellos que asumen las tareas de gobierno), la igualdad ciudadana (“*citizen equality*”, como participación igualitaria de los ciudadanos en el proceso político) y el discurso democrático (“*democratic discourse*”, en la forma de deliberación interactiva y colectiva de los ciudadanos antes de actuar colectivamente)<sup>996</sup>. En este contexto, la libertad de expresión fortalece cada una de las dimensiones de la democracia asociada de DWORKIN en el bien entendido de que protege a los ciudadanos en su rol democrático como titulares de la soberanía política, garantiza la igualdad ciudadana pues permite a los individuos elevar sus voces por igual y vigoriza el debate democrático nutriéndolo de nuevas ideas<sup>997</sup>. Desde la misma perspectiva, este autor se muestra radicalmente contrario a la eventual restricción del discurso del odio por tres razones: lesiona la soberanía popular porque se otorga al gobierno y nos a los ciudadanos el poder para discriminar los discursos, anula la igualdad de los ciudadanos al no ser todos ellos libres para expresar sus ideas y al situar a algunos en una situación de desventaja en la carrera por el poder y debilita el discurso democrático al privarlo de la pluralidad que confieren las ideas prohibidas<sup>998</sup>.

Desde los defensores las teorías partidarias de limitar la libertad de expresión a fin de proteger el orden público, y por tanto enfrentados a los autores que venimos estudiando, también puede que la libertad de expresión contribuye al fortalecimiento de la democracia y a la participación del ciudadano en los asuntos públicos, logrando al propio tiempo su plena realización. En su brillante trabajo “*Democracy and The Problem of Free Speech*”, SUNSTEIN<sup>999</sup> se mostraba favorable de limitar la libertad de expresión a fin de proteger *un orden público, un modelo de democracia*: la “concepción *madisoniana* de democracia deliberativa”, en referencia a James MADISON (uno de los padres de la Constitución de Estados Unidos). Tal sistema residenciaba el poder en la soberanía popular (“nosotros, el pueblo”, empieza el texto constitucional -“*we the people*”-) y creaba un ambicioso sistema de “gobierno a través de la discusión”, cuyos pilares eran el compromiso con la deliberación democrática (“*democratic deliberation*”), concretada en un profundo y amplio debate sobre asuntos públicos (ante todo en el campo de la política, -“*broad and deep attention to public issues*”-), y la igualdad política (“*political equality*”), que toma cuerpo a través de la garantía de la

---

<sup>996</sup> DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue ...*, op. cit., pp. 363 y 364.

<sup>997</sup> DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue ...*, op. cit., pp. 365 a 367.

<sup>998</sup> DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue ...*, op. cit., pp. 365 a 367.

<sup>999</sup> SUNSTEIN, C. R.: *Democracy and The Problem of Free Speech*, The Free Press, New York, 1993.

diversidad de opiniones (“*appropriate diversity of view*”), de tal modo que ningún ciudadano contará menos que otro a la hora de participar<sup>1000</sup>, siendo todos iguales<sup>1001</sup>. Desde esa perspectiva, SUNSTEIN propone un replanteamiento (“*New Deal respecto de la libertad de expresión*”) de las estructuras democráticas una vez constatado cómo el actual “mercado de las ideas” ha corrompido las bases de la democracia deliberativa<sup>1002</sup>. Para corregir este desvío es preciso admitir, a juicio del autor, que actualmente se protegen ideas que no guardan relación con las aspiraciones democráticas y que, por el contrario, producen serios daños sociales, por lo que debe replantearse la doctrina sobre la libertad de expresión y los poderes de regulación del gobierno en esta materia (incluidos, porqué no, poderes de censura) para que verdaderamente la libertad de expresión contribuya a alcanzar la meta de la *democracia deliberativa madisoniana*<sup>1003</sup>.

#### 6.1.4 El difícil equilibrio entre la reputación y la libertad de expresión

Hasta ahora han sido analizados los dos intereses jurídicos que merecen atención a los efectos de nuestro estudio: la reputación y la libertad de expresión. Todavía falta, sin embargo, un paso más para desarrollar el régimen jurídico de las acciones por difamación y observar cómo cada uno de estos intereses imprimen su sello e informan las decisiones del legislador y del juez o tribunal en la solución de los casos por difamación: se trata de unir ambos conceptos o intereses en el marco de un equilibrio difícil e inestable.

“La ley debe reconciliar el derecho al discurso libre con el derecho a la reputación”, pues “la reputación debe ser protegida frente a las falsedades”<sup>1004</sup>. Sobre esta incontestable base debe construirse un equilibrio entre dos intereses contrapuestos: la reputación y la libertad de expresión. Es innegable que el “*defamation law*” y la libertad de expresión se hallan conectados de un modo inextricable en la medida en que las leyes reguladoras del régimen jurídico de la difamación restringen indefectiblemente

---

<sup>1000</sup> SUNSTEIN, C. R.: *Democracy ...*, op. cit., pp. XVI, XVII, 20 y 21.

<sup>1001</sup> Las ideas de igualdad y de no discriminación son “*Guadianas*” en las teorías de SUNSTEIN y acercan sus planteamientos a las corrientes que proponen regular la libertad de expresión desde la perspectiva de la igualdad de los ciudadanos, defendidas por MacKINNON, MATSUDA o LAWRENCE.

<sup>1002</sup> SUNSTEIN, C. R.: *Democracy ...*, op. cit., p. XVIII.

<sup>1003</sup> SUNSTEIN, C. R.: *Democracy ...*, op. cit., pp. XVIII y XIX.

<sup>1004</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., p. 94, “*law must reconcile the right to free speech with the right to reputation*”, [...], *a person’s reputation should be protected from falsehoods*”.



la libertad de expresión<sup>1005</sup>. “Las acciones por difamación se dirigen contra expresiones que tienden a reducir la buena reputación de la víctima en el marco de la valoración de sus rectos conciudadanos o a desacreditarla”, efectos que se derivan de “las afirmaciones deshonorosas, difamatorias y falsas que se formulan de los demás”<sup>1006</sup>, como entiende WESTKAMP. En definitiva, en el régimen de la difamación, la reputación y la libertad de expresión son el reverso y el anverso de la misma moneda, las dos consideraciones en juego<sup>1007</sup>.

Sin embargo, aunque hayamos hablado del equilibrio de los dos platos de la balanza, representados por la libertad de expresión y el derecho a la reputación, lo cierto es que tal equilibrio se hace valer sólo cuando ambos derechos entran en innegable conflicto y, sobre todo, cuando la reputación individual se ve menoscabada por un abuso de la libertad de información. En este contexto, el derecho a la reputación funciona como auténtica clave de una bóveda constituida, si se nos admite el símil arquitectónico, por un lado, por la libertad de expresión, y, por otro, por las acciones por difamación, y que se articularía así: “*freedom of expression - right to reputation - defamatory acts*”. Como cualquier clave de bóveda, la reputación es la piedra más consistente de todas y sin su debido respeto y observancia no hay arco ni bóveda; no hay equilibrio entre la libertad de expresión y el ejercicio de las acciones por difamación. Ella transmite lateralmente parte de las tensiones, logrando el equilibrio y evitando que se desplome la construcción bajo una carga vertical hacia cualquiera de los extremos, lo que supondría un abuso de la libertad de expresión o una protección excesiva de la reputación individual.

---

<sup>1005</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 5.

<sup>1006</sup> WESTKAMP, G.: *Privacy & Publicity. Schutz und Kommerzialisierung der Persönlichkeit im modernen britischen Common Law*, Nomos, Baden-Baden, 2011, pp. 35 y 36, “*defamation bezeichnet allgemein eine ehrenrührige oder verleumderische und unwahre Aussage über einen anderen. [...] Maßgeblich ist, dass die Äußerung zumindest tendenziell geeignet ist, den guten Ruf des Verletzten in der Einschätzung seiner redlichen Mitmenschen herabzusetzen oder ihn zu diskutieren*”.

Así mismo, ponen el acento en la reputación como objeto de protección de las “*defamation acts*”, CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel...*, op. cit., p. 1; COLLINS, M.: *The Law ...*, op. cit., p. 4; CAREY, P.: *Media ...*, op. cit., p. 31; CAREY, P. y VEROW, R.: *Media ...*, op. cit., p. 111; GREENWOOD, W. y WELSH, T.: *Essential Law for Journalists*, Butterworths, 12<sup>th</sup> edition, London/Edinburgh, 1992, p. 116; LLOYD, H.: *The Legal Limits of Journalism*, Pergamon Press, Oxford/London/Edinburgh, 1968, p. 3; PEDLEY, P.: *Essential Law for information professionals*, Facet Publishing, London, 2003, p. 126.

<sup>1007</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 6.

Fuera de este abanico de casos en que la libertad de expresión y la difamación se entrecruzan, no es menos cierto que la primera libertad goza de una aureola de especial brillo en el marco de una sociedad democrática en la que el pluralismo y la libertad de manifestación de las opiniones individuales deben ser pilares que garanticen la convivencia ciudadana. En otras palabras, existe una presunción a favor de la libre expresión de pensamientos, como si esta libertad ocupara una posición privilegiada o preferente en un no deseado pero indefectiblemente inevitable “*ranking*” de derechos<sup>1008</sup>, de modo tal que los jueces deben fundamentar especialmente la concurrencia de un interés (en nuestro caso, la reputación) que justifique la aplicación de la “*defamation act*” y la consiguiente restricción de la libertad de expresión<sup>1009</sup>. Por tanto, en la búsqueda de un régimen jurídico de las acciones por difamación que proteja efectivamente la reputación de los individuos debe partirse necesariamente del valor constitutivo de la libertad de expresión<sup>1010</sup>.

En Inglaterra, el origen de esta concepción dominante de la libertad de expresión como valor constituyente de la sociedad democrática reside en la sentencia *Handyside v United Kingdom*, de 1976, dictada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que contenía la siguiente declaración:

*“la libertad de expresión constituye uno de los pilares fundamentales de la sociedad democrática y uno de las condiciones básicas para su progreso y para el desarrollo de cada individuo. Se aplica no sólo a las informaciones o ideas que son favorables o que resultan inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, hieren o molestan. Así lo imponen las exigencias de pluralismo, tolerancia y apertura sin las cuales no existe una “sociedad democrática”<sup>1011</sup>.*

El máximo reconocimiento de la libertad de expresión en el ordenamiento inglés se produce por la vía del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, cuyo art. 10

---

<sup>1008</sup> CASACUBERTA, D. y SENGES, M.: “Do we need new rights in Cyberspace? Discussing the case of how to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights”, *Enrahonar*, 40/41 (2008), p. 102.

<sup>1009</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 43.

<sup>1010</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 11.

<sup>1011</sup> STEDH *Handyside v The United Kingdom*, de 7 de diciembre de 1979, parágrafo 49: “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfillment. It is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broad-mindedness without which there is no “democratic society”. En idénticas palabras, STEDH *The Sunday Times v. The United Kingdom*, de 26 de abril de 1979, parágrafo 65.

consagra este derecho como un eje fundamental de toda sociedad democrática<sup>1012</sup>. Posteriormente, la “*Human Rights Act*” de 1998 incorporó al derecho estatal esta libertad en virtud de la sección 12, gracias a la cual la libertad de expresión se convierte en un derecho constitucional que puede ser alegado ante cualquier tribunal frente a toda autoridad pública y que, en calidad de derecho reconocido por el Convenio, merece “una particular observancia” por los tribunales (sección 12, 4.b)<sup>1013</sup>. No obstante, antes aun de los referidos reflejos legislativos de la libertad de expresión, ya los tribunales británicos habían comenzado a recorrer una senda que concluyó en el reconocimiento de la citada libertad como un derecho constitucional inherente al sistema del “*Common Law*”, siendo definitivamente apuntalada esta interpretación jurisprudencial en dos “*leading cases*”: *Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd*, de 1993, y *Reynolds v Times Newspapers Ltd*, de 2001<sup>1014</sup>.

En Estados Unidos, por su parte, la definitiva vinculación del régimen jurídico de las acciones por difamación y la libertad de expresión fue resultado de la sentencia *New York Times v. Sullivan*, de 1964, del Tribunal Supremo (a la que nos referiremos más extensamente a continuación). Afirmó contundentemente entonces el Alto Tribunal que la protección legal en caso de difamación no podía ser una inmunidad talismán articulada al margen de las limitaciones constitucionales, sino que debía ajustarse a los estándares de la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>1015</sup>, que consagra la libertad de expresión, y desde esa perspectiva sería juzgada su constitucionalidad. Sobre esta base, como parámetro decisorio de la adecuación del “*defamation law*” a la norma fundamental, la I Enmienda se ha invocado en cada decisión judicial por el Tribunal Supremo para escribir y reescribir cada aspecto del régimen jurídico de las acciones por difamación<sup>1016</sup>. Otras sentencias del Tribunal Supremo que han contribuido destacadamente a articular y asentar el “*defamation law*” de manera respetuosa con los valores subyacentes en la I Enmienda y la doctrina de la libertad de

---

<sup>1012</sup> Más adelante, abordaremos con detalle la regulación del Convenio Europeo y la proclamación por éste de la libertad de información y sus límites, entre ellos, la protección de la reputación ajena.

<sup>1013</sup> BARENDT, E.: *Freedom ...*, op. cit., p. 36 y ss, y p. 43; ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 42.

<sup>1014</sup> MILO, D.: *Defamation ...*, op. cit., pp. 45 y 46.

<sup>1015</sup> *New York Times v. Sullivan*, 1964: “*libel can claim no talismanic immunity from constitutional limitations. It must be measured by standards that satisfy the First Amendment*”.

<sup>1016</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE: *Restatement (Second) of Torts*, Special Note On The Impact Of The First Amendment Of The Constitution On The Law Of Defamation (Division Five, Chapters 24-27), p. 1.

expresión, han sido *Rosenblatt v. Baer*, de 1966, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974 y la más reciente *Reynolds v. Times Newspapers Co., Ltd.*, del año 2001.

### 6.1.5 La reputación y el derecho a la vida privada (“*right to privacy*”)

Finalmente, en la tarea de delimitación conceptual de la reputación que venimos efectuando conviene prestar atención a un concepto en auge en la cultura jurídica anglosajona, que colinda con la reputación, pero que no debe confundirse con ésta. Nos referimos al derecho a la privacidad, “*right to privacy*” en su denominación original. Mencionado en un primer momento como “el derecho a estar sólo” (“*the right to be let alone*”), el derecho a la vida privada debe su nacimiento a una obra doctrinal de referencia: “*The right to Privacy*”, de WARREN y BRANDEIS<sup>1017</sup>. En ella, los autores argumentan que el único cauce existente a finales del siglo XIX en el “*Common Law*” para prevenir la publicación no autorizada de los sentimientos, pensamientos y emociones de una persona era la invocación de su derecho a la propiedad de los mismos (ya que la vía de la difamación quedaba descartada)<sup>1018</sup>; sin embargo, tal recorrido no era apropiado ya que dicha difusión no podía concebirse como una apropiación física frente a la que alegar el derecho a la propiedad privada, sino que se trataba de una lesión de una esfera de la personalidad y, por consiguiente, debía invocarse la inviolabilidad personal. A partir de estas reflexiones, los referidos autores llamaron la atención sobre la necesidad de otorgar tutela legal y jurisprudencial al derecho a la vida privada. En la era de la información y en la sociedad de internet y de los medios de comunicación, los ciudadanos se han vuelto progresivamente celosos de su privacidad y suspicaces frente a los medios de masas<sup>1019</sup>.

“*Right to reputation*” y “*right to privacy*” son nociones próximas pero no coincidentes; deben ser distinguidas la una de la otra. Esta cercanía se hace patente, por una parte, al constatar que un considerable número de demandas destinadas a reclamar la protección de la privacidad o la confidencialidad encierran, al propio tiempo, una petición de protección frente a imputaciones difamatorias y, por otra parte, en dirección contraria, cuando se observa cómo la derrota del demandante en una acción por

---

<sup>1017</sup> WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. IV, December 15, 1890, No. 5, pp. 193 y ss.

<sup>1018</sup> WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D.: “The Right ...”, *op. cit.*, pp. 198 y 216.

<sup>1019</sup> SANFORD, B. W.: *Libel ...*, *op. cit.*, p. 11-2.

difamación confirma y mantiene la lesión de su privacidad<sup>1020</sup>; en otras palabras, no sólo el interés de la reputación subyace bajo la configuración de las acciones por difamación, sino también el de la defensa de la privacidad, de donde se desprende que el “*defamation law*” guarda conexión con ambos valores: reputación y vida privada.

La cercanía entre la privacidad y la reputación se evidencia en el plano de sus funciones. Ambos intereses protegen al individuo de no ser tratado como un simple objeto, de ser “cosificado”, según la célebre fórmula kantiana, pero de modos distintos: la privacidad protege al individuo para desarrollar su propia subjetividad sin interferencias exteriores, mientras la reputación protege a la persona de ser concebida como un mero objeto en lugar de como un sujeto autónomo; es decir, sirven al mismo objeto, prevenir la cosificación, pero en distintos contextos: la privacidad evita la cosificación en el ámbito interno del individuo y la reputación la previene en el entorno público y social donde se proyecta la imagen del mismo<sup>1021</sup>.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, no debemos identificar ambos términos. La distinción pasa por establecer un espacio autónomo y separado de la privacidad frente a la reputación, que se articula en torno al concepto de “esfera privada” como un “espacio privado en el cual toda persona quiere escapar de las miradas ajenas, de la exposición o de la publicidad no queridas”, según la tesis de ROGERS PARKES<sup>1022</sup>. El mismo autor recoge definiciones de otros expertos que refieren la privacidad a términos como *acceso* o *accesibilidad*, conforme a los cuales el derecho a la esfera privada actúa como un límite frente al acceso de los otros a nosotros; la privacidad sería la libertad frente al acceso no deseado o nuestra habilidad para controlar quién tiene acceso a nosotros y a nuestra información<sup>1023</sup>. Pero, ¿qué se debe entender por “nuestra información? ¿qué es la información privada? Sobre este extremo apunta WACKS que se trataría de “los hechos, comunicaciones u opiniones referidos a una persona que son

---

<sup>1020</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, p. 104. Incluso se llega a reconocer que existen espacios de la reputación que no quedan protegidos por “*defamation law*” y que, sin embargo, sí caen bajo la aplicación de “*privacy law*”. *Vid.*, RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy, Defamation and False Facts”, TUGENDHAT, M. y CHRISTIE, I. (Hrgs.): *The law of privacy and the media*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 320.

<sup>1021</sup> HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance ..., *op. cit.*, p. 1339.

<sup>1022</sup> RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy..., *op. cit.*, p. 60, “*privacy protects a private sphere to which one can retreat to escape from unwanted observation, exposure, or publicity*”. En esta línea, STONE, R.: *Civil Liberties ...*, *op. cit.*, p. 470, propone entender el derecho a la privacidad como el derecho a evitar, o a ser compensado por, la adquisición no autorizada o la publicación de información personal secreta.

<sup>1023</sup> RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy..., *op. cit.*, p. 61.

de tal naturaleza que sería razonable entender que quisiera retenerlos o, al menos, restringir su colección, uso o circulación”<sup>1024</sup>.

Pero, en atención a lo anterior, existe el reverso de la privacidad, entendida ésta como prevención de la adquisición no autorizada o publicación de información personal secreta<sup>1025</sup>. En otras palabras, la idea de interferencia o intromisión no deseada puede contemplarse desde la perspectiva inversa como auto-exposición no deseada, por ello sostiene HEYMAN que existen dos facetas del derecho a la privacidad: por una parte, la libertad para mantener los pensamientos y sentimientos de uno mismo libres de las invasiones o interferencias de los otros a fin de prevenir frente a esas intromisiones ajenas (“*prevent incursions into the personal sphere*”), y por otra, el derecho a decidir qué aspectos de la vida privada se pueden revelar para evitar la exposición involuntaria de uno mismo ante el mundo exterior (“*protects that sphere from involuntary exposure to the outside world*”); con la yuxtaposición de ambos perfiles se crea “un campo inviolable de subjetividad” (“*inviolable realm of subjectivity*”)<sup>1026</sup>.

Tras estas delimitaciones doctrinales del contenido del “*right to privacy*”, podemos concluir con la explicación de una autorizada voz. Todavía se sigue aceptando en la actualidad la estructura compleja del derecho a la privacidad como suma de cuatro componentes, cada uno de los cuales era un daño (“*tort*”), propuesta en 1960 por PROSSER: “a) intromisión en la intimidad o en la “soledad” del demandante o en asuntos de su vida privada; b) divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el demandante; c) publicidad que coloca el demandante en una falsa luz ante el ojo público; d) apropiación a favor del demandado del nombre del demandante o su imagen”<sup>1027</sup>.

---

<sup>1024</sup> WACKS, R.: *Privacy and Press Freedom*, Blackstone Press Ltd, London, 1995, p. 23, “*facts, communications, or opinions that relate to the individual and which are of such a nature that it would be reasonable to expect him to regard as intimate or sensitive, and therefore to want to withhold or at least to restrict their collection, use, or circulation*”. También RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy..., *op. cit.*”, p. 322, relaciona la privacidad con la protección de la información personal.

<sup>1025</sup> STONE, R.: *Civil Liberties...*, *op. cit.*, p. 470. La información personal es secreta y sobre esta base observa MILO, D.: *Defamation...*, *op. cit.*, p. 42, que “la privacidad se vulnera cuando se quebranta el deber de confidencialidad en el uso de la información privada” (“... *for breach of confidence for the misuse of private information*”).

<sup>1026</sup> HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance ...”, *op. cit.*, p. 1334.

<sup>1027</sup> PROSSER, W. L.: “Privacy”, *California Law Review*, vol. 48, August 1960, No. 3, pp. 389 y ss: “1. *Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs.* 2. *Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff.* 3. *Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye.* 4. *Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*”.

Más sintética, pero igualmente ilustrativa, es la fórmula jurisprudencial acuñada en el caso *R. v Broadcasting Standards Commission, ex British Broadcasting Corporation*, de 2001, en el que la privacidad del ser humano se definía como el espacio en el cual éste era libre para ser uno mismo (“*space in which the individual is free to be itself*”), porque está protegido frente a cualquier intrusión como haría un “caparazón, una concha o un paraguas” (“*the carapace, or shell, or umbrella*”). Y aunque este interés también puede hallarse bajo amenaza cuando interviene el “*defamation law*”, no debe confundirse con la reputación, sino que debe analizarse el caso desde la aceptación de que hay dos valores en juego: la reputación (y el buen nombre público) y la privacidad, como espacio construido alrededor de la personalidad cercado frente a invasiones injustificadas, siguiendo al juez BRENNAN en *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, de 1971.

Advertido lo anterior, resta por señalar que el debate doctrinal y jurisprudencial actual en sede del derecho a la privacidad no se centra en separar los a veces tangenciales ámbitos del derecho a la reputación y a la vida privada, sino en establecer las áreas de la vida moderna en las que el interés de la privacidad debe prevalecer sobre el interés público a la información<sup>1028</sup>. Y esta es una cuestión que ya no podemos abordar.

## 6.2 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACCIONES POR DIFAMACIÓN. POSICIÓN ORIGINAL COMÚN

A continuación, abordaremos las particularidades del régimen jurídico de la difamación en el marco del “*Common Law*”. Realizaremos tal tarea partiendo de la posición original del “*Common law*”, es decir, tomando como base el cuerpo normativo y jurisprudencial tradicional que se ha aplicado en el entorno angloamericano. Con ello

---

MAYER, M. F.: *The Libel Revolution: A New Look at Defamation and Privacy*, Law Arts Publishers, New York, 1987, p. 159, propone añadir un quinto elemento integrante del derecho a la privacidad: el derecho a la publicidad, como el derecho de las celebridades o personajes de notoriedad pública a capitalizar en exclusiva los beneficios económicos o comerciales de su nombre, dada su prominencia e importancia. Más concretamente, para NIMMER, M. B.: “Right of Publicity”, *Law and Contemporary Problems*, Spring 1954, p. 204, primer autor que empleó la fórmula del “*right to publicity*”, estaríamos ante el derecho de las personalidades públicas a que su nombre, fotografía o imagen no sea reproducida o publicada a menos que medie su consentimiento o una retribución a su favor (“*to have his name, photograph, and likeness reproduced and publicized without his consent or without remuneration to him*”).

<sup>1028</sup> MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., p. 159.

nos dejamos para el siguiente epígrafe los posteriores cambios legislativos y jurisprudenciales que han acaecido separadamente en Inglaterra y Estados Unidos a raíz de la aprobación de normas jurídicas concretas (*Defamation Act* de 2013, en Inglaterra) y de la consolidación de importantes doctrinas jurisprudenciales (*New York Times v. Sullivan*, de 1974, y su progenie, en Estados Unidos; *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, de 2001, y sucesivas, en Inglaterra).

### **6.2.1 Acciones por difamación: “libel” y “slander”. Las acciones por falsedad maliciosa (“malicious falsehood”)**

En el “*Common Law*” la difamación puede adoptar dos formas y puede perseguirse, consiguientemente, mediante dos acciones civiles distintas: “*libel*” y “*slander*”. Este régimen dual ha persistido hasta la actualidad, en clara demostración del desarrollo errático y anómalo del “*defamation law*”<sup>1029</sup>, como sostiene PROSSER. Dado que ambos conceptos podrían traducirse al español desde una perspectiva meramente *semántica* o *terminológica* como difamación y calumnia, emplearemos en lo que sigue la terminología inglesa a fin de evitar equívocos en el plano jurídico.

Conforme al *Restatement of Tort (Second)*, “*libel*” es una publicación difamatoria por escrito o mediante palabras impresas, realizada en forma o soporte físico o por cualquier otro medio que reúna las cualidades lesivas potenciales de las palabras escritas o impresas. “*Slander*”, por su parte, alude a la publicación difamatoria hecha mediante palabras habladas, gestos transitorios o por cualquier otro medio diferente de los propios del “*libel*”<sup>1030</sup>.

La distinción responde a razones históricas, explicadas en el Informe del Comité sobre la Difamación: “la distinción evoca tiempos en los que los métodos de comunicación eran simples y poco sofisticados. Entonces, no había dificultad en derivar

---

<sup>1029</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook of The Law of Torts*, 4<sup>th</sup> edition, West Publishing Co., 1971, p. 751.

<sup>1030</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 568: “(1) *Libel* consists of the publication of defamatory matter by written or printed words, by its embodiment in physical form or by any other form of communication that has the potentially harmful qualities characteristic of written or printed words. (2) *Slander* consists of the publication of defamatory matter by spoken words, transitory gestures or by any form of communication other than those stated in Subsection (1)”. De modo más breve y resumido, dice SACK, R. D.: *Sack on Defamation. Libel, Slander and Related Problems*, 3<sup>rd</sup> edition, vol. 1, Practising Law Institute Press, New York, 2002, p. 2-8, que “*libel*” es una difamación escrita o visual y “*slander*” otra de carácter oral o auditiva.



hacia “*libel*” las palabras escritas, los cuadros y figuras, y hacia “*slander*” las comunicaciones orales, la mímica y los gestos. Sin embargo, las invenciones modernas han convertido la distinción en anticuada y arrojan ciertos problemas”<sup>1031</sup>. Es cierto también que ambas figuras debían merecer un trato diverso ya que igualmente revelaban ánimos diversos; “*libel*”, en forma escrita, implicaba un comportamiento más premeditado y calculado, que afectaba de forma más drástica a la reputación ajena que “*slander*”; la difamación escrita reflejaba, en definitiva, una maldad más deliberada que la simple ofensa oral, en la medida en que la plasmación permanente de la ofensa se prestaba a una duración más extensa y a una mayor facilidad de diseminación<sup>1032</sup>. Pero dicho esto, el advenimiento de la radio, la televisión y el satélite, así como las posibilidades de emisiones que ofrecen estos medios hacían que la diferenciación fuera anacrónica, hecho que quedó en evidencia cuando el Parlamento británico se vio obligado a declarar asimilables a “*libel*” las emisiones radiofónicas y televisas realizadas a través de medios o redes telegráficas así como las páginas web (“*websites*”) gestionadas por empresas, por mandato de la “*Defamation Act*” de 1952 y de la “*Broadcasting Act*” de 1990, y las representaciones teatrales, en virtud de la “*Theatres Act*” de 1968<sup>1033</sup>.

Ante tal sinsentido, el propio Informe concluía con una recomendación, todavía no puesta en práctica, en virtud de la cual se aconseja la abolición de la distinción entre “*libel*” y “*slander*” y que “*slander*” sea asimilado a “*libel*” a los efectos del procedimiento civil<sup>1034</sup>. En Estados Unidos, uno de los informes más exhaustivos sobre

---

<sup>1031</sup> *Report...*, op. cit., párrafo 76; PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 753. El *Restatement of Tort (Second)* §568. *Libel And Slander Distinguished*, comment b), añade que tras doscientos cincuenta años de evolución, ninguna voz autorizada, doctrinal o jurisprudencial, ha podido sostener la diferencia regulatoria sobre la base de principio alguno, por lo que la persistencia de la dualidad sólo responde a razones históricas, especialmente a la luz del progreso en los medios de comunicación.

<sup>1032</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 82. Desde esta perspectiva, la clave reside en el soporte permanente de la acción por “*libel*” frente al meramente transitorio de la acción por “*slander*”, como apuntan WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right to speak ill. Defamation, Reputation and Free Speech*, Carolina Academic Press, North Caroline, 2005, p. 18.

<sup>1033</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 112. Las publicaciones electrónicas, vía email o a través de la web, se consideran “*libel*”, tal y como recuerda STONE, R.: *Civil...*, op. cit., p. 444.

<sup>1034</sup> *Report...*, op. cit., párrafo 91: “*Recommendation: that the distinction between libel and slander in civil proceedings in England and Wales be abolished and that slander be assimilated to libel for the purpose of such proceedings*”. SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 7-39 a 7-41, se muestra notoriamente disconforme con el modelo dual y propone varias reformas que podrían simplificarlo considerablemente: a) eliminación de la distinción “*libel/slander*”, manteniendo una única forma de acción por difamación; b) eliminación de la regla de la prueba del daño especial; c) imposición de la regla de prueba de daños especiales a todos los casos; d) permitir al jurado considerar y valorar todos los factores (la entidad de la publicación difamatoria, la evidencia u oscuridad del sentido difamatorio u otras

las deficiencias del régimen jurídico de las acciones por difamación, conocido como “Propuesta Annenberg de Reforma del Libelo”<sup>1035</sup>, se posicionó igualmente a favor de la abolición de la distinción entre “*libel*” y “*slander*”, incluidas las subcategorías “*per se*” y “*per quod*”<sup>1036</sup>.

Dejando a un lado la distinción “*libel/slander*” y su conveniencia, la mayor lesividad inherente atribuida al “*libel*”, dado que al ser en forma escrita representaba un comportamiento más deliberado y, por consiguiente, reprochable, como se ha señalado anteriormente, nos sitúa ante otra cuestión compleja del régimen jurídico de las acciones por difamación. En un primer momento, las reglas del “*Common Law*” contemplaban la distinción entre “*libel*” y “*slander*” a los efectos de la necesidad de probar un “especial daño” (“*special harm*”) en las acciones por “*slander*”, liberando de esta carga probatoria a las acciones por “*libel*”; por tanto, todas las difamaciones que reunieran las características formales del “*libel*” (difamación por escrito o impresa, con carácter permanente) serían directamente accionables sin necesidad de la prueba del especial daño (o, incluso, aunque no resultara daño alguno<sup>1037</sup>); serían “*libel*” por sí mismas, esto es, “*libel per se*”. Por el contrario, en el ámbito de la acción por “*slander*”, el régimen era algo más específico y se admitía la existencia de dos subgrupos: “*slander per se*”, en el que la lesión contra la reputación era tan evidente que no era precisa prueba alguna del daño, y “*slander per quod*”, que acogía los casos de “*slander*” no considerados “*slander per se*”.

El origen de los supuestos de “*slander per se*” no está claro, aunque probablemente se deba al hecho de que por su naturaleza, estas difamaciones eran especialmente proclives a causar una pérdida espiritual, más que económica o temporal<sup>1038</sup>. Son cuatro supuestos, reflejo de una mentalidad profundamente arbitraria

---

circunstancias). En las dos primeras propuestas, coincide también PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 765.

<sup>1035</sup> Su nombre completo es “*Proposal for the Reform of Libel Law: The Report of the Libel Reform Project of the Annenberg Washington Program*”, publicado en 1988 por el Programa Annenberg Washington del Departamento de Estudios en Políticas de Comunicación de la Universidad de Northwestern.

<sup>1036</sup> Section 9: *Damages* (a): “*Libel and Slander Distinctions Abolished: All distinctions among libel, slander, libel per se, libel per quod, slander per se and slander per quod are abolished*”. El texto de la propuesta puede consultarse en SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 9-70 a 9-77.

<sup>1037</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 569. *Liability Without Proof Of Special Harm—Libel*.

<sup>1038</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 754.

y arcaica, que se hallan plenamente en vigor en Estados Unidos<sup>1039</sup>, y también en Inglaterra y Gales, aunque en el caso británico con matices y limitaciones impuestas recientemente por la *Dafamation Act* de 2013:

- a) cuando se acusa de un crimen castigado con prisión, en atención al peligro de la persecución criminal que puede sufrir, así como al ostracismo al que puede verse sometido la víctima<sup>1040</sup>; incluso aunque la acción no sea castigada con cárcel, se incluirá en esta categoría si su imputación es contemplada por el público en general como una “vileza moral” (“*moral turpitude*”)<sup>1041</sup>.
- b) cuando se formulan valoraciones adversas sobre la capacidad para gestionar un trabajo, negocio o profesión, proferidas con la intención de (*dirigidas a o susceptibles de*) desprestigiarla (sección 2 de la “*Defamation Act*” de 1952)<sup>1042</sup>;
- c) cuando se insinúa el padecimiento de una enfermedad contagiosa<sup>1043</sup>;
- d) cuando se imputa falta de castidad o adulterio, siendo la víctima una mujer o chica (sección 1(1) de la “*Slander Women Act*” de 1891)<sup>1044</sup>.

---

<sup>1039</sup> Han sido recogidos como tales en el *Restatement (Second) of Torts* § 570. *Liability Without Proof Of Special Harm—Slander*: “[...] (a) a criminal offense, as stated in § 571, or (b) a loathsome disease, as stated in § 572, or (c) matter incompatible with his business, trade, profession, or office, as stated in § 573, or (d) serious sexual misconduct, as stated in § 574”

<sup>1040</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 120.

<sup>1041</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 7-15. En línea con *Restatement (Second) of Torts* § 571: *Slanderous Imputations Of Criminal Conduct*.

<sup>1042</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 573: *Slanderous Imputations Affecting Business, Trade, Profession Or Office*. Apunta SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., pp. 4-67 y 4-68, que las difamaciones de esta categoría son de las más comunes y relevantes, razón por la cual requieren del jurado poco tiempo para concluir a favor de su sentido difamatorio. Son supuestos, además, de elevados costes indemnizatorios a cargo del demandado como consecuencia de haber proferido acusaciones difamatorias contra el difamado impidiéndole obtener los beneficios o ganancias que habría mercedamente alcanzado en otro caso.

Como veremos más adelante (*vid. infra* Capítulo IV.6.3.1.2), la *Defamation Act* de 2013 ha introducido en este punto una novedad importante al establecer que no habrá difamación si no hay prueba de la producción de un daño serio o de grave entidad (sección 1(1)). Para el caso de que la difamación se haya dirigido contra una persona jurídica con fines benéficos y comerciales, la prueba de dicho daño se concretará en una seria pérdida económica o pecuniaria (sección 1(2): “*serious financial loss*”).

<sup>1043</sup> Normalmente se ha considerado como tales las enfermedades venéreas, aunque actualmente también se incluiría el Sida. *Vid.*, así, MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., p. 33.

En Inglaterra y Gales, la *Defamation Act* de 2013 mantiene la referida categoría de “*slander*” pero apunta en la sección 14 (2) que sólo habrá derecho a ejercer acción por difamación si la imputación de la enfermedad contagiosa ha causado un “especial daño a la persona”. Supone un reconocimiento del carácter trasnochado de la antigua disposición y la necesidad de someterla al tapiz de los nuevos tiempos, exigiendo requisitos ulteriores para proceder por difamación.

<sup>1044</sup> Este último supuesto sólo puede ser contemplado como un anacronismo más propio de los antiguos estándares sociales occidentales. Así, ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, op. cit., p. 61. Con carácter más amplio, el *Restatement (Second) of Torts* § 574: *Slanderous Imputations Of Sexual Misconduct*, prefiere hablar de una “desviación sexual”. La propia terminología ya está superada y las conductas que se incluían bajo tal fórmula también han evolucionado. Así, apunta SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., pp. 4-65 a 4-67, que mientras en los años 80 proliferaron las demandas por “*libel*” frente a las acusaciones de homosexualidad a las que los jurados accedían considerándolas difamatorias en sí

Sucedió sin embargo que tempranamente algunos Estados de los Estados Unidos comenzaron a introducir en su normativa la distinción empleada en la acción por “*slander*” al ámbito del “*libel*” también, de modo que no todo ataque difamatorio que tomaba la forma de “*libel*” era ya “*libel per se*”, sino que se diferenciaba entre “*libel per se*” en sentido estricto y “*libel per quod*”. El primero consiste en una difamación por “*libel*” en la que el carácter difamatorio es tan evidente o directo (“a la cara” -“*libel on its face*”-) que la comunicación se considera difamatoria en sí misma sin necesidad de prueba o daño especial<sup>1045</sup>. El segundo, por su parte, es un ataque a la reputación en forma de “*libel*” no difamatorio en sí mismo pero que “a la luz de hechos o evidencias extrínsecas” puede concebirse como difamatorio para el destinatario (“*libel by extrinsic facts*”) <sup>1046</sup>; en este caso, la difamación no es evidente ni se produce “a la cara”, sino que el sentido injurioso procede del examen de las circunstancias extrínsecas que deben ser alegadas y probadas para dar por acreditado el carácter difamatorio del ataque y recibir la indemnización<sup>1047</sup>. Como consecuencia de esta traslación equivocada de las nociones “*per se/per quod*” del ámbito del “*slander*” al del “*libel*”, ciertas jurisdicciones estatales han terminado por edificar un régimen realmente complejo, confuso, caótico, arbitrario y perverso<sup>1048</sup>; en ellas, no todas las acciones por “*libel*” quedan ya exentas de la prueba del daño especial, como sucedía tradicionalmente, sino que cuando el sentido

---

mismas, en los últimos tiempos se rechazan estos argumentos y las demandas decaen por unas u otras razones. En este sentido, esta cuarta categoría de “*slander per se*” evidencia claramente la creciente tendencia a la protección de la libertad de expresión por encima de un interés exacerbado a la reputación “correcta” y la adaptación progresiva de la normativa sobre difamación a la moral pública (SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., p. 4-57).

La *Defamation Act* de 2013 (sección 14(1)) ha imprimido un giro radical en este aspecto, dejando sin efecto la “*Slander Women Act*” de 1891 que se limitaba a crear la difamación por imputación de falta de castidad o adulterio a una mujer o chica.

<sup>1045</sup> Y ni siquiera esta regla es absoluta pues en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, el Tribunal Supremo de Estados Unidos señaló que aunque no haya obligación de probar daños especiales, sí debe acreditarse una lesión actual (“*actual injury*”) al menos si el demandante no conocía la falsedad de la publicación difamatoria o no la había hecho con temerario desprecio hacia la verdad. Así lo refiere *Restatement (Second) of Torts* § 569. *Liability Without Proof Of Special Harm—Libel, comment c*). Sobre estas cuestiones se volverá con más profundidad en otros apartados.

<sup>1046</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-102.

<sup>1047</sup> *Vid.*, entre otras, *Stone v. Paddock Publications, Inc.*, (1<sup>st</sup> Circ.) de 2011; *Smith v. Durden (New Mexico)*, de 2012.

La *Defamation Act* de 2013, con aplicación en Inglaterra y Gales, viene a consolidar la exigencia de la prueba del daño para proceder en caso de difamación (sección 1 (1)), con lo que sin llegar a eliminar las modalidades de “*libel per se*” y “*slander per se*”, éstas pierden importancia y quedan reducidas a supuestos casi teóricos sin reflejo práctica alguno.

<sup>1048</sup> *Vid.* SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., pp. 4-20 y 4-21; SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 9-89. Incluso podría decirse que el modelo provoca situaciones absurdas: mientras a algunas declaraciones difamatorias profundamente dañinas y graves se les somete a la exigencia de la prueba del especial daño, otras relativamente inocentes a la luz de los nuevos tiempos se benefician de su consideración de “*libel per se*” y se puede accionar contra ellas directamente. *Vid.*, así, SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 7-38 y 7-39.

difamatorio de la acción no esté presente de manera directa, evidente o “a la cara”, el demandante deberá probar los hechos y circunstancias extrínsecas de los que deriva el daño.

La distinción entre “*libel*” y “*slander*” acarrea otras consecuencias prácticas: primeramente, desde la perspectiva de la prueba de los daños causados, en el caso de “*slander*”, el demandante tiene que poder cuantificar en términos monetarios el especial daño sufrido (“*special damage*”<sup>1049</sup>), no así en el supuesto de una acción por “*libel*”; y en segundo lugar, en atención a la distinta naturaleza de cada una de estas acciones, el ejercicio de una acción “*slander*” generará siempre responsabilidad civil (“*tort*”); sin embargo, tanto civil como criminal o penal puede ser la responsabilidad desencadenada del ejercicio de una acción “*libel*”, si bien en este último supuesto (“*libel as a crime*”) es altamente infrecuente hasta el punto de que no hay ejemplos de procedimientos criminales exitosos en los últimos años<sup>1050</sup>.

Finalmente, conviene que ofrezcamos algunas pautas para distinguir las acciones por difamación (“*libel*” y “*slander*”), de las acciones de falsedad maliciosa (“*malicious falsehood*”) o injuria maliciosa (“*injurious falsehood*”). En estas últimas, el demandante no acciona por entender que su reputación ha sido degradada en el marco de la estima en que generalmente le tiene la comunidad, que es el presupuesto fundamental de las “*defamatory acts*”. Las acciones por falsedad maliciosa no protegen, por tanto, la reputación *per se*<sup>1051</sup>. Las acciones por injuria o falsedad maliciosa operan como un “concepto paraguas” bajo el que se cobijan ataques o daños que comparten el componente de injuria contra los intereses comerciales o de negocios de una persona derivados de la publicación de información falsa, como es el caso de una calumnia contra un título de propiedad -“*slander of title*”- (*McDonald’s Corp v. American Motorists Ins Co., 2d Dist.*, de 2001), desprecio o menosprecio de un producto -“*product disparagement*”- o una difamación comercial -“*trade libel*”- (*Fillmore v. Maricopa Water Processing Systems, Inc.*, de 2005)<sup>1052</sup>. En definitiva, frente a la

---

<sup>1049</sup> Conforme a criterios jurisprudenciales recogidos por MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 133, la exigencia del *daño especial* debe interpretarse como la pérdida de una ventaja material o temporal, pecuniaria o susceptible de ser valorada en términos económicos.

<sup>1050</sup> Sobre la persecución pública de la difamación por la vía penal, más extensamente *vid. supra* Capítulo IV.6.1.1.2.

<sup>1051</sup> STONE, R.: *Civil ...*, op. cit., p. 469.

<sup>1052</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 11-46-1.

protección de la reputación asignada a las acciones por difamación, las acciones por falsedad injuriosa o maliciosa protegen los intereses económicos de la parte injuriada, concretados en una pérdida pecuniaria<sup>1053</sup>. Desde esta perspectiva, “*malicious falsehood*” viene a ser un instrumento procesal de defensa menos exigente, más superficial, en tanto que únicamente requiere la demostración de determinados extremos o aspectos meramente fácticos, sin llegar a “penetrar” en el campo de la reputación y la degradación de la persona en la estima social.

A parte de otros elementos coincidentes con las acciones por difamación (que examinaremos más adelante), los requisitos para el ejercicio de una acción por falsedad maliciosa son tres:

- a) las afirmaciones enjuiciadas deben ser falsas (“*untrue statements*”), correspondiendo la prueba de tal falsedad al demandante (a diferencia de las acciones difamatorias en las que el deber de prueba de la veracidad de las palabras examinadas descansa sobre el demandado). En otras palabras, no se presume que las palabras maliciosas sean falsas (*Pater v Baker*, de 1847); la mera opinión o afirmación no es accionable (*Simpson String-Tie Co., Inc v. Gore*, 8th Dist., de 2008).
- b) las afirmaciones deben haber sido formuladas con intención maliciosa, con malicia, extremo que ha de ser acreditado por el demandante. A la inversa, no hay responsabilidad por declaraciones publicadas de buena fe (“*in good faith*”). La mera ausencia de excusa o causa no es en sí misma malicia, ya que ésta conecta con las intenciones o motivaciones (que deben ser deshonestas e impropias), con el estado mental (*British Rail Traffic Co v C.R.C.*, de 1922). No existe un consenso claro en torno al contenido exacto del requisito de la malicia en las acciones por injuria maliciosa; el estudio jurisprudencial revela que el significado dominante de malicia incluye: a) intento de causar daño; b) actuación temeraria (“*reckless*”); c) actuación rencorosa o con mala voluntad (“*spite or ill will*”)<sup>1054</sup>.
- c) las afirmaciones maliciosas deben haber provocado un especial daño pecuniario (o susceptible de ser valorado económicamente -*Chamberlain v Boyd*, de 1833-), producido como consecuencia o resultado natural o probable y directo de las

---

<sup>1053</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 27.

<sup>1054</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 11-52.

mismas (*Kaye v Robertson*, de 1911). Dicho daño, que es la esencia de la acción<sup>1055</sup> (“*the gist of the action*”; *Royal Baking Powder Co v Wright, Crossley*, de 1990), debe ser acreditado por el demandante, salvo en dos supuestos contemplados en la sección 3(1) de la “*Defamation Act*” de 1952: c.1) cuando se pretendió que las palabras en que se funda la acción causaran daños pecuniarios al demandante y fueron publicadas por escrito o en otro soporte permanente; c.2) cuando se pretendió que las palabras en que se funda la acción causaran daños pecuniarios al demandante respecto de cualquier oficio, profesión, asunto, comercio o negocio llevado a cabo o gestionado por él al tiempo de la publicación<sup>1056</sup>.

### 6.2.2 Legitimados para ejercer la acción por difamación (“*right to sue*”)

En el “*Common Law*” rige la regla general de que toda persona física y jurídica tiene legitimación para ejercer ante un tribunal una acción por difamación, ya sea en forma de “*libel*” o “*slander*”. En este sentido, a la pregunta inglesa “*who may sue?*” (¿quién puede demandar?), debe responderse admitiendo una legitimación activa universal. Puede decirse, por tanto, que la acción por difamación es una acción estrictamente personal<sup>1057</sup>, en la que el legitimado para demandar (parte demandante, “*claimant*” o “*plaintiff*”), es la persona difamada y en la que la persona demandada (“*defendant*”) es la persona que ha publicado las palabras difamatorias o que ha provocado su publicación<sup>1058</sup>.

El planteamiento que hemos expresado arriba se desprende sin dificultad de una concepción de la reputación como la angloamericana, fuertemente vinculada a la estima de que goza una persona o entidad en el entorno de su comunidad en atención a las funciones que cumple y a su habilidad para la gestión de su oficio o el manejo de sus

---

<sup>1055</sup> *Royal Baking Powder Co v Wright, Crossley*, de 1990, “*the damage is the gist of the action, and therefore ... it must be especially alleged and proved*”.

<sup>1056</sup> Las dos excepciones enunciadas son prácticamente idénticas. En este contexto se comprende la recomendación del Comité sobre la Difamación en la dirección de exigir la prueba del especial daño sufrido sólo cuando “la acción maliciosa fuera susceptible de causar daños pecuniarios al demandante”, sin mayores aclaraciones redundantes (*Report...*, op. cit., párrafo 594, “*in an action for malicious falsehood, [...], it shall not be necessary to allege or prove special damage if the publication of the matter in respect of which the action is brought is likely to cause pecuniary damage to the plaintiff*”).

<sup>1057</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 744.

<sup>1058</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 197.

negocios. Una perspectiva donde predomina tan claramente la vertiente externa y, yendo más allá, más puramente económica de la reputación, necesariamente tiene que reconocer a las personas jurídicas la posibilidad de interponer acciones ante los tribunales en defensa de su reputación.

Esto advertido, resta por hacer algunas aclaraciones complementarias que sirvan para precisar las condiciones en que determinadas personas o grupos pueden demandar por difamación:

- a) En relación con los menores de edad, su capacidad para demandar por difamación se rige por las reglas generales del derecho de daños (“*law of torts*”) y las normas del procedimiento civil (“*civil procedure rules*”), sin que tales normativas contengan restricciones de la capacidad de defensa frente a difamaciones. Tampoco la condición de enfermo mental (“*mental disorder*”) tiene ninguna repercusión limitativa sobre la capacidad de una persona para interponer acción de difamación.
  
- b) La posibilidad de que pueda interponerse acción en representación de una persona que en vida hubiera sido difamada, ha sido una cuestión polémica y debatida. Con carácter general podemos señalar que en “*Common Law*” no existe responsabilidad por la difamación contra una persona fallecida, sin perjuicio de que la difamación dirigida contra un muerto difame también, y con independencia, a otras personas vivas, las cuales, por supuesto, conservan su derecho a ejercitar la acción por difamación; es decir, se permite interponer acción por difamación a quien se ha sentido difamado por una difamación dirigida a otra persona fallecida<sup>1059</sup>. El Informe del “*Porter Committee*”, en el ámbito del derecho inglés (instituido en 1939 y cuyas propuestas inspiraron la “*Defamation Act*” de 1952), advertía que por muy falsas y maliciosas que fueran las declaraciones enjuiciadas y por mucho disgusto que causaran a los amigos y familiares del fallecido difamado, no cabía en tales casos una acción civil, ya que la esencia del procedimiento por difamación está constituida por los daños causados a la reputación del demandante, de modo que difícilmente podía

---

<sup>1059</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 560. *Defamation Of Deceased Persons*. SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-126.52; SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., p. 1-9.



admitirse que los familiares del fallecido pudieran interponer acción por las declaraciones difamatorias dirigidas únicamente al muerto<sup>1060</sup>. Por todo ello, el *Restatement of Torts (Second)* concluye que aunque la memoria de una persona fallecida puede ser profanada, no hay lugar a acción de difamación<sup>1061</sup>.

Frente a este punto de vista, el Comité sobre la Difamación observaba que de no contemplarse la posibilidad a favor de los familiares del fallecido de accionar en nombre de éste frente a afirmaciones difamatorias, no se estaría teniendo en debida consideración los intereses públicos y los intereses de los familiares; por ello proponía la posibilidad de que los cónyuges supervivientes, ascendientes y descendientes de cualquier grado del fallecido pudieran accionar frente a cualquier afirmación falsa y difamatoria formulada en el periodo de cinco años a contar desde la fecha del fallecimiento del difamado, a fin de obtener un mandato judicial de prohibición de repetición de tales expresiones ofensivas, sin que tal causa pudiera dar lugar a ninguna pretensión de indemnización<sup>1062</sup>. A pesar de esta propuesta, lo cierto es que en la actualidad las difamaciones contra personas fallecidas no generan derecho de acción en defensa de su patrimonio, por muy maliciosa que sea la declaración difamatoria. Tampoco existe la posibilidad de obtener una declaración de defensa de la reputación del fallecido ni cabe reclamación por sus familiares ni fideicomisarios a menos que las palabras empleadas hayan ofendido sus propias reputaciones<sup>1063</sup>.

En definitiva, el criterio general se opone a tal opción sobre la base de los principios básicos (la naturaleza personal de la acción por difamación), problemas

---

<sup>1060</sup> Report..., op. cit., parágrafo. 418, “*the essence of civil proceedings for defamation is the damage caused to the reputation to the plaintiff. It is, therefore, difficult to see any logical basis upon which to found a proposal that the relatives of a deceased person should be entitled to bring an action for statements defamatory of the deceased alone*”. Los miembros del Comité añadían que el derecho a la acción responde a la ofensa sufrida por el patrimonio del fallecido y tal patrimonio no puede en condiciones normales ser dañado por declaraciones difamatorias pronunciadas tras su muerte (op. cit., parágrafo 418, “*the basis for a right of actio on the part of personal representatives is the injury suffered by the estate of the deceased; and his estate cannot normally be damaged by defamatory statements made after his death*”).

<sup>1061</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 560. *Defamation Of Deceased Persons*, comment a). PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 745.

<sup>1062</sup> Report..., op. cit., parágrafo. 421, “*Recommendations: The majority of us recommended that a claim should be sustainable for a declaration that the statement made was false, and an injunction to prevent repetition within five years from the death in question, and costs. We do not recommend that this proposed new cause of action should carry any right to damages*”.

<sup>1063</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 204 y 205; SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 355.

de interés público (perjuicio contra la investigación histórica y científica) y de diversas dificultades procesales (imposibilidad de someter a las personas fallecidas a interrogatorios)<sup>1064</sup>.

En cuanto a la posibilidad de que una acción por difamación persista después de fallecida la persona que la interpuso, los principios originales del “*Common Law*” se muestran igualmente contrarios, puesto que la acción por difamación es personal y no sobrevive a la muerte del demandante; la acción muere con el demandante (*Gruschis v. Curtis Publishing Co.*, 10th Cir., de 1965; *Anderson v. Romero*, 7th Cir., de 1994); sin embargo, el *Restatement of Torts (Second)* precisa que esta cuestión será determinada por la normativa en cada caso concreto<sup>1065</sup>; así, en Estados Unidos, algunos Estados federados han legislado a favor de esta eventualidad o se ha establecido por vía jurisprudencial (Nueva York, Nueva Jersey, Pensilvania, Tejas)<sup>1066</sup>.

c) Finalmente, en relación con las personas jurídicas, debemos realizar algunas aclaraciones en atención a la distinta forma o naturaleza de tales entidades.

c.1) Con carácter general, las sociedades mercantiles y las empresas (“*trading corporations and companies*”) pueden ejercer una acción frente a cualquier publicación difamatoria que afecte a su negocio o a su reputación o prestigio comercial<sup>1067</sup>. Inicialmente, en un sentido personal, no cabe acción por

---

<sup>1064</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 113. SANFORD, B. W.: ..., op. cit., p. 1-8.

<sup>1065</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 561. *Defamation Of Corporation*.

<sup>1066</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-139; SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-126.53. De conformidad con esta postura excepcional, se señala (*McDonald v. Time Inc.*, New Jersey, de 1983): “decir que la reputación de un hombre muerto muere con él es ignorar las realidades de la vida y el triste legado (“*bleak legacy*”) que dejaría tras su muerte”. La supervivencia de la acción por difamación queda sujeta, en tal caso, a una estricta y detallada regulación que responda a las dificultades procesales que puedan surgir durante el litigio. *Vid.*, SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., p. 1-10. 36

<sup>1067</sup> *Vid.*, entre todos, PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 745; STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England and Wales”, GLASSER Jr., C.: *International Libel & Privacy Handbook. A Global Reference for Journalists, Publishers, Webmasters, and Lawyers*, 2<sup>nd</sup> edition, Boolmerg Press, New York, 2009, p. 271. Esta es la regla general sentada en el *Restatement (Second) of Torts* § 561. *Defamation Of Corporation*, a) y comment a). Así, en *Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd*, de 1993, se estableció que las corporaciones comerciales tenían derecho a solicitar tutela judicial frente a imputaciones difamatorias que pudieran lesionar o perjudicar la gestión de sus negocios (“*a trading corporation is entitled to sue in respect of defamatory matters which can be seen as having a tendency to damage it in the way of its business*”); y en *Jameel v Wall Streer Journal Europe*, de 2007, el Tribunal sostuvo que la reputación de una corporación comercial era un activo valorable protegido por la “*law of defamation*” (“*its reputation is [...] a commercial asset*”).

difamación para las empresas dado que no tienen reputación en su acepción personal, por lo que no pueden ser difamadas por palabras que sí afectarían la reputación de un individuo; sin embargo, no cabe duda de que posee una reputación comercial que toma la forma de crédito, honestidad, eficiencia o similares<sup>1068</sup>, valores todos ellos que pueden ser ofendidos de distinta forma, como sucede con las alegaciones que manchan la honestidad o la limpieza de los métodos de una empresa (*London Computers Operators Training Ltd v BBC*, de 1973), o que perjudican la posición financiera o la eficiencia de la compañía, sin que se requiera prueba de un daño especial<sup>1069</sup>; o que imputan insolvencia, dificultades financieras, impago de deudas, la insalubridad de los productos, participación en comportamientos criminales, o que alegan que sus anuncios publicitarios son engañosos, o que ha despreciado o “se ha burlado” de sentimientos y valores públicos, o que ha tratado deshonestamente a los clientes, o que ha impuesto precios desorbitados<sup>1070</sup>; lo anterior no puede conducir al extremo de actuar frente a declaraciones sobre las malas formas (“*ill-manners*”) de una empresa (métodos indecentes o vulgares, “*indecent or vulgar manners*”), dado que ello sería una injuria contra los sentimientos, y las empresas y sociedades mercantiles carecen “de alma” (“*soulless*”)<sup>1071</sup>.

Advertido lo anterior, debe precisarse que las afirmaciones difamatorias contra los directivos o los empleados de una empresa no constituyen una difamación de la empresa misma; así, no difama a un periódico la

---

<sup>1068</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 359.

<sup>1069</sup> También son difamatorias insinuaciones sobre la insolvencia de una empresa (*Metropolitan Slaalon v Hawkins*, de 1859) o afirmaciones tales como que el consejo de una empresa está formado por enemigos extranjeros (*Lyons v Lipton*, de 1914).

Como se señaló antes, en este punto la *Defamation Act* de 2013 ha incorporado un cambio substantivo en el ámbito del derecho inglés. La sección 1(2) establece que sólo habrá difamación contra una entidad con fines benéficos (“*body for profit*”) cuando se hayan producido daños y éstos puedan concretarse en una pérdida económica seria (“*serious financial loss*”). Sobre este extremo, más ampliamente, *vid. infra* Capítulo IV.6.3.1.2.

<sup>1070</sup> Casos jurisprudenciales recogidos por ELDER, D. A.: *Defamation ...*, op. cit., pp. 1-13 a 1-16.

<sup>1071</sup> *South Hetton Coal Company v North East News*, de 1894; *Dexter’s Hearthside Restaurant, Inc. V. Whitehall Co.*, Massachusetts, de 1987. El Comité sobre la Difamación, al entender que la única injuria que podía dirigirse a una empresa debía afectar a sus activos y que, consiguientemente, su reputación sólo podía ser dañada cuando tuviera un reflejo económico (“*when the injury sounds in money*”), propuso que se concediera a las empresas acción por difamación exclusivamente cuando hubieran sufrido un daño especial y las palabras difamatorias fueran susceptibles de causar perjuicios económicos (*Report...*, op. cit., parágrafo. 342: “*Summary of recommendation: a) No action for defamation should lie at the suit of any trading corporation unless such corporation can establish either (i) that it has suffered special damage, or (ii) that the words were likely to cause it pecuniary damages*”).

descalificación de su editor como degenerado e inmoral (*Adirondack Record v. Lawrence*, New York, de 1922); la difamación de los empleados o agentes, sin embargo, puede difamar a la empresa cuando “alcanza también al método por el cual la empresa gestiona sus negocios”<sup>1072</sup>.

c.2) Respecto de las sociedades no mercantiles, el criterio se vuelve más oscuro, aunque parece dominar la interpretación de que también ellas (como el consejo de un distrito metropolitano -*Bognor Regis UDC v Champion*, de 1972-, o una asociación de caridad -*Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd*, de 1993-) pueden accionar a fin de proteger su reputación. Precisamente siguiendo con el ejemplo de asociaciones de caridad o sin ánimo de lucro (religiosas o educativas), debemos añadir que aunque no busquen beneficio alguno, pueden depender de ayuda económica pública por lo que un ataque a su reputación afectaría sus actividades en la medida en que interferiría negativamente en su estima pública<sup>1073</sup>.

c.3) En cuanto a los cuerpos o entes políticos (“*governmental bodies*”) y autoridades locales (“*local authorities*”), el caso *Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd*, de 1993, estableció en el derecho inglés una línea jurisprudencial fundamental e invariablemente sostenida: la atribución a las entidades políticas de la posibilidad de demandar por difamación suponía concederles un inmenso poder para sofocar cualquier atisbo de críticas a sus decisiones, lo cual constituiría una “intolerable interferencia en la libertad de expresión que disfrutaban los ciudadanos”<sup>1074</sup>. Dicho pronunciamiento deja intacto, sin embargo, el derecho a que cualquier miembro individual del cuerpo político que haya podido sentirse directamente afectado por declaraciones difamatorias,

---

<sup>1072</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 561.b). *Defamation Of Corporation, comment b*).

<sup>1073</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 561.b). *Defamation Of Corporation*.

<sup>1074</sup> *Derbyshire CC v Times Newspapers Ltd*, de 1993, “*it would be a serious interference with the free expression of opinion hitherto enjoyed...*”. El mismo planteamiento rige para las empresas estatales o públicas que, en tanto establecidas por el Gobierno y sometidas a control ministerial, carecen de legitimación para interponer acción por difamación, como se sentenció en *British Coal Corporation v National Union of Mineworkers*, de 1996, respecto de la cadena pública BBC. La aplicación de estas mismas consideraciones llevó a denegar la legitimación para accionar en defensa de la reputación en el caso *Goldsmith v Bhoynul*, de 1997, a un partido político desde la creencia de que en el “libre mercado de ideas” de una sociedad democrática, los partidos políticos debían someterse a la crítica pública desinhibida (“*uninhibited public criticism*”), tal y como nos recuerdan ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., pp. 116 y 117.

accione en su propio nombre; tan es así que la propia legitimación del individuo para demandar refuerza la consideración de denegar tal posibilidad al cuerpo político<sup>1075</sup>.

Respecto a Estados Unidos, la posición jurisprudencial es la misma. Como apunta SMOLLA, el *leading case* en esta materia fue *City of Chicago v. Tribune Co.*, de 1927, en el que el Tribunal Supremo de Illinois sentenció que el ejercicio de una acción por difamación por la ciudad “no concuerda con el espíritu americano ni tiene lugar en la jurisprudencia americana” en tanto es un principio del gobierno americano “que la gente tenga derecho a disentir de la actuación gubernamental sin miedo de ser llevada ante los tribunales por la manifestación de sus opiniones”<sup>1076</sup>. Esta línea se ha mantenido invariable y ha sido consolidada por algunos de los casos más célebres de la historia judicial de Estados Unidos, como *New York Times v. Sullivan*, de 1964, en el que el Tribunal Supremo recordó que no había lugar para la persecución por libelo en el sistema jurisprudencial americano y que un ataque impersonal contra la actuación del gobierno no podía generar una acción por libelo del funcionario responsable de la actuación<sup>1077</sup>. La razón es sencilla: de permitirse accionar al Gobierno o a las entidades públicas, la crítica pública se silenciaría con el miedo a la sanción económica y con ello se golpearía el corazón del espacio constitucionalmente protegido de la libertad de expresión (*Port Arthur Independent School Dist. v. Klein & Associates Politicas Relations*, Texas, de 2002).

c.4) Respecto de los sindicatos (“*trade unions*”) y la mayor parte de las asociaciones sin una forma jurídica determinada (“*unincorporated associations*”<sup>1078</sup>), debe descartarse la posibilidad de que, como tales entidades,

---

<sup>1075</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 213 y 214.

<sup>1076</sup> SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012, p. 4-126.56.

<sup>1077</sup> *New York Times v. Sullivan*, de 1964: “[...] of an otherwise impersonal attack on governmental operations into a libel of an oficial responsible for those operations; [...] strikes at the very center of the constitutionally protected area of free expression”. Posteriormente, otras sentencias ratificaron el mismo criterio: *Rosenblatt v. Baer*, de 1966, *Cox Enterprises, Inc. v. Carroll City/County Hospital Authority*, Georgia, de 1981, *Dean v. Dearing*, Virginia, de 2002, *Atlanta Humane Soc. v. Mills*, Georgia, de 2005. Selección jurisprudencial de SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 4-126.56 a 4-126.65.

<sup>1078</sup> Esto es, asociaciones que no constituyen una entidad legal, en palabras de NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., p. 47.

recurran a la justicia en defensa de su reputación frente a imputaciones difamatorias. Ciertamente es que con anterioridad a 1974 eran consideradas como colectivos con personalidad cuasi jurídica en el derecho inglés (“*quasi-corporate personality*”), sin embargo, tras la entrada en vigor de la “*Trade Union and Labour Relations Act*” de 1974 y el caso *EETPU v Times Newspapers*, de 1980 que aplicó esta normativa, el generoso criterio de asimilar los “*trade unions*” a una persona jurídica a los efectos de acciones por difamación, quedó desterrado<sup>1079</sup>. En Estados Unidos, por el contrario, la legitimación de las organizaciones sindicales sigue intacta (*Daniels v. Sanitarium Ass’n*, de 1963).

### 6.2.3 Requisitos para el ejercicio de una acción por difamación

Para solicitar tutela judicial frente a declaraciones difamatorias el demandante debe probar tres extremos, tres circunstancias que operan como requisitos para el éxito de la acción, ya sea “*libel*” o “*slander*”, si bien en el caso del “*slander per quod*” (y del “*libel per quod*”, una vez fue institucionalizada la división en dos categorías de la acción por “*libel*”), como ya apuntamos, se exige la condición ulterior de demostrar que la afirmación difamatoria causó un perjuicio valorable en términos económicos, un daño especial.

Los requisitos son tres: a) la difamación debe ir referida al demandante; b) las palabras empleadas deben tener un contenido o significado difamatorio; c) la difamación debe haberse publicado.

#### 6.2.3.1 Identificación del demandante: la doctrina “*of and concerning*” y las difamaciones no intencionadas

Evidentemente, nadie puede reclamar tutela judicial por ofensas a su reputación cuando tales ofensas no fueron dirigidas contra esta persona. A la inversa, el demandante de tutela jurisdiccional debe demostrar que la difamación tenía por destinatario a su persona concreta. Tal extremo resulta sencillo de demostrar en la

---

<sup>1079</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 215; ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 117.

mayor parte de las ocasiones dado que las palabras enjuiciadas se referían nominalmente al demandante para difamarlo.

La regla general en el “*Common Law*” impone que la difamación se refiera al difamado y vaya dirigida contra él; tal exigencia se concreta en el requisito “*of and concerning*”<sup>1080</sup>. Puede observarse cómo la compilación *Restatement of Tort (Second)* suscribe este criterio si realizamos una lectura conjunta de las disposiciones 558, 559 y 564; la primera señala que la responsabilidad por difamación requiere, entre otros requisitos, una “declaración falsa y difamatoria concerniente a otra persona (“*concerning another*”)”<sup>1081</sup>; la segunda dispone que “una comunicación es difamatoria si tiende a lesionar la reputación de otra persona (“*the reputation of another*”)”<sup>1082</sup>; y, finalmente, la tercera establece que una comunicación difamatoria se entiende hecha contra el demandante cuando “correcta, o incorrecta pero razonablemente, se considerada dirigida contra él”<sup>1083</sup>.

La exigencia de tal requisito es imprescindible para garantizar la protección de la libertad de expresión y restringirla únicamente cuando exista serio peligro de difamación dirigida contra una persona cierta y determinada. Y no se trata únicamente de una regla inspirada en los principios generales del “*Common Law*” sino que, como señala SMOLLA, también deriva de las exigencias de la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La doctrina “*of and concerning*” se desprende de la I Enmienda, constituye derecho constitucional americano e informa el régimen jurídico de la difamación en la medida en que contribuye a conectar los dos valores protegidos por tal normativa, reputación y libertad de expresión, de este modo: el requisito “*of and concerning*” impone una limitación a toda acción por difamación obligando al demandante a demostrar que de un modo directo y definido era la persona contra la que se dirigía la difamación y aquella cuya reputación resultó dañada por el ataque

---

<sup>1080</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 173; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-119; SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-64-12.

<sup>1081</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 558. *Elements Stated*: “*To create liability for defamation there must be: (a) a false and defamatory statement concerning another*”.

<sup>1082</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 559. *Defamatory Communication Defined*: “*A communication is defamatory if it tends so to harm the reputation of another as to lower him in the estimation of the community or to deter third persons from associating or dealing with him*”

<sup>1083</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 564. *Applicability Of Defamatory Communication To Plaintiff*: “*A defamatory communication is made concerning the person to whom its recipient correctly, or mistakenly but reasonably, understands that it was intended to refer*”.

difamatorio<sup>1084</sup>. De lo contrario, si se permitiera interponer acción por difamación aun cuando la referencia al supuesto difamado fuera leve o difusa, especialmente en el caso de una crítica contra la actuación de las autoridades públicas que algún funcionario tomara como dirigida contra él personalmente, se estaría amenazando gravemente a la sociedad (*Blatty v. N. Y. Times Co.*, California, de 1986), permitiendo convertir un ataque impersonal contra la actuación de una entidad pública en un ataque directo y personal a cualquiera de los funcionarios integrados en este cuerpo (*New York Times v. Sullivan*, de 1964).

La identificación del demandante como destinatario de la difamación resultará exitosa cuando, a la luz de las pruebas presentadas, pueda afirmarse razonablemente que las palabras difamatorias se referían a él. Se trata del test o prueba que se formula del siguiente modo en inglés: *would reasonable persons believe that the words referred to the plaintiff?*<sup>1085</sup> Desde esta perspectiva, no parece complicado aceptar que el demandante era la persona difamada cuando el difamador se refirió a él empleando su apodo, las iniciales de su nombre, la primera y última letra de su nombre, o mediante alusiones históricas, alegóricas o ficticias<sup>1086</sup>. Pero es más, para eludir la responsabilidad que pudiera derivarse de este test o razonamiento, el demandado no podrá alegar que no tenía la intención de referirse al difamado ni, incluso, que desconocía su existencia. Esto es, una vez admitido que una persona razonable, a la que no se le exige un conocimiento profundo y detallado del asunto (*Morgan v Odhams Press Ltd*, de 1971), podría entender dirigidas las palabras difamatorias al demandante, la intención del demandado carece de toda importancia, tal y como se manifestó en *Hulton v Jones*, de 1910, cuando el juez advirtió que el demandado no podía excusar su comportamiento alegando que escribió las palabras con una intención benévola o que no había oído hablar antes del demandante, dado que en ambos casos, su intención maliciosa se infería de lo que había hecho<sup>1087</sup>.

---

<sup>1084</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-64. 116.

<sup>1085</sup> *Vid.*, entre otros, CAREY, P.: *Media...*, op. cit., p. 43; ROGERS, W. V. H.: "The protection ...", op. cit., p. 63. Jurisprudencialmente, *Sims v. KIRO, Inc.*, Washington, de 1978.

<sup>1086</sup> Así se ha establecido en diversos pronunciamientos, recogidos por MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., p. 183; *Every evening Printing Co v Buller*, de 1906; *Roach v Garvan*, de 1742; *Hurt's Case*, de 1714, y *R v Clerk*, de 1729.

<sup>1087</sup> *Hulton v Jones*, de 1910, "Just as the defendant could not excuse himself from malice by proving that he wrote it in the most benevolent spirit, so he cannot know that the libel was not of and concerning the plaintiff by proving that he never heard of the plaintiff. His intention in both respects equally is inferred from what he did". En Estados Unidos, *Granger v. Time, Inc.*, Montana, de 1977. Así, PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 772.



Aun cuando la referencia al difamado no se efectúe mediante alusiones directas, ya sea a través de su nombre u otras modalidades de éste, antes apuntadas, puede haber responsabilidad para el demandado si el demandante prueba que las palabras ofensivas se referían a él indirectamente, a través de insinuaciones o alusiones soterradas. Se trata de la “*innuendo defamation*”. En tales casos, el demandante deberá demostrar ateniéndose al resto de circunstancias relevantes (“*additional background facts*”) o hechos extrínsecos (“*extrinsic facts*”), que la insinuación ofensiva era susceptible de ser entendida como referida o dirigida a su propia persona, desde la perspectiva de una persona razonable familiarizada con el demandante<sup>1088</sup>. En definitiva, para cumplir con la exigencia de que la difamación debe dirigirse personalmente al difamado, éste podrá probar tal extremo recurriendo a las propias declaraciones del difamado, a otras declaraciones previas y adicionales, al contexto social (o incluso el bagaje cultural medio<sup>1089</sup>), a testigos e, incluso, a personas que no fueran testigos pero que pudieran contribuir a aclarar que la comunicación iba referida al demandante<sup>1090</sup>.

Todos estos elementos conforman un régimen ciertamente restrictivo de “responsabilidad estricta” (“*strict liability*”); se trata de un farragoso entramado que perfila una situación altamente desequilibrada a favor de la protección del demandante, que se siente difamado y lesionado en su reputación, arropado por un férreo sistema de responsabilidad estricta en el que la intención del demandado es irrelevante, y en el que el único criterio que prevalece es la comprensión razonable que pueda hacer la figura artificial del “receptor”. PROSSER lo explica de un modo elocuente: “el efecto de este régimen de responsabilidad estricta sitúa a las palabras impresas, escritas o habladas en la misma posición que el uso de explosivos o la custodia de animales peligrosos”<sup>1091</sup>. En el *Restatement of Torts (Second)* se sintetiza acertadamente este principio. Si desde la perspectiva del receptor (“*recipient*”) que ha de juzgar las declaraciones (“una persona razonablemente normal”, según el estándar inglés, o “una fracción de la población sustancial y respetable”, conforme al criterio americano) se entiende que la comunicación difamatoria iba dirigida contra el demandante, se estimará cumplido el

---

<sup>1088</sup> CALLENDER SMITH, R.: *Press ...*, op. cit. p. 9; COLLINS, M.: *The Law...*, op. cit., p. 125; NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan...*, op. cit., p. 23.

<sup>1089</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 198.

<sup>1090</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-124. No obstante, no siempre se ha admitido la declaración de un testigo afirmando que la declaración difamatoria iba dirigida al demandante y los tribunales, en tales casos (*Middlebrooks v. Curtis Pub. Co.*, 4th Cir, de 1969), han entendido que la difamación no podía entenderse razonablemente dirigida a él.

<sup>1091</sup> PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 773.

requisito “*of and concerning*”, cualquiera que fuera la verdadera intención del demandado<sup>1092</sup>, haciendo responsable de difamación en tal caso a este último por actuación temeraria o negligente (“*recklessness or negligent*”) al no tener en consideración que la difamación podría ser entendida como dirigida al demandante<sup>1093</sup>. Consecuencia de lo anterior, el demandado será responsable de difamación aunque no hubiera sido su intención cometerla si el receptor considera razonablemente, aunque de manera incorrecta, que la difamación se dirigía contra la víctima<sup>1094</sup>. Así pues, el único límite para suavizar el régimen de responsabilidad estricta reside en la “razonabilidad” de la interpretación por parte del receptor; en otras palabras, una referencia no intencionada generará responsabilidad si la comprensión o entendimiento del receptor es “razonable”<sup>1095</sup>.

Continuando con lo anterior, podría suceder que el receptor creyera razonablemente que la difamación iba dirigida contra el demandante en virtud de hechos o circunstancias extrínsecas (“*extrinsic facts*”), que el demandado, sin embargo, no pudo tener en cuenta. En este punto emergen las *difamaciones no intencionales* (“*non-intentional or unintended defamation*”), que no generan responsabilidad. Aparece aquí la única vía de escape para declarar la irresponsabilidad del demandado. El ejemplo paradigmático de esta flexibilización del régimen de estricta responsabilidad fue *O’Shea v MGN*, de 2001, en el que se interpuso demanda contra unos anunciantes de servicios pornográficos en Internet que emplearon la foto de una modelo que resultaba ser bastante parecida a la demandante, quien alegaba que incluso sus familiares y amigos habían creído que era ella la verdadera actriz del anuncio, hecho que evidenciaba la relación entre la difamación y la demandante. El tribunal, no obstante, advirtió que siendo la fotografía una parte esencial del periodismo, no podía exigirse al informador que comprobara que las imágenes que empleara no recordaran a una persona (hecho extrínseco) que pudiera resultar difamada por el contexto de la fotografía, dado que lo

---

<sup>1092</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 564. *Applicability Of Defamatory Communication To Plaintiff*, comment b): “If the communication is reasonably understood by the person to whom it is made as intended to refer to the plaintiff, it is not decisive that the defamer did not intend to refer to him”.

<sup>1093</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 564. *Applicability Of Defamatory Communication To Plaintiff*, comment f): “The Supreme Court holds that there must be intent, recklessness or negligence on the part of the defamer”.

<sup>1094</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 564. *Applicability Of Defamatory Communication To Plaintiff*.

<sup>1095</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-66.3; PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 773.

contrario constituiría una injerencia injustificable en la libertad de expresión<sup>1096</sup>. De este modo, si el demandado consigue probar las circunstancias antes indicadas (en nuestro caso, el hecho extrínseco difícilmente anticipable de que las imágenes recordaran a otra mujer), habrá acreditado encontrarse en un supuesto de *difamación no intencionada*, extremo que podrá alegar como medio defensivo para eludir el castigo. No obstante, y con ello concluimos, aún las difamaciones no intencionales pueden ser contrarrestadas por el demandante difamado si éste pudiera probar que el demandado fue negligente al no anticiparse a aquellos hechos que conducirían ulteriormente al receptor a entender que la difamación iba razonablemente dirigida contra el difamado<sup>1097</sup> (en el ejemplo anterior, si la difamada -la modelo- pudiera probar que el demandado debería haberse anticipado a la eventualidad de que la imagen elegida evocara el recuerdo de la modelo difamada).

Hasta el momento, hemos estudiado la identificación del demandante, es decir, la referencia de la difamación al demandante individual; sin embargo, la difamación podría efectuarse contra una clase o amplio grupo de personas que compartan algún rasgo característico (gremios o profesiones), surgiendo entonces la pregunta de si tal difamación es accionable. La regla general sostiene que no existe acción por difamación contra un grupo o una clase de personas porque la condena no podría razonablemente entenderse como referida a cada uno de los miembros del grupo o la clase y porque el desprecio o menosprecio en que consiste la difamación es demasiado difuso para producir un riesgo serio de lesión a la reputación de cada individuo del grupo<sup>1098</sup>. Tal decisión responde a dos razones fundamentalmente; por una parte, una decisión de política procesal, a fin de evitar la proliferación incontrolada de litigios y, por otra, los costes que se desencadenarían para la libertad de expresión<sup>1099</sup>. Con esta decisión político-legislativa y procesal puede entenderse que personas unidas por la

---

<sup>1096</sup> Sentencia comentada por CAREY, P. y VEROW, R.: *Media ...*, op. cit., p. 114, y que establecía que “it would impose an impossible burden on a Publisher if he were required to check if the true picture of someone resembled someone else who because of the context of the picture was defamed”.

<sup>1097</sup> *Restatement of Tort (Second)* § 564. *Applicability Of Defamatory Communication To Plaintiff*, comment f): “It is therefore necessary for the plaintiff to prove that a reasonable understanding on the part of the recipient that the communication referred to the plaintiff was one that the defamer was negligent in failing to anticipate”.

<sup>1098</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-89; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-139; SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 368. Así ha sido establecido en *Kennedy v. Children’s Serv. Soc’y of Wis*, 7<sup>th</sup> Cir. De 1994; *Golden N. Airways, Inc. v. Tanana Publ’g Co.*, 9<sup>th</sup> Cir. De 1954.

<sup>1099</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-127; DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 208.

nacionalidad, la raza o la religión no hayan podido ejercer con éxito la acción por las difamaciones cometidas contra su grupo<sup>1100</sup>.

En el derecho inglés no se concede a los integrantes de tales grupos la posibilidad de accionar en defensa de su reputación lesionada ya que las difamaciones no iban dirigidas contra el demandante concreto e individualmente determinado (*Knupffer v London Express Newspaper*, de 1944), a no ser que el grupo opere como una entidad cohesionada y disciplinada, bajo una estructura de mando (*Jackson v T.C.N. Channel 9 Pty Ltd*, de 2001). Por supuesto, la mencionada regla general conoce excepciones que suelen pivotar en torno a la circunstancia de si la difamación contra el grupo viene dotada de suficiente referencia hacia uno de sus miembros como para admitirse lesionada su concreta reputación<sup>1101</sup>.

En el derecho de los Estados Unidos, esta cuestión se regula desde una perspectiva más flexible. La obra *Restatement of Torts (Second)* reconoce la posibilidad de accionar individualmente por difamación cuando el ataque se dirige a un grupo, si concurre alguna de las dos siguientes circunstancias. En primer lugar, cuando el grupo es lo suficientemente pequeño como para entender razonablemente que la difamación se dirige a un miembro<sup>1102</sup>. Este supuesto se puede explicar desde la perspectiva inversa: “en virtud de la regla aplicable del *common law*, el corazón de una acción por libelo grupal es el daño individual, de modo que a medida que el tamaño del grupo en cuestión crece, el efecto lesivo se diluye, hasta el punto de que el daño cae más allá del ámbito legalmente protegido”<sup>1103</sup>. Así pues, frente a las difamaciones contra grupos pequeños puede accionarse más fácilmente y con más éxito que frente a los ataques a grupos más amplios; sin embargo, ya en el ámbito de un grupo pequeño, la difamación dirigida a algunos de los miembros de un grupo es menos susceptible de ser accionada que si se dirige al grupo en su conjunto<sup>1104</sup>. La razón de esta primera posibilidad estriba, no tanto

---

<sup>1100</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 379; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-139.

<sup>1101</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 190 a 196.

<sup>1102</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 564A. *Defamation Of A Group Or Class*, a. Así, una difamación dirigida contra un grupo demasiado grande no puede ser accionable por no tratarse de un ataque dirigido o referido a una persona del grupo (*O'Brien v. Williamson Daily News*, Kentucky, de 1990). En otro caso, llamar a todas las trabajadoras de una empresa (en número de 382) “prostitutas” (“*call girls*”) no podía dar lugar acción de difamación (*Neiman-Marcus v. Lait*, New York, de 1952).

<sup>1103</sup> Texto de “Group Vilification Reconsidered 89, *Yale LJ* 308, 310-311, citado por SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 372, nota al pie nº 6.

<sup>1104</sup> Así, PROSSER, W. L.: *Handbook ...*, op. cit., p. 751; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-126.

en la forma de la difamación, cuanto en su significado y efectos; así, la clave reside en si la publicación difamatoria levanta una sospecha seria tan efectiva sobre todos los miembros del grupo como para que el demandante como individuo se sienta incluido, quedando en tal caso autorizado para interponer la acción<sup>1105</sup>. El *Restatement of Torts (Second)* precisa a continuación, sin embargo, que incluso aunque la difamación se dirija sólo contra parte de un grupo pequeño, aun podría ser accionable si existiera un alto grado de sospecha de que la misma se dirige contra el individuo que acciona<sup>1106</sup>.

En segundo lugar, puede accionarse frente a una difamación grupal cuando de las circunstancias (o evidencias extrínsecas) que rodean la publicación difamatoria puede deducirse razonablemente que se dirige a una persona en concreto<sup>1107</sup>. También en este segundo supuesto el *Restatement of Torts (Second)* matiza que bajo la cláusula de “las circunstancias” podría justificarse que se accione contra una alegación difamatoria de un grupo amplio y ofrece como ejemplo la acusación de que “todos los abogados son unos leguleyos” que podría ser difamatoria contra uno de ellos si fue el único presente cuando se profirió la afirmación y si por el contexto de la conversación previa puede entenderse razonablemente que va dirigida contra ese abogado en concreto<sup>1108</sup>.

Con las indicaciones formuladas a los dos supuestos, concluyen DOBBS, HAYDEN y BUBLICK que el *Restatement of Torts (Second)* viene a reconocer y a dar carta de naturaleza a la práctica de algunos Tribunales estatales, como el de Oklahoma (en *McCullough v. Cities Service Co.*, 4th Cir, de 1984) y Nueva York (en *Brady v. Ottaway Newspapers, Inc.*, New York, de 1981), que aplican un método de aproximación de varios factores (“*multi-factor approach*”) para determinar si puede accionarse una difamación grupal: tamaño y grado de organización del grupo, intensidad de la sospecha, importancia del grupo y del propio individuo dentro de él<sup>1109</sup>.

---

<sup>1105</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 210.

<sup>1106</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 564A. *Defamation Of A Group Or Class*, comment c).

<sup>1107</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 564A. *Defamation Of A Group Or Class*, b.

<sup>1108</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 564A. *Defamation Of A Group Or Class*, comment d).

<sup>1109</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., pp. 211 y 212; también así SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 371.

### 6.2.3.2 Significado difamatorio de la declaración

El segundo extremo que debe quedar acreditado por el demandante que ejerce la acción por difamación se refiere al contenido ofensivo de las expresiones. Una vez establecidas las pautas interpretativas para determinar si una afirmación puede atentar contra la reputación y ser, consiguientemente, difamatoria, corresponde estudiar si (a) desde la perspectiva social o colectiva las palabras escritas o pronunciadas (b) son susceptibles de difamar a la persona a la que se dirigen y a la que se refieren.

En primer lugar, debemos aclarar la dimensión de esa “perspectiva colectiva”; en otras palabras, qué referencia valorativa se toma, quién es el juzgador social. Siguiendo el estudio de SMOLLA, podemos apuntar que el criterio tradicional del “*Common Law*” concentró su atención en el impacto o los efectos que una imputación difamatoria tiene en los destinatarios de la misma (“*recipients of the communication*”) para determinar si la comunicación es o no difamatoria<sup>1110</sup>. A partir de aquí, el derecho inglés y el derecho americano han seguido métodos distintos para aproximarse a ese “destinatario”. El derecho inglés alumbró la fórmula tradicional, que ha seguido empleando: la sociedad en su conjunto representada o concretada en el juicio de una persona razonable: es el test del entendimiento razonable (“*reasonable understanding*”) o de la persona media (“*average person*”) o razonablemente normal (“*ordinary reasonable person*”). Desde esta perspectiva, por ejemplo, que un cura irlandés delatase a un grupo de católicos insurgentes no podía constituir difamación pues la denuncia pública por una persona de las actividades criminales cometidas por parte de otras personas no puede ser difamatorio desde el entendimiento de una persona razonablemente normal (*Mawe v. Pigott*, de 1869)<sup>1111</sup>.

En Estados Unidos, por el contrario, no rige plenamente el criterio del “*right-thinking*” en consonancia con la filosofía de la Constitución que prohíbe al Gobierno tomar posición en la regulación del discurso decidiendo qué opiniones son “correctas” (“*right*”) y cuáles son “equivocadas o falsas” (“*wrong*”) <sup>1112</sup>. El distanciamiento entre el criterio inglés y el americano se fraguó en la sentencia del caso *Peck v. Tribune*, de

---

<sup>1110</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 4-8.

<sup>1111</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 4-9 y 4-10.

<sup>1112</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 188.

1909, en el que el juez HOLMES rechazó resolver el problema desde la perspectiva de las mayorías y de los principios inamovibles para, en su lugar, sujetarlo a la “estima de una parte importante y respetable de la comunidad”<sup>1113</sup>. Tal perspectiva ha sido matizada sustancialmente por el *Restatement (Second) of Torts* descartando que se trate de una cuestión de mayorías y, ni mucho menos, de la comunidad entera y cada uno de sus miembros, sino que el grupo de referencia deberá ser respetable (identificado con los valores socialmente aceptables, no anti-sociales o contrarios a los comúnmente reconocidos por las políticas públicas) y sustancial (no un grupo pequeño) de la sociedad<sup>1114</sup>. Jurisprudencialmente se ha añadido también que tal grupo no puede ser excesivamente pequeño por más que la publicación fuera a él dirigida (como sentenció el Tribunal Supremo de Estados Unidos en *Horne v. Matthews*, de 1977); tal declaración concuerda con la exigencia mencionada de una minoría “sustancial”, representativa.

La ley ha establecido dos tipos de modalidades de significados o contenidos ofensivos en una acción por difamación: a) el significado natural y ordinario; b) el significado alusivo o por insinuación (“*innuendo*”), unido a las llamadas “difamaciones por implicación” (“*defamation through implication*”).

Según *Lewis v Daily Telegraph*, de 1964, “lo que el hombre normal podría inferir sin necesidad de un especial conocimiento ha sido generalmente denominado el significado natural u ordinario de las palabras”<sup>1115</sup>; o, siguiendo la fórmula de *Charleston and Another v News Group Newspapers Ltd and Another*, de 1995, este

---

<sup>1113</sup> *Peck v. Tribune*, de 1909: “*If the advertisement obviously would hurt the plaintiff in the estimation of an important and respectable part of the community, liability is not a question of a majority vote. We know of no decision in which this matter is discussed upon principle. [...] That it will be known by a large number and will lead and appreciable fraction of that number to regard the plaintiff with contempt is enough to do her practical harm*”. De parecida forma sostuvo el Tribunal Supremo de Apelaciones del Primer Circuito (*Stanton v. Metro Corp.*, 1st Cir., de 2006), que la determinación del significado difamatorio de una afirmación no es una cuestión numérica de mayorías. Así lo ha recogido la doctrina; *vid.*, entre otros, ELDER, D. A.: *Defamation ...*, op. cit., p. 1-24.

La diferencia no es sustancial a efectos prácticos, de manera que aunque en *Peck v. Tribune* se sentara el criterio de “una parte importante y respetable de la comunidad”, ello no impidió que todavía en otros pronunciamientos posteriores a 1909 (por ejemplo, en *Sydney v. MacFadden Newspaper Publ'g Corp.*, New York, de 1926, o *Kimmerle v. N.Y Evening Journal, Inc.*, New York, de 1933) se siguiera el planteamiento tradicional del “*right-thinking people*”, y sin que ello creara además ningún problema práctico.

<sup>1114</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 559, *comment e*. También así ELDER, D. A.: “Defamation: General considerations”, *Defamation: A Lawyer's Guide* (11/4/2013), p. 1.

<sup>1115</sup> *Lewis v. Daily Telegraph*, de 1964, “*what the ordinary man would infer without special knowledge has generally been called the natural and ordinary meaning of the words*”.

significado es aquel que, incluyendo cualquier referencia que pueda ser inferida<sup>1116</sup>, transmitirían las palabras a la concepción (mentalidad, mente; “*mind*”) de un lector normal, razonable e imparcial<sup>1117</sup>. Consecuentemente, a partir del significado natural de las palabras no es preciso que el demandante pruebe su perfil difamatorio en tanto, desde la óptica de una persona razonable, ya es tenido como tal. Y dicha óptica o perspectiva es la propia de un lector u observador que reúna estas características, de conformidad con la sentencia de *Hart v Newspaper Publishing Plc*, de 1989: no puede ser ingenuo ni excesivamente suspicaz, ha de ser capaz de leer entre líneas y de tener un pensamiento suelto (libre), no debe ser ávido de escándalos y no debe inclinarse por el contenido difamatorio de una expresión cuando otras interpretaciones no difamatorias son posibles igualmente. De una forma más metafórica, el lector ordinario es aquel que no vive en una *torre de marfil* (“*ivory tower*”, según *Rubber Improvement Ltd v Daily Telegraph Ltd*, de 1964) o, en otras palabras, una “criatura híbrida, que no se sienta atado por las reglas de comprensión de un abogado y que, al propio tiempo, tenga las debidas dosis de sentido de imparcialidad”<sup>1118</sup>.

En otras ocasiones, por el contrario, las palabras empleadas por el demandado pueden parecer inocentes en sí mismas consideradas, esto es, atendiendo a su significado natural u ordinario, pero devienen en última instancia difamatorias por esconder un significado ofensivo que puede ser descubierto o sacado a la luz recurriendo a otros hechos, circunstancias o conocimientos. Entonces, cuando el sentido difamatorio de las palabras no se desprende de las palabras mismas ni puede extraerse de los conocimientos generales de un hombre ordinario, sino que depende de hechos o circunstancias que sólo algunos hombres o clases de hombres pueden conocer, se habla de una difamación por *insinuación cierta o legal* (“*true or legal innuendo*”, bautizado así, entre otros por *Grubb v Bristol United Press*, de 1963, o *Lewis v Daily Telegraph*,

---

<sup>1116</sup> Como sostiene la sentencia *Jones v Skelov*, de 1963, cualquier inferencia que un lector razonable no guiado por un especial sino general conocimiento y no encadenado por ninguna estrecha norma legal, podría extraer de las palabras. La fuente de tales inferencias puede ser la ubicación de las palabras en una información periodística, o el tipo de letra o su tamaño (*English and Scottish Co-operative Properties Mortgage and Investment Society Ltd v Odhams Press Ltd*, de 1940), o el modo en que se han publicado o proferido las declaraciones difamatorias, así como los gestos o expresiones faciales que acompañaban al difamador cuando cometió los hechos (*Broome v Agar*, de 1928).

<sup>1117</sup> *Charleston and Another v News Grpuo Newspapers Ltd and Another*, de 1995, “... to the mind of the ordinary, reasonable and fair-minded reader”

<sup>1118</sup> ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, op. cit., p. 63, “... a sort of hybrid creature, not trammelled by the lawyer’s rules of construction, but on the other hand having at least some basic sense of fairness”.



de 1964)<sup>1119</sup>. Aquí la insinuación conecta la publicación meramente aparente con los hechos extrínsecos que la dotan del contenido difamatorio. En estos casos, el demandante debe intentar mostrar que un lector normal, razonable e imparcial podría calificar como difamatorias las declaraciones si estuviera dotado de algunos conocimientos especiales o si conociera el vocabulario técnico o argot o si dominara un idioma extranjero, sin que tenga mayor relevancia la intención o los conocimientos del difamador y sin llegar al extremo de extender el sentido de la publicación convirtiendo una declaración inocente en difamatoria<sup>1120</sup>. Desde esta perspectiva, se comprende que la carga de la prueba recaiga sobre el demandante que debe acreditar de modo claro, convincente e inequívoco que la publicación pretendía implicarle en una determinada situación con el resultado de lesionar su reputación<sup>1121</sup>.

Estamos, por lo tanto, ante dos extremos que hay que ponderar debidamente: no se trata de hacer una interpretación retorcida de las palabras para atribuirles un significado difamatorio que no tienen, ni ser ingenuos en exceso e ignorar la carga lesiva que puede tener un enunciado si se profundiza mínimamente en su significado. Esta pugna representa, a juicio de SMOLLA, uno de los aspectos más polémicos en los litigios por difamación en Estados Unidos. Por un lado, señala este autor, los demandados (normalmente, informadores de los medios de comunicación) presionan a los tribunales para desterrar la figura del “*libel*” por insinuación (“*innuendo libel*”) desde el bien entendido de que es insostenible una reclamación por libelo en la que el lenguaje empleado es literalmente cierto, aun cuando lo que pudiera leerse “entre líneas” pudiera ser difamatorio. Frente a ellos, los demandantes esperan de los tribunales que se ajusten a una figura tradicional y consolidada en el “*Common Law*” que sería desnaturalizada si se concediera a los medios de comunicación demandados la oportunidad de esquivarla recurriendo a la trampa de la difamación “*innuendo*” y

---

<sup>1119</sup> NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan...*, op. cit., p. 19.

<sup>1120</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-104; CAREY, P.: *Media...*, op. cit., 42. Así también *Restatement (Second) of Torts* § 563. Meaning Of The Communication, *comment f*); y SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 306.

<sup>1121</sup> Como se estableció en *Stones River motors, Inc. V. Mid-South Pub. Co.*, Tennessee, de 1983, uno de los elementos de prueba en las acciones por difamación por insinuación era el “*colloquium*”, entendido como la demostración que corresponde al demandante de que el lenguaje estaba dirigido o se refería a sí mismo. Por tanto, el “*colloquium*” es la operación mediante la cual el demandante cumple con la carga de la prueba y acreditación de que el contenido difamatorio de la declaración enjuiciada se refería él. *Vid.*, así, SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 305.

formulando afirmaciones de hechos que no son directamente falsas, pero que poseen un efecto altamente destructor de la reputación individual<sup>1122</sup>.

Otro supuesto ilustrativo de las difamaciones por insinuación es el de la difamación por omisión (“*defamation by omission*”). En el caso *Memphis Pub. Co v. Nichols* (Tennessee), de 1978, se condenó a un periódico por informar de un caso de asesinato cometido por una mujer sobre su marido y otra señora a quienes descubrió en su domicilio, dando a entender que se trataba de un supuesto de adulterio, pero omitiendo intencionadamente que en la escena había otros dos vecinos. El Tribunal advirtió que aunque los hechos informados eran correctos y efectivamente acaecieron, el tratamiento informativo era difamatorio al insinuar como probables unos hechos que se demostraron falsos. Por consiguiente, en los casos de difamación por omisión la clave reside en determinar si el material omitido (o “una intencionada y sugestiva yuxtaposición de hechos verdaderos”<sup>1123</sup>) habría aportado información suficiente como para interpretar de un modo completamente distinto la noticia, eliminando así cualquier rastro difamatorio, o si, por el contrario, aun con la publicación del material omitido, el sentido difamatorio de la noticia habría seguido presente, en cuyo caso la omisión no tendría mayor relevancia a efectos jurídicos.

Para desentrañar esta obtusa cuestión se han desarrollado a nivel jurisprudencial diferentes métodos de aproximación o reglas<sup>1124</sup>. Así, debe aplicarse la regla de la “construcción razonable” (“*reasonable constructed rule*”) que aboga, sencillamente, por interpretar una comunicación del modo correcto o erróneo, pero razonable, en que el destinatario entendió que se profería; en Illinois rige la regla de la “construcción inocente” (“*innocent constructed rule*”) sentada en la sentencia *Chapski v. Copley Press*, de 1982, según la cual “una afirmación escrita u oral debe considerarse en su contexto, con las palabras e implicaciones derivadas de su significado natural y obvia; así entendida, si la afirmación puede interpretarse inocentemente como dirigida a alguien distinto del demandante, no es accionable *per se*”<sup>1125</sup>, lo cual cierra el paso a

---

<sup>1122</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 4-40.3 y 4-40.4.

<sup>1123</sup> *Turner v. KTRK Television, Inc.*, (Texas), de 2000: “*by omitting material or suggestively juxtaposing true facts*”.

<sup>1124</sup> Reunidas, entre otros, por SANFORD, B. W.: *Libel ...*, op. cit., pp. 4-28 a 4-36.

<sup>1125</sup> Por su contenido contradictorio y efectos confusos, se muestra crítico contra esta regla SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 4-40.37 y 4-40.43.

buscar una interpretación forzada de la declaración para extraer una lectura inocente<sup>1126</sup>; o, finalmente, la regla de “una sola vez” (“*single instance rule*”), operativa en Nueva York, Florida y otros Estados, que propone partir de la inherente falibilidad humana para perdonar aquellas imputaciones difamatorias que normalmente atribuyen ignorancia o error a un hombre de negocios y que se han hecho por error o después de una actuación negligente “en una sola ocasión” (*Amelkin v. Commercial Trading Co.*, New York, de 1966), pero sin que ello degenera en un comportamiento “carente de toda ética periodística” (*Allen v. CH Energy Group, Inc.*, New York, de 2009) o sin que se trate de una “imputación general de incapacidad o impericia, que vaya más allá de un mero error humano” (*Celle v. Filipino Reporter Enters., Inc.*, 2nd Cir., de 2000), aun cuando todo ello pueda constituir una actuación aislada.

Si el sentido difamatorio de las palabras aflora indirectamente a través de inferencias o implicaciones de las palabras publicadas sin ayuda de ningún hecho extrínseco, estamos ante una *insinuación falsa o común* (“*false or popular innuendo*”), la cual, a diferencia de la insinuación verdadera que da origen a una causa judicial adicional que debe sumarse a la que tiene origen en el contenido difamatorio de las palabras en atención a su simple significado ordinario o natural (*Watkin v Hall*, de 1868), no da derecho a una acción separada<sup>1127</sup>.

### 6.2.3.3 Publicación

Tras acreditar (i) que las declaraciones representaban un ataque contra su reputación, ya fuera porque la víctima resultaba degradada en la estima generalmente compartida por la sociedad o porque se desprestigiaba su forma de realizar su oficio o gestionar su negocio, (ii) que las declaraciones difamatorias se dirigían contra su persona, designándola claramente o de forma indirecta, (iii) que el carácter difamatorio de las declaraciones emanaba del significado natural u ordinario de las palabras empleadas o surgía de manera alusiva o por insinuación de las mismas, corresponde

---

<sup>1126</sup> *Sweeney v. Sengstacke Enters., Inc.* (Illinois), de 1989. El origen de esta regla se encuentra en la doctrina tradicional inglesa “*mitiur sensus*”, que apostaba por la interpretación o el significado más favorable, como recuerdan SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 307.

<sup>1127</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 96 y 97.

finalmente al demandante demostrar (iv) que las palabras difamatorias fueron publicadas.

En *Pullman Hill & Co Lord Esther MR*, de 1891, se dijo que el concepto *publicación* se refería al “modo en que el asunto difamatorio se había puesto en conocimiento de una persona distinta de aquella a la que se refería y después de que tal asunto fuera escrito”<sup>1128</sup>. Parece evidente, así pues, que el vocablo *publicación* no debe analizarse desde una perspectiva comercial o formal, sino que, antes al contrario, está muy próximo al de *comunicación*, concepto éste más claro e inequívoco y que es el preferido, por ejemplo, en Escocia. La publicación tiene lugar, en definitiva, cuando una persona intencionada o negligentemente toma parte o autoriza la comunicación del material difamatorio, tal y como sostiene el *Restatement of Torts (Second)* § 577<sup>1129</sup>. Por la misma razón, la difamación no genera responsabilidad si ha sido no intencionada o accidental (“*unintended or accidental publication*”). Una interpretación del concepto *publicación* más extensiva, que diera cabida a la mera comunicación del contenido difamatorio sólo a la persona difamada, iría en contra del objetivo de protección de la reputación<sup>1130</sup> en los términos en que tal derecho fue definido y descrito anteriormente.

Esto advertido, la necesidad de intención o negligencia de la publicación no implica consideraciones relativas a la culpabilidad o lesividad, sino que únicamente importa a los efectos de comunicar la información a alguien, y, por tanto, ninguna

---

<sup>1128</sup> *Pullman Hill & Co Lord Esther MR*, de 1891, “*what is the meaning of “publication”? The making known the defamatory matter to prove it has been written to some person other than the person of whom it is written*”.

<sup>1129</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 577: “*Publication of a defamatory matter is its communication intentionally or by a negligent act to one other than the person defamed*”. Así, entre otros, COLLINS, M.: *The Law...*, op. cit., p. 67. Por ello, todas las personas que hayan desempeñado algún papel en la publicación de las declaraciones difamatorias responderán conjuntamente por sus actuaciones; incluso en el caso de los periódicos, no sólo el periodista que escribe la noticia, sino también el editor (“*editor or publisher*”), dejando a salvo a otros intermediarios en el proceso de distribución de los periódicos, como los vendedores de prensa o agentes de periódicos que no tienen la obligación de conocer el contenido difamatorio de lo que venden, siempre que demuestren que tomaron un cuidado razonable (o atención diligente) en relación con la publicación, como dispone la “*Defamation Act*” de 1996, quedando probado en tales casos que han sido víctimas de una distribución o diseminación inocente (“*innocent dissemination*”) de las declaraciones difamatorias. Así, COURTNEY C., NEWELL D. y RASAI AH, S.: *The Law of Journalism*, Butterworths, London/Edinburgh, 1995, p. 206; ROGERS, W. V. H.: “*The protection ...*”, op. cit., p. 65; también WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 21.

SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 2-77, recoge ejemplos jurisprudenciales de publicaciones negligentes: quien para sí mismo o para el difamado lee lo suficientemente alto como para que una tercera persona pueda escucharlo, o quien deja las afirmaciones difamatorias por escrito donde pueden ser leídas por una tercera persona.

<sup>1130</sup> STONE, R.: *Civil ...*, op. cit., p. 450.

relación guarda con el carácter difamatorio del material o con la veracidad o con la justificación de la conducta. Explican esta idea DOBBS, HYDEN y BUBLICK con el ejemplo siguiente: si digo a un amigo que cogiste una pistola en un banco, estoy publicando esa información aun cuando crea que es verdad la afirmación y no vea daño o ataque alguno en ella<sup>1131</sup>.

La prueba de la publicación-comunicación a una tercera persona de las declaraciones difamatorias corresponde al demandante. Sin embargo, en algunas circunstancias esta publicación se presume hecha, no siendo preciso que el demandante aporte dicha prueba. Así sucede, por ejemplo, cuando la publicación se produce por medio de un libro o un periódico o en el curso de una emisión retransmitida a una generalidad de personas<sup>1132</sup>.

Finalmente, debemos comentar algunas precisiones que realiza el *Restatement of Torts (Second)* en sede de publicación de la comunicación difamatoria: a) cada comunicación de la difamación a una persona por parte del mismo demandado da lugar a una publicación separada, sin embargo, una misma comunicación difamatoria escuchada por distintas personas al mismo tiempo da lugar a una única publicación<sup>1133</sup>; la responsabilidad por la *republicación* (o una segunda publicación; “*liability of republisher*”) se extiende a quien repite, *republica* (o publica sucesivas veces) una difamación en el mismo grado que quien la publicó originalmente<sup>1134</sup>; quien difunde o transmite una difamación publicada por una tercera persona responde sólo si sabía o tenía razones para saber que la información tenía carácter difamatorio<sup>1135</sup>.

---

<sup>1131</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 179.

<sup>1132</sup> NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan...*, op. cit., p. 33.

Los inabarcables perfiles de la sociedad de la información y la explosión de las nuevas tecnologías, especialmente Internet, convierten el requisito de la publicación de las declaraciones difamatorias en una mina de polémicas y de un casuismo exagerado y desorbitado (en relación con las clases de profesionales que intervienen en el proceso de la comunicación; los distintos soportes de la información, razón por la cual su estudio detallado no puede ser abordado en esta investigación). Para más información sobre este particular, COLLINS, M.: *The Law...*, op. cit., pp. 67 a 120; MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 141 a 181.

<sup>1133</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 577A. *What Constitutes Publication.*

<sup>1134</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 578. *Liability of Republisher.*

<sup>1135</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 581. *Transmission of Defamation Published by Third Person.*

#### 6.2.4 Defensas del demandado

Una vez el demandante haya conseguido acreditar cada uno de los extremos anteriormente comentados de su reclamación (que las declaraciones constituían un atentado contra su reputación y que tenían un contenido o significado difamatorio, que se dirigían contra su persona y que habían sido publicadas comunicadas a una tercera persona-) dejando constancia, con ello, de la viabilidad *prima facie* de la causa, llega el momento procesal del demandando. A éste le corresponde justificar su conducta: sostener con argumentos jurídicos la adecuación a derecho de su comportamiento en atención a títulos justificativos conforme a los cuales su actuación, a pesar de constituir objetivamente una difamación sancionable, queda exenta de pena por concurrir determinadas causas de justificación.

Los medios de defensa del demandado que procedemos a examinar en las páginas siguientes son éstos: a) las declaraciones eran verdaderas (“*truth*”); b) las declaraciones representaban un “comentario justo” (“*fair comment*”); c) las declaraciones fueron formuladas al amparo de un privilegio absoluto o cualificado (“*absolute or qualified privilege*”)<sup>1136</sup>; d) otros medios defensivos, tales como la publicación no intencionada.

##### 6.2.4.1 Verdad (“*truth*”, “*veritas*”)

El primer instrumento a disposición del demandado para justificar su conducta es la veracidad de sus declaraciones, que opera como un medio de defensa afirmativa (“*absolute and affirmative defense*”)<sup>1137</sup>. El *Restatement of Torts (Second)* § 581A se manifiesta en este sentido estableciendo que “quien publica una afirmación difamatoria no está sujeto a responsabilidad por difamación si la afirmación es verdadera”<sup>1138</sup>. Tal

---

<sup>1136</sup> Como hemos advertido en otras ocasiones, normalmente en relación con el estudio de las causas de justificación de las conductas atentatorias contra el honor en el conjunto de las legislaciones estatales europeas, ésta es una cuestión extensa y compleja, dotada siempre de un casuismo cuantitativamente inabarcable. En el marco del derecho angloamericano, los medios de defensa del demandado no constituyen una excepción a la regla general que acabamos de comentar, por lo tanto, a continuación se ofrecerá una perspectiva panorámica de las causas de de justificación de los ataques contra la reputación en el “*Common Law*”, sin aspirar a presentar un examen detallado y exhaustivo del mismo, meta que está fuera de los límites de esta investigación dado que no representa su fin prioritario.

<sup>1137</sup> KIONKA, E. J.: *Torts ...*, op. cit., p. 437; SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 5-3.

<sup>1138</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 581A. *True Statement*: “*One who publishes a defamatory statement of fact is not subject to liability for defamation if the statement is true*”.

posibilidad pone de relieve un rasgo inherente a las conductas difamatorias: las afirmaciones ofensivas han de ser falsas y se presumen falsas una vez demostrado su carácter difamatorio<sup>1139</sup>, de donde puede concluirse que la protección de la reputación a que aspiran las acciones por difamación sólo se extiende a la reputación merecida o justificada, a la “*justified reputation*”<sup>1140</sup>, conforme a la máxima de que la verdad justifica cualquier publicación, de modo que si una publicación se reputa como verdadera, no importa cuán privada sea, o humillante, o cuánto carezca de interés público<sup>1141</sup>. Por ello puede admitirse que “la verdad descansa en el corazón de la doctrina de la difamación en el *common law* y en el derecho constitucional (estadounidense)”, como afirma SACK<sup>1142</sup>. Mantenemos lo anterior hasta el punto de que resulta irrelevante que el difamador actuara con malicia (“*malice*”) para considerarlo culpable de difamación, pues si sus declaraciones fueron verdaderas, la motivación de su conducta pasa a segundo plano<sup>1143</sup>. En palabras del *Restatement of Tort (Second)* no “puede haber indemnización por daños por difamación de una afirmación verdadera aunque la afirmación se haya hecho sin justa causa (“*no good*

---

<sup>1139</sup> Así lo proclama el *Restatement of Torts (Second)* § 558.

<sup>1140</sup> STONE, R.: *Civil ...*, op. cit., p. 444. El Tribunal, en *McPherson v Daniel's*, de 1829, lo declaró contundentemente: “*the law will not permit a man to recover damages in respect of an injury to a character which he does not or ought not to possess*”.

<sup>1141</sup> RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy ...”, op. cit., p. 323. Tan cierto es que se protege sólo la *reputación justificada*, en el sentido de merecida o cierta, que el medio de defensa al que aludimos se denomina realmente “*justification*” o justificación. Tal nombre, sin embargo, no es muy acertado como ya se ocupó de manifestar el “Comité sobre la Difamación” (*Report...*, op. cit., parágrafos 127 a 129), ya que podría conducir al ciudadano medio a creer que la defensa implica demostrar que hubo una razón de peso para cometer el ataque a la reputación, el cual quedaría, de este modo, *justificado*, cuando, en realidad, el fundamento de esta causa reside en la verdad de las declaraciones difamatorias, que borra la antijuricidad del comportamiento. Por todo ello, como sostiene unánimemente la doctrina, es preferible la denominación “*truth*” o “*veritas*”, en lugar de “*justification*”, para referirse a este medio de defensa.

<sup>1142</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 3-2. Sin duda declaraciones y regulaciones como estas evidencian la distancia entre el Sistema angloamericano y algunos ordenamientos jurídicos de la Europa continental, particularmente el italiano y el español, en los que la verdad de las afirmaciones no cumple una función exculpatario tan decisiva, pues se entiende que no es el único interés en juego, sino también el honor, e incluso, que en ocasiones el honor debe prevalecer sobre la verdad.

<sup>1143</sup> Sólo hay una excepción a la regla de la irrelevancia de la intención o la malicia del demandado: cuando el difamado es un ex-convicto y la difamación tiene por objeto la causa criminal por la que fue condenado. En tal supuesto, el difamado puede alegar, con arreglo a la “*Rehabilitation of Offenders Act*”, de 1974, la malicia del difamador constatada en el hecho de pretender menoscabar su reputación evocando antiguas causas criminales cuyo recuerdo, como dicen ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 148, impide al ex-convicto dejar atrás su pasado criminal y le condena a vivir con ese lastre. Ciertamente, se trata de una limitación de la defensa del demandado, como reconoce STONE, R.: *Civil...*, op. cit., p. 451, pues no eludirá la pena probando que sus declaraciones eran verdaderas (aspecto irrefutable, en tanto éstas se basaban en una sentencia definitiva); no obstante, tal restricción es comprensible en la medida en que responde al objetivo socialmente deseable de la reinserción de los penados.

*purpose*”) y esté motivada en la mala voluntad (“*ill will*”) hacia la persona a la que se le comunica y se haya hecho con el único fin de causarle daño”<sup>1144</sup>.

Con carácter general recae sobre el demandado la carga de la prueba (“*burden of proof*”), circunstancia que puede ser criticada en tanto traslada el mensaje de que el demandado es culpable mientras no demuestre que es inocente, ya que resultaría comprensible que quien acusara fuera quien debiese presentar las evidencias en que sostiene tal acusación<sup>1145</sup>. Esto advertido, tal obligación debe matizarse en un triple sentido:

- a.1) a la baja: es suficiente con que la veracidad de los aspectos sustanciales de las declaraciones que constituyen el objeto de la causa haya quedado constatada (“*substantial truth*”), aun cuando haya aspectos meramente secundarios, adjetivos o adyacentes cuya adecuación a la realidad no haya podido acreditarse. En otras palabras, hay que probar el grueso de la acusación, “el aguijón de la difamación” (“*the sting of the libel*”) <sup>1146</sup>; y a la inversa, inexactitudes o errores menores (“*minor inaccuracies*”) no justifican accionar frente a una afirmación veraz <sup>1147</sup>;
- a.2) al alza: la prueba de la verdad debe alcanzar a cada una de las declaraciones difamatorias o de los cargos imputados, ya que de lo contrario el demandado seguirá siendo responsable de las acusaciones cuya veracidad no haya demostrado <sup>1148</sup>; es cierto, no obstante, que tal obligación se suaviza en el derecho inglés a la luz de la sección 5 de la “*Defamation Act*” de 1952, que consagra la defensa completa a favor del demandado a partir de una justificación simplemente parcial de sus declaraciones difamatorias que imputen dos o más cargos distintos,

---

<sup>1144</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 581 A, *comment a*). Es cierto, sin embargo, como informa SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 5-4 y 5-5, que a inicios del siglo XX algunos Estados de los Estados Unidos modificaron la regla general del “*Common Law*” introduciendo una limitación o matización a cerca de la validez de la verdad como medio de defensa: desplegaba efectos exculpatórios cuando la comunicación se hubiera producido con buena fe y con razones o fines justificados (“*justifiable ends or purposes*”), en ausencia de motivos maliciosos (“*malicious motives*”).

<sup>1145</sup> ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, op. cit., p. 66.

<sup>1146</sup> Por ello, los extremos que no integran la esencia o el núcleo de la acusación no necesitan ser probados. Así, *Edwards v Bell*, de 1824, “*as much must be justified as metes the sting of the charge, and if anything be contained in the charge, which does not add to the sting of it, that need not be justified*”. Así, SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 3-16.

<sup>1147</sup> *Veilleux v. Nat'l Broad. Co.*, 1<sup>st</sup> Circ., de 2000; *St. Surin v. Virgin Islands Daily News Inc.*, 3<sup>rd</sup> Circ., de 1994; *Lemons v. Chronicle Publishing Co.*, Illinois, 1994.

<sup>1148</sup> *Clark v Taylor*, de 1836, “*there can be no doubt that a defendant may justify part only of the libel containing several distinct charges ... But if he omits to justify a part which contains libelous matter, he is liable in damages for that which he has so omitted to justify*”.



siempre que la parte cuya veracidad no ha quedado probada “no lesione materialmente la reputación del demandante a la vista de la veracidad de los cargos restantes”<sup>1149</sup>;

a.3) al alza también: el demandado debe acreditar la veracidad de sus acusaciones, tanto si son interpretadas en su sentido natural u ordinario como si poseen algún contenido alusivo o toman la forma de insinuaciones (“*innuendo*”)<sup>1150</sup>.

Junto a las rigideces ya expuestas del régimen jurídico conforme al cual se articula el instrumento de la verdad como medio de defensa del demandado, debemos recoger otras dificultades que están igualmente presentes y que son apuntadas por ROBERTSON y NICOL, tales como el hecho de que la carga de la prueba recaea de lleno en el demandado, los elevados costes legales para la preparación de la defensa que resultan casi prohibitivos, la complicación de llamar a testigos que han muerto o que han abandonado su lugar de residencia o que requieren promesas de confidencialidad, la necesidad de contrarrestar el contenido difamatorio de las interpretaciones más descabelladas y exageradas que haya propuesto el abogado del demandante y que quizá considere razonables el tribunal o el jurado, y las presiones económicas favorables a concluir el caso dado que las minutas de los abogados rara vez superan las indemnizaciones obtenidas tras el juicio (en el caso de que se triunfe, eventualidad que no siempre sucede)<sup>1151</sup>. Ciertamente es que a favor del demandado, para que la “verdad salga a la luz” (“*truth will out*”), debe apuntarse la posibilidad de que su defensa se apoye en hechos surgidos con posterioridad a la publicación en virtud de la excepción del “descubrimiento de documentos” (“*discovery of documents*”), a favor de cuya máxima operatividad debe ofrecerse el demandante proporcionando cuantos documentos relevantes para el asunto en cuestión se hallen en su poder<sup>1152</sup>.

Lo explicado hasta ahora se corresponde con las reglas tradicionales del “*Common Law*”, que gobiernan todavía esta cuestión en el derecho inglés. Sin

---

<sup>1149</sup> Section 5, Defamation Act, de 1952, “... if the words not proved to be true do not materially injure the plaintiff's reputation having regard to the truth of the remaining charges”.

<sup>1150</sup> CAREY, P.: *Media ...*, op. cit., p. 48; NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., pp. 53 y 54. También DIAMOND, J. L., LEVINE, L. C. y STUART MADDEN, M.: *Understanding Torts*, Matthew Bender & Co., Inc, New York, 1996, p. 425.

<sup>1151</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., p. 145: “[...] crippling legal costs, [...] calling witnesses”, [...] most exaggerated meanings that their counsel consider... to maximize the insult and humiliation, [...] legal pressure to settle the case”.

<sup>1152</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., pp. 146 y 147.

embargo, la posición original se ha matizado parcialmente en Inglaterra (con la sentencia *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.*, de 2001, y ratificada posteriormente en *Jameel v. Wall Street Journal Europe Sprl*, de 2006), y se ha invertido por completo en el caso de Estados Unidos tras el célebre caso *New York Times v. Sullivan*, de 1974. Abordaremos las consecuencias de tales pronunciamientos en el siguiente epígrafe, en el marco de los nuevos desarrollos legislativos y jurisprudenciales del “*Common Law*”.

#### 6.2.4.2 Comentario justo (“*fair comment*”)

Este medio de defensa exige que la declaración en cuestión represente un comentario justo sobre un asunto de interés público, de modo que si el demandado demuestra que sus afirmaciones son susceptibles de concebirse propiamente como observaciones o comentarios justos (“*comments*”) y que éstos versan sobre asuntos públicos, su conducta no será castigada<sup>1153</sup>.

El privilegio del “*fair comment*” enlaza con las bases del régimen jurídico de la difamación en el “*Common law*”. Como señala SMOLLA, en origen toda expresión de opiniones tendente a lesionar la reputación sería accionable, con independencia de que la falsedad o veracidad de la misma pudiera ser determinada. Progresivamente, sin embargo, los tribunales reconocieron las rigideces de tal posición advirtiendo la necesidad de extender la protección a ciertos discursos valiosos que requieran afirmaciones valorativas no susceptibles de prueba conforme al estricto razonamiento deductivo del proceso judicial, bajo la cláusula del “*fair comment*” y que, de otro modo, quedarían proscritos. De esta forma, se institucionalizó el privilegio del “*fair comment*” respecto de opiniones basadas en hechos verdaderos que justificaran completamente la opinión manifestada, lejos de comentarios vertidos con “*actual malice*” o mala voluntad (“*ill will*”), como se sostuvo en la sentencia inglesa *Tabart v. Tipper*, de 1808. El privilegio del “comentario justo”, en definitiva, reconocía que una persona o una entidad podía expresar honestamente una opinión o comentario justo y razonable sobre asuntos de interés público, sin incurrir por ello en responsabilidad por difamación aunque hubiera causado daños al destinatario de sus afirmaciones<sup>1154</sup>.

---

<sup>1153</sup> ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, *op. cit.*, p. 69.

<sup>1154</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, *op. cit.*, pp. 6-6.3, 6-7 y 6-8; SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, *op. cit.*, pp. 297 y 298.

Corresponde analizar los requisitos que debe reunir una afirmación para ser considerada “comentario justo” y quedar amparada por el privilegio, atendiendo al estado actual de la cuestión en la jurisprudencia. El primer aspecto que debe ser aclarado se refiere al concepto de “*comment*”. La traducción por nosotros propuesta es *comentario* u *observación*; sin embargo, lo relevante no es tanto el término en sí mismo, cuanto saber distinguir los comentarios u opiniones frente a las declaraciones sobre hechos (“*comments/facts*”); en este punto, el privilegio que nos ocupa se refiere a los comentarios y no a las afirmaciones de hechos<sup>1155</sup>, si bien es cierto que tales comentarios deben estar fundados en hechos verdaderos y ciertos susceptibles de prueba, esto es, que se sostengan sobre bases fácticas (“*factual basis*”) establecidas por quien los formula o indicados por él mismo y que permitan al lector u oyente comprobar o reconocer el asunto al que se refiere el comentario<sup>1156</sup>.

En segundo lugar, el comentario debe ser *justo*, “*fair*”. Como sucedía con la veracidad como causa de justificación (ya estudiada), no debe interpretarse el adjetivo justo con excesivo rigor, imponiéndose que se trate de un comentario justo en el sentido más puro u objetivo, sino que la justicia del comentario debe acreditarse a la luz de la veracidad genérica de los hechos en que el comentario se basa. En otras palabras, el demandado no tiene que atraer al tribunal o al jurado hacia el sentido de sus observaciones, sino que ha de convencerlo de que el comentario puede razonablemente entenderse hecho por una persona honesta que expresa su opinión sobre un asunto de interés público y en cuya actuación no hay atisbo de malicia<sup>1157</sup>. La apreciación de la concurrencia del privilegio descansa, aquí, sobre las nociones de “razonabilidad” o “justicia” (“*reasonableness/fairness*”). Desde un punto de vista interrogativo, el test podría formularse en estos términos: ¿puede un hombre de espíritu honesto haber hecho

---

<sup>1155</sup> WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., pp. 28 y 29.

<sup>1156</sup> NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., p. 58; CRIPPS, Y.: *The Legal Implications of Disclosure in the Public Interest*, 2<sup>nd</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 1994, p. 230; STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England ...”, op. cit., p. 275; WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 30.

A la base fáctica alude también el *Restatement of Torts (Second)* § 566. *Expressions of Opinion*, cuando señala que una afirmación de opiniones puede dar lugar a difamación a pesar de no ser una afirmación de hechos, cuando tal opinión implique la alegación de hechos difamatorios en los que se base la opinión (“*A defamatory communication may consist of a statement in the form of an opinion, but a statement of this nature is actionable only if it implies the allegation of undisclosed defamatory facts as the basis for the opinion*”).

<sup>1157</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., pp. 149 y 150. El concepto malicia no debe interpretarse en su acepción más frecuente para nosotros relacionada con las motivaciones de la persona, sino que en el ámbito del “*fair comment*” la malicia implica, según CAREY, P.: *Media ...*, op. cit., p. 52, que el demandado no creía o confiaba honestamente en la veracidad de las opiniones que expresaba.

el comentario que finalmente se ha hecho en ese caso? Si la respuesta es afirmativa, entonces su comportamiento estará cubierto por la defensa del “*fair comment*”. En fin, como revelan diversos pronunciamientos jurisprudenciales en el derecho inglés, los comentarios exagerados, incluso *groseramente exagerados, perjudiciales u obstinados* (*Merivale v Carson*, de 1887), pueden entrar en el ámbito de aplicación de este medio de defensa, aun cuando no sean razonables ni justos, en tanto puedan valorarse como puntos de vista honestos o susceptibles de ser defendidos por una persona honesta (*Branson v Bower*, de 2001). El test se articula sobre la idea de la honestidad con que el demandante expresa sus opiniones, sin que importe la razonabilidad o moderación de las mismas<sup>1158</sup>. Por lo mismo, la destrucción de la honestidad del comentario viene de la mano de la malicia, siguiendo la fórmula de BARENDT: “la malicia vence al comentario justo”<sup>1159</sup>.

Finalmente, el contexto del interés público en que deben enmarcarse los comentarios constituye una cláusula un tanto indeterminada. Hay interés público en un asunto que incumba legítimamente a un amplio grupo de personas o que trate sobre lo que les sucede a ellos o a los demás<sup>1160</sup>. Dada la incorrección de la fórmula anterior, parece preferible seguir el criterio de ROBERTSON y NICOL, para quienes la determinación de lo que afecta al interés público resulta más sencilla desde una perspectiva negativa, siendo así que quedan excluidos de este espectro únicamente los casos de críticas sobre la vida privada de personas que no son figuras públicas; en conclusión, no todo lo que interesa al público se convierte por esta sola razón en interés público<sup>1161</sup>.

---

<sup>1158</sup> FLEMING, J. G.: *The Law of Torts*, 6ª edición, The Law Book Company Limited, Sidney, 1983, p. 558. También rechazando las interpretaciones de “fair” como *razonable, moderado o justo*, CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel...*, op. cit., pp. 110 y 111.

<sup>1159</sup> WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 30: “*the malice defeats fair comment*”.

<sup>1160</sup> CAREY, P.: *Media ...*, op. cit., p. 53, “*a comment will be on a matter of public interest if it concerns a matter which affects people at large, so that they may be legitimately interested in it, or concerned at what is going on or what may happen to them or to others*”.

<sup>1161</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., p. 155, “*the only cases where it has failed have been criticisms of the private lives of persons who are not public figures*”. Así, la vida privada de las personas públicas puede recibir la consideración de asunto de interés público en la medida en que la conducta privada haga referencia o tienda a arrojar luz sobre la aptitud de la persona para ocupar su oficio o cumplir con sus obligaciones (*Seymour v Butterworth*, de 1862; *Russel v Pawley*, de 1987). Ahora en palabras de CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck...*, op. cit., p. 107, los aspectos privados de la vida de un hombre que toma parte en los asuntos públicos sólo revisten interés público si tienen relación con su habilidad o cualificación para ejercer dicho empleo público (“*the private character of such a man is of public interest only if it has any bearing upon his ability or qualification for*

#### 6.2.4.3 Privilegios absolutos o cualificados (“*absolute or qualified privilege*”)

Los privilegios aluden a situaciones en las que el éxito de las acciones por difamación frente a quien pronuncia juicios que pudieran considerarse ofensivos, queda supeditado al examen de las circunstancias en que tales afirmaciones fueron alegadas, de tal modo que en algunas de estas ocasiones no cabe acción alguna contra un tercero (privilegio absoluto), mientras en otras, concurriendo también circunstancias privilegiadas, cabe interponer acción por difamación sólo si se puede probar que el supuesto difamador ha actuado con malicia (privilegio cualificado). Las notas que acabamos de describir evidencian el desacierto que supone referirse a este medio de defensa como *privilegio*, dado que el acento no debe ponerse en la *persona*, sino en la *ocasión*, por lo que resultaría más correcto emplear el término de *inmunidad*<sup>1162</sup>.

Como apunta ABRAHAM, la función última de los privilegios es otorgar un espacio al informador para que no incurra automáticamente en responsabilidad por difamación por el mero hecho de publicar afirmaciones falsas, sin atender a otras circunstancias aclaratorias o justificativas. Se trata de crear un “espacio de respiración” (“*breath space*”) a favor del informador a fin de evitar que el miedo a la responsabilidad jurídica por incurrir en afirmaciones falsas desaliente al periodista de intentar emitir informaciones verdaderas<sup>1163</sup>.

##### a) *Privilegios absolutos (“absolute privilege”)*

El fundamento de estas situaciones privilegiadas reside en la necesidad de proteger legalmente a las personas que tienen la obligación de hablar claro (“*speak out*”) sin el temor ni la amenaza de ser demandados por difamación. Hay ciertas ocasiones en que razones de interés superior aconsejan que las personas, especialmente los informadores, puedan hablar y escribir con una libertad no obstaculizada por el miedo real o imaginario a tener que responder por lo que han dicho<sup>1164</sup>.

---

*his public office*”); WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 29.

<sup>1162</sup> *Vid.*, por todos, ROGERS, W. V. H.: “The protection ...”, op. cit., p. 71.

<sup>1163</sup> ABRAHAM, K. S.: *The Forms ...*, op. cit., p. 267.

<sup>1164</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 156; CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel ...*, op. cit., p. 119.

El listado de situaciones amparadas por una inmunidad o un privilegio absoluto es muy extenso. Nos conformamos con recoger algunas de estas “ocasiones privilegiadas”: declaraciones pronunciadas durante los trámites parlamentarios (así, “*Bill of Rights*” de 1688 y *Restatement of Torts (Second)* §§ 590 y 590A<sup>1165</sup>), declaraciones contenidas en cualquier informe o documento ordenado por el Parlamento (según la “*Parliamentary Papers Act*”, de 1840), declaraciones hechas en el marco de procedimientos judiciales (ya sea por testigos, las partes procesales, el juez o el abogado), informaciones periodísticas sobre procedimientos judiciales (como dispone la “*Law of the Libel Amendment Act*, de 1888 y el *Restatement of Torts (Second)* §§ 585 - 589<sup>1166</sup>) o las declaraciones efectuadas entre altos funcionarios del Estado en el marco de sus relaciones profesionales<sup>1167</sup>.

*b) Privilegios cualificados (“qualified privilege”)*

El sistema del “*Common Law*” ha procurado reconocer desde hace tiempo la importancia de potenciar las declaraciones efectuadas desde el deber de cumplimiento de una obligación moral o social<sup>1168</sup>, protegiéndolas con sendos privilegios cualificados que las defenderán frente a acciones por difamación, salvo que tales afirmaciones hayan sido realizadas con malicia; en otras palabras, el demandado: a) debe creer que sus afirmaciones son ciertas, y; b) debe creerlo fundadamente (o, en el caso de algunas jurisdicciones estatales de los Estados Unidos, haber actuado temerariamente a la hora de afirmar la falsedad o veracidad de sus afirmaciones)<sup>1169</sup>. Dicho de otra forma, bajo el paraguas del privilegio absoluto se incluyen aquellas situaciones en las que se estime que el interés público o comunitario y el bienestar de la sociedad exigen que una persona pueda realizar manifestaciones que considere verdaderas, sin necesidad de probar que lo son, siempre que tal interés sea suficientemente fuerte como para justificar la anulación de la protección de la reputación ajena<sup>1170</sup> y siempre que tales

---

<sup>1165</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 590. *Legislators*; *Restatement of Torts (Second)* § 590A. *Witnesses in Legislative Proceedings*.

<sup>1166</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 585. *Judicial Officers*; *Restatement of Torts (Second)* § 586. *Attorneys at Law*; *Restatement of Torts (Second)* § 587. *Parties to Judicial Proceedings*; *Restatement of Torts (Second)* § 588. *Witnesses in Judicial Proceedings*.

<sup>1167</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 591. *Executive and Administrative Officers*.

<sup>1168</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., p. 157. DIAMOND, J. L., LEVINE, L. C. y STUART MADDEN, M.: *Understanding Torts, ...*, op. cit., p. 427.

<sup>1169</sup> KIONKA, E. J.: *Torts ...*, op. cit., p. 449.

<sup>1170</sup> STONE, R.: *Civil ...*, op. cit., p. 454; CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel...*, op. cit., p. 130.

manifestaciones no estén motivadas por el despecho personal, la mala voluntad, razones impropias o hayan sido efectuadas sin creer fundadamente en su veracidad. Potenciando por vía jurisprudencial los principios del “*Common Law*” sobre libertad de expresión y libertad de la prensa frente a otras reglas generales que restringieran el ejercicio de tales libertades<sup>1171</sup>, tal comportamiento buscaba en última instancia suavizar o flexibilizar la rigidez del sistema británico del “*defamation law*” en el que la ausencia de reconocimiento a nivel legal o constitucional de la libertad de expresión relegaba a este derecho a una posición secundaria.

En el derecho inglés, la sección 7 de la “*Defamation Act*” de 1952 contempla dos categorías de informes o declaraciones acogidas al privilegio cualificado: las declaraciones privilegiadas sin necesidad de explicación o rectificación (“*explanation or contradiction*”), y las que sí se someten a tal condición. Entre las primeras podemos citar los siguientes ejemplos: informes justos y precisos sobre procedimientos públicos en una asamblea legislativa de cualquier parte del mundo, informes justos y precisos sobre procedimientos públicos ante una corte judicial en cualquier parte del mundo, informes justos y precisos sobre procedimientos públicos relativos a las investigaciones realizadas por orden de un gobierno o una asamblea legislativa de cualquier parte del mundo en relación con una persona, informes justos y precisos sobre procedimientos públicos de cualquier parte del mundo sobre una organización internacional o una conferencia internacional. Entre las segundas, caracterizadas porque el demandado no podrá acogerse al privilegio en caso de haberse negado o no haber satisfecho adecuadamente la reclamación del demandante de publicar en el periódico en el que la publicación original fue insertada una explicación o rectificación sobre el asunto en cuestión (sección 7(2)), enumeramos los siguientes ejemplos: informes sobre eventos públicos, informes sobre procedimientos de las autoridades locales y copias y resúmenes de las noticias relativas al gobierno.

En el derecho americano, el *Restatement of Torts (Second)* §§ 593 y siguientes citan una lista de comunicaciones que estarán condicional o cualificadamente privilegiadas: a) cuando el demandado crea correcta o razonablemente que la información afecta a un interés suficientemente importante del demandado y sea útil o

---

<sup>1171</sup> WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 40.

esté al servicio del destinatario de la misma en protección de sus intereses<sup>1172</sup>; b) cuando el demandado crea correcta o razonablemente que la información afecta a un interés suficientemente importante del destinatario o de una tercera persona hacia la que el demandado tiene la obligación legal de publicar la información o tal publicación se entiende amparada por el estándar generalmente aceptado de una conducta decente<sup>1173</sup>; c) cuando el demandado crea correcta o razonablemente que comparte con otra persona un interés que ella tiene derecho a conocer<sup>1174</sup>; d) cuando el demandado crea correcta o razonablemente que el conocimiento de la información por parte del destinatario puede ayudar a proteger el bienestar de un miembro de la familia del demandado, o de la familia del destinatario o de una tercera persona, y el destinatario ha solicitado esa información o es una persona tal que la comunicación a ella de tal información se consideraría conforme a los estándares generales una conducta decente<sup>1175</sup>; e) cuando el demandado crea correcta o razonablemente que la información reúne un interés público suficientemente importante como para merecer su comunicación a una oficial público o a otra persona autorizada o privilegiada para emprender acciones en caso de ser cierta la información<sup>1176</sup>. Sin embargo, en cualquiera de estas situaciones el privilegio del demandado puede decaer en caso de que falle a la hora de demostrar que tenía una creencia honesta en la veracidad de sus afirmaciones, o al acreditar las razones objetivas o de peso que justificaban la veracidad de sus afirmaciones o, finalmente, si hubiera comunicado las afirmaciones a más gente de la estrictamente necesaria<sup>1177</sup>.

### 6.2.5 Otros medios de defensa

En el grupo que hemos denominado “otros medios defensa” se incluyen instrumentos de menor importancia que podemos estudiar brevemente:

- d.1) En primer lugar, el demandado puede alegar que la difamación fue hecha de forma no querida o no intencionada; se trata de la figura de la “*innocent dissemination*”, a la que ya nos referimos en páginas precedentes<sup>1178</sup>;

---

<sup>1172</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 594. *Protection of the Publisher's Interest.*

<sup>1173</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 595. *Protection of Interest of Recipient or a Third Person.*

<sup>1174</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 596. *Common Interest.*

<sup>1175</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 597. *Family Relationships.*

<sup>1176</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 598. *Communication to One Who May Act in the Public Interest.*

<sup>1177</sup> DIAMOND, J. L., LEVINE, L. C. y STUART MADDEN, M.: *Understanding Torts*, ..., op. cit., p. 427.

<sup>1178</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.6.2.3.1.



- d.2) En segundo lugar, existe una situación próxima a la comunicación inocente o no intencionada (“*innocent publication*”), prevista en la sección 4(5) de la “*Defamation Act*” de 1952, conforme a la cual la publicación habrá sido inocente si quien publicó las palabras difamatorias prueba que no tenía intención de hacerlo y que no conocía las circunstancias en las cuales las palabras podían ser entendidas como referidas al demandante, o que las palabras no eran difamatorias y que no conocía las circunstancias en las cuales las palabras podían ser entendidas como referidas al demandante; y, finalmente, en cualesquiera de los dos casos anteriores, demostrando que se comportó con todo el cuidado y atención razonables en relación con la publicación;
- d.3) En tercer lugar, la figura “*volenti non fit injuria*”<sup>1179</sup>, en la que el demandado debe probar que el demandante admitió o consintió la publicación frente a la que reclama, mediante la evidencia clara e inequívoca de una autorización del demandante de que consentía la publicación del demandando<sup>1180</sup>;
- d.4) Finalmente y en cuarto lugar, “*offer of amends*”, que podría traducirse al castellano como un *ofrecimiento para hacer la paz*. Contemplado en las secciones 2 a 4 de la “*Defamation Act*” de 1996, que modifica a su vez el régimen de la misma institución regulada en la anterior normativa de 1952, implica que el demandado que alegue que la publicación de las palabras difamatorias se hizo por su parte inocentemente, antes siquiera de intentar basar su defensa en cualquier otra circunstancia de las estudiadas hasta ahora, deberá prestarse a publicar por escrito una corrección adecuada (“*suitable correction*”) y las debidas disculpas (“*apology*”), junto a un compromiso de pagar los daños y las costas del proceso. Recae en el demandante la potestad de aceptar o rechazar el ofrecimiento: en caso afirmativo, concluirá el procedimiento iniciado o, de no haberse iniciado, no podrá interponerse acción, sin perjuicio de que continúen los debates en torno a la forma de ofrecer las disculpas y las cantidades económicas que deban ser pagadas; si el demandante rechaza el ofrecimiento, el procedimiento continuará, pero en tal caso el demandado podrá eludir la condena alegando, como defensa frente a la

---

<sup>1179</sup> Según la explicación de FRANK, W. F.: *The General Principles ...*, op. cit., p. 166, es una máxima latina en cuya virtud cuando una persona ha consentido la comisión de una infracción (“*tort*”), no puede a continuación interponer demanda por ello.

<sup>1180</sup> NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., p. 109.

“*defamatory act*”, que intentó el “*offer of amends*” al que se opuso el demandante, salvo que, finalmente, éste último sea capaz de demostrar que el demandado sabía o tenía razones para creer que las declaraciones efectuadas se referían al demandado y que eran falsas y difamatorias para su persona (sección 4 (1) (3)).

#### **6.2.6 Remedios (“*remedies*”): “*injunction*”, “*damages*”, “*imprisonment*”**

Sostiene FLEMING que “desde la perspectiva de muchos demandantes, la prevención de la difamación se considera infinitamente preferible a cualquier reparación final una vez el daño se haya producido”<sup>1181</sup>. En esta afirmación se contienen los remedios frente a las acciones por difamación que reconoce el “*Common Law*”: la orden de prohibición de una publicación difamatoria (“*injunction/interdict*”) y la indemnización por los daños ocasionados (“*damages*”).

Sobre el primero de los instrumentos, “*injunction*”, nos basta aquí con señalar que se trata de una orden concedida por el juez o tribunal para impedir una publicación o que se produzcan más publicaciones (repetición) del asunto por el que se demanda. El tribunal dará orden de prohibir la publicación si el demandante ha conseguido probar los siguientes extremos: a) que, *prima facie*, se está ante un supuesto de “*libel*” o “*slander*”; b) que el demandado amenaza con nuevas publicaciones difamatorias; c) que en caso de producirse definitivamente la publicación, el demandante sufriría una injuria que no podría ser completamente compensada con una indemnización por daños. No obstante, en la medida en que este mandato judicial podría degenerar en sutiles formas de censura, es preciso controlar el ámbito de extensión y los detalles (“*scope and details*”) de la orden judicial para seguir garantizando su adecuación constitucional<sup>1182</sup>.

Esto advertido, no cabe duda de que la figura de los daños, “*damages*”, constituye el remedio más importante del “*Common Law*” frente a las publicaciones difamatorias. Existen varias clases de indemnizaciones por daños: daños compensatorios (“*compensatory damages*”), daños agravados (“*aggravated damages*”)

---

<sup>1181</sup> FLEMING, J. G.: *The Law ...*, op. cit., p. 561.

<sup>1182</sup> CAREY, P. y VEROW, R.: *Media ...*, op. cit., p. 69; NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., p. 138; DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 345.

y daños ejemplares (“*exemplary damages*”)<sup>1183</sup>. Ofrezcamos a continuación algunas notas características de estas categorías advirtiéndole ya de la dificultad de realizar un análisis detallado de la cuestión dada la amplitud del tema y los objetivos por nosotros asumidos en este punto de la investigación.

La finalidad de los daños compensatorios, también conocidos como daños generales (“*general damages*”), es restablecer al demandante en la misma posición en que habría estado si la agresión o el daño (“*tort*”) no se hubiera producido<sup>1184</sup>, aunque difícilmente una indemnización económica puede reparar por completo una lesión de la reputación<sup>1185</sup>. Con ellos se pretende, por una parte, reparar el mal anulando el dolor causado por la falsa acusación y, por otra, enfatizar el valor del buen nombre que ha sido temporalmente manchado<sup>1186</sup>. La anterior aseveración evidencia la influencia del elemento subjetivo en el concepto de daño compensatorio, lo que explica, a su vez, la dificultad para establecer unas pautas objetivas conforme a las cuales el tribunal pueda acordar la suma final de la indemnización. A falta de un listado de criterios determinados por el legislador, los factores para el establecimiento del monto indemnizatorio son: a) el especial daño sufrido por la publicación, que no ha de ser demasiado remoto (según *Andrews v John Fairfax & Sons Ltd*, de 1980 y *Lara v. Thomas*, Iowa, de 1994; esto es, cualquier pérdida temporal o material valorada en términos económicos o susceptible de ser estimada en dinero); b) la gravedad de la ofensa a los sentimientos del difamado por el dolor (“*grief*”) y la aflicción (“*distress*”) de referirse a él en términos difamatorios (*McCarey v Associated Newspapers Ltd*, de

---

<sup>1183</sup> Existen otras dos modalidades de indemnizaciones por daños, pero de menor importancia y de irrisoria cuantía. Se trata, por un lado, de los daños despectivos (“*contemptuous damages*”), impuestos por el juez cuando estima que la acción por difamación nunca debería haberse ejercido, bien fuera porque la reputación del demandante era tan mala que no podía sufrir ningún daño, o bien porque la difamación frente a la que se recurre, aunque fuera técnicamente accionable, era absolutamente trivial; en esta modalidad de daños, el juez, que tiene la potestad para determinar la forma en que se satisfacen las costas del proceso por las partes, no tomará decisión alguna al respecto, dejando a las partes procesales que asuman sus propias costas. Vid. CARTER-RUCK, P. E., WALKER, R. y STARTE, H. N. A.: *Carter-Ruck on Libel...*, op. cit., pp. 166 y 167. Y por otro lado, en un nivel superior, encontramos los daños nominales (“*nominal damages*”) que otorga el tribunal cuando entiende que el sufrimiento causado ha sido mínimo. De modo que una pequeña suma (no superior a 100 £) constituye una reparación apropiada para restablecer el buen nombre del demandado. Así, ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media ...*, op. cit., p. 183.

<sup>1184</sup> Así se estableció en *Livingstone v Rawyards Coal Co*, de 1880, “... *put the party who has been injured, or who has suffered, in the same position as he would have been if he had not sustained the wrong for which he is now getting his compensation or reparation*”.

<sup>1185</sup> WESTKAMP, G.: *Privacy ...*, op. cit., p. 101, “*die persönlichen Ehre keinen wirtschaftlichen Gegenwert hat*”.

<sup>1186</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 180; MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley ...*, op. cit., pp. 230 y 231.

1965 y *Prozeralik v. Capital Cities Communications*, Nueva York, de 1992)<sup>1187</sup>; c) la extensión o alcance de la publicación<sup>1188</sup>.

La suma básica en que consisten los daños compensatorios puede verse incrementada, agravada en atención a la ofensa que el demandado provoca, a mayores de la propia difamación, cuando rehúsa publicar a tiempo una corrección o disculpa, o por defender su comportamiento en base a una actitud de manifiesta enemistad. Se impone en este caso una indemnización bautizada como daños agravados, que mantiene la esencia de los daños compensatorios, cual es el sufrimiento del demandante, pero incorpora un componente agravatorio que reprende al demandado por su modo de comportarse (*Rookes v Barnard*, de 1964)<sup>1189</sup>.

Por último, los daños ejemplares persiguen castigar al demandado por su deseo no oculto de agredir al demandante, así como enseñarle que tales ataques no resultan económicos<sup>1190</sup>. Este último aspecto es el que mejor refleja la esencia de los daños ejemplares o punitivos (“*punitive damages*”) que se imponen sobre el demandado que ha actuado calculando que su conducta le reportaría unos beneficios que excederían la compensación que debería satisfacer al demandante; precisamente por ello, la cantidad a que debe ascender este componente punitivo de los daños viene determinada por el mínimo necesario para castigar al demandado y mostrarle que la agresión no resultará, finalmente, beneficiosa (*Rookes v Barnard*, de 1964). Dicho esto, no podemos por menos que advertir las dudas que genera la figura de los daños punitivos en el “*Common Law*”, de los que se ha llegado a decir que constituyen una “*anomalía legal*”<sup>1191</sup> y que su “carácter punitivo choca con la finalidad compensatoria de los daños del mismo modo en que el aceite y el vinagre son incompatibles” (*Broome v Cassell & Co Ltd*, de 1972), “aunque a veces el aceite y el vinagre se vuelven aceptablemente compatibles en la salsa de vinagreta” (*The Gleaner Co Ltd v Abrahams*, de 2003)<sup>1192</sup>.

---

<sup>1187</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 623.

<sup>1188</sup> NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan...*, op. cit., pp. 127 a 129.

<sup>1189</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media...*, op. cit., p. 180; ROGERS, W. V. H.: “The protection ..., op. cit., p. 82. Los daños agravados se fundan en un actuar malicioso y ultrajante (“... a defendant has behaved malevolently and spitefully”), según PEDLEY, P.: *Essential Law* ..., op. cit., p. 133; en una conducta impropia, injustificable o carente de buena fe (*Triggell v Pheeney*, de 1951).

<sup>1190</sup> MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley* ..., op. cit., p. 246.

<sup>1191</sup> ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media* ..., op. cit., p. 182.

<sup>1192</sup> Metáforas de la jurisprudencia recogidas por ROGERS, W. V. H.: “The protection ..., op. cit., p. 83.

En Estados Unidos, el régimen de indemnizaciones por daños representa una de las cuestiones más complejas, debatidas y cuestionadas del “*defamation law*”. La tendencia a equivocarse los conceptos en esta materia, junto a una regulación ciertamente complicada, nos exige realizar una aproximación precisa y meticulosa. Además, los “*damages*” en Estados Unidos son una de las cuestiones sujetas a los cauces constitucionales, desde la sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, del Tribunal Supremo, de 1974; a partir de entonces, otros pronunciamientos profundizaron en la constitucionalización de las indemnizaciones por daños<sup>1193</sup>.

Retomando los remedios indemnizatorios o reparadores del “*Common Law*”, una vez impuesta la condena por daños, “*damages*”, el demandado puede eludir un mayor castigo en forma de daños punitivos y compensatorios acogiéndose a la figura de la retractación (“*retraction*”); en otras palabras, en el “*Common Law*” la retractación de afirmaciones o publicaciones difamatorias es una defensa, o defensa parcial, o puede utilizarse para “mitigar los daños”. El fundamento de este medio defensivo reside en la muestra de ausencia de malicia (“*lack of actual malice*”) o de mala voluntad (“*ill will*”) o de conducta atroz o escandalosa (“*outrageous conduct*”) por parte del demandado que pretende, de este modo, contrarrestar el inicial efecto lesivo de la reputación de sus declaraciones y futuros daños. Esto indicado, la regulación de tal cuestión debe ser cuidadosa para evitar veredictos de inconstitucionalidad de la normativa de retractación, en asuntos como el contenido o el momento de la retractación, así como la importancia de la corrección del editor que publicó la información<sup>1194</sup>.

Por último, hemos de indicar las sanciones previstas para los casos en que la acción por difamación se tramita por la vía criminal, pues no debemos olvidar que, aunque infrecuente, en determinados casos la publicación difamatoria puede ser un

---

<sup>1193</sup> Abordaremos el estudio de esta cuestión más adelante en el epígrafe dedicado exclusivamente a los desarrollos jurisprudenciales del “*defamation law*” en Estados Unidos. *Vid. infra* Capítulo IV.6.3.2.

<sup>1194</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., pp. 811 a 813; KIONKA, E. J.: *Torts ...*, op. cit., p. 437: “*a retraction by defendant is not a complete defense, but may be considered in mitigation of plaintiff's damages*”; DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 346; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 11-2.

MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., p. 135, se refiere al caso *Hoffman v. Washington Post*, de 1977 como un ilustrativo ejemplo de la retractación; se juzgaba la difamación por un periódico contra un entrenador personal de quien se decía que distribuía suplementos de proteínas. El tribunal consideró que la retractación del medio de comunicación reconociendo errores en su información y disculpándose de modo completo y franco, evidenciaba la ausencia de malicia en la conducta del informador

crimen (“*libel as a crime*”) <sup>1195</sup>. De acuerdo con la “*Libel Act*” de 1843 <sup>1196</sup>, sección 5, la publicación de un libelo difamatorio (“*publication of libel*”) es una agresión sancionable con prisión de hasta un año y/o una pena de multa determinada por el juez. Si la publicación se produce a sabiendas de su falsedad (“*publication of libel known to be false*”), la duración del periodo de reclusión es hasta dos años, junto a una pena de multa establecida por el juez (sección 4).

### **6.3 RECIENTES DESARROLLOS LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES. LAS PARTICULARIDADES EN INGLATERRA Y ESTADOS UNIDOS**

#### **6.3.1 Inglaterra**

##### 6.3.1.1 El caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd* y el periodismo responsable

La particularidad del régimen británico en materia de acciones por difamación se localiza en el ámbito de los privilegios. La radiografía del “*defamation law*” en el derecho inglés ofrecía un diagnóstico claro: el régimen jurídico de las acciones por difamación, alejado del mandato de la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, se guiaba por un método de enjuiciamiento más garantista de la reputación o, en general, de los otros intereses en juego, cuando alguno de éstos pugnaba con la libertad de expresión. Ello tomaba cuerpo fundamentalmente en la obligación a cargo del demandado de probar la veracidad de sus declaraciones como medio de defensa, dado que la falsedad de las mismas se presumía; desde la otra perspectiva, el demandante no debía acreditar más que el carácter difamatorio de las afirmaciones contra él dirigidas, a menos que las mismas representaran un “comentario justo” o estuvieran amparadas por algún privilegio; no existía, por tanto, protección por las leyes inglesas frente a las acciones por difamación que se emprendieran contra las críticas dirigidas a funcionarios públicos o personas públicas, deficiencia agravada con la

---

<sup>1195</sup> Sobre el fundamento del castigo por vía criminal o penal del ataque difamatorio y la infrecuencia con estos asuntos se han perseguido por lo criminal en el sistema del “*Common Law*”, *vid. supra* Capítulo IV.6.1.1.2.

<sup>1196</sup> Como recuerda n NEILL, B. y RAMPTON, R.: *Duncan ...*, op. cit., p. 151, con anterioridad a 1843, el “*Common Law*” no conocía límite a la duración de las penas de cárcel (“*imprisonment*”) previstas para la publicación de libelos difamatorios.

imposición de elevadas sanciones económicas<sup>1197</sup>. Tal situación probaba que la libertad de expresión gozaba de una influencia residual en el “*defamation law*” inglés en tanto sólo podía ser invocada como defensa, excepción o privilegio cualificado para imponerse sobre otros derechos legalmente reconocidos, en el bien entendido de que tales derechos debían ser protegidos a menos que una argumentación más poderosa, apoyada en la libertad de expresión, prevaleciera. Como conclusión, podía observarse la reticencia del ordenamiento inglés al reconocimiento de un privilegio cualificado a favor de los medios de comunicación en relación con afirmaciones o declaraciones difamatorias<sup>1198</sup>.

Si esta ha sido la imagen fija del “*defamation law*” inglés durante largo tiempo, demostrando una influencia relativa del valor de la libertad de expresión, debe señalarse que en los últimos años la doctrina de la libertad de expresión americana ha ido penetrando en el derecho inglés de modo que la libertad de expresión ha comenzado a jugar un papel cada vez mayor y más desestabilizador del equilibrio entre la reputación (u otros intereses en juego) y la libertad de expresión. La ocasión en que tal cambio se ha hecho más evidente ha sido el reciente y célebre caso *Reynolds v. Times Newspapers*, de 2001, aunque ya a lo largo de los años noventa dicha transformación inició su camino revelando cómo la libertad de expresión sobrevalaba la resolución de los casos atinentes a la difamación. Y la razón de tal cambio o evolución ha sido el desembarco de la doctrina jurisprudencial emanada del caso *New York Times v. Sullivan* y de la filosofía imperante en los Estados Unidos por mandato de la I Enmienda<sup>1199</sup>.

En este *leading case*, el Primer Ministro irlandés interpuso demanda por difamación contra la edición inglesa del diario *The Sunday Times*. Una investigación del periódico afirmaba que el Primer Ministro, Reynolds, había promovido la elección de

---

<sup>1197</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 1-14.2.

<sup>1198</sup> BARENDT, E.: *Freedom ...*, op. cit., pp. 41 y 219.

<sup>1199</sup> Entre otros, *vid.*, MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., pp. 44 y 45. El mismo autor advierte, con razón, que la doctrina *New York Times v. Sullivan* podía haber sido invocada por los tribunales ingleses desde 1964, año en que fue dictada la importante resolución, ya que ésta tenía efectos sobre todo el sistema jurídico del “*Common Law*”; sin embargo, hasta los años noventa los tribunales británicos estimaron que esta doctrina no representaba un cambio sustancial en su línea jurisprudencial que debieran incorporar. En la misma línea advierten WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 127, que la doctrina *Reynolds* no se estableció en un intento por seguir la estela del caso *Sullivan* e incorporar acriticamente el estándar americano, sino por el deseo de conceder una prioridad más intensa (“*higher priority*”) a la libertad de expresión como principio del “*Common Law*” y como derecho reconocido en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos.

*Harold Whelehan* como Presidente del Tribunal Supremo a sabiendas de que esta persona, que había ejercido anteriormente como abogado general defensor del Padre *Bernard Smythe* (acusado de abuso sexual de menores en el marco de una campaña de descubrimiento de tales sucesos en el seno de la Iglesia Irlandesa), no había dado la celeridad debida a la causa para la extradición del religioso y su posterior enjuiciamiento. El Primer Ministro, por el contrario, respondió que él no conocía tales datos procesales cuando propuso el nombramiento del Sr. *Whelehan* como Presidente del Tribunal Supremo y, por consiguiente, el artículo representaba un ataque difamatorio contra su persona en tanto le acusaba de haber engañado a la cámara legislativa.

Planteado el asunto, la Cámara de los Lores abordó un cambio sustancial en la doctrina sobre la libertad de expresión y la reputación en el ámbito del periodismo. La Cámara sostuvo que las normas del “*Common Law*” en el ámbito de la difamación ya reconocían un privilegio cualificado a los medios de comunicación cuando informaran sobre noticias de interés público, basado en la especial relación entre el informante y el receptor de la información supuestamente difamatoria<sup>1200</sup>; de este modo, no se trataba, por tanto, de incorporar la doctrina americana sentada en *New York Times v. Sullivan*, sino de acomodar (ampliar o ensanchar) el privilegio ya reconocido en la normativa inglesa a publicaciones que afectaran a intereses públicos legítimos<sup>1201</sup>.

El privilegio cualificado sobre el que la Cámara de los Lores apoya su doctrina pone el foco de atención en las cualidades de interés público de la publicación enjuiciada; la propia sentencia lo declara meridianamente, señalando que la aceptación “del privilegio cualificado requiere [...] que el asunto publicado sea de interés general”<sup>1202</sup>. Las cualidades a las que hemos aludido también fueron concretadas en la sentencia en un listado compuesto por diez requisitos: 1) seriedad de la alegación, en el

---

<sup>1200</sup> STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England ...”, op. cit., p. 273.

<sup>1201</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., pp. 45 a 47 y 206. Ello no constituía, sin embargo, un privilegio general respecto de toda información, con independencia de las circunstancias, dirigida al público en general sobre asuntos de interés público, pues en tal caso se estaría socavando la protección del derecho a la reputación a favor de una excesiva protección del discurso político (BARENDT, E.: *Freedom ...*, op. cit., p. 219) e impediría, al mismo tiempo distinguir asuntos de carácter público de otros de interés general (MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 46). *Vid.*, así también, WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., p. 128.

<sup>1202</sup> *Reynolds v. Times Newspapers Co., Ltd*: “the necessary condition of reliance on qualified privilege [...] is that the matter published should be one of public interest”.



sentido de que cuanto más grave es el cargo imputado, mayor es el perjuicio para la opinión pública y el afectado si la imputación es falsa<sup>1203</sup>, 2) la naturaleza de la información y la medida en que tal asunto concierne al interés general; 3) la fuente de la información; 4) los pasos dados para verificar la información; 5) la calidad de la información; 6) la actualidad o urgencia del asunto<sup>1204</sup>; 7) si la información proviene del demandante; 8) si el artículo refleja la perspectiva del demandante; 9) el tono del artículo, en el sentido de estar bien fundado y contrastado con consultas o llamadas sin convertir meras alegaciones en afirmaciones de hecho; 10) las circunstancias de la publicación, incluyendo los tiempos, los plazos<sup>1205</sup>.

De este modo, la doctrina *Reynolds* promueve el ejercicio de la libertad de información por los medios de comunicación al servicio del periodismo de investigación sobre asuntos que conciernen a la comunidad mediante la concesión del este privilegio cualificado frente a las acciones por difamación, conocido como “defensa *Reynolds*”. En la misma línea, atendiendo al argumento inverso, los requisitos mencionados conforman un decálogo del periodismo responsable (“*responsible journalism*”) que se opone a otras prácticas periodísticas que quedarían, consiguientemente, desamparadas de la protección de este privilegio cualificado. Nos referimos a actuaciones tales como el sensacionalismo, o la publicación de noticias sobre la base de fuentes de información de escasa credibilidad o en ausencia de contraste con la versión del demandante<sup>1206</sup>. Así pues, tras *Reynolds* la actuación responsable del informador se convertía en vía de escape para que éste quedara liberado de responsabilidad: ya no necesitaba probar la veracidad de las informaciones, sino que acreditando que se comportó conforme a los estándares del “periodismo responsable” era suficiente, aunque hubiera cometido un error o la verdad no pudiera ser

---

<sup>1203</sup> Por lo mismo, añaden STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England ..., *op. cit.*, p. 273, cuanto más seria es la alegación, mayor es la responsabilidad del periodista a la hora de ser diligente.

<sup>1204</sup> Al referirse a la urgencia, precisan STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England ..., *op. cit.*, p. 274, que los tribunales atienden preferentemente a la inmediatez del interés de la audiencia en la noticia y no al interés de la prensa en publicar la noticia, analizada ésta desde la presión competitiva del sector y de las empresas de la comunicación.

<sup>1205</sup> *Reynolds v. Times Newspapers Co., Ltd.*: “1) seriousness of the allegation [...]; 2) the nature of the information” [...]; 3) the source of the information [...]; 4) the steps taken to verify the information [...]; 5) the status of the information [...]; 6) the urgency of the matter [...]; 7) whether comment was sought from the plaintiff [...]; 8) whether the article contained the gist of the plaintiff’s side of the story [...]; 9) the tone of the article [...]; 10) the circumstances of the publication, including the timing”.

<sup>1206</sup> Ejemplos de casos de la jurisprudencia inglesa citados por WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, *op. cit.*, pp. 104 y 105; también en BARENDT: *Freedom ...*, *op. cit.*, p. 220.

mostrada<sup>1207</sup>. En otras palabras, paralelamente a la posición original del “*Common Law*” en la que la verdad o justificación funciona como una defensa absoluta para el demandado frente a la presunción de la falsedad de sus afirmaciones, el derecho inglés pasa a conocer un supuesto excepcional en el que a pesar de ser falsa la información (por haberse cometido un error) o no poder probarse la veracidad (por resultar imposible), el demandado queda libre de responsabilidad por difamación: cuando pruebe que su actuación o comportamiento hasta la publicación de la información ha respondido a los criterios o cánones del periodismo responsable (“*responsible journalism*”).

La doctrina *Reynolds* fue ratificada y clarificada ulteriormente por el Tribunal de Apelaciones en *Al-Faghi v. HH Saudi Research and Marketing (UK) Ltd* y en *Loutchansky v. Times Newspapers*, sendos casos resueltos en 2002, así como en *Jameel v. The Wall Street Journal Europe SPRL*, de 2007. En este último, la confirmación de *Reynolds* fue todavía más evidente en la medida en que, a pesar de contener el artículo periodístico en cuestión determinadas informaciones que no habían sido contrastadas con la versión de la parte contraria, representaba, sin embargo, un ejemplo de actividad periodística responsable ejercida en relación con asuntos de interés público; en definitiva, en palabras del propio Lord BINGHAM: “era la clase de periodismo neutral y de investigación para cuya protección existe el privilegio *Reynolds*”<sup>1208</sup>. Además la sentencia *Jameel* incidía en la extensión de efectos de la doctrina *Reynolds* al recordar que los criterios del test del periodismo responsable no constituían una lista exhaustiva y el demandado no estaba obligado a demostrar cada uno de esos extremos o factores para invocar exitosamente su defensa<sup>1209</sup>.

---

<sup>1207</sup> STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England ..., *op. cit.*, p. 274; MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>1208</sup> *Jameel v. The Wall Street Journal Europe SPRL*, de 2007: “*It might be thought that this was the sort of neutral, investigate journalism which Reynolds privileges exists to protect*”. Cuando en 2005 BARENDT publica su obra se muestra favorable a la solución a la que habían llegado las instancias judiciales previas a la Cámara de Lores (cuya solución última aun no había sido adoptada y habría que esperar dos años más) negando el privilegio cualificado a favor del periódico *The Wall Street Journal* al reprocharle que hubiera publicado la noticia sin concederle la oportunidad de presentar su propia historia. BARENDT: *Freedom ...*, *op. cit.*, p. 219, apoyaba tal solución en tanto protegía debidamente el derecho a la reputación del afectado al obligar al informador a someterse a los estándares del periodismo responsable en cuanto a la obligación de corroboración de las fuentes y de exposición de la versión del afectado. Por ello, podemos presumir que su opinión sería contraria a la solución definitiva de 2007 de la Cámara de los Lores en el caso *Jameel* habida cuenta la estimación final de la defensa a favor del periódico alegando que, en su conjunto, la publicación reunía los requisitos del periodismo responsable sentados en la doctrina *Reynolds*.

<sup>1209</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, *op. cit.*, p. 207.

### 6.3.1.2 *Defamation Act* de 2013

Entre los medios de comunicación, escritores, abogados, editorialistas, historiadores, académicos y científicos británicos, ha existido una vieja reclamación siempre desatendida por el Parlamento: la reforma del obsoleto régimen jurídico inglés de las acciones por difamación. Tal necesidad e histórica pretensión ha venido a ser cubierta por la *Defamation Act* de 2013.

La crítica general contra el pretérito estado del “*defamation law*” se centraba en la desprotección de los profesionales de la información que se veían amenazados por un régimen prohibitivo de multas y sanciones económicas que les desanimaba de ejercer su actividad periodística y de investigación (“*chilling effect*”), sobre la base de un planteamiento del “*defamation law*” excesivamente volcado en la víctima (“*victim-favorable*”)<sup>1210</sup>; y es que, efectivamente, conforme al derecho inglés y la posición original del “*Common Law*”, el demandado es culpable a menos que demuestre su inocencia, instalándose un régimen de responsabilidad estricta en el que quien publique la difamación será considerado responsable aunque crea razonada y honestamente en la veracidad de sus afirmaciones, y las haya publicado sin incurrir en negligencia<sup>1211</sup>; en este contexto, resultaba herido el derecho de la ciudadanía a recibir información sobre asuntos de interés público pues quienes debían proveer tales contenidos se hallaban silenciados y coartados. En conclusión, la libertad de expresión es un derecho humano fundamental que sólo puede restringirse en circunstancias especiales, pero tal realidad era impedida por la normativa inglesa. La opinión pública reclamaba una modesta liberalización de ciertas nociones y aspectos de las antiguas leyes inglesas sobre el libelo<sup>1212</sup>.

Para paliar esta situación de desamparo y reconducir el “*defamation law*”, tradicionalmente pensado para “los ricos y poderosos”, ahora a favor de los “intereses

---

<sup>1210</sup> GOLDMAN, E.: “UK’s New Defamation Law May Accelerate The Death Of Anonymous User-Generated Content Internationally”, <http://www.forbes.com/sites/ericgoldman/2013/05/09/uks-new-defamation-law-may-accelerate-the-death-of-anonymous-user-generated-content-internationally/> (11/06/2013).

<sup>1211</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 1-14.2.

<sup>1212</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 1-14.3.

de una sociedad democrática moderna”<sup>1213</sup>, representantes de los sectores críticos se reunieron en torno a la “Campana por la Reforma del *Libel Law*” (“*The Libel Reform Campaign*”) proponiendo ciertos cambios legislativos: obligación de la prueba de causación de daños, restricción de la legitimación para demandar a las entidades jurídicas con ánimo de lucro a menos que la difamación hay sido una falsedad maliciosa, limitación de las sanciones a un máximo de 10.000 libras, restricción de los casos sometidos a la jurisdicción de los tribunales ingleses para acabar con la consideración de Londres como “capital del turismo del libelo” (“*libel tourism*”), refuerzo de la defensa basada en el interés público y extensión del privilegio del comentario justo, entre otras medidas<sup>1214</sup>.

A continuación, analizaremos los cambios más relevantes teniendo presentes los objetivos de nuestro estudio:

1. La *Defamation Act* de 2013 introduce en la sección 1 (1) un cambio aparentemente sustancial señalando que “una afirmación no será difamatoria a no ser que su publicación haya causado o pueda causar un serio daño a la reputación del demandante”<sup>1215</sup>. Efectivamente, en teoría la novedad es relevante puesto que añade la necesidad de probar la producción del daño o su eventual surgimiento; sin embargo, en el plano práctico el cambio no tiene tanta repercusión pues en la mayor parte de las reclamaciones por difamación podrá acreditarse ese daño (de carácter espiritual o social), de modo que la clave residirá en si el demandado puede probar la veracidad de sus afirmaciones o acogerse a otro privilegio o medio de defensa<sup>1216</sup>. El Ministerio de Justicia, por su parte, sí considera que el cambio es relevante ya que precisa un determinado umbral de gravedad (“*threshold of seriousness*”) para accionar por difamación, como se reclamaba jurisprudencialmente en *Thornton v Telegraph Media Group Ltd.*, de 2010, de

---

<sup>1213</sup> <http://www.libelreform.org/our-report> (11/06/2013): “*The law was designed to serve the rich and powerful, and does not reflect the interests of a modern democratic society*”.

<sup>1214</sup> <http://www.libelreform.org/our-report> (11/06/2013): “*Require the claimant to demonstrate damage and falsity; Cap damages at £10,000; No case should be heard in this jurisdiction unless at least 10 per cent of copies of the relevant publication have been circulated here; Strengthen the public interest defence; Expand the definition of fair comment; Exempt large and medium-sized corporate bodies and associations from libel law unless they can prove malicious falsehood [...]*”.

<sup>1215</sup> Sección 1 (1) *Defamation Act* 2013: “*A statement is not defamatory unless its publication has caused or is likely to cause serious harm to the reputation of the claimant*”.

<sup>1216</sup> WESSING, T.: “*Defamation Act 2013. Taylor Wessing Analysis*”, <http://www.taylorwessing.com/fileadmin/files/docs/The-Defamation-Act-2013.pdf> (11/06/2013), p. 1.

forma que la normativa eleva el nivel de exigencia (o “sube el listón” -“*raise the bar*”-) imponiendo un umbral de grave o serio daño a la reputación del demandante<sup>1217</sup>.

La sección 1(2) en relación con las empresas con ánimo de lucro (“*bodies that trades for profit*”) también intensifica el rigor para accionar por difamación, en consonancia con el test del serio daño a la reputación<sup>1218</sup>; así, estas empresas deberán acreditar una seria pérdida económica (“*serious financial loss*”)<sup>1219</sup>. Ciertamente, las empresas lidiarán con este requisito adicional que deberán justificar con la presentación de sus balances financieros<sup>1220</sup>, por lo que tendrán que replantearse el ejercicio poco reflexionado o impulsivo de las acciones por difamación. Además de esta eventual reducción del número de demandas que podría acarrear el mayor rigor introducido, otro efecto adicional podría ser un cambio en la posición del demandante, recalando más en una persona asociada a la empresa que en la empresa misma como persona jurídica, pues de este modo se evita la necesidad de probar la pérdida económica, aunque persiste la de la demostración del serio daño a la reputación<sup>1221</sup>.

2. La sección 2 aborda el medio de defensa de la veracidad o justificación de las afirmaciones difamatorias: “*truth*”. En este punto, la normativa se limita a recoger la doctrina jurisprudencial sentada sobre esta cuestión, simplificando y clarificando elementos consolidados<sup>1222</sup>, dejando, consiguientemente, sin efecto la normativa en vigor hasta entonces (sección 5 de la *Defamation Act* de 1952, que se deroga en virtud de la sección 2 (4) de la norma que estudiamos). De este

---

<sup>1217</sup> *Explanatory Notes*, § 11. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1218</sup> *Explanatory Notes*, § 12. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1219</sup> Sección 1 (2) *Defamation Act* 2013: “*For the purposes of this section, harm to the reputation of a body that trades for profit is not “serious harm” unless it has caused or is likely to cause the body serious financial loss*”.

<sup>1220</sup> RUSSELL, C.: “The Defamation Act 2013 –a first look. It’s not all change ... and it’s not yet in force”, [http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/ITV\\_articles/week\\_187\\_media\\_article.pdf](http://www.charlesrussell.co.uk/UserFiles/file/pdf/ITV_articles/week_187_media_article.pdf), (11/06/2013), pp. 1 y 2.

<sup>1221</sup> WESSING, T.: “Defamation Act ..., *op. cit.*, p. 2: “*more actions by individuals associated with the company [...]*”.

<sup>1222</sup> *Explanatory Notes*, § 13. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013). Para observar las similitudes, nos remitimos al estudio del medio de defensa de la verdad de las afirmaciones en la doctrina tradicional del “*Common Law*”: *vid. supra* Capítulo IV.6.2.4.1.

modo, se mantiene el test de la veracidad sustancial de las afirmaciones (“*substantially true*”), extremo que podrá alegar el demandado como defensa frente a una acción por difamación (sección 2 (1)<sup>1223</sup>). En coherencia, también con la posición original del “*Common Law*”, si las afirmaciones difamatorias contenían más de una imputación, el éxito de este medio de defensa no correrá peligro si la veracidad sustancial que no puede ser acreditada se refiere a aquellas imputaciones que no dañan seriamente la reputación del demandante (sección 2 (3)<sup>1224</sup>). Esto advertido, es un sentir generalizado que no se esperan cambios en la interpretación jurisprudencial del nuevo estatuto del medio de defensa de la veracidad o justificación<sup>1225</sup>.

3. La sección 3 regula la defensa del comentario justo, bajo la nueva denominación de “opinión honesta” (“*honest opinion*”)<sup>1226</sup>. Nuevamente, la *Defamation Act* quiere simplificar y clarificar la regulación tradicionalmente aplicable<sup>1227</sup> (la sección 6 de la *Defamation Act* de 1952, que queda derogada), aunque en este punto, a diferencia de lo que sucedía con la veracidad, existen algunas novedades, tanto por adición como por supresión, que merecen nuestra atención.

En primer lugar, la opinión honesta sigue operando como un medio defensa referido a opiniones o comentarios, con exclusión de las afirmaciones de hechos (sección 3 (2)<sup>1228</sup>), como impone la consolidada doctrina jurisprudencial

---

<sup>1223</sup> Sección 2 (1) *Defamation Act* 2013: “*It is a defense to an action for defamation for the defendant to show that the imputation conveyed by the statement complained of is substantially true*”.

<sup>1224</sup> Sección 2 (3) *Defamation Act* 2013: “*If one or more of the imputations is not shown to be substantially true, the defense under this section does not fail if, having regard to the imputations which are shown to be substantially true, the imputations which are not shown to be substantially true do not seriously harm the claimant’s reputation*”. La referencia a la “lesión material” (“*material injury*”) de la norma de 1952 se actualiza con la de la seriedad del daño de la normativa vigente, en uso de una terminología coherente y más moderna, como advierten las notas explicativas de la *Defamation Act* de 2013. Así, *Explanatory Notes*, § 17. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1225</sup> WESSING, T.: “*Defamation Act ...*, *op. cit.*, p. 2; también RUSSELL, C.: “*The Defamation Act ...*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>1226</sup> Sobre la posición original del “*Common Law*” en relación con la defensa del “comentario justo” (“*fair comment*”), *vid. supra* Capítulo IV.6.2.4.2.

<sup>1227</sup> *Explanatory Notes*, § 19. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013). También RUSSELL, C.: “*The Defamation Act ...*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>1228</sup> Sección 3 (2) *Defamation Act* 2013: “*The first condition is that the statement complained of was a statement of opinion*”.

(entre otras, *Cheng v Tse Wai Chun Paul*, de 2000)<sup>1229</sup>. En segundo lugar, se mantiene también la exigencia de que la opinión está fundada en hechos o bases fácticas (sección 3 (3))<sup>1230</sup>; como se deduce de *Joseph v Spiller*, de 2010)<sup>1231</sup>. La adjetivación como “honesta” de la opinión procede de la tercera condición que debe reunir la afirmación difamatoria: una persona honesta debería poder sostener esa misma opinión a la luz de los hechos conocidos al tiempo de hacerse la publicación difamatoria (sección 3 (4) (a))<sup>1232</sup>, extremo que se mantiene coherente con la posición original del “*Common Law*”; la honestidad de las afirmaciones puede surgir de una segunda posibilidad no contemplada en la regulación anterior y que, consiguientemente, supone una extensión de la protección concedida al demandado, en líneas con las reclamaciones de los sectores críticos con la normativa tradicional: si una persona honesta pudiera sostener la opinión del demandado sobre la base de la declaración sujeta a privilegio con anterioridad a la publicación de las afirmaciones difamatorias (sección 3 (4) (b))<sup>1233</sup>.

Finalmente, la regulación tradicional permitía al demandante dejar sin efectos la defensa del demandado basada en el comentario justo si acreditaba que éste había actuado con malicia. La nueva normativa respeta ese criterio y alude

---

<sup>1229</sup> Explanatory Notes, § 21. Defamation Act 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1230</sup> Sección 3 (3) Defamation Act 2013: “The second condition is that the statement complained of indicated, whether in general or specific terms, the basis of the opinion”.

<sup>1231</sup> Explanatory Notes, § 22. Defamation Act 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1232</sup> Sección 3 (4) (a) Defamation Act 2013: “The third condition is that an honest person could have held the opinion on the basis of— (a) any fact which existed at the time the statement complained of was published; [...]”.

En este punto WESSING, T.: “Defamation Act ..., *op. cit.*, p. 3, reprocha una falta de claridad a la nueva redacción de la sección: no precisa si los hechos en que se basa la opinión del demandado han de ser los mismos sobre los que una persona honesta podría sostener la opinión del demandado, extremo que al no quedar aclarado podría amparar bajo este medio de defensa a quien hubiera expresado una opinión basada en el hecho A por creer que era cierto, aunque no lo era, por el hecho de que una persona honesta pudiera haber sostenido esa misma afirmación sobre la base del hecho B que sí es cierto pero que era desconocido por el demandado cuando formuló su observación. Las notas explicativas de la *Defamation Act* no arrojan luz sobre este asunto, por lo que la interpretación de WESSING podría aceptarse porque, en definitiva, viene a proteger al demandado que expresó honestamente sus opiniones en atención a hechos que creía ciertos.

<sup>1233</sup> Sección 3 (4) (b) Defamation Act 2013: “The third condition is that an honest person could have held the opinion on the basis of— [...] (b) anything asserted to be a fact in a privileged statement published before the statement complained of”. Este es el aspecto incorporado novedosamente por la norma de 2013; decae, por el contrario, de la regulación tradicional la exigencia de que los comentarios deban referirse a asuntos públicos para poder estar amparados por la defensa de la “opinión honesta”, como recuerda WESSING, T.: “Defamation Act ..., *op. cit.*, p. 3 (“The previous requirement that the comment be in the public interest does not appear either”).

indirectamente a la malicia indicando que “la defensa decae si el demandante prueba que el demandado no sostenía la opinión” (sección 3 (5))<sup>1234</sup>.

4. Por último, nos interesa analizar la sección 4 de la *Defamation Act* de 2013 que viene implementar a nivel legislativo (codificar) la defensa conocida como “doctrina *Reynolds*”<sup>1235</sup>, bajo la nueva denominación de “publicación en asuntos de interés público” (“*publication on matter of public interest*”); de hecho, la propia sección 4 (6) declara abolida esa defensa, aunque en aplicación del nuevo estatuto, los jueces y tribunales pueden recurrir como pauta o guía interpretativa a la mencionada doctrina jurisprudencial<sup>1236</sup>. El reflejo de la doctrina *Reynolds* sigue proyectándose en dos aspectos:

- a) En primer lugar, las afirmaciones deben constituir, o ser parte de, declaraciones sobre asuntos de interés público (sección 4 (1) (1))<sup>1237</sup>. No podemos olvidar, en este sentido, que la grandeza de la defensa *Reynolds* residía, precisamente, en que ampliaba considerablemente los efectos del antiguo privilegio sobre publicaciones que afectaban a intereses públicos legítimos y lo adaptaba a los nuevos tiempos del periodismo moderno<sup>1238</sup>.
- b) En segundo lugar, el elemento que hacía reconocible a la doctrina *Reynolds* era la famosa enumeración de criterios que debía cumplir la actividad periodística del informador para concluirse que su comportamiento se ajustaba a los estándares aceptados de “periodismo responsable”. Es cierto que la nueva normativa no menciona tales requisitos, pero su huella sigue siendo visible en varias disposiciones:

---

<sup>1234</sup> Sección 3 (5) *Defamation Act* 2013: “*The defence is defeated if the claimant shows that the defendant did not hold the opinion*”. Aquí advierte WESSING, T.: “*Defamation Act ...*, op. cit., p. 3, que difícilmente podrá el demandante demostrar tal extremo.

<sup>1235</sup> *Explanatory Notes*, § 29. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013). También RUSSELL, C.: “*The Defamation Act ...*, op. cit., p. 2.

<sup>1236</sup> *Explanatory Notes*, § 35. *Defamation Act* 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5/1> (11/06/2013).

<sup>1237</sup> Sección 4 (1) (a) *Defamation Act* 2013: “*It is a defense to an action for defamation for the defendant to show that—(a) the statement complained of was, or formed part of, a statement on a matter of public interest; [...]*”.

<sup>1238</sup> Más ampliamente sobre la doctrina *Reynolds*, vid. *infra* Capítulo IV.6.3.1.1.



b.1) el demandado debe probar que creía razonablemente que existían razones de interés público que justificaban la publicación de las informaciones (sección 4 (1) (b))<sup>1239</sup>;

b.2) al determinar si el demandado ha actuado honestamente, el tribunal valorará los pasos adoptados por el demandado para verificar la noticia que transmitió (sección 4 (3))<sup>1240</sup>; así mismo, atenderá a todas las demás circunstancias (sección 4 (2))<sup>1241</sup>; procurando, en todo caso, valorar las decisiones del informador desde las perspectivas y cánones imperantes en el mundo del periodismo y los criterios editoriales (sección 4 (4))<sup>1242</sup>. Los tres criterios señalados deben servir como pauta orientativa para que el juez o tribunal aprecie la diligencia con que ha actuado el informador, y, consiguientemente, representan una versión actualizada y simplificada del test del periodismo responsable de la doctrina *Reynolds*; una nueva perspectiva que flexibiliza el test aplicable desde una posición más favorable para la libertad de expresión<sup>1243</sup>.

### 6.3.2 Estados Unidos

El derecho a la reputación carece de estatus constitucional en Estados Unidos. Ni la Constitución de la Federación ni ninguna Constitución de los Estados federados reconoce el derecho a la reputación, con las destacadas excepciones de la norma fundamental del Estado de Pennsylvania<sup>1244</sup> y del Estado de Arkansas<sup>1245</sup>. La

---

<sup>1239</sup> Sección 4 (1) (b) *Defamation Act* 2013: “*It is a defense to an action for defamation for the defendant to show that—(b) the defendant reasonably believed that publishing the statement complained of was in the public interest*”. El segundo criterio del test del periodismo responsable en la doctrina *Reynolds* aludía, precisamente, a la conexión de la información con los intereses públicos.

<sup>1240</sup> Sección 4 (3) *Defamation Act* 2013: “[...] *the court must in determining whether it was reasonable for the defendant to believe that publishing the statement was in the public interest disregard any omission of the defendant to take steps to verify the truth of the imputation conveyed by it*”. En este punto, el nuevo estatuto mantiene la línea del cuarto criterio del periodismo responsable sentado en la doctrina *Reynolds*.

<sup>1241</sup> Sección 4 (2) *Defamation Act* 2013: “[...] *the court must have regard to all the circumstances of the case*”.

<sup>1242</sup> Sección 4 (4) *Defamation Act* 2013: “[...] *the court must make such allowance for editorial judgment as it considers appropriate*”.

<sup>1243</sup> WESSING, T.: “*Defamation Act ...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

<sup>1244</sup> Constitución del Estado de Pennsylvania, artículo 1 (“derechos derivados de la condición humana”; “*inherent rights of mankind*”): “*All men are born equally free and independent, and have certain inherent and inalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, of acquiring, possessing and protecting property and reputation, and of pursuing their own happiness*”.

<sup>1245</sup> Constitución del Estado de Arkansas, artículo 2 (“libertad individual”; “*individual liberty*”): “*All men are created equally free and independent, and have certain inherent and inalienable rights; amongst*

inexistencia de cobertura constitucional inmediata de la reputación en la Constitución de Estados Unidos ha sido apuntada por el Tribunal Supremo, entre otra sentencia, en *Siegert v. Guilley*, de 1991: “ausencia de toda protección constitucional del interés a la reputación”<sup>1246</sup>. Sin embargo, a falta de un reconocimiento constitucional explícito, la jurisprudencia ha vinculado el derecho a la reputación con algunos de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico estadounidense, como la dignidad o la libertad. Así, el juez STEWART, en una célebre frase, afirmó que “el derecho del individuo a la protección de su reputación frente a invasiones injustificadas y lesiones inmerecidas sencillamente refleja nuestra concepción básica de la dignidad y el valor esenciales a todo ser humano, base de cualquier sistema decente que proteja dentro de un orden la libertad”<sup>1247</sup>. Diez años más tarde, el juez REHNQUIST, en *Paul v. Davis* (1976), incluyó “los preciados derechos a un buen nombre y a la reputación, propios de toda sociedad libre”, en el ámbito de “la libertad personal”<sup>1248</sup>.

Teniendo como “padrinos” a la dignidad y a la libertad personal, se entiende bien que la reputación, como valor protegido por el “*defamation law*”, deba ser tutelada a nivel judicial, pues “la sociedad tiene, con carácter general, un profundo interés en prevenir y castigar los ataques contra la reputación”<sup>1249</sup>.

En conclusión, a partir de estos pronunciamientos del Tribunal Supremo, podríamos señalar que la reputación es un interés socialmente valioso, cuyo contenido forma parte de los principios básicos de toda sociedad libre que se organiza bajo la forma de un Estado de Derecho, como sucede con el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, fundado sobre los valores supremos de la dignidad y la libertad individual constitucionalmente reconocidos y que representan una base jurídica

---

*which are those of enjoying and defending life and liberty; of acquiring, possessing and protecting property, and reputation; and of pursuing their own happiness. To secure these rights governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed”.*

<sup>1246</sup> *Siegert v. Guilley*, de 1991: “... on the lack of any constitutional protection for the interest in reputation”.

<sup>1247</sup> *Rosenblatt v. Baer*, de 1966: “The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being—a concept at the root of any decent system of ordered liberty”.

<sup>1248</sup> *Paul v. Davis*, de 1976: “Certainly the enjoyment of one's good name and reputation has been recognized repeatedly in our cases as being among the most cherished of rights enjoyed by a free people, and therefore as falling within the concept of personal “liberty”.

<sup>1249</sup> *Rosenblatt v. Baer*, de 1966: “This conclusion does not ignore the important social values which underlie the law of defamation. Society has a pervasive and strong interest in preventing and redressing attacks upon reputation”

indirecta o implícita, pero suficiente para la creación, por vía jurisprudencial, del interés jurídico de la reputación como valor merecedor de tutela judicial.

### 6.3.2.1 La reputación y la I Enmienda

Como hemos advertido, la reputación no es un derecho inmediatamente derivado de la Constitución de los Estados Unidos, sino un derecho de creación jurisprudencial. Son los jueces y tribunales los que con su doctrina han extraído el interés de la reputación de los derechos y libertades de la norma fundamental. Podría afirmarse que el derecho a la reputación “se ha constitucionalizado”. Y en esa labor de “constitucionalización” la sentencia del caso *New York vs. Sullivan*, de 1964, fue el primer pronunciamiento jurisprudencial que sujetó la reputación y el “*defamation law*” a los principios constitucionales contenidos en la I Enmienda de la Constitución de Estados Unidos, cuyo tenor literal dice así: “El Congreso no adoptará ninguna ley que establezca una determinada religión ni prohíba su libre ejercicio; que coarte la libertad de expresión; o de la prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente; o el derecho a solicitar al Gobierno la reparación de agravios”<sup>1250</sup>. Precisamente, en este sentido apunta KALVEN que uno de los aciertos de la doctrina *Sullivan* fue otorgar dimensión constitucional a un asunto que tradicionalmente había sido considerado como simple derecho privado dependiente de la regulación individual de cada Estado<sup>1251</sup>. Desde entonces, la normativa de las acciones por difamación quedaba conectada a la I Enmienda y con ello, se vinculaban definitivamente “el interés del Estado en compensar a los individuos por los ataques contra su reputación y el interés inherente a la I Enmienda en proteger este tipo de expresión”<sup>1252</sup>.

La doctrina *New York Times v. Sullivan* y sus sucesoras han tenido una impronta decisiva en el desarrollo del “*defamation law*” dentro de los cauces y parámetros

---

<sup>1250</sup> *First Amendment* (1791): “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.

<sup>1251</sup> KALVEN, H. Jr.: *A Worthy Tradition*, Harper & Row, Publishers, New York, 1984, p. 63: “[...] by providing constitutional dimension to what had long been regarded as a purely private law matter left to the common law of each state...”.

<sup>1252</sup> *Dunn & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, 105 S.Ct. 2939 (1985). Incluso podría afirmarse que la tutela de la reputación individual, cuando de un personaje público que participa en la vida social se trata, se convierte en un bien público, en un interés público. En palabras de ARDIA, D. S.: “Reputation ..., *op. cit.*, p. 280, tras esta sentencia, el “*defamation law*” dejó de existir fuera del ámbito de la I Enmienda”.

constitucionales de la I Enmienda. La doctrina advierte que *New York Times v. Sullivan* representa el caso de libelo (o difamación) político más importante decidido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su historia y “ha transformado toda la dinámica del desenvolvimiento diario de la libertad de expresión y de prensa bajo la Constitución de los Estados Unidos”<sup>1253</sup>. Sus efectos se despliegan en tres frentes que a continuación analizaremos: el estándar de culpabilidad, la veracidad de las afirmaciones y el comentario justo, estos dos últimos considerados como medios de defensa del demandado.

#### a) *Culpa* (“*fault*”)

El cambio que representó *New York Times v. Sullivan* se entiende con facilidad si atendemos al estado de la cuestión con anterioridad a 1964. El demandante sólo tenía que probar que una falsa publicación sobre él mismo le sometía al odio, al desprecio o al ridículo públicos; la veracidad de las informaciones podía operar como una defensa para el demandado, pero dada la difusión de la falsedad, convenía presumir el daño a la reputación y conceder indemnización por daños punitivos y compensatorios una vez acreditado el estándar del “*actual malice*” conforme a las reglas tradicionales del “*Common Law*” (“*common law actual malice*”): mala fe o mala voluntad (“*ill will*”), sin necesidad de probar, por el contrario, el nuevo estándar más exigente del “*actual malice*” (“*constitutional actual malice*”), que vendría a sentar la doctrina *Sullivan*: conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad<sup>1254</sup>. En otras palabras, la clave ya no estaría más en la verdad de lo publicado cuanto en la confianza del

---

<sup>1253</sup> HO YOUM, K.: “Actual Malice in U.S. Defamation Law: The Minority of One Doctrine in the World?”, *Journal of International Media & Entertainment Law*, 2011-2012, pp. 4 y 5: “*Sullivan has fundamentally transformed the whole dynamics of the real-life meaning of freedom of speech and the press under the American Constitution*”. Igualmente HALL, K.: “New York Times v. Sullivan: The Case and Its Times”, AA.VV: *Twenty-five Years After New York Times v. Sullivan*, Drake University, Constitutional Law Resource Center, Iowa, 1990, p. 22.

<sup>1254</sup> MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., p. 13. El abandono del estándar del “*actual malice*” del “*Common Law*”, al tiempo que reforzaba las posibilidades de ejercicio de la libertad de expresión e información por los medios de comunicación y ensanchaba los márgenes de discusión pública, dejaba también en una posición más vulnerable a los funcionarios públicos y a los políticos, que más allá de la mala voluntad o intención, debían ahora acreditar que el informador formuló sus acusaciones con conocimiento de la falsedad de las mismas o temerario desprecio hacia la verdad. De hecho, entre ciertos sectores fue frecuente la crítica contra la doctrina *Sullivan* por erosionar el tradicional sentido de la sociedad americana de respeto y deferencia hacia los políticos (llamados “los mejores”-“*best men*”-) que gestionan los asuntos públicos de una manera desinteresada con importante sacrificio para ellos mismos. Vid., HALL, K.: “New York Times ...”, op. cit., p. 23.

informador sobre la veracidad de la publicación<sup>1255</sup>. En conclusión, frente al modelo tradicional pensado en favor de la víctima de los ataques que hacía balance entre los intereses en juego favoreciendo la protección de la reputación individual sobre la libertad de expresión y de la prensa<sup>1256</sup>, el sistema resultante tras *Sullivan* situaba la I Enmienda en el centro y corazón del debate público y ensanchaba los límites y fronteras del ejercicio de las libertades comunicativas a favor de los medios de comunicación y del público en general.

En marzo de 1960, el periódico *New York Times* elaboró un reportaje sobre la lucha por los derechos civiles encabezada por un colectivo de jóvenes negros liderados por el Dr. Martin Luther King, Jr., en el sur del país. Bajo el titular “Atended a las voces que se alzan” (“*Heed their Rising Voices*”), la información se centraba en la represión de una manifestación desarrollada en el Condado de Montgomery, Alabama, por un grupo de jóvenes negros. El artículo señalaba que tras el cántico de los jóvenes de la canción “*My Country “Tees of Thee*” en las escaleras del Capitolio del Estado, sus líderes fueron expulsados de la escuela, mientras camiones de policías armados con escopetas acordonaron el campus del “*Alabama State College*” y bloquearon el acceso al comedor para dejar sin alimentos a los estudiantes rebeldes. En protesta por estos hechos, los estudiantes se negaron a inscribirse en el curso académico. Además, se informaba también de otras represalias directas contra el líder estudiantil Martin Luther King, Jr., caracterizadas por la intimidación y violencia ejercidas contra él mismo (llegó a ser detenido hasta siete veces), su esposa e hijos, en el marco de una gran campaña que aspiraba a separarlo del liderazgo de este movimiento estudiantil de reivindicación de derechos, mediante el acoso e incluso la amenaza a su integridad física. El artículo concluía manifestando su apoyo a las protestas juveniles e invitando a los lectores a contribuir con donaciones económicas para recaudar dinero para la defensa ante los Tribunales del Dr. King y apoyar a los estudiantes en su lucha.

El Responsable de Asuntos Públicos del Condado de Montgomery, L. B. Sullivan, encargado del Departamento de Policía, interpuso demanda por difamación contra el *New York Times*. Alegaba que las continuas referencias a la “policía del

---

<sup>1255</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 19.

<sup>1256</sup> BOLLINGER, L. C.: *Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press for New Century*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 14 y 15.

Condado de Alabama” le situaban a él mismo al frente de tales acciones, cuya existencia, además, negaba; por todo ello, aunque el artículo no lo mencionaba directamente, todas las actuaciones públicas denunciadas por el medio de comunicación caían bajo su responsabilidad como encargado del Departamento de Policía. Al menos desde la perspectiva de los hechos, Sullivan tenía razón, pues la investigación posterior demostró que parte de las acusaciones eran falsas o exageradas; entre otras inexactitudes: a) la canción interpretada no fue la indicada, sino otro himno; b) las expulsiones de los alumnos no se produjeron por los motivos explicados; c) no todos los estudiantes protestaron por el trato policial, sino sólo parte, y no lo hicieron negándose a inscribirse en el curso académico, sino boicoteando el normal desarrollo de las clases un solo día; d) el Dr. King no fue arrestado siete veces, sino sólo cuatro.

El Tribunal Supremo de Alabama atendió la reclamación de Sullivan condenando a 500.000 dólares por daños compensatorios y punitivos al *New York Times*, en consonancia con la doctrina tradicional del Tribunal Supremo Federal, sentada en *Chaplinski v. New Hampshire*, de 1942, señalando que “aquellas palabras que tendieran a lesionar la reputación de una persona en relación con su profesión, comercio o negocio, o le atribuyan delitos graves, o le enfrenten al desprecio público, serán difamatorias en sí mismas”<sup>1257</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su sentencia de 1964, levantó la condena sobre el periódico con un pronunciamiento que ha pasado a la historia de la jurisprudencia americana y del cuerpo doctrinal de la libertad de expresión. Para ello, el Alto Tribunal convirtió el caso *New York Times v. Sullivan* en el ejemplo paradigmático de la necesaria protección privilegiada y reforzada que la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos concede al “discurso libre, abierto y robusto sobre asuntos públicos de interés general, que puede incluir críticas vehementes, caústicas, incluso desagradablemente hirientes contra el gobierno y los funcionarios públicos”<sup>1258</sup>, sin dejar por tal motivo de recibir cobertura constitucional, dado que de lo contrario se desalentaría el ejercicio de la expresión libre de la crítica sobre asuntos de

---

<sup>1257</sup> *New York Times v. Sullivan*, Alabama, de 1962: “where the words published tend to injure a person libeled by them in his reputation, profession, trade or business, or charge him with an indictable offense, or tends to bring the individual into public contempt are libelous per se”.

<sup>1258</sup> *New York Times v. Sullivan*, Tribunal Supremo de Estados Unidos, de 1964: “[...] the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that any may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials”.

interés público. Se consolidaba, de este modo, la “sujeción del ejercicio de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público a la I Enmienda”<sup>1259</sup>.

Llegados a este punto, el Tribunal Supremo sentó la nueva regla que cambiaría la doctrina de la libertad de expresión para siempre:

*“las garantías constitucionales imponen, creemos, una regla federal que prohíbe al funcionario público ser indemnizado por daños por las falsedades difamatorias respecto de su conducta oficial a menos que pruebe que la afirmación se hizo con “actual malice” -es decir, con conocimiento de su falsedad o con total indiferencia por si era falsa o no”<sup>1260</sup>.*

La doctrina *Sullivan* sentaba, por tanto, el estándar del “*actual malice*” como nivel de culpa (“*fault*”) que debía concurrir en el comportamiento del demandado (normalmente, un periodista de los medios de comunicación) y que debía ser acreditado por el demandante con “claridad convincente”, tal y como exige la I Enmienda<sup>1261</sup>. Con la exigencia de “la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad”, el Tribunal Supremo extendía la protección constitucional más allá de las informaciones verdaderas, también a las informaciones erróneas que son inherentes a toda actividad periodística, desde el bien entendido de que es preferible que los funcionarios públicos o personas de relevancia pública toleren en ciertas ocasiones comentarios que puedan ser falsos sin tener derecho a una compensación, antes que hacer responder por difamación a los informadores por historias que podrían ser ciertas<sup>1262</sup>, con el consiguiente efecto silenciador o desaliento sobre el ejercicio de la libertad de expresión (“*chilling effect*”). También se ha argumentado que la sujeción de las personas públicas al exigente estándar del “*actual malice*” respondía, siguiendo la ulterior doctrina *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, a su mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación para hacer frente a las críticas contra ellos proferidas, así como al hecho de que su

---

<sup>1259</sup> *New York Times v. Sullivan*: “The general proposition that freedom of expression upon public questions is secured by the First Amendment has long been settled by our decisions”.

<sup>1260</sup> *New York Times v. Sullivan*: “The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves that the statement was made with actual malice – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not”. La traducción al castellano más común de la última cláusula de la “total indiferencia” opta por el “temerario desprecio hacia la verdad”.

<sup>1261</sup> *New York Times v. Sullivan*: “Applying these standards, we consider that the proof presented to show actual malice lacks the convincing clarity which the constitutional standard demands, and hence that it would not constitutionally sustain the judgment for respondent under the proper rule of law”.

<sup>1262</sup> BARENDT: *Freedom ...*, op. cit., p. 206.

exposición a los comentarios públicos ha sido decidida libremente por ellos cuando decidieron tomar parte en la actividad político-pública<sup>1263</sup>.

La doctrina *New York Times v. Sullivan* imponía el sometimiento del régimen jurídico de las acciones por difamación a las exigencias de la I Enmienda en consonancia con la necesidad en toda sociedad democrática del discurso político y la crítica ciudadana al gobierno (“*citizen-critic of government*”)<sup>1264</sup>. Con esta interpretación amplia de la I Enmienda se garantizaba la plena efectividad del “intercambio de ideas en la arena pública” y la formación de “la voluntad general a través de medios legítimos”<sup>1265</sup>. La nueva doctrina otorgaba la más amplia protección constitucional al debate político y al debate sobre asuntos de interés general porque “ni los errores fácticos ni los contenidos difamatorios pueden privar a la crítica de la actuación pública de su protección constitucional”, pues aquí reside “el centro del contenido o del significado de la I Enmienda”<sup>1266</sup>; en otras palabras, el libelo político ya no puede ser por más tiempo objeto de sanción pública por el Gobierno en tanto ello violaría el corazón de la I Enmienda<sup>1267</sup>. Además, el fortalecimiento de la libre discusión se conseguía al mismo tiempo que se mantenía el nivel de protección de reputación de los funcionarios públicos, pues “la mera crítica a la conducta desarrollada en el ejercicio de sus funciones no supone en sí mismo un ataque a su reputación” ni a su capacidad profesional<sup>1268</sup>.

---

<sup>1263</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 285.

<sup>1264</sup> BARENDT: *Freedom ...*, op. cit., p. 209; también HO YOUM, K.: “Actual Malice ...”, op. cit., pp. 3 y 4.

<sup>1265</sup> *New York Times v. Sullivan*: “*The constitutional protections for speech and press were fashioned to assure unfettered interchange of ideas for bringing about political and social changes desired by the people. [...] The maintenance of opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to will of people and that changes may be obtained by lawful means is a fundamental principle of the constitutional system*”.

<sup>1266</sup> *New York Times v. Sullivan*: “*If neither factual error nor defamatory content suffices to remove the constitutional shield from criticism of official conduct, the combination of the two elements is no less inadequate. This is the lesson to be drawn from the great controversy over the Sedition Act of 1798, 1 Stat. 596, which first crystallized a national awareness of the central meaning of the First Amendment*”.

<sup>1267</sup> KALVEN, H. Jr.: *A Worthy Tradition*, op. cit., pp. 66 y 67. MEIKLEJOHN, uno de los estudiosos de la I Enmienda como escudo o marco para el desenvolvimiento del debate sobre asuntos públicos a favor del fortalecimiento del autogobierno del pueblo, llegó a afirmar que la doctrina Sullivan “era una ocasión para bailar en las calles” (“*it is an occasion for dancing in the streets*”). Así lo recoge COLLINS, R. K. L. y CHALTAN, S.: *We Must Not Be Afraid to Be Free. Stories of Free Expression in America*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 218.

<sup>1268</sup> *New York Times v. Sullivan*: “*Criticism of official conduct of government officials, such as elected city commissioners, does not lose its constitutional protections for speech and press merely because it is effective criticism and hence diminishes their official reputations*”.



En conclusión, la doctrina *Sullivan* establecía la siguiente regla: (a) el demandante (funcionario público) debía acreditar (b) de modo claro y convincente que el demandado había actuado (c) con “*actual malice*”.

En primer lugar, en cuanto al carácter de funcionario público, éste ya había sido establecido previamente en *Rosenblatt v. Baer*, de 1966: “la condición de funcionarios públicos se aplica, por lo menos, a aquellos empleados dentro de la escala jerárquica gubernamental que tienen, o al público le parece que tienen, la responsabilidad esencial de controlar la gestión de los asuntos públicos”<sup>1269</sup>. Sin embargo, la aplicación del estándar del “*actual malice*” a los oficiales o funcionarios públicos (“*public officials*”) se extendió después del caso *New York Times v. Sullivan* también a las figuras públicas (“*public figures*”), en *Curtis Publishing Co. v. Butts* y en *Associated Press v. Walker*, ambos de 1967; las figuras públicas, bajo la más amplia denominación de “personas públicas” (“*public persons*”), serían aquellas que aunque “no ostentan cargos públicos en el momento [de los hechos], están involucradas íntimamente en la resolución de importantes cuestiones públicas o, por razón de su fama, dan forma a los acontecimientos que suceden en aspectos que resultan de interés para la sociedad en general”<sup>1270</sup>. Finalmente, en el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, la categoría de las personas públicas pasó a incluir la figura de la “persona pública con propósitos limitados” (“*limited-purposed public figure*”), siendo aquella que “voluntariamente se involucra o introduce en una controversia pública determinada y, por ello, se convierte en una figura pública en un espectro limitado de casos”<sup>1271</sup>. Así, frente a las “figuras públicas a todos los efectos” o “figuras públicas dominantes” (“*pervasive or all-purposed public figures*”), las figuras públicas de efectos limitados que por su actuación se han situado en el “vórtice” de la controversia pública (por ello también se las conoce como “*vortex public figure*”) merecen la misma protección de su reputación y están sujetos a los mismos requisitos y exigencias en cuanto a la prueba del “*actual malice*”

---

<sup>1269</sup> *New York Times v. Sullivan*: “the public official designation applies at the very least to those among the hierarchy of government employees who have, or appear to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of governmental affairs”.

<sup>1270</sup> *Curtis Publishing Co. v. Butts*, del Tribunal Supremo, de 1967: “This blending of positions and power had also occurred in the case of individuals so that many who do not hold public office at the moment are nevertheless intimately involved in the resolution of important public questions or, by reason of their fame, shape events in areas of concern to society at large”.

<sup>1271</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, del Tribunal Supremo, de 1974: “voluntarily injects himself or is drawn into a particular public controversy and thereby becomes a public figure for a limited range of issues”.

que otras personas públicas, pero sólo en la medida en que la publicación se refiera a su participación en la disputa pública<sup>1272</sup>.

En segundo lugar, el requisito de la demostración “clara y convincente” del “*actual malice*” ha sido precisado en otros pronunciamientos. Así, en *Dacey v. Conn. Bar Ass’n*, del Tribunal Supremo de Connecticut, se estableció que la claridad convincente sería aquella que aportara la “creencia razonable de que los hechos afirmados son verdaderos con una alta probabilidad, y que la probabilidad de que sean ciertos o existan es substancialmente mayor que la probabilidad de que sean falsos o no existan”<sup>1273</sup>. Una evidencia clara será, por consiguiente, “una prueba fuerte, positiva, libre de toda duda, completa y decisiva”<sup>1274</sup>.

Por último, debemos analizar el requisito del “*actual malice*”. Como sucedió con la “demostración clara y evidente”, el estándar de culpa del informador consistente en publicar las informaciones con conocimiento de su falsedad o temeraria indiferencia hacia si son ciertas o falsas, fue concretado más adelante. En *Garrison v. Louisiana*, de 1964, el Tribunal Supremo ya había advertido que el requisito del “*actual malice*” de la doctrina *Sullivan* no podía corresponderse con el test menos exigente de la creencia razonable de que las afirmaciones eran falsas, sino que, por el contrario, se precisaba un “alto grado de conciencia de la probable falsedad”<sup>1275</sup> de las afirmaciones. Posteriormente, en *Beckley Newspapers Corp. v. Kanks* y en *Greenbelt Cooperative Publishing Ass’n Inc. v. Bresler*, el Tribunal Supremo aclaró que tampoco podía confundirse con el tradicional estándar de culpa del “*actual malice*” “*Common Law*” del “rencor o la mala voluntad” (“*spite or ill will*”)<sup>1276</sup>. La definición positiva del “*actual malice*” fue ofrecida en el caso *St. Amant v. Thompson*, de 1968, cuando el Tribunal Supremo estableció la siguiente regla: “la conducta temeraria no se valora en atención a lo que un razonable y prudente hombre podría haber publicado o podría

---

<sup>1272</sup> SACK, R. D.: *Sack on Defamation. Libel, Slander and Related Problems*, 3rd edition, vol. 1, Practising Law Institute Press, New York, 2002, p. 5-21.

<sup>1273</sup> *Dacey v. Conn. Bar Ass’n*, del Tribunal Supremo de Connecticut, de 1976: “[...] a reasonable belief that the facts asserted are highly probably true, that the probability that they are true or exist is substantially greater than the probability that they are false or do not exist”.

<sup>1274</sup> *Stone v. Essex County Newspapers, Inc.*, N. E., de 1975: “[...] strong, positive and free from doubt, full and decisive”.

<sup>1275</sup> *Garrison v. Louisiana*, del Tribunal Supremo, de 1964: “reasonable belief that the statement was false”; “[...] the high degree of awareness of their probable falsity...”.

<sup>1276</sup> *Beckley Newspapers Corp. v. Kanks*, del Tribunal Supremo, de 1967, y *Greenbelt Cooperative Publishing Ass’n Inc. v. Bresler*, del Tribunal Supremo, de 1970: “*actual malice does not mean actual malice in the common law sense of spite or ill will*”.

haber investigado antes de publicar. Debe haber evidencia suficiente para sostener la conclusión de que el demandando albergaba, de hecho, serias dudas acerca de la veracidad de su publicación. La publicación con tales dudas revela una conducta temeraria hacia la verdad o la falsedad y demuestra “*actual malice*”<sup>1277</sup>.

Más allá de las personas públicas, ya sean éstas figuras públicas a todos los efectos o con efectos limitados, la exigencia de prueba del “*actual malice*” se extendió, por obra de la sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, también a aquellos demandantes que no fueran personas públicas pero reclamaran indemnización por daños presuntos y daños punitivos, en relación con asuntos de interés público. El Tribunal Supremo señaló que “los Estados no debían conceder indemnización por daños presuntos ni daños punitivos al demandante a menos que el informador hubiera incurrido en responsabilidad por difamación derivada de su conocimiento de la falsedad de las afirmaciones o su temerario desprecio hacia la verdad de las mismas”<sup>1278</sup>. No obstante lo anterior, la imposibilidad de acreditar “*actual malice*” no dejaba al demandante sin derecho a toda indemnización, sino que simplemente la circunscribía a la indemnización por la lesión presente de su reputación (“*actual injury to reputation*”)<sup>1279</sup>, que es la compensación estrictamente necesaria para proteger el interés en juego. Para estas últimas indemnizaciones, el Tribunal Supremo reconoce “libertad a los Estados para determinar el nivel de culpa mínimo que el demandado debe acreditar, partiendo de la base de que en ningún caso puede haber responsabilidad sin culpa”<sup>1280</sup>.

---

<sup>1277</sup> *St. Amant v. Thompson*, del Tribunal Supremo, de 1968: “*Reckless conduct is not measured by whether a reasonable prudent man would have published, or would have investigated before publishing. There must be sufficient evidence to permit the conclusion that the defendant in fact entertained serious doubts as to the truth of his publications. Publishing with such doubts shows reckless disregard for truth or falsity and demonstrates actual malice*”.

<sup>1278</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, del Tribunal Supremo, de 1974: “*For the reasons stated below, we hold that the States may not permit recovery of presumed or punitive damages, at least when liability is not based on a showing of knowledge of falsity or reckless disregard for the truth*”.

Concediendo mayores indemnizaciones por daños presuntos y punitivos (“*presumed damages*”; “*punitive damages*”) sin necesidad de demostración del “*actual malice*”, “se agravaría la amenaza que representa el sistema de responsabilidad por difamación para el vigoroso ejercicio de las libertades de la I Enmienda” (*Gertz v. Robert Welch, Inc.*: “*The largely uncontrolled discretion of juries to award damages where there is no loss unnecessarily compounds the potential of any system of liability for defamatory falsehood to inhibit the vigorous exercise of First Amendment freedoms*”).

<sup>1279</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*: “*It is necessary to restrict defamation plaintiffs who do not prove knowledge of falsity or reckless disregard for the truth to compensation for actual injury*”. Más adelante se podrá comprender en toda su extensión esta cuestión cuando se aborde el complejo régimen de indemnizaciones por daños del sistema estadounidense y cómo los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo lo han acotado. *Vid. infra* Capítulo IV.6.2.6.

<sup>1280</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*: “*So long as they do not impose liability without fault, states may define for themselves the appropriate standard of liability for publisher or broadcaster of defamatory falsehood*”.

Cabe referirnos, finalmente, al único grupo de casos en los que no es preciso acreditar la negligencia del informador en grado de “*actual malice*” por parte del demandante, que de acuerdo a las doctrinas *New York Times v. Sullivan* y *Gertz*, aplicadas conjuntamente, recae sobre los demandantes personas públicas sobre asuntos de interés públicos (“*public persons in matter of public concern*”) y los demandantes personas privadas sobre asuntos de interés público (“*private persons in matters of public concern*”), aunque si bien, en este último caso, sólo en relación con la reclamación de indemnización por daños presuntos y daños punitivos. Por descarte, consiguientemente, nos referimos a los demandantes personas privadas sobre asuntos de interés privado (“*private persons in matters of private concern*”). Respecto de estos, la sentencia *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, de 1985, reconociendo que el discurso en tales supuestos todavía gozaba de protección bajo la I Enmienda, aunque al no referirse a asuntos de interés público, ésta era “menos estricta” (“*less stringent*”), estableció que “a la luz del reducido valor constitucional del discurso ajeno a los asuntos de interés público, defendemos el interés del Estado en conceder indemnización por daños presuntos y punitivos incluso estando ausente la prueba del “*actual malice*”<sup>1281</sup>.

Advertido todo lo anterior, la determinación de la concurrencia del “*actual malice*” sigue siendo una cuestión compleja. No existe ningún criterio que aisladamente sea de entidad suficiente como para revelar la presencia del “*actual malice*” en la actitud sino que es precisa una combinación de varios para acreditar tal motivación del informador<sup>1282</sup>. En este sentido, el mero error o fallo en las labores de investigación no genera responsabilidad ni acredita el estándar del “*actual malice*”; la conducta

---

*injurious to private individual, at least where substance of defamatory statement makes substantial danger to reputation apparent*”.

En uso de esta facultad discrecional atribuida a los Estados para determinar el nivel de culpa exigible, las opciones oscilan desde la mera negligencia (“*negligence standard of fault*”; como hacen la mayoría de los Estados), pasando por la negligencia grave (“*gross negligence*”, entendida como el grave alejamiento de los estándares propios de la investigación y la difusión de noticias; criterio seguido por Nueva York), hasta el más exigente nivel del “*actual malice*” (así, Alaska, Colorado, Indiana y Michigan). *Vid.*, McCRORY, J. B.: “The Discovery Phase of Libel Litigation”, WINFIELD, R. N.: *New York Times v. Sullivan. The Next Twenty Years*, Practising Law Institute, New York, 1984, pp. 237 y 238; DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., pp. 305 y 306.

<sup>1281</sup> *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, del Tribunal Supremo, de 1985: “*In light of the reduced constitutional value of speech involving no matters of public concern, we hold that the state interest adequately supports awards of presumed and punitive damages –even absent a showing of “actual malice”*”.

<sup>1282</sup> MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., p. 21.

negligente del demandado debe ser un reflejo exterior de su posición interna de conocimiento de la falsedad o conciencia de la probable falsedad de la información; tal desprecio hacia la verdad estaría presente, por ejemplo, si el demandado hubiera publicado la información basándose en una fuente anónima o de escasa credibilidad, o evitando descaradamente interrogar a un testigo clave<sup>1283</sup>.

*b) Verdad (“truth”)*

En los Estados Unidos, la regulación de la verdad como medio de defensa se ha distanciado considerablemente de la posición original del “*Common Law*”. No es que la teoría general conozca excepciones, sino que podría decirse que, sencillamente, decae por ser de aplicación excepcional. Así, algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales más célebres de la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos han invertido la regla general sobre la carga de la prueba de la verdad, reescribiéndola en otro sentido. De este modo, frente al criterio habitual: la consideración de la verdad como “defensa afirmativa” que debe ser probada por el demandado, desde la perspectiva generalmente aceptada de que “la verdad no es accionable” (*Garrison v. Louisiana*, de 1964 y *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, de 1975; es decir, no cabe accionar por difamación contra afirmaciones verdaderas), se propone contrariamente que sea el demandante quien deba probar la falsedad de la declaración. Desaparece, por consiguiente, la presunción de falsedad de la información difamatoria, convirtiéndose la prueba de la falsedad en una obligación del lado del demandante. El criterio determinante de la inversión de la carga de la prueba está conectado con el carácter público de la información; así:

1. Siguiendo *New York Times v. Sullivan*, de 1974, cuando el demandante sea un *oficial público y la información sea de interés público*, éste debe probar con evidencias claras y convincentes (“*clear and convincing evidence*”) que el demandado publicó la información conociendo su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad (“*actual malice*”). Este criterio fue ratificado

---

<sup>1283</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 304: “[...] the defendant’s negligent conduct may be an outward reflection on the defendant’s inner knowledge or awareness of probable falsity”.

ulteriormente por el Tribunal Supremo en *Garrison v. Louisiana*, de 1964, *Curtis Publishing Co. v. Butts*, de 1965, y *Cox Broadcasting Corp. V. Cohn*, de 1975.

2. En *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, se estableció que cuando el demandante sea una *persona privada pero el asunto tenga interés o trascendencia pública*, corresponderá nuevamente al demandante la prueba de la falsedad de la información, así como la de un determinado grado de responsabilidad (“*some fault*”) por parte del informador<sup>1284</sup>, y que los distintos Estados federados suelen hacer corresponder con el estándar del “*actual malice*” del “*Common Law*”. Más adelante, *Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, de 1986, ratificaba esta línea jurisprudencial, aunque añadiendo un criterio (poco clarificador y escasamente útil): que el demandado fuera un medio de comunicación (“*media defendant*”); así, en el caso de demandantes (privados -supuesto ya resuelto por *Gertz*- o públicos -supuesto ya tratado por *Sullivan*-) que accionaban contra medios de comunicación sobre informaciones de interés público, correspondía al demandante la prueba del estándar de “*actual malice*” de la información.
3. Así mismo, *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, estableció que cuando una persona privada se convierte voluntariamente en protagonista de un asunto público, le corresponde la prueba del estándar de “*actual malice*” en el comportamiento del demandado.

La aplicación conjunta de estos criterios restrictivos de la regla general deja a la mencionada regla un espacio de juego realmente reducido en el ámbito del derecho de los Estados Unidos. En este punto, la doctrina suele advertir cómo ciertas decisiones jurisprudenciales de la mayor relevancia constitucional han redibujado el panorama en Estados Unidos apartando el criterio tradicional del “*Common Law*” para invertirlo en todos los casos en los que el demandante es un funcionario público o una persona pública, o cuando el asunto a que se refieren las afirmaciones difamatorias es de interés público o concierne a la comunidad (*Philadelphia Newspapers, Inc. v. Hepps*, de 1986)<sup>1285</sup>. En tan amplio abanico de casos (que representan, además, los ejemplos de difamación por antonomasia y los más paradigmáticos por intervenir los medios de comunicación, tratando sobre asuntos de interés público que afectan a personajes

---

<sup>1284</sup> Junto a la prueba de la falsedad de la información y la demostración de que el demandado había incurrido en responsabilidad cierto grado, la doctrina *Gertz* también imponía sobre el demandante la prueba de la producción de daños (“*actual damages*”).

<sup>1285</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., pp. 217 y 237.

públicos), la carga de la prueba recae en el demandante, como se ha visto anteriormente. Al contrario, el reducido grupo de supuestos en los que se mantiene la casi abandonada regla general son aquellos relativos a personas privadas sobre asuntos de naturaleza privada (“*private-plaintiff cases where the speech is about matter of private concern*”), en los que una vez el demandante ha establecido el carácter difamatorio de la información, opera la presunción de falsedad propia del “*Common Law*” y la verdad puede desplegar su eficacia como medio defensivo<sup>1286</sup>. Son, en conclusión, supuestos de difamación estrictamente privados. Así se establece en *Dun Bradstreet v. Greenmoss, Inc.*, de 1985, sentencia en la que el Tribunal Supremo de Estados Unidos señaló que la Constitución no impone sobre el demandante privado que acciona por difamación a causa de informaciones referidas a asuntos privados la carga de la prueba del “*actual malice*” ni la destrucción de la presunción de la producción de daños para recibir la indemnización, aunque se deja abierto el debate de si algún Estado federado podría exigir algún nivel de culpa (“*fault*”), como la negligencia<sup>1287</sup>.

c) *Comentario justo (“fair comment”)*

En Estados Unidos, el privilegio o la defensa del “*fair comment*” se ha desarrollado, e incluso podríamos decir que ha sido absorbido bajo los cánones de la doctrina de la I Enmienda y su amplio entramado jurisprudencial, con algunas particularidades respecto de la posición original del “*Common Law*”, aunque manteniendo sus ejes básicos. En esta materia, el punto de partida fue la ya mencionada sentencia *Gertz v Robert Welch Inc.*, de 1974. El privilegio del “*fair comment*” fue incorporado en la doctrina de la libertad de expresión en este párrafo:

*“Bajo la I Enmienda no hay nada tal como una idea falsa. Por muy pernicioso que pueda ser vista una opinión, su corrección no depende de la conciencia de los tribunales o los jurados, sino de la competición con otras ideas. Por el contrario, no hay valor constitucional en las afirmaciones falsas de hechos. Ni la mentira intencionada ni el error negligente contribuyen materialmente al interés social en un debate sobre asuntos públicos desinhibido, robusto y especialmente amplio”*<sup>1288</sup>.

<sup>1286</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 3-12.

<sup>1287</sup> DIAMOND, J. L., LEVINE, L. C. y STUART MADDEN, M.: *Understanding Torts*, op. cit., p. 433.

<sup>1288</sup> *Gertz v. Robert Welch Inc.*, de 1974: “*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas. Neither the intentional lie nor the careless error materially advances society’s interest in “uninhibited, robust and wide-open debate on public issues”*”.

De este modo, la doctrina *Gertz* proponía distinguir entre afirmaciones de hechos y opiniones, a fin de situar a las segundas bajo el paraguas de la protección constitucional de la I Enmienda. En fin, *Gertz* constitucionalizaba un “poderoso silogismo”, en palabras de SACK: una difamación es accionable sólo si es falsa, las opiniones no pueden ser probadas como falsas, por tanto nunca se puede accionar contra las opiniones por muy degradantes que puedan ser<sup>1289</sup>. Sin duda, así entendido, podía sostenerse la conclusión de que la doctrina de la I Enmienda incorporaba el privilegio del “*fair comment*” en su visión más extensa y generosa, superándolo con creces, hasta el punto de dejarlo obsoleto.

Con *Gertz*, por consiguiente, se admite la necesidad de distinguir entre opiniones y afirmaciones de hecho para determinar la extensión de la protección de la I Enmienda. Hecha esta aclaración inicial, era preciso ofrecer criterios para poder diferenciar sobre la práctica entre hechos y opiniones. A tal tarea contribuyó decididamente el test formulado por el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia en la sentencia *Ollman v. Evans*. Después de señalar que en *Gertz* el Tribunal Supremo había elevado a rango constitucional el principio de la distinción entre hechos y opiniones, incorporando así la doctrina del “*Common Law*” del “*fair comment*”, así como de reprochar que lo hiciera sin suministrar una guía de orientación para llevar a cabo tal diferenciación, el Tribunal de Apelaciones aportó sus propios criterios: a) el uso o significado normal del lenguaje específico de la afirmación enjuiciada, de tal modo que pueda decidirse si la esencia de la afirmación posee un significado claro del que puedan deducirse implicaciones fácticas o, por el contrario, éste es indefinido y ambiguo; b) la verificabilidad de la difamación, es decir, si la afirmación es objetivamente susceptible de ser caracterizada como verdadera o falsa, dado que si la afirmación es inverificable, no podrá traer consecuencias fácticas; c) el contexto completo de las afirmaciones, que puede ayudar a inferir si éstas gozan de un contenido o base fáctica; y d) el entorno o contexto más amplio en el que la afirmación se ha realizado<sup>1290</sup>.

---

<sup>1289</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., p. 4-7. Tal conclusion se deduce también del *Restatement of Torts (Second)* § 565. *Statement of Fact*: “A defamatory communication may consist of a statement of fact”.

<sup>1290</sup> *Ollman v. Evans*, D. C Circuit, de 1984: “a) the common usage or meaning of the specific language of the challenged statement [...]; b) the statement’s verifiability [...]; c) the full context of the statement [...]; d) the broader context or setting in which the statement appears [...]”. También en *Marchiond v. Brown*, N.M., de 1982.



A pesar de lo anterior, el test de los cuatro criterios establecido en *Ollman v. Evans* e incluso la generosa interpretación de la I Enmienda ofrecida por *Gertz*, fueron rechazados como doctrina jurisprudencial aplicable en el definitivo caso *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, de 2009, que refleja el estado actual de la cuestión. El Tribunal Supremo señaló que no debía entenderse la doctrina *Gertz* como un cheque en blanco para que cualquier afirmación pudiera recibir amparo constitucional con la excusa de ser etiquetada como “opinión”. De esta forma, la clave para la aplicación del privilegio del “*fair comment*” pasa a pivotar sobre un solo elemento: la susceptibilidad de la prueba de la falsedad de las afirmaciones; la responsabilidad por difamación sólo puede sobrevenir si las afirmaciones se prueban como falsas, de modo que, por la misma razón, “debe otorgarse protección a las clases de discursos [como las hipérbolas retóricas, epítetos vigorosos, lenguaje figurativo o poco preciso -*loose, figurative language*- o expresiones imaginativas o lujuriosas -*lusty or imaginative expression*-] que no puedan razonablemente considerarse fundadas sobre bases fácticas”<sup>1291</sup>. Con *Milkovich*, por consiguiente, se renuncia al test de los factores y en su lugar se instituye definitivamente el test de la prueba o verificabilidad de la falsedad<sup>1292</sup>. Sin embargo, aunque en teoría el criterio o test aplicable ha cambiado, los resultados a los que llegan los tribunales inferiores siguen siendo los mismos antes y después de *Milkovich*, como apunta SACK, aunque lo justifiquen con argumentaciones distintas; en otras palabras, antes, conforme al criterio de “hechos/opiniones”, y ahora, conforme al de la “verificabilidad de la falsedad”, se mantiene la regla general que formula el autor en estos términos: “la difamación sólo es accionable (ejercitable) si es falsa; las opiniones no pueden ser falsas; por lo tanto, las opiniones no son accionables”<sup>1293</sup>. O, en palabras de GOLDEN y VOGEL: “se trata de determinar si un lector razonable podría ver la afirmación como basada en hechos difamatorios sobre el demandante y si, en tal caso, estas afirmaciones pueden ser probadas como falsas”<sup>1294</sup>.

---

Otros pronunciamientos jurisprudenciales habían apuntado ya algunos de estos criterios de distinción entre hechos y opiniones. Así, el elemento del “significado ambiguo o levemente figurativo” fue introducido en *Greenbel Cooperative Publishing Ass’n v. Bresler*, de 1970 y en *Letters Carriers v. Austin*, de 1974, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Jurisprudencia recogida por MAYER, M. F.: *The Libel Revolution ...*, op. cit., pp. 76 a 78.

<sup>1291</sup> *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, de 2009: “*protection afforded to various types of speech that cannot reasonably be interpreted as stating actual facts*”.

<sup>1292</sup> DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law ...*, op. cit., p. 322.

<sup>1293</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., pp. 4-15 y 4-18.

<sup>1294</sup> GOLDEN, T. H. y VOGEL, S. B.: “United States”, GLASSER Jr., C.: *International Libel & Privacy Handbook. A Global Reference for Journalists, Publishers, Webmasters, and Lawyers*, 2<sup>nd</sup> edition, Boolmerg Press, New York, 2009, p. 56.

d) *Indemnización por daños (“damages”)*

La tendencia de los jurados a la imposición de elevadas sumas indemnizatorias a favor de los demandantes en concepto de condena a los periodistas y a los medios de comunicación responsables de difamación, obligó al Tribunal Supremo de los Estados Unidos a pronunciarse sobre el régimen de los daños encauzándolo dentro de los límites constitucionales. El margen de apreciación de los jurados, jueces y tribunales no podía degenerar en una discrecionalidad que amenazara el libre ejercicio de las libertades de expresión, información y de prensa. En este contexto, el Tribunal Supremo advirtió en la sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974, que “la amplia discrecionalidad de los jurados para compensar por daños no conectados a pérdidas concretas, agrava el peligro potencial de todo sistema de responsabilidad por difamaciones falsas, de reprimir el ejercicio vigoroso de las libertades de la I Enmienda”, aumentando “el peligro de la autocensura de los medios de comunicación”<sup>1295</sup>. Desde la doctrina *Gertz*, sucesivas sentencias han perfilado un régimen de sanciones indemnizatorias ajustado a las exigencias constitucionales y coherente con el pleno ejercicio de las libertades fundamentales<sup>1296</sup>.

En primer lugar, cualquier demandante que haya sido injustamente difamado tiene derecho a recibir una indemnización por “daños nominales” (“*nominal damages*”) cuya cuantía será ciertamente reducida (menos de un dólar), en casos en que: a) la demanda por difamación aspira más a reconocer la violación de un derecho (*W.J.A. v. D. A.*, New Jersey, de 2010) y a reivindicar la lesión de la reputación producida que a lograr una compensación económica; o, b) la reputación del demandante era tan “mala” que la difamación apenas lo lesionó o, siendo “buena” su reputación, la difamación era trivial<sup>1297</sup>.

---

<sup>1295</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974: “*The largely uncontrolled discretion of juries to award damages where there is no loss unnecessarily compounds the potential of any system of liability for defamatory falsehood to inhibit the vigorous exercise of First Amendment freedoms*”; [...] *jury discretion to award punitive damages unnecessarily exacerbates the danger of media self-censorship*”.

<sup>1296</sup> Un estudio detallado y pormenorizado de la cuestión se apartaría de los objetivos de nuestro estudio; por esta razón, afrontamos esta cuestión con el propósito de explicar de forma sintética y precisa las particularidades del régimen jurídico de las sanciones indemnizatorias en el “*defamation law*” de Estados Unidos.

<sup>1297</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 620. *Nominal Damages*: “*One who is liable for a slander actionable per se or for a libel for at least nominal damages*”.

En principio no existe ninguna restricción constitucional clara sobre los “*nominal damages*”, aunque la doctrina duda si de la sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, puede deducirse alguna implicación<sup>1298</sup>. El Tribunal Supremo acordó entonces que el demandante sólo podía recibir indemnización por daños en caso de lesión actual (“*actual injury*”) para evitar la concesión gratuita de indemnizaciones en ausencia de tales daños<sup>1299</sup>. La limitación constitucional surge al considerar que los “*nominal damages*” se otorgan, precisamente, en ausencia de “*actual injury*”, de donde se deduciría que los “*nominal damages*” sólo son admisibles cuando se prueba la malicia del demandado. Pero, al mismo tiempo, la escasa cuantía de los “*nominal damages*” hace que no pueda considerarse su concesión como un exceso de compensación de la lesión, puesto que tal preocupación pretendía evitar el impacto que las indemnizaciones pecuniarias elevadas podía causar sobre el ejercicio de la I Enmienda, y, frente a este peligro, los exiguos “*nominal damages*” no representan ninguna amenaza, por lo que puede aceptarse, finalmente, que esta figura compensatoria no se ve afectada por la doctrina *Gertz*<sup>1300</sup>.

En segundo lugar, el régimen de daños contempla la figura de los “daños compensatorios” (“*special damages*”) que indemnizan al demandante por las pérdidas sufridas con un valor económico o pecuniario<sup>1301</sup>. Conceptualmente, quedan incluidos en el concepto de “daños especiales” el ataque a valores financieros del demandante, la pérdida de clientes u oportunidades de negocio, así como la pérdida de beneficios, créditos, ocasiones de empleo o contratos concretos; por el contrario, los daños emocionales, incluso aunque generen concretos daños físicos, o la pérdida de contactos sociales o amigos, no serán base para reclamar “*special damages*”, a menos que, en este

---

<sup>1298</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 620. *Nominal Damages, comment c*).

<sup>1299</sup> *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974: “[...] to compensate for actual injury; [...] gratuitous awards of money damages far in excess of any actual injury”.

<sup>1300</sup> SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., pp. 10-7 y 10-8.

<sup>1301</sup> *Restatement (Second) of Torts* § 575, *comment b*): “the loss of something having economic or pecuniary value”. La figura de los “*special damages*” viene prevista en el *Restatement of Torts (Second)* § 622. *Special Harm as Affecting the Measure of Recovery*: “One who is liable for either a slander actionable per se or a libel is also liable for any special harm legally caused by the defamatory publication”. Siguiendo a *Holtzscheiter v. Thomson Newspapers, Inc.*, de 1998, los “*special damages*” son pérdidas tangibles o ataques contra la propiedad, los negocios, la ocupación o la profesión del demandante, capaces de ser valorados en términos monetarios, resultante de lesiones contra la reputación del demandante. *Vid.*, SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., p. 865.

último caso, puedan conectarse con un perjuicio económico actual<sup>1302</sup>. Respecto a su cuantificación, los jurados disponen de un amplio margen para la determinación del monto de los “*special damages*”, lo que ha conducido en ciertos casos a indemnizaciones que han sido revisadas posteriormente por los tribunales con ocasión del recurso, por ser excesivas y potencialmente peligrosas para el ejercicio de las libertades de la I Enmienda. Los criterios empleados para establecer la cuantía de la indemnización son, entre otros, la ofensividad de las declaraciones difamatorias, su seriedad, la amplitud de su difusión, así como la posición social y profesional del demandante en la comunidad<sup>1303</sup>.

Paralelamente a los daños económicos, el sistema concede indemnización para reparar las pérdidas de naturaleza no económicas bajo la figura de los “daños generales” (“*general damages*”)<sup>1304</sup>. En esta categoría pueden distinguirse dos grupos: “daños presentes” (“*actual damages*”), que deben demostrarse mediante evidencias, y los “daños presuntos o presumidos” (“*presumed damages*”) que se otorgan, como principio de derecho, sin necesidad de prueba:

- a) La doctrina sentada en *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, consagró la constitucionalidad de las indemnizaciones por daños generales para compensar lesiones actuales (“*awards of general damages for actual injury*”) en los casos de demandantes privados sobre informaciones difamatorias referidas a asuntos de interés público en los que no pueda acreditarse la “*actual malice*” del demandado, pero sí un cierto nivel de negligencia; estas tres circunstancias (demandante privado, asunto público, ausencia de “*actual malice*”) conforman el llamado estándar *Gertz*. Tales “daños presentes” deben ser probados, pero no en conexión con pérdidas económicas (pues ya serían “*special damages*”), sino que pueden concretarse en:
  - a) daños a la reputación (“*actual harm to reputational injury*”), definidos en atención a la lesión de otros intereses relacionales (“*relational interests*”), como la interferencia en las relaciones presentes y futuras, la destrucción de una imagen

---

<sup>1302</sup> Los supuestos citados son ejemplos tomados de la jurisprudencia, recogidos por SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 9-20.4.

<sup>1303</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., pp. 872 y 873.

<sup>1304</sup> *Restatement of Torts (Second)* § 621. *General Damages*: “*One who is liable for a defamatory communication is liable for the proved, actual harm caused to the reputation of the person defamed*”.

pública favorable o la atribución de una imagen pública negativa<sup>1305</sup>; b) humillación personal, angustia y sufrimiento mental (“*personal humiliation, and mental anguish and suffering*”, como se sostuvo en *Gertz*), o a la aflicción emocional (“*emotional distress*”, como se estableció en *Time, Inc. v. Firestone*, de 1976).

b) La posición original del “*Common Law*” otorgaba al demandante que acreditaba ser víctima de una afirmación difamatoria una indemnización por “*presumed damages*” sin necesidad de presentar pruebas de haber sufrido daños ante el jurado. Sin embargo, dada la tendencia de los jurados a utilizar la figura de los “*presumed damages*” para castigar opiniones o a demandados impopulares<sup>1306</sup>, fue necesario acotar en qué casos procedían las indemnizaciones por daños presuntos y con qué requisitos: a) según *Gertz v. Robert Welch Inc.*, se concede indemnización por “*presumed damages*” cuando se acredita la responsabilidad por “*actual malice*” en los casos de personas privadas sobre asuntos de interés público; si no se prueba la malicia, sino únicamente negligencia, no cabe tal indemnización, como aclaró ulteriormente *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, aunque sí podría reclamar la correspondiente por “*actual damages*”, si bien en este caso ya no opera presunción alguna y necesitan ser probados (1985); b) conforme lo establecido en *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, se admiten las indemnizaciones por “*presumed damages*” aunque no se pruebe “*actual malice*” si el caso afecta a un demandante privado en relación con asuntos que no se refieran a intereses públicos.

El último componente del sistema de daños son los “daños punitivos” (“*punitive damages*”). Su razón de ser es la misma que en el régimen general del “*Common Law*”. Se trata de una indemnización concedida en atención a varias consideraciones: a) para castigar ejemplarmente al responsable de la difamación (por ello también se les denomina “*exemplary damages*”); b) para prevenirle de repetir su acción ilegal en futuras ocasiones; c) para demostrar el rechazo social hacia quienes deliberada y arbitrariamente (“*wilfully and wantonly*”) difaman a otros, silenciando así a los

---

<sup>1305</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., pp. 9-20.2 y 9-20.3, siguiendo el trabajo de ANDERSON “*Reputation, Compensation, and Proof*”.

<sup>1306</sup> McCORRY, J. B.: “*The Discovery Phase ...*”, op. cit., pp. 241 y 242.

“hablantes más impopulares” (“*silence unpopular speakers*”)<sup>1307</sup>. Como las normas tradicionales que gobiernan el régimen de indemnizaciones no se adecúan perfectamente a la naturaleza y fines de los “*punitive damages*”, éstos reciben también el nombre de “daños extracompensatorios” (“*extracompensatory damages*”)<sup>1308</sup>.

La procedencia de los “*punitive damages*” ha sido establecida de un modo preciso a través de determinados pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo en las décadas de los años 70’ y 80’ que ponían el foco de atención en la necesidad de guardar relación entre las libertades de expresión y prensa garantizadas por la I Enmienda y los debidos límites en la indemnizaciones por daños<sup>1309</sup>:

- a) En primer lugar, en *Gertz v. Robert Welch Inc.*, se acordó que no se podría conceder indemnización por “*punitive damages*” en casos de personas públicas y asuntos de interés público, cuando el demandante no pudiera probar la responsabilidad del demandando por “*actual malice*”, es decir, sabiendo de la falsedad de sus difamaciones o actuando con temerario desprecio hacia la verdad (como se sentó en *New York Times v. Sullivan*, de 1964). Conclusiones que son lógicas teniendo presente el siguiente planteamiento: siendo los “*punitive damages*” los de mayor cuantía, era preciso que el demandante acreditase el nivel de culpa más exigente, que no es otro que el sentado en *New York Times v. Sullivan*: “*actual malice*” entendido como conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.
  
- b) Más tarde, *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc.*, de 1985, siguiendo la doctrina *Gertz*, añadió que esa misma regla debía establecerse con carácter general respecto de asuntos de naturaleza pública, de modo que también cuando el demandante fuera una persona privada debería acreditarse el nivel de culpa del “*actual malice*”.

---

<sup>1307</sup> SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law ...*, op. cit., pp. 875 y 876; SACK, R. D.: *Sack ...*, op. cit., pp. 10-14 y 10-15.

<sup>1308</sup> DOBBS, D. B.: *The Law of Torts*, West Group, Minnesota, 2000, p. 1062.

<sup>1309</sup> HAMMESFAHR, R. W. y NUGENT, L. S.: *Punitive Damages. A State-by-State Guide to Law and Practice*, edition 2012-2013, Thomson/West, Minnesota, 2012, p. 45.

c) Igualmente, *Dun & Bradstreet* eximió a los demandantes privados en casos relativos a asuntos de naturaleza no pública de cumplir los requisitos de la I Enmienda, de modo que el nivel de culpa o negligencia que debía acreditarse quedaba a decisión del derecho estatal. En este punto, el estándar de responsabilidad que suelen exigir las leyes estatales es “*actual malice*” en el sentido del “*Common Law*” y no conforme a la *doctrina New York Times v. Sullivan*. Así, el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York, en *Prozeralik v. Capital Cities Communications, Inc.*, de 1993, sostuvo que frente al estándar constitucional del “*actual malice*” centrado en la posición mental del demandando en relación a la verdad o falsedad (“*in relation to truth or falsity*”), el estándar tradicional del “*Common Law*” del “*actual malice*” se centra en la posición mental del demandado en relación con el demandante, con los derechos del demandante y con los motivos de la publicación (“*in relation to the plaintiff, the plaintiff’s right, and the motive for publication*”); en otras palabras, el estándar del “*Common Law*” del “*actual malice*” pretende “castigar a la persona por una conducta ignominiosa hacia los derechos ajenos con un desprecio malicioso, deliberado, temerario o arbitrario”<sup>1310</sup>.

Finalmente, en lo que se refiere a los criterios para su determinación, DOBBS señala que no existe un listado cerrado de parámetros que guíen a los jurados y tribunales, sino que la práctica jurisprudencial consolidada ha arrojado un conjunto de valores orientativos cuyo recurso se ha convertido en común: a) la reprochabilidad de la conducta del demandado; b) el patrimonio del demandando; c) la rentabilidad de la conducta; d) los costes del litigio; e) la suma de las sanciones civiles y penales impuestas sobre el demandado, y; e) la relación entre el daño causado o potencialmente causado por la conducta del demandado y las pérdidas sufridas por el demandante<sup>1311</sup>.

---

<sup>1310</sup> *Prozeralik v. Capital Cities Communications, Inc.*, de 1993, del Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York: “*punish a person for outrageous conduct which is malicious, wanton, reckless, or in wilful disregard for another’s right*”. SMOLLA, R. A.: *Law ...*, op. cit., p. 9-29.

<sup>1311</sup> DOBBS, D. B.: *The Law of Torts*, West Group, Minnesota, 2000, pp. 1066 y 1067.

### 6.3.2.2 La reputación y la XIV Enmienda

La reputación también puede vincularse con la norma fundamental a través de la XIV Enmienda, primera sección, cuya cláusula segunda consagra el derecho al debido proceso (“*due process clause*”): “ningún Estado privará a nadie de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso judicial”<sup>1312</sup>. La vinculación entre la reputación y el proceso judicial se plantea en los siguientes términos: cuando una autoridad o institución pública (el actor debe ser la Administración pública) atenta contra la reputación individual, incluyendo, por ejemplo, a una persona en una lista de morosos, delincuentes o alcohólicos, sin permitir al afectado defenderse ni justificarse, o, cuando ni siquiera se le comunica esta circunstancia, se viola su derecho a defenderse y a ser escuchado en un proceso judicial, consagrado en la XIV Enmienda. Debemos advertir, no obstante, que este cauce procesal no ha tenido mayor relevancia sobre la configuración y desarrollo del régimen jurídico de las acciones por difamación de modo que su estudio de limitará a las siguientes someras reflexiones.

La Corte Suprema sentenció en *Winsconsin v. Constantineau*, 1971, que cuando un interés individual como la protección “del buen nombre, la reputación, el honor o la integridad están en peligro por la acción del gobierno”, el sistema de justicia penal debe otorgarle la oportunidad de ser escuchado y comunicarle las causas penales que se sostienen contra él<sup>1313</sup>; más tarde, en el caso más relevante, *Paul. V. Davis*, de 1976<sup>1314</sup>, apuntó también que la reputación del ciudadano, derivada de la cláusula del derecho al debido proceso, exige la presunción de inocencia y prohíbe al Estado la imposición de una pena “a menos que el Estado pueda probar más allá de la duda razonable, ante un jurado popular y con respeto a las garantías constitucionales, que un ciudadano ha

---

<sup>1312</sup> *Fourteenth Amendment* (1868), *section 1*: “nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

<sup>1313</sup> *Winsconsin v. Constantineau*, de 1971: “(W)here a person's good name, reputation, honor, or integrity is at stake because of what the government is doing to him, notice and an opportunity to be heard are essential”. Este fue el pronunciamiento jurisprudencial más contundente, a juicio de MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ...”, *op. cit.*, p. 84, a favor del derecho constitucional al trámite de un proceso judicial para reparar un daño contra la reputación

<sup>1314</sup> Davis (imputado en un caso por robo que fue finalmente archivado sin que recayera ningún cargo sobre él) era una ciudadano cuyo nombre y fotografía fueron incluidos en una lista de “ladrones de tiendas” elaborada por el Departamento de Policía y remitida a todos los comerciantes de la zona para estar atentos a sujetos que pudieran constituir un peligro. Su inclusión en tal lista se efectuó sin concederle la oportunidad de defenderse ni de explicar sus circunstancias a las autoridades policiales. Como consecuencia de la publicación, sufrió el rechazo y la marginación social, se vio obligado a dejar su trabajo y terminó cayendo en una fuerte depresión psicológica. Davis interpuso denuncia por violación de su derecho a un proceso judicial amparado por la XIV Enmienda.



participado en una conducta penalmente proscrita”. Y aun con más claridad, el mismo pronunciamiento sostuvo que “desde la certeza de que castigar a alguien por un comportamiento criminal lo estigmatizaría ante una sociedad que valora el buen nombre y la libertad individual, no se debe condenar a un hombre por la comisión de un delito cuando exista una duda razonable de su culpabilidad”<sup>1315</sup>.

Ahora bien, tan importante como subrayar la conexión entre la reputación y el derecho al debido proceso, es recordar, como se ha encargado de hacer la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los tribunales de algunos Estados federados, que el buen nombre y la reputación por sí solos, sin conexión con otros intereses tangibles, no representan bienes merecedores de protección inmediatamente; es decir, el estigma que procede de una difamación no constituye un daño suficientemente grave que ponga en peligro el derecho al debido proceso y que permita, consiguientemente, invocar la XIV Enmienda, sino que es preciso que otros intereses más tangibles o derechos con base en la ley del Estado o en las disposiciones de la Constitución de Estados Unidos se vean amenazados; en definitiva, ha de ser algún interés que verdaderamente pueda conectarse con los derechos a la libertad y a la propiedad mencionados en la XIV Enmienda<sup>1316</sup> (como por ejemplo, la pérdida de un empleo presente o futuro, o la pérdida o daño de una propiedad privada<sup>1317</sup>); de lo contrario, casi cualquier reclamación legal por daños o lesiones podría ser reconducida a una violación de la XIV Enmienda. Es lo que se denomina el “*stigma plus*” o test (o doctrina) del estigma doble, como exigencia de un requisito adicional más allá del estigma o daño a la reputación<sup>1318</sup>.

---

<sup>1315</sup> *Paul v. Davis*, de 1976: “the criminal justice system, this interest is given concrete protection through the presumption of innocence and the prohibition of state-imposed punishment unless the State can demonstrate beyond a reasonable doubt, at a public trial with the attendant constitutional safeguards, that a particular individual has engaged in proscribed criminal conduct. “(B)ecause of the certainty that (one found guilty of criminal behavior) would be stigmatized by the conviction . . . a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt”.

<sup>1316</sup> *Paul v. Davis*: “And any harm or injury to that interest, even where as here inflicted by an officer of the State, does not result in a deprivation of any “liberty” or “property” recognized by state or federal law”.

<sup>1317</sup> *California - Lackner v. St. Joseph Convalescent Hospital, Inc.* (1980).

<sup>1318</sup> *State (Florida) v. Robinson* (2004); *State (Nebraska) v. Worm* (2004). Así se manifestaba también el Alto Tribunal en *Paul v. Davis*: “Respondent’s construction would seem almost necessarily to result in every legally cognizable injury which may have been inflicted by a state official acting under ‘color of law’ establishing a violation of the Fourteenth Amendment”.

Volviendo a la excepción del Estado de Pennsylvania, la doctrina del estigma doble no es aplicable aquí ya que la defensa de la reputación no se vincula a ningún otro interés, sino que goza de sustantividad propia (*R. v. Commonwealth Dep’t of Pub. Welfare*, 1994). La excepción de Pennsylvania, sin embargo, tiene más efecto retórico que práctico, ya que, como observa KAHN, B.: “Freedom of the Press and the Fundamental Right of Reputation under the Pennsylvania Constitution”, *Albany Law*

Contra el “*stigma plus test*” consagrado en *Paul v. Davis* se pronuncian diversos autores. Entre ellos, MITNICK defiende que detrás de un ataque a la reputación se esconde también una privación de la libertad del individuo para definirse a sí mismo, de forma que la cláusula del derecho al debido proceso ante una privación de la vida, la libertad o la propiedad de la XIV Enmienda puede activarse sin necesidad de que otros intereses más allá de la reputación se vean amenazados. Siguiendo estos planteamientos, la libertad implicaría, en lo que a nosotros concierne, la capacidad para identificar, conforme a las elecciones hechas por uno mismo de modo racional e independiente, lo que es bueno y valioso en la vida, y para garantizar, en la mayor medida posible, la construcción de uno mismo y de su identidad<sup>1319</sup>. También a nivel jurisprudencial hay líneas divergentes con el test del estigma plus; en la sorprendente decisión *State (New Hampshire) v. Veale*, de 2009, el Tribunal Supremo de este Estado declaró que, en consonancia con su doctrina jurisprudencial, el daño a la reputación constituía por sí mismo una privación de la libertad (interés, éste sí, directamente protegido por la Constitución estatal) merecedora de un proceso judicial. Muy crítico con este pronunciamiento, por las imprevisibles consecuencias que puede acarrear, se muestra TERIS por considerar que se aparta injustificadamente de la doctrina del Tribunal Supremo, consolidada desde *Paul v. Davis*, mediante una equivocada lectura del texto constitucional del Estado de New Hampshire en la que, con una interpretación incorrecta y excesivamente amplia, se da entrada al interés de la reputación en el derecho a la libertad individual garantizado por la norma fundamental<sup>1320</sup>.

### 6.3.2.3 Propuestas de reforma. “Propuesta *Annenberg* de Reforma del Libelo” de 1988 y “*Speech Act* 2010”

Desde una perspectiva general, es común la sensación de complejidad que rodea el entramado del “*defamation law*” en Estados Unidos y que asfixia y atrapa a quienes

---

*Review*, 1993, p. 471, han sido pocos los casos sustanciados en ese Estado con la reputación como principal pretensión de base.

<sup>1319</sup> MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process ..., *op. cit.*, pp. 93, 99, 117 (“*a meaningful conception of liberty must include the freedom to identify in accordance with one's own rationally and independently chosen sense of what is good and valuable in life*”; [...] “*protecting individual liberty entails securing to the greatest possible extent the free construction of the self and one's identity*”), 123 y 141 (“*liberty, at its core, entails individual self-invention*”).

<sup>1320</sup> TERIS, B. S.: “Procedural Due Process. The Right to Reputation in New Hampshire Supreme Court creates a Liberty Interest in a Person's Reputation Protected by the Due Process Clause of the State Constitution and extends the Protection to Competency Determinations. *State v. Veale*, 972 A.2D 1009 (N.H. 2009)”, *Rutgers Law Journal*, Summer, 2010, pp. 1200 a 1203.

participan en él como una camisa de fuerza. Los autores individualmente y de manera colectiva, a través de exhaustivos informes y propuestas de reformas, como la reputada “Propuesta *Annenberg* de Reforma del Libelo” de 1988, han advertido los problemas y deficiencias que padece el sistema y han formulado diversas proposiciones de reforma. Las valoraciones globales arrojan un diagnóstico del modelo desalentador: un sistema profundamente negativo que deja insatisfechas las aspiraciones de todas las partes: a) de los demandantes, que deben superar un camino plagado de obstáculos para ofrecer una prueba clara y convincente tras el cual sólo una pequeña parte de ellos logrará su ansiada compensación<sup>1321</sup>; b) de los demandados, cuya actuación será enjuiciada de forma estricta, en lo que podría ser una “pesadilla de escrutinio” y que habrán de soportar los altos costes del litigio concretados en la pérdida de credibilidad y en la interferencia en las funciones editoriales y de negocios<sup>1322</sup>, y; c) del público, en general, que, en última instancia, no sabrá si el Derecho ha hecho prevalecer la verdad sobre la mentira<sup>1323</sup>. En fin, las imperfecciones del sistema arrojan dos clases de costes que han sido denominados por ANDERSON “costes reputacionales” (“*reputational costs*”) y “costes sociales” (“*social costs*”): los primeros son los costes derivados sobre el individuo que es abandonado a su suerte por el sistema en la reparación de los daños contra su reputación, mientras los segundos son los que sufren los demandantes personas públicas que ante la dificultad de acreditar el estándar del “*actual malice*” para reivindicar su honor, optan finalmente por no participar en la vida pública y en los asuntos políticos (“*deterrent effect on participation in public life*”)<sup>1324</sup>.

En este contexto de general insatisfacción, para agilizar los farragosos trámites del proceso judicial, así como liberar a las partes de los exigentes niveles de prueba de culpa o responsabilidad de la parte contraria, una de las soluciones tradicionalmente

---

<sup>1321</sup> Es cierto, no obstante, tal y como demuestra el amplio estudio realizado por BEZANSON, R. P., CRANBERG, G. y SOLOSKI, J.: *Libel Law and The Press. Myth and Reality*, Free Press, New York, 1987, pp. 150 y 151, que el escaso éxito en sus reclamaciones deriva del hecho de que fueron interpuestas sin valorar debidamente las nulas posibilidades de victoria final. A pesar de la escasa perspectiva de éxito, los demandantes siguen ejerciendo sus acciones porque el sistema carece de desincentivos que desanimen al demandante, ya que aun en el caso de los que soportan mayores costes, éstos son todavía reducidos, de modo que siguen considerando la interposición de una demanda como una forma adecuada y no onerosa de recuperar su credibilidad manchada; para ellos la demanda es un medio de liberación emocional (“*emotional release*”).

<sup>1322</sup> ANDERSON, D. A.: “Is Libel Law .”, pp. 542 y 543.

<sup>1323</sup> ANDERSON, D. A.: “Is Libel Law Worth Reforming?”, SOLOSKI, J. y BEZANSON, R. P. (editors): *Reforming Libel Law*, The Guilford Press, New York, 1992, p. 1, 2, 14, 22 y 23; el mismo en “Is Libel Law . . .”, op. cit., p. 488.

<sup>1324</sup> ANDERSON, D. A.: “Is Libel Law . . .”, op. cit., p. 531.

propuestas ha sido la de profundizar en la utilización de los “juicios declaratorios” (“*declaratory judgment*”)<sup>1325</sup>. La “Propuesta Annenberg” incidía en este aspecto proponiendo en la sección 4 la figura del juicio declaratorio al que podría recurrir el demandante a fin de lograr el veredicto judicial de que las afirmaciones fueron falsas y difamatorias<sup>1326</sup> (extremo cuya prueba le corresponde a él mismo<sup>1327</sup>), con la ventaja de no tener que demostrar ningún nivel de responsabilidad o culpa en la posición mental del demandado<sup>1328</sup>, pero con la contrapartida, al mismo tiempo, de renunciar a toda indemnización por daños en ese caso y en cualquier otra futura reclamación relativa a la misma publicación difamatoria<sup>1329</sup>.

El mecanismo del juicio declaratorio tiene la evidente ventaja de evitar toda la fase del proceso dedicada a la compleja prueba de los estándares de culpa o responsabilidad del demandando (ya sea en nivel de “*actual malice*” o de negligencia). La potenciación de este instrumento responde al hecho contrastado de que la mayoría de los demandantes no buscan a través del ejercicio de las acciones por difamación tanto una compensación económica por los daños sufridos, cuanto la limpieza de la mancha que a su credibilidad y reputación ha producido la publicación difamatoria; para ellos, la demanda es ante todo una forma de reivindicación personal y una vía de escape para las frustraciones personales<sup>1330</sup>. Ante tal situación, el “juicio declaratorio” ofrece una rápida solución al demandante (aunque el demandando también podría, según la

---

<sup>1325</sup> En esta línea insisten, entre otros, BARRETT, D. A.: “Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative”, *California Law Review*, May, 1986, pp. 847 y ss; ANDERSON, D. A.: “Is Libel Law ...”, *op. cit.*, pp. 543 y 544; COOK, G. C.: “Reconciling The First Amendment With The Individual’s Reputation: The Declaratory Judgment as an option for Libel Suits”, *Dickinson Law Review*, Winter, 1989, pp. 265 y ss; SMOLLA, R. A. y GAERTNER, M. J.: “The Annenberg libel Reform Proposal: The Case for Enactment”, *William and Mary Law Review*, Volume 31, Issue 1 Article 3, pp. 33 y 34; por el contrario, para MARTON, K. J., WILK, N. y ROGAL, L.: “Protecting One’s Reputation. How To Clear A Name in a World Where Name Calling Is So Easy”, *Phoenix Law Review*, Fall, 2010, pp. 76 y 77, el juicio declaratorio todavía es un mecanismo polemico.

<sup>1326</sup> Section 4: *Declaratory Judgment*. (a) “*Declaratory Judgment Action Brought by Plaintiff. Subject to the requirement of Section 3, a person who is the subject of any defamation may bring an action in any court of competent jurisdiction for a declaratory judgment that such publication was false and defamatory*”.

<sup>1327</sup> Section 4: *Declaratory Judgment*. (d) “*Burden of Proof. In any action for a declaratory judgment, the plaintiff shall bear the burden of proving by clear and convincing evidence that the publication was false and defamatory*”.

<sup>1328</sup> Section 4: *Declaratory Judgment*. (c) “*Proof of Fault or State of Mind Not Required. Neither the fault nor state of mind of the defendant shall be an element of such an action*”.

<sup>1329</sup> Section 4: *Declaratory Judgment*. (b) “*No Damages Permitted. No damages shall be awarded in such an action, and the filing of such an action for declaratory judgment shall forever bar the plaintiff from asserting or recovering for any other claim or cause of action arising out of the publication which is the subject of the action*”.

<sup>1330</sup> BEZANSON, R. P., CRANBERG, G. y SOLOSKI, J.: *Libel Law ...*, *op. cit.*, pp. 150 y 151.

“Propuesta *Annenberg*”, sección 4 (e)<sup>1331</sup>, pedir la conversión de la acción de difamación en una acción de “juicio declaratorio” en su contestación a la demanda) para lograr el veredicto judicial de que la publicación era efectivamente falsa y difamatoria, restaurando su reputación. Y todo ello en el breve plazo de 120 días máximo, ya que la acción por juicio declaratorio recibiría atención prioritaria en el tribunal, según la “Propuesta *Annenberg*”, sección 4 (f)<sup>1332</sup>.

Otra de las críticas más incisivas contra el régimen jurídico de las acciones por difamación se centra en el sistema de indemnizaciones por daños (“*damages*”). Como apunta SMOLLA, los problemas son varios y afectan a todos los partícipes. Por un lado, los jurados se muestran sumamente proclives a conceder amplias indemnizaciones pecuniarias, al tiempo que los jueces y tribunales suelen reducir e incluso eliminar tales sanciones cuando se pronuncian al resolver los recursos<sup>1333</sup>. Por su parte, los demandados (normalmente, periodistas y medios de comunicación) protestan contra un modelo que puede resultarles considerablemente gravoso y oneroso, mientras los demandantes se alzan contra un sistema lento, ineficaz y costoso en sus distintas etapas procesales, que sólo podría compensarles si finalmente se les reconocen indemnizaciones apropiadas. Y de forma más precisa, dentro del régimen de daños, preocupa la figura de los daños punitivos. De manera contundente señala SMOLLA los inconvenientes de este mecanismo reparador; por una parte, disuade o desanima a los periodistas del ejercicio de la libertad de expresión; por otra, está desconectado de la realidad, atendiendo en ocasiones más a la naturaleza o al carácter del demandante (figura pública) que a intereses racionales<sup>1334</sup>. A este respecto la mencionada “Propuesta *Annenberg*”, redactada por un comité de expertos entre los que se encontraba el propio

---

<sup>1331</sup> Section 4. *Declaratory Judgment*. “(e) *Election of Defendant to Convert Action for Damages to an Action for Declaratory Judgment*. A defendant in an action for defamation shall have the right, at the time of filing its answer or within 20 days from the commencement of the action, whichever comes first, to designate the action as an action for a declaratory judgment [...]”.

<sup>1332</sup> Section 4. *Declaratory Judgment*. “(f) *Docket Priority*. Actions for declaratory judgment in defamation cases shall be granted priority over other civil actions in setting trial dates, and in all cases must be tried within 120 days of the filing of the complaint [...]”.

<sup>1333</sup> SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation (volume 2)*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012, p. 9-5. Como señala BARRETT, D. A.: “*Declaratory Judgments ...*, *op. cit.*, p. 856, el “*HowaProyect*” mostró que los jurados sienten la responsabilidad de juzgar la conducta de los medios de comunicación, y ante tal compromiso no pretenden sólo compensar al demandante ofendido, sino castigar ejemplarmente la conducta irresponsable de los medios.

<sup>1334</sup> SMOLLA, R. A.: *Law ...*, *op. cit.*, p. 9-90. El mismo, con anterioridad, en “*Presenting the Reform Proposals*”, AA.VV.: *Twenty-five Years After New York Times v. Sullivan*, Drake University, Constitutional Law Resource Center, Iowa, 1990, p. 75; ANDERSON, D. A.: “*Is Libel Law ...*, *op. cit.*, pp. 513 y 514.

SMOLLA, propuso efectivamente la eliminación de cualquier condena por daños punitivos en las acciones por difamación (sección 9 (d))<sup>1335</sup>.

Por último, aunque no afecta al corazón de los asuntos que hemos estudiado, también merece ser destacado otro de los males del “*defamation law*” en Estados Unidos: el turismo del libelo (“*libel tourism*”). MELKONIAN explica sucintamente este fenómeno: se trata de la elección por parte del demandante del foro judicial (“*forum shopping*”) donde serán juzgados los hechos que dieron lugar a la difamación, en un intento por dar con la normativa que vaya a ser más favorable para sus intereses<sup>1336</sup>. Ciertamente, en el nuevo contexto de los medios de comunicación, las tradicionales normativas no ofrecen los mecanismos adecuados para lidiar contra los problemas propios de un entorno globalizado en el que publicaciones americanas sujetas a los generosos estándares de la I Enmienda pueden ser enjuiciadas bajo otras jurisdicciones estatales más restrictivas en materia de libertad de expresión, derecho a la privacidad y derecho a la reputación<sup>1337</sup>.

La *Speech Act* 2010 (cuyo nombre oficial es “*Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*”) trata de poner fin a este problema. En su preámbulo (apartados nº 2 y 3) advierte que para eludir la protección reforzada (“*full extent of free-speech protection*”) que concede la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a las publicaciones de interés público, ciertas personas interponen demandas por difamación contra estas publicaciones más allá de la jurisdicción estadounidense, para someter el juicio a las leyes de países menos favorables a la extensión de la libertad de expresión, produciendo indirectamente otros efectos perversos: a) anular el derecho de los ciudadanos a recibir información sobre asuntos de interés general<sup>1338</sup>; b) restringir la libertad de expresión de los demandados;

---

<sup>1335</sup> Section 9: Damages, (d): “No punitive damages. No punitive damages shall be permitted in any action for defamation”.

<sup>1336</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. IX.

<sup>1337</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. X. refiriéndose a este mismo fenómeno BOLLINGER, L. C.: *Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press ...*, op. cit., p. 113, señala que la sentencia *New York Times v. Sullivan* creó un único foro judicial para todos los Estados Unidos de modo que las normas más restrictivas del Estado de Alabama no pudieran desalentar el ejercicio de la libertad de expresión en el Estado de Nueva York; pues bien, como consecuencia de la globalización, ahora esa amenaza ha traspasado las fronteras nacionales y el “*chilling effect*” puede provenir de otros países más proclives al recurso a la censura.

<sup>1338</sup> Sec. 2. Findings (2), *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*, 10<sup>th</sup> August 2010: “Some persons are obstructing the free expression rights of United States

c) desalentar el futuro ejercicio de estas libertades ante la amenaza de nuevas demandas<sup>1339</sup>.

Advertido el problema del “*libel tourism*”, la *Speech Act* 2010 propone como solución permitir a los tribunales de Estados Unidos negarse a reconocer cualquier sentencia extranjera condenatoria por motivo de difamación salvo que el derecho extranjero aplicado conceda un nivel equivalente de protección a la libertad de expresión al que otorga la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos o el derecho del Estado donde el tribunal estadounidense esté radicado<sup>1340</sup>. No obstante, aunque el nivel de protección otorgado no fuera tan elevado como el correspondiente al estándar de Estados Unidos, la sentencia extranjera se aplicaría por el tribunal estadounidense si la parte condenada lo hubiera sido también de haberse aplicado la doctrina de la I Enmienda o el derecho del Estado donde el tribunal americano esté radicado<sup>1341</sup>.

---

*authors and publishers, and in turn chilling the first amendment to the Constitution of the United States interest of the citizenry in receiving information on matters of importance, by seeking out foreign jurisdictions that do not provide the full extent of free-speech protections to authors and publishers that are available in the United States, and suing a United States author or publisher in that foreign jurisdiction”.*

<sup>1339</sup> Sec. 2. Findings (3), *Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage Act*, 10<sup>th</sup> August 2010: “*These foreign defamation lawsuits not only suppress the free speech rights of the defendants to the suit, but inhibit other written speech that might otherwise have been written or published but for the fear of a foreign lawsuit*”.

<sup>1340</sup> *Speech Act* 2010 § 4102. *Recognition of foreign defamation judgments: (a) First Amendment Considerations. (1) In General. - Notwithstanding any other provision of Federal or State law, a domestic court shall not recognize or enforce a foreign judgment for defamation unless the domestic court determines that: (A) the defamation law applied in the foreign court’s adjudication provided at least as much protection for freedom of speech and press in that case as would be provided by the first amendment to the Constitution of the United States and by the constitution and law of the State in which the domestic court is located”.*

<sup>1341</sup> *Speech Act* 2010 § 4102. *Recognition of foreign defamation judgments: (a) First Amendment Considerations. (1) In General. - Notwithstanding any other provision of Federal or State law, a domestic court shall not recognize or enforce a foreign judgment for defamation unless the domestic court determines that: [...] or; even if the defamation law applied in the foreign court’s adjudication did not provide as much protection for freedom of speech and press as the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State, the party opposing recognition or enforcement of that foreign judgment would have been found liable for defamation by a domestic court applying the first amendment to the Constitution of the United States and the constitution and law of the State in which the domestic court is located”.*

## **7. RECAPITULACIÓN. MODELOS ESTATALES DE PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL HONOR**

El exhaustivo estudio de la regulación de los delitos contra el honor desde la perspectiva del derecho comparado que hemos efectuado, nos ha permitido obtener una imagen general del régimen jurídico de estos delitos. Se trataba, primeramente, de conocer las particularidades legales de cada ordenamiento, ya fueran las propuestas teóricas para dotar de contenido al bien jurídico honor, ya fueran los tipos penales que de manera concreta protegen el honor en el derecho positivo; y, en segundo lugar, aspirábamos a extraer conclusiones que pudieran orientar en lo sucesivo nuestra investigación, de dos formas: observando la implantación de soluciones procedentes de otros ordenamientos en la regulación española, y apuntando, tras un estudio crítico y comparativo, aquellos aspectos positivos de las regulaciones extranjeras que pudieran ser incorporados desde la perspectiva de *lege ferenda* al ordenamiento estatal español.

Recordadas las metas, podemos señalar ya, de un modo introductorio, dos conclusiones iniciales: la doctrina penalista en cada uno de los países analizados ha seguido una evolución similar en cuanto a las teorías sobre el bien jurídico honor y en relación con la cuestión de los titulares del honor (o sujetos pasivos de los delitos contra el honor), con la excepción, no obstante, del sistema angloamericano, que en este sentido, ha seguido un camino claramente diverso. En este sentido, en los países de la Europa continental es visible la evolución de las concepciones del bien jurídico honor conforme al esquema siguiente: las iniciales concepciones fácticas se abandonaron en favor de las concepciones normativo-fácticas o estrictamente normativas y de las concepciones constitucionalmente orientadas o de base constitucional, desarrolladas simultáneamente al nacimiento de las tesis constitucionalistas de definición del bien jurídico. Ciertamente es que las propuestas originales y pioneras procedieron destacadamente de Alemania e Italia, como se ha reflejado, pues es en estos países donde la doctrina ha dedicado más tiempo y esfuerzo a desentrañar las vicisitudes de los delitos contra el honor y del propio bien jurídico; sus planteamientos novedosos terminaron llegando a los ordenamientos de Austria, Francia, Bélgica y Portugal, incorporándose siempre con buena acogida entre los autores. En el caso de España, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, los planteamientos de la doctrina alemana e italiana también surtieron notable efecto, lo que sumado a nuestra abundante literatura sobre los delitos



contra el honor, arroja un resultado altamente satisfactorio desde el punto de vista de la profundidad investigadora alcanzada en relación con estos temas, no tanto así, quizás, con las soluciones adoptadas en el plano del derecho positivo.

La segunda aseveración inicial apunta ya a las diferencias y a la distancia entre los ordenamientos jurídicos estatales examinados. Desde el punto de vista de la regulación legal concreta, los delitos contra el honor en estos países presentan una considerable diversidad, tanto formal o nominal como material. No existe un único criterio para definir el número de figuras penales con las que proteger el bien jurídico honor, encontrándonos algunos regímenes jurídicos que apuestan por la sencillez de un modelo dual, como Portugal, Francia e Italia (difamación e injuria), y otros que establecen un sistema que pivota sobre tres tipos penales, siendo éste el caso de Alemania (injuria, difamación y calumnia), Austria (injuria, difamación y reproche de una conducta ya enjuiciada) y Bélgica (difamación, calumnia y divulgación maliciosa). Así mismo, que la denominación de las figuras sea coincidente no quiere decir tampoco que tipifiquen concretamente la misma conducta, en una nueva muestra de pluralidad de regímenes. Ejemplificando lo anterior: no hay más puntos en común que el nombre del delito entre la difamación del Código Penal italiano y la del alemán. Y, finalmente, la diversidad se aprecia también en el instituto de la prueba de la verdad, cuyo ámbito de operatividad o eficacia varía considerablemente de unos ordenamientos a otros.

Con las anteriores indicaciones pretendíamos solamente poner de manifiesto, *grosso modo*, las semejanzas y divergencias entre los sistemas jurídicos estatales de protección del honor. A continuación, entraremos en un análisis más preciso, siguiendo para ello la misma estructura que hemos empleado en cada uno de los apartados precedentes, esto es, estudiaremos en primer lugar el bien jurídico y las concepciones formuladas al efecto, reflejando las conexiones y la inspiración ejercida por determinadas doctrinas; a continuación, haremos lo propio con la cuestión relativa a los titulares del honor, aspecto en que el consenso es verdaderamente y sobrepasa las fronteras estatales; y, por último, realizaremos un estudio comparativo que evidencie las diferencias en el derecho positivo de cada modelo de regulación de los delitos contra el honor.

## 7.1 BIEN JURÍDICO

En la determinación del concepto del bien jurídico, como ya hemos advertido sucintamente, pueden observarse numerosos puntos en común en la doctrina de los países de la Europa continental. Es visible en todos ellos una evolución temporalmente paralela, capitaneada, sobre todo, por los planteamientos de los penalistas alemanes e italianos.

En sus orígenes, las teorías fácticas que descomponían el honor en dos vertientes, asociando cada una de ellas a un elemento de la realidad, remiten a ilustres penalistas: CARRARA y FRANK. En Italia fue el jurista de la escuela clásica el introductor de los postulados fácticos para la definición del bien jurídico honor, con planteamientos similares a los del autor alemán. Así, defendió CARRARA en su *“Programma del Corso di Diritto Criminale”* (cuya primera edición data de 1880) que podía concebirse el honor como el sentimiento de la propia dignidad (*“sentimento della nostra dignità”*) independiente de cualquier cálculo y sólo dependiente del amor que se tiene a sí mismo, y como la estima o reputación establecida por otros (*“stima o riputazione appo gli altri”*) entendida como la opinión que los otros poseen de nuestras cualidades tanto espirituales como corporales o físicas. También ANTOLISEI sostenía que el ordenamiento jurídico tutelaba dos conceptos de honor: el subjetivo, “constituido por el aprecio que el individuo tiene de sus capacidades y, por extensión, del sentimiento del propio valor social”, y el objetivo, “representado por el juicio de los otros, y, concretamente, por la consideración en la que es tenido el individuo por el público dada la reputación de la que goza en la comunidad”<sup>1342</sup>. En Alemania, quien primero reflexionó sobre este doble componente del honor y su tutela penal fue el penalista de la región alemana de Hessen, FRANK, quien afirmó en su Manual *“Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich”*, publicado en 1897, que dentro del honor convivían dos componentes que representaban las dos facetas del bien jurídico honor: desde una perspectiva subjetiva, el honor como objeto de protección del delito de injurias era la conciencia o noción que una persona tenía de su propio valor o reputación, su sentimiento de honor o conciencia de honor (*“Ehrgefühl”* o

---

<sup>1342</sup> Sobre estas teorías, más ampliamente, *vid. supra* Capítulo IV.4.1.

Podemos adelantar ya que las teorías fácticas también disfrutaron de buena aceptación en la doctrina española, con menciones expresas de las ideas del penalista italiano por parte de DÍAZ PALOS y CUELLO CALÓN, entre algunos otros. Sobre ello, *vid. infra* Capítulo V.1.3.1.

“*Ehrbewußtein*”), y desde la perspectiva objetiva, el honor sería la idea que los demás tenían del valor de una persona (“*äußere Ehre*”)<sup>1343</sup>.

Advertidas las deficiencias de las concepciones fácticas para determinar el contenido del bien jurídico honor, la doctrina alemana marcó el camino para la revisión de aquellas formulaciones y la elaboración de teorías alternativas: la concepción normativa y la concepción normativo-fáctica, que se extenderían por todo el continente europeo con gran acogida y que han perdurado en su esencia hasta nuestros días como las más seguidas, si bien sufriendo modificaciones y actualizaciones. El nuevo parámetro de referencia para la definición del honor debía ser la dignidad de la persona, valor (el de la dignidad) que permitiría conceder el honor a todo ser humano por su condición de persona, logrando así un reconocimiento igualitario de este bien jurídico, en contraposición con las teorías fácticas que convertían a la sociedad en fuente de atribución del honor y los distribuían con arreglo a criterios aristocráticos o falsamente meritocráticos. Quien expuso estas novedosas reflexiones fue HIRSCH en la monografía “*Ehre und Beleidigung*”, de 1969: el honor es una parte, un fragmento de la personalidad y de la dignidad humana. Aceptando únicamente que es la dignidad de la persona el fundamento del honor, las disminuciones del honor sólo podían proceder de los incumplimientos de los compromisos u obligaciones que la dignidad y la personalidad imponen al individuo mismo y que se concretarían en graves defectos de la personalidad o vicios de su integridad moral o valía como persona<sup>1344</sup>.

A partir de las aportaciones de HIRSCH y la doctrina alemana, las concepciones normativas y normativo-fácticas, que recurren a elementos fácticos para justificar el distinto trato del ordenamiento jurídico en cada supuesto particular, se extendieron con notable éxito. En Italia, MESSINA sostenía que el honor es una marca irrenunciable de la dignidad social de la persona humana y del ser humano en cuanto tal, al tiempo que,

---

<sup>1343</sup> Junto a FRANK, en la doctrina alemana otros autores defendieron también distintas versiones de las concepciones fácticas: BICKERT, MIRKOFF, BALTIN, ENGELHARD. Con detalle, las propuestas de estos autores, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2.

<sup>1344</sup> En Alemania estas tesis se difundieron ampliamente, aunque concediendo un valor más importante a la sociedad como fuente del honor junto al propio individuo, rechazando parcialmente, por lo tanto, la estricta concepción normativo-personal de HIRSCH. Esta es la línea que siguen, entre otros, BINDING, SAUER y TENCKHOFF. Sobre esto, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2.

Las propuestas de HIRSCH y, en general, las concepciones normativas y normativo-fácticas son las dominantes en la doctrina española, siendo introducidas fundamentalmente a través del trabajo, entre otros, de ALONSO ÁLAMO (“Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, 1983). Se estudiará con más detalle: *vid. infra* Capítulo V.1.3.2.

surgido del entramado de las relaciones sociales, el honor es también un “factor de sociabilidad”<sup>1345</sup>. KIENAPFEL, penalista de referencia en la doctrina austriaca sobre los delitos contra el honor, entiende que el honor sería el irrenunciable derecho a un trato digno, en tanto que deriva de la dignidad humana; a partir de aquí, la determinación del carácter injurioso de una acción dependerá del cumplimiento de los deberes sociales y morales de la persona<sup>1346</sup>. Son, efectivamente, estos criterios fácticos, como el cumplimiento de los deberes u obligaciones de las personas en sociedad, los que definen las teorías normativo-fácticas o mixtas, también dominantes en Francia: VITU define el honor como un bien del orden moral que resulta del modo personal en que nos conducimos de acuerdo a las exigencias de la moral y del Estado de derecho<sup>1347</sup>. La graduación del honor que corresponde a la persona en atención al seguimiento de las pautas de comportamiento social da entrada en las teorías normativo-fácticas a la idea del “merecimiento”, en los términos, por ejemplo, que se utilizan en la doctrina portuguesa por parte de LEAL-HENRIQUES y SIMAS SANTOS<sup>1348</sup>.

El nacimiento o el desenvolvimiento del honor en el entorno social y derivado de las relaciones sociales, se halla en la base de una nueva interpretación del honor como valor resultante de las “relaciones de reconocimiento”. Las teorías que vinculan el honor a las relaciones de reconocimiento no pueden considerarse como una categoría independiente de las concepciones normativas y mixtas, pues comparten con ellas la fundamentación del honor en la dignidad de la persona y en la sociedad; representan, sería mejor decir, una línea doctrinal que profundiza en la vertiente social del honor desde la consideración de que la realización de la individualidad no es una tarea exclusivamente personal, apartada del mundo exterior, sino que el individuo pone esta individualidad bajo la mirada de la comunidad esperando obtener de ella su *reconocimiento*. Nuevamente, es la doctrina alemana la que explora las características de esta corriente de pensamiento. Si los seres humanos participamos necesariamente en un entramado de relaciones sociales e intersubjetivas, dirá WOLFF en un trabajo de 1969 (“*Ehre und Beleidigung*”) que surge como respuesta a las tesis recientemente publicadas por HIRSCH, el honor puede definirse como las “relaciones de

---

<sup>1345</sup> En términos similares se expresa FLORIAN. *Vid. supra* XXXXXXXXXXXX.

<sup>1346</sup> La doctrina austriaca sigue mayoritariamente la senda de las concepciones normativo-fácticas. *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.2.3.2.

<sup>1347</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.5.2.2. Los comentaristas belgas se remiten a las investigaciones de la doctrina francesa en los delitos contra el honor, como ya hemos analizado *supra* Capítulo IV.5.3.1.

<sup>1348</sup> Más ampliamente el debate sobre el bien jurídico en Portugal: *vid. supra* Capítulo IV.3.1.

reconocimiento (“*Anerkennungsverhältnis*”) de las que emerge la individualidad”. La vinculación entre el honor y el reconocimiento fue tomando mayores dimensiones gracias a penalistas como OTTO<sup>1349</sup> y SCHÖBLER; este último sostenía que el reconocimiento de la persona debe ser doble: el reconocimiento de su condición de ser humano y de participante libre e igual en un entorno de relaciones comunicativas, por un lado, y el reconocimiento y respeto de su identidad individual por la comunidad, por otro. Y recientemente AMELUNG (“*Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*”, 2002) ha insistido en la necesidad de que el individuo sea reconocido ante los demás como un “válido interlocutor en el entorno comunicativo”, lo que le lleva a afirmar que el honor es un presupuesto de la comunicación, por lo que su lesión deriva del no reconocimiento de su capacidad para cumplir con sus expectativas comunicativas<sup>1350</sup>.

Las investigaciones de Franco BRICOLA de principios de la década de los 70’ del siglo XX, reunidas en la “*Teoría General del Delito*”, sobre cómo la Constitución debía ser el marco de referencia del Derecho Penal existente y del futuro, abrirán un nuevo campo de posibilidades a los penalistas interesados en los delitos contra el honor, que asumirán una sugerente orientación hacia la búsqueda de una fundamentación constitucional del bien jurídico honor. Se mantiene la consideración del honor como un atributo originario de la persona humana, derivado de su dignidad y, consiguientemente, poseído de forma igualitaria por todos los individuos, añadiéndose, como dirá MANTOVANI, la necesidad de definir el bien jurídico honor con referencia a “valores constitucionalmente significativos” y a “otros valores jurídicos y socioculturales constitucionalmente que no sean incompatibles”. Inspirado en las tesis constitucionalistas, MUSCO defenderá en su libro “*Bene giuridico e tutela dell’onore*”, de 1974, la necesidad de entender los delitos contra el honor como normas de tutela del valor aferrable-tangible del honor, el cual sirve al aseguramiento de las condiciones esenciales de la vida en común y constituye un límite de relieve constitucional de la

---

<sup>1349</sup> La primera propuesta doctrinal en España que se desarrolla en el marco de las relaciones de reconocimiento, del penalista BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (“Revisión del contenido del bien jurídico honor”, 1984), admite la influencia de las tesis de OTTO. Sobre ello, más adelante, *vid. infra* Capítulo V.1.3.2.

<sup>1350</sup> Para un estudio más extenso del bien jurídico honor en el marco de la teoría del reconocimiento de base normativa en la doctrina alemana, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2. En Italia, siguiendo la tesis de AMELUNG, es TESAURO quien concibe el bien jurídico honor como un presupuesto para el inicio o activación de la comunicación y, por extensión, de las relaciones sociales. *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.4.1.

libertad de manifestación del pensamiento<sup>1351</sup>. En Alemania, SCHMIDT elabora también una propuesta que fundamenta el honor en valores objetivos de la Constitución, de forma que, en conexión con la dignidad de todos los hombres, consagrada en el art. 1.I de la norma fundamental, el honor es un atributo reconocido a toda persona por igual, si bien, en atención al art. 2.I de Constitución, el honor es socialmente relativizado o mediatizado en atención al estilo de vida del individuo, evaluado desde una perspectiva social y moral, como un valor social adquirido<sup>1352</sup>.

Hasta aquí hemos procurado reflejar el tangencial devenir doctrinal experimentado en los distintos países de la Europa continental. Ausentes están todas las referencias al sistema angloamericano y a su definición del honor como objeto de protección jurídica, consecuencia de una concepción sustancialmente distinta a la que se sostiene en los países de la Europa continental. El punto de partida de las diferencias radica en la ausencia de reconocimiento constitucional del honor en el sistema estadounidense, circunstancia que contrasta con la plasmación al máximo nivel constitucional del honor en los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, ya sea como derecho fundamental autónomo, ya sea como límite a las libertades de expresión e información. La distancia entre el “*Common Law*” y el conjunto de los ordenamientos europeo-continenciales se hace palpable también en la propia denominación del interés jurídicamente tutelado: en el “*Common Law*” se habla siempre de la reputación (“*reputation*”), circunstancia que no es irrelevante, sino que, como esperemos haber evidenciado, deriva de la dominante proyección exterior del objeto de protección en el “*Common Law*”, mucho más dirigido a la salvaguarda de los intereses económicos y reputacionales que pueden verse dañados como resultado de un ataque a la reputación,

---

<sup>1351</sup> Sobre la aplicación de las propuestas constitucionalistas del bien jurídico al ámbito del honor en la doctrina italiana, *vid. supra* Capítulo IV.4.1.

<sup>1352</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.2.2.2.2.

El propósito de sostener una formulación del honor compatible con la Constitución e incluso emanada de ella, también encontró seguidores en la doctrina española, aunque estas propuestas se desarrollaron más tardíamente, dado que la Constitución se aprobó en 1978 y la actual definición de las conductas típicas de injurias y calumnias data de 1995. MORALES PRTAS, QUINTERO OLIVARES y FERNÁNDEZ PALMA han formulado teorías constitucionalmente orientadas, como examinaremos más adelante: *vid. infra* Capítulo V.1.3.4.

Existe otro grupo de teorías en la doctrina española que también toma como referentes la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad para la determinación del contenido del bien jurídico honor; sin embargo, no son consideradas como integrantes del bloque de las tesis constitucionalmente orientadas, por más que, ciertamente, tengan un encaje constitucional innegable. Nos referimos a las concepciones estrictamente normativas de VIVES ANTÓN, y a las que tomando como punto de partida las reflexiones de este autor, han seguido un camino guiado sobre todo por la maximización del libre desarrollo de la personalidad en conexión con el honor, como LAURENZO COPELLO, CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Y FUENTES OSORIO.

que a la protección de los valores más inmediatos, espirituales o internos, que quedarían englobados en el concepto de “honor subjetivo”, típicamente europeo-continental. Además, la decidida preferencia de la vía civil para la persecución de las agresiones contra la reputación, en el marco del derecho de daños (“*tort law*”), en detrimento del proceso penal o criminal, que apenas se ha empleado para ofensas graves que iban conectadas a amenazas de quebranto de la paz pública, también ha influido sensiblemente en la definición de la reputación desde la (casi) sola vertiente de las consecuencias económicas.

Lo afirmado anteriormente queda patente en las diversas formulaciones teóricas angloamericanas que ponen su acento en lo que nosotros llamaríamos la vertiente externa del honor. Así, la reputada propuesta de POST concibe el honor como un conglomerado de tres conceptos: reputación como propiedad (de inspiración fuertemente mercantilista), reputación como honor (reminiscencia del honor estratificado feudal y nobiliario) y reputación como dignidad (excesivamente utópica e idealizada); de esas tres, el propio autor señala que permanecen en vigor la primera y la tercera<sup>1353</sup>, y de esas dos, nosotros rechazamos la operatividad de la reputación como dignidad, por lo que, en última instancia, predomina la comprensión de la reputación como una propiedad. Y esta impresión no sólo se extrae de la tesis de POST, sino que la mayor parte de las opiniones doctrinales formulan, de un modo u otro, una concepción de la reputación fuertemente orientada al exterior, a las redes sociales (ARDIA) y a los medios de comunicación de masas (ROLPH)<sup>1354</sup>.

Advertido todo lo anterior, siendo cierto que no hay coincidencias en lo fundamental en la definición del honor en el “*Common Law*” y en el derecho continental europeo, no lo es menos que en otras cuestiones relevantes para la configuración del régimen jurídico de los delitos contra el honor sí existe correspondencia entre ambos modelos. Así, es una constatación compartidas por los ordenamientos jurídicos europeos que aunque el honor se divida en dos componentes y uno de ellos se

---

<sup>1353</sup> Para una lectura más amplia de las tesis de POST, *vid. supra* Capítulo IV.6.1.2.1.

<sup>1354</sup> Sobre estas propuestas, *vid. supra* Capítulo IV.6.1.2.1. Por su originalidad en la doctrina del “*Common Law*” destaca, y así lo resaltamos en su momento (*vid. supra* Capítulo IV.6.1.2.1), la opinión de MITNICK, que liga la reputación a la libertad individual para elegir la forma de autorrealización, para lograr, en definitiva, la construcción de la identidad individual. Sólo con esta teoría en mente podríamos trazar una relación o conexión con las formulaciones doctrinales de la Europa continental, particularmente con aquellas que elevan el libre desarrollo de la personalidad como objetivo hacia el que la tutela del honor debe tender.

identifique con el sentimiento del propio valor, de la propia dignidad, en definitiva, con el autoestima, la ley penal no garantiza dicho sentimiento ni protege a cada individuo en su sentimiento personal de valía, sino que la ley tutela indistintamente a todos los individuos frente a la difamación y cualesquiera que sean las concepciones personales y subjetivas que la víctima pueda tener de las nociones de honor y de consideración, y cualquiera que sea la opinión que el público albergue de esa persona”<sup>1355</sup>. Ello remite al Derecho penal a las valoraciones medias, las que tendría presentes un ciudadano medio, un tercero observador razonable. MESSINA lo expreso con esta acertada fórmula de la “regla de la valoración social del honor” (“*regole della valutazione sociale dell’onore*”), en cuya virtud “el honor tutelado por el derecho es aquello que se determina a través de reglas sociales conforme a una valoración media”<sup>1356</sup>. Similares apreciaciones encontramos en la doctrina angloamericana; algunos matices, pero no relevantes en estos momentos, separan el criterio inglés “del normal o correcto pensamiento generalmente dominante entre las personas” (“*right-thinking persons generally*”), del método estadounidense de “una apreciable fracción de personas”. Consecuencia de la sujeción al “pensamiento generalmente dominante entre las personas” o a las “reglas sociales conforme a una valoración media”, se admite unánimemente tanto en la Europa continental como en Estados Unidos e Inglaterra la circunstancialidad y relatividad de los delitos contra el honor<sup>1357</sup>.

## 7.2 SUJETOS PASIVOS

Como hemos podido comprobar en relación con el bien jurídico honor y otras cuestiones adyacentes, como la circunstancialidad de los delitos contra el honor, así como la valoración de la gravedad de los ataques contra el honor en atención a las valoraciones sociales dominantes, hemos constatado también en materia de sujetos pasivos de los delitos contra el honor o titulares del bien jurídico honor la existencia de una opinión compartida por los sectores mayoritarios de las doctrinas de los países cuyos ordenamientos jurídicos hemos estudiado.

---

<sup>1355</sup> Vid., entre otros, VOUIN, R.: *Droit...*, op. cit., p. 317. En nuestro trabajo, *vid. supra* Capítulo IV.5.2.2.

<sup>1356</sup> Son palabras de MESSINA; en nuestra investigación, *vid. supra* Capítulo IV.4.1.

<sup>1357</sup> En el “*Common Law*” lo advertía, entre otros, MILO y lo reflejamos *supra* Capítulo IV.6.2.3.2; en los ordenamientos jurídicos europeo-continentales, MESSINA en Italia (*supra* Capítulo IV.4.1), VÉRON y CHAVANNE en Francia (*supra* Capítulo IV.5.2.2.2), y FARIA COSTA en Portugal (*supra* Capítulo IV.3.1), entre otros.



Especialmente visible es ese sentir general si nos referimos al supuesto de los difuntos como sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Existe acuerdo en todos los países en cuanto a que las personas fallecidas carecen de la pretensión a la protección de su honor puesto que, cualquiera que sea el grado de vinculación del honor con la dignidad que quiera aceptarse, debe admitirse acto seguido que el honor es un derecho de la personalidad, de tal forma que fallecida la persona, desaparece la personalidad y ante tal situación, como diría BINDING en un estilo directo, “los muertos no disponen de honor alguno porque ya no lo necesitan”<sup>1358</sup>. Es cierto que todos los ordenamientos punitivos contemplan alguna norma dirigida a castigar las ofensas (o en terminología jurídico-penal, calumnias, tal y como lo califican algunos Códigos) dirigidas contra la memoria de los fallecidos, como sucede, en el art. 595 del Código penal italiano (“ofensa a la memoria de un difunto”), en el artículo 34 de la Ley de Libertad de Prensa de Francia (“difamaciones o injurias dirigidas contra la memoria de los muertos”), en el artículo 189 del Código Penal alemán (“calumnias contra la memoria de los muertos”) o en el artículo 185 del Código punitivo portugués (“ofensa a la memoria de los fallecidos”); sin embargo, se señala aquí que el bien jurídico no es el honor del difunto, sino, como establece el tenor literal de los respectivos preceptos, “la memoria”, y la memoria no es, como defiende SPASARI, “ni honor en sentido subjetivo, ni decoro, ni reputación, sino un valor autónomo psicológico, social y moral, consistente en el juicio que, a través del recuerdo, se concede a la personalidad del difunto”<sup>1359</sup>. En la doctrina alemana se han ofrecido diversas posibilidades a la hora de determinar el bien jurídico protegido en estos delitos, más allá de la memoria del difunto: el sentimiento de piedad o respeto hacia sus sucesores, el respeto postmortem que debe guardarse por el difunto por todo aquello que representó y acuñó, los sentimientos religiosos, la paz pública en la medida en que no se puede focalizar en los sucesores o familiares el bien jurídico, o, incluso, el interés público en el no falseamiento de la imputación dirigida contra la memoria aún viva del fallecido<sup>1360</sup>. Otra opción barajada es la protección del honor de los sucesores en conexión con los fallecidos, pues aquellos pueden sentirse ofendidos por las calumnias, difamaciones o imputaciones injuriosas que fueron dirigidas contra sus familiares difuntos; en tales casos, las legislaciones estatales, así, por ejemplo, la

---

<sup>1358</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.2.2.3.

<sup>1359</sup> Junto a SPASARI, son de la misma opinión en la doctrina italiana, entre otros, ANTOLISEI, FIANDACA y MUSCO, BORCIANI y BISORI. Todo ello, estudiado por nosotros antes: *vid. supra* Capítulo IV.4.2.

<sup>1360</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.2.2.3.

francesa o la italiana, conceden a estos familiares hasta determinado grado o parentesco respecto del difunto, la posibilidad de accionar cuando la ofensa haya atentado contra su honor o consideración, actuando entonces “*iure proprio*”. En este punto, la solución adoptada en el “*Common Law*” concuerda con la del derecho continental europeo en cuanto que no existe responsabilidad por la difamación contra una persona fallecida, sin que ello represente un obstáculo para que otras personas vivas a las que haya alcanzado la ofensa puedan ejercitar su derecho a ejercitar la acción por difamación<sup>1361</sup>.

La otra figura penal de frecuente inclusión en los ordenamientos estatales en relación con los difuntos se refiere, bajo distintas denominaciones, a la profanación de sepulturas. Es el caso, por ejemplo, de Francia, cuyo Código Penal (art. 225-17) tipifica con detallada precisión las conductas que constituyan un “atentado contra la integridad del cadáver”, “violación o profanación, por cualquier medio, de tumbas, sepulturas o monumentos erigidos en memoria de los difuntos”, o del texto legal de Bélgica, que exhibe una opción similar castigando en el art. 453 “a quien sea culpable de violación de tumbas o de sepulturas”. En tales casos, se rechaza también que el bien jurídico honor subyazca bajo estos tipos penales; en su lugar, es más razonable entender que es el “respeto a los muertos”, concretado en el deber de mantener la integridad del cadáver y de la sepultura, lo que impone la previsión legal de los referidos tipos penales<sup>1362</sup>.

En el otro frente de discusiones doctrinales y jurisprudenciales sobre la titularidad del bien jurídico honor y la condición de sujetos pasivos de los delitos contra el honor, esto es, el de las personas jurídicas, existe también consenso en la opinión mayoritaria expresada en los distintos países. El reconocimiento de la titularidad del honor por las asociaciones, sociedades mercantiles o entidades, suele partir de la aceptación de que estas personas jurídicas toman parte en igualdad de condiciones en el

---

<sup>1361</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.6.2.2.

El ordenamiento penal español sigue también la opción legislativa presente en las demás normativas estatales, en cuanto que no admite la protección jurídico-penal del honor de los difuntos, si bien otorga acción civil, al amparo de la Ley Orgánica 1/1982 a determinados familiares del fallecido para que reclamen la vulneración de su derecho al honor por las ofensas dirigidas contra el difunto. Con más detalle *infra* Capítulo V.2.1 y Capítulo V.2.4.1.

<sup>1362</sup> *Vid. supra* Capítulo IV.5.3.2.

En el Código Penal español el artículo 524 castiga la “los actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos”; sobre esa base se admite mayoritariamente que el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos. *Vid.*, así, entre otros GÓMEZ TOMILLO, M.: “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1802.

entramado de las relaciones sociales y en ese entorno, han de ver sus derechos tutelados, pues de lo contrario podrían sufrir impunemente ataques difamatorios, perjudicando sus posibilidades de participación. Si las personas jurídicas cumplen una función social jurídicamente reconocida y aceptada y si pueden llegar a desarrollar una imagen e, incluso, una voluntad propia, parece comprensible que este valor social sea legalmente salvaguardado frente a las ofensas que puedan sufrir. Tales conclusiones llegan a tener encaje constitucional, como sucede, por ejemplo, en Italia, cuya Constitución proclama la inviolabilidad de la persona en el artículo 2, protección que la doctrina también hace extensiva a las personas jurídicas<sup>1363</sup>.

Algunos ordenamientos estatales van más allá y ofrecen una protección explícita y específica del honor de las personas jurídicas. Así, los Códigos Penales de Francia y Bélgica, cuyos regímenes de protección jurídico-penal del honor comparten bastantes características, como ya mostramos en su momento, dispensan tutela del honor a las personas jurídicas para el caso de que fueran difamadas o injuriadas, tal y como conceden sin dudar la doctrina y la jurisprudencia, que ponen su atención en las cláusula “delitos contra las personas” para enfatizar que con tal expresión no sólo las personas físicas, sino también las jurídicas deben poder beneficiarse de la tutela legal<sup>1364</sup>. Por su parte, el sistema del “*Common Law*” articula un régimen generoso de protección de la reputación de las personas jurídicas, incluyendo a las sociedades mercantiles y a las no mercantiles (entidades sin ánimo de lucro); todas ellas podrán interponer acción en defensa de su reputación comercial o profesional para combatir las alegaciones que manchen su honestidad o la limpieza de su métodos, o que perjudiquen su posición financiera o su eficiencia como compañía, que le imputen insolvencia, dificultades financieras, impago de deudas, insalubridad de sus productos, participación

---

<sup>1363</sup> Aunque el sentir mayoritario es el descrito, tampoco podemos negar que existen siempre ciertas voces que rechazan la protección jurídico-penal del honor de las personas jurídicas conforme a un interpretación personalista e individual del bien jurídico honor, como sostienen MANZINI y MUSCO en Italia (*vid.*, así, *supra* Capítulo IV.4.2). Invocan, incluso, que el reconocimiento constitucional del “derecho al honor *personal*” proscriba la transmisión del honor a las entidades. Esta es la opinión de los penalistas alemanes STARCK y EINTER, que llegan a esta conclusión a través de una interpretación conjunta del artículo 5 de la Constitución, que consagra el derecho al honor personal (“*persönliche Ehre*”), y los artículos 185 y siguientes del Código Penal, que castigan los delitos contra el honor (*vid. supra* Capítulo IV.2.2.3).

En este punto merece una mención especial el ordenamiento jurídico austriaco que sólo concede protección del honor de forma excepcional a los órganos constitucionales, el ejército federal o y las autoridades (art. 116 del Código Penal). En ausencia de otras previsiones legales, la doctrina defiende mayoritariamente que las demás instituciones, colectividades o personas jurídicas de derecho privado no son portadoras de honor. En su momento ya dejamos apuntado que tal posición constituía una excepción única, desde la perspectiva del derecho comparado. *Vid. supra* Capítulo IV.2.3.3.

<sup>1364</sup> Más extensamente en Francia, *supra* Capítulo IV.5.2.3, y Capítulo IV.5.3.2.

en comportamientos criminales, o que aleguen que sus anuncios publicitarios son engañosos<sup>1365</sup>.

Respecto de la protección del honor de las instituciones u organismos públicos, esto es, de las personas jurídico-públicas, hemos constatado mayor diversidad de soluciones legales. Ciertos ordenamientos otorgan tutela a su honor a través de disposiciones legales establecidas al efecto: a) el artículo 595.4 del Código Penal italiano se refiere a los “cuerpos políticos, administrativos o judiciales”, o “autoridades colegiadas”; b) el texto punitivo alemán protege el honor de “las autoridades u otros organismos o dependencias que ejerzan funciones de la Administración Pública” en su artículo 194.3, extendiéndose esta protección legal, por interpretación doctrinal y jurisprudencial, a partidos políticos, sindicatos, asociaciones de trabajadores, cámaras de comercio e industria y órdenes religiosas; c) como último ejemplo podemos remitirnos también al artículo 116 del Código Penal de Austria que castiga las injurias públicas contra los órganos constitucionales, contra el ejército federal o contra una autoridad<sup>1366</sup>. Otra opción, seguida por el Código Penal portugués (artículo 183), es tutelar otros bienes jurídicos de las personas jurídico-públicas próximos al honor, pero que no pueden identificarse con el honor dado que éste sólo es predicable de las personas físicas. Se trata, entonces, de proteger la “credibilidad, el prestigio o la confianza” de los organismos o servicios que ejercen autoridad pública. En el otro extremo encontramos, finalmente, la legislación y la jurisprudencia angloamericanas que coherentes con su firme defensa de la libertad de expresión, rechazan la legitimación de los cuerpos o entes políticos y de las autoridades locales para demandar por difamación por cuanto ello representaría un escudo inaceptable frente a la sana crítica pública de la actuación gubernamental, la cual forma parte del “corazón del espacio constitucionalmente protegido de la libertad de expresión”<sup>1367</sup>.

Sucintamente conviene también que reflejemos otra decisión legislativa compartida por los diversos ordenamientos y que goza del respaldo de la opinión mayoritaria de la doctrina especializada. Hablamos ahora de las ofensas dirigidas contra entes sin personalidad jurídica, grupos y colectividades. En el estudio que hemos realizado ha quedado comprobado que las injurias o difamaciones genéricas lanzadas

---

<sup>1365</sup> Sobre este particular hay abundante casuismo jurisprudencial. *Vid. supra* Capítulo IV.6.2.2.

<sup>1366</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.5.3.2.

<sup>1367</sup> Para un análisis más extenso, *vid. supra* Capítulo IV.6.2.2.

contra grupos amplios no dotados de una estructura organizativa claramente determinada, sin un destinatario concreto e individualizado, no pueden perseguirse por la vía penal. Así se observa en el “*Common Law*” y también lo sostiene la doctrina penalista en Alemania, Austria, Francia, Bélgica: sólo puede concederse protección del honor en virtud de reclamaciones a título personal, cuando pueda probarse que las ofensas se dirigían hacia una víctima determinada, en virtud de una “relación de individualidad” o un vínculo de “recognoscibilidad”<sup>1368</sup>.

### 7.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ATAQUES CONTRA EL HONOR

Como advertimos en la introducción del capítulo<sup>1369</sup>, el estudio detallado y particularizado de los delitos contra el honor en cada ordenamiento jurídico nos ha proporcionado una visión amplia de las singularidades de los regímenes legales, pero también, especialmente, de los aspectos comunes a otras normativas estatales. Tales coincidencias hicieron que nos inclináramos por agrupar ciertos ordenamientos bajo una misma rúbrica, a modo de “sistema” o “modelo”. Llegado el momento de la recapitulación del derecho comparado, estimamos que es conveniente seguir esta misma estructura o método pues es el más adecuado para reflejar con claridad los puntos en común y las diferencias de los ordenamientos, especialmente de aquellos que comparten unas líneas generales.

#### 7.3.1 El modelo germano-austriaco

Comenzamos por Alemania y Austria, enmarcados en el “modelo germano-austriaco”. Hay varias observaciones iniciales que debemos indicar: ambos Códigos Penales prevén un régimen de delitos contra el honor edificado sobre tres figuras, de las cuales el tronco esencial o el nuclear son, con idéntica denominación jurídica y un contenido sustancialmente coincidente, la injuria y la difamación (“*Beleidigung*” y “*Üble Nachrede*”); el delito que separa a ambas legislaciones es el reproche de una acción delictiva ya enjuiciada, en el caso del ordenamiento austriaco (“*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”), y la calumnia (“*Verleumdung*”)

---

<sup>1368</sup> Para Alemania, supra Capítulo IV.2.2.3; para Austria Capítulo IV.2.3.3; para Francia Capítulo IV.5.2.3; y, finalmente, para Bélgica Capítulo IV.5.3.2.

<sup>1369</sup> Vid. supra Capítulo IV.1.

respecto de la legislación alemana; dicho esto, debemos advertir acto seguido que tal diferencia no es fundamental en tanto que la calumnia alemana, a juicio de la doctrina, no es sino una modalidad agravada del delito de difamación, y el reproche de un delito ya enjuiciado es una figura de menor importancia en el régimen jurídico de protección del honor, tanto es así que para algunos autores está más orientada a favorecer la resocialización del condenado más que a la tutela del propio honor.

Por las razones expuestas anteriormente, podemos afirmar nuevamente que la regulación de Alemania y la de Austria comparten el tronco básico, concretado en las figuras de la injuria y la difamación. Pero la coincidencia no se limita al plano meramente terminológico; efectivamente, si profundizamos en el contenido de las conductas, observamos que la esencia de la tipicidad es también la misma.

Centrándonos en el delito de injurias, constatamos el parecido en tres elementos. Básicamente, la injuria del art. 185 del Código Penal alemán consiste en el ataque al honor de otro mediante una declaración de desprecio, menosprecio o falta de respeto, imputándole o atribuyéndole, total o parcialmente, cualidades negativas contra su valor moral, social o personal de un persona. De forma parecida, la injuria prevista en el art. 115 del Código Penal austriaco consiste en la ofensa dirigida contra el honor de otra persona, en público, a través del insulto, la burla, el maltrato o la amenaza de maltrato. Es claro que el insulto y la burla son comportamientos típicamente ofensivos o deshonorosos; respecto del maltrato y la amenaza de maltrato, aunque *a priori* puedan parecer acciones dirigidas contra otros bienes jurídicos, como la integridad, ya estudiamos en su momento que esos maltratos implicaban comportamientos que sólo leve o muy levemente producían algún efecto físico o corporal y que, por el contrario, sí podían interpretarse como una falta de respeto o una muestra de desprecio (así, por ejemplo, un zarandeo) físicos leves o muy leves<sup>1370</sup>. En segundo lugar, ambas clases de injurias (alemana y austriaca) admiten su comisión mediante la afirmación de hechos o la emisión de juicios de valor; cierto es que en el caso de los insulto o burlas de la injuria del Código austriaco, su forma característica serán los juicios de valor, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de aquel país han asemejado a las afirmaciones de hechos aquellos juicios de valor sustantivos o con base fáctica apreciable o

---

<sup>1370</sup> Vid. *supra* Capítulo IV.2.3.4.3.

suficiente, admitiendo, por lo tanto, la dualidad de formas comisivas a que nos referíamos. Desde la perspectiva de los elementos subjetivos del tipo, también hay identidad, pues en ambos casos se exige un dolo general, esto es, que el autor de la injuria tenga conciencia de que está dirigiendo a la víctima una expresión que puede tener efectos lesivos de su honor, sin otros propósitos adicionales. Y por último, refuerza la identidad de ambas figuras el régimen de la prueba de la verdad. En Alemania, el art. 192 admite indirectamente la prueba de la verdad de las injurias al advertir que a pesar de la demostración de la verdad o falsedad del hecho afirmado, se mantiene el castigo para las injurias formales, lo que supone consiguientemente aceptar que para las injurias básicas (aquellas lo son por el contenido de lo afirmado o lo difundido y no por las circunstancias o la forma) la verdad opera con efectos exculpativos<sup>1371</sup>. Es aquí donde sí podríamos hablar de una diferencia de calado entre la regulación alemana y la austríaca en la medida en que esta última no autoriza la prueba de la verdad en el ámbito de las injurias: el art. 115 que tipifica las injurias nada dice al respecto y el art. 114.2, que contiene una causa especial de exclusión de la culpabilidad (cuando el sujeto responsable haya cometido una difamación o calumnia, pero haya actuado obligado o forzado por motivos tensos, difundiendo afirmaciones que son veredades, no será castigado), descarta explícitamente su aplicación en el caso de las injurias<sup>1372</sup>. Por lo demás, ambas legislaciones estatales coinciden en que la *exceptio veritatis* sólo es de aplicación respecto de afirmaciones de hecho y juicios de valor dotados de base fáctica (o sustantivos), pero no respecto de meros juicios de valor, juicios de valor puros u opiniones.

Respecto al delito de difamación, también hemos de concluir que existe una identidad sustancial entre los Códigos Penales de Alemania y Austria al tipificar esta figura. Desde la perspectiva de la conducta típica, el parecido es evidente. En el art. 186 del Código Penal alemán se castiga a quien en relación con otro afirme o difunda un hecho para hacerlo despreciable, o para desprestigiarlo ante la opinión pública. Por su parte, el art. 111 de la ley austríaca castiga a quien acusa a otro ante un tercero de un modo perceptible de una cualidad o actitud despectiva o de una conducta deshonrosa o

---

<sup>1371</sup> Vid. *supra* Capítulo IV.2.2.4.1, y 2.2.4.4.

<sup>1372</sup> Sin embargo, un sector doctrinal minoritario, incluso en contra del tenor literal del precepto y de su interpretación gramatical, propone extender por analogía la aplicación de esta circunstancia también al delito de injurias, de modo que si un individuo comete una acción injuriosa a través de un juicio de valor sustantivo, “forzado por una intensa motivación” afirmando algo verdadero, no será castigado. Vid., así, *supra* Capítulo IV.2.3.4.

de un comportamiento contrario a las buenas costumbres, siendo ello adecuado para hacerlo despreciable o desprestigiarlo ante la opinión pública. Amabas modalidades de difamación han de consistir en afirmaciones de hechos (o juicios de valor respaldados por una base fáctica suficiente), circunstancia que va unida a la máxima eficacia de la prueba de la verdad: la demostración de la verdad de lo afirmado excluye la sanción. Es cierto en este punto que el Código Penal de Austria introduce una limitación a la *exceptio* en el delito de difamación a través del art. 112 que excluye la prueba de la verdad respecto de los hechos relativos a la vida privada o familiar y a los hechos delictivos perseguibles a instancia de parte, a fin de proteger el ámbito personalísimo de la vida privada y familiar y de respetar el deseo de garantizar y mantener intacta la discrecionalidad de quien ha sufrido un delito privado. Sin embargo, tal reducción del ámbito de aplicación de la *exceptio* puede corregirse por otra vía, que ya comentamos anteriormente: la especial causa de exclusión de la culpabilidad del art. 114.2, por lo que si el sujeto cometió un delito de difamación pero actuó forzado y sus afirmaciones eran verdaderas, quedará libre de castigo. Queda demostrado, como conclusión, que la prueba de la verdad tiene un ámbito de eficacia muy amplio en el derecho austriaco en sede de delito de difamación, sienta total en el caso del derecho alemán respecto del mismo delito. Finalmente, como sucedía cuando comparábamos los delitos de injurias, también la tipificación de la difamación, tanto del texto penal de Alemania como del austriaco, se conforma con exigir un dolo general.

Tras este estudio comparativo creemos que ha quedado suficientemente comprobado el nivel de correspondencia y de identidad de las principales figuras de la legislación alemana y austriaca. La injuria y la difamación, que constituyen los pilares sobre los que se articula el régimen jurídico de los delitos contra el honor, son altamente parecidas en la conducta prohibida, desde la perspectiva de los elementos objetivos y subjetivos del tipo. En cuanto al régimen de la prueba de la verdad, también hemos podido observar puntos en común, particularmente en el ámbito de las injurias; si bien es cierto que el régimen de la *exceptio* en Austria admite algunas excepciones que son desconocidas en Alemania (relativas a la vida y familiar y a los delitos perseguibles a instancia de parte, en relación con la difamación<sup>1373</sup>), no lo es menos que sigue constituyendo un modelo generoso con la prueba de la verdad, aunque no tanto como el

---

<sup>1373</sup> Advierte esta diferencia también ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op.cit.*, p. 132.



alemán, que en este sentido representa a todas luces el sistema con una predisposición más favorable a la prueba de la verdad. No cabe duda de que la máxima “las verdades nunca son injurias” (“*Wahrheiten an sich nie beleigen*”) se aplica en la regulación alemana de los delitos contra el honor con toda su extensión: la *exceptio veritatis* exonera completamente de pena al autor de injurias (con el sólo límite de las injurias consistentes en juicios de valor puros sin base fáctica, que por su naturaleza misma no pueden someterse a la prueba de la verdad -lo cual no es una restricción de derecho positivo sino una imposición necesaria derivada de la esencia de los juicios de valor- y las injurias formales), al de difamación y al calumnias.

Otra importante característica en la que coinciden ambas regulaciones es en la previsión de la clausula de la “salvaguarda de intereses legítimos” (“*Wahrnehmung berechtigter Interesse*”). En Alemania esta cláusula está prevista legalmente en el art. 192 de la norma penal, mientras en Austria ha entrado por vía jurisprudencial, incorporándose a la circunstancia justificante del “ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber” del art. 114. Del Código Penal. Se trata en ambos casos de una causa de justificación general rodeada de características y requisitos similares: a) la lesión del honor debe producirse para salvaguardar un interés legítimo, en el sentido de correspondiente con un valor superior del ordenamiento y compatible con el Derecho y la decencia; b) la interferencia en el honor debe ser necesaria para alcanzar el fin pretendido; c) la interferencia debe respetar la proporcionalidad o adecuación en el sentido de ser una invasión del honor ajeno adecuada desde el punto de vista del contenido, la forma, las circunstancias y los efectos que provoque en el bien entendido de que el medio elegido, que ha sido el ataque al honor, para salvaguardar los intereses legítimos debe ser el menos restrictivo de entre los posibles medios al alcance del sujeto; d) debe concurrir el elemento subjetivo de la justificación consistente en la actitud del autor de las declaraciones de que ha sopesado o ponderado los intereses legítimos para cuya protección ha necesitado afectar el honor ajeno.

En el plano de las diferencias entre el Código Penal alemán y el austriaco, ya señalamos anteriormente que estas se referían a dos figuras secundarias de los delitos contra el honor. El texto alemán contempla la calumnia (“*Verleumdung*”) en el art. 187, si bien la doctrina suele señalar que se trata de una modalidad agravada de la difamación en tanto que en la difamación bastaba con que lo afirmado no se llegara a

probar como cierto, mientras que en la difamación necesariamente lo afirmado ha de ser falso y el sujeto lo ha de haber comunicado a sabiendas de su falsedad. Obviamente, la prueba de la verdad despliega todos sus efectos, en consonancia con el criterio general del derecho alemán, y si lo afirmado es verdadero no hay delito; en caso de no llegarse a probar la inveracidad de lo afirmado, se retrocedería un nivel y la calificación jurídica de los hechos sería difamación. Esta figura no existe en el Código Penal austriaco, que por el contrario contempla otro delito ausente en la normativa alemana: el reproche de un delito ya enjuiciado (“*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”) entendido como una crítica tendenciosa o censura con el matiz de una valoración negativa o desvaloración.

### 7.3.2 Italia y Portugal

Hemos considerado adecuado proceder a la recapitulación bajo una misma rúbrica del régimen jurídico de los delitos contra el honor en los Códigos Penales de Italia y Portugal porque el criterio distintivo máximo de las figuras penales que contemplan estas legislaciones es el mismo: la presencia o la ausencia de la víctima de los ataques deshonorosos. Esta circunstancia es unánimemente apuntada tanto por la doctrina italiana como por la portuguesa, y así nos hemos ocupado de reflejarlo<sup>1374</sup>. En la base de tal distinción se halla el bien jurídico protegido, o, dicho más precisamente, la vertiente del honor que se quiere proteger, dado que el bien jurídico es en ambos casos el mismo (honor). Cuando el ataque se produce en presencia de la víctima, esta tiene la oportunidad de oponerse a él, de ofrecer resistencia, de defenderse, en definitiva; sin embargo, cuando la ofensa se produce comunicándola a un tercero en ausencia de la víctima, está ya no puede ofrecer respuesta y por tal razón el ataque al honor ha de ser más severamente castigado. Pero también el elemento de la ausencia/presencia de la víctima puede analizarse desde otra perspectiva: cuando la ofensa se comunica a un tercero en ausencia de la víctima, el objeto de ataque es ante todo la reputación social de la víctima, su *heteroestima*; se produce, entonces, una disminución de la reputación, circunstancia que concuerda con la raíz etimológica de la palabra difamación: *dis-*

---

<sup>1374</sup> En Portugal, *vid. supra* Capítulo IV.3.3; en Italia, *vid. supra* Capítulo IV.4.3. Del mismo modo, los autores españoles que han analizado estos ordenamientos jurídicos estatales, han indicado también dicho criterio clasificador; *vid.*, así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, p. 129; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, p. 58; brevemente también RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>º</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 232.

*famare*<sup>1375</sup>. Por el contrario, cuando el ataque se produce frente a la propia víctima, dado que ni el contenido ni la forma del menoscabo al honor influyen en la calificación jurídica (aunque sí en la gravedad de la pena), la clave residirá en el objeto sobre el que recae la agresión: esta vez, el honor en su vertiente interna, el autoestima<sup>1376</sup>. El propio Código Penal italiano alude al criterio de la vertiente del honor lesionada cuando vincula la injuria, en presencia de la víctima, al honor y al decoro, y la difamación, comunicándose la ofensa a un tercero, a la reputación.

En el contenido esencial de las dos figuras penales básicas de protección del honor también el ordenamiento italiano y el portugués comparten ciertas características. El régimen jurídico descansa sobre la injuria y la difamación, con la particularidad de la figura de la calumnia de la ley portuguesa<sup>1377</sup>. Ambos Códigos tipifican la injuria en términos muy parecidos: en el texto punitivo italiano la injuria es la ofensa a la honra o el decoro de una persona presente, según el art. 594; la ley penal en Portugal, por su parte, describe la injuria en el art. 181 como la imputación de hechos o la formulación de juicios deshonorosos, en la forma de “palabras ofensivas” y en ambos casos dirigidos a la víctima. Desde la perspectiva de los elementos subjetivos del tipo también hay similitudes pues ambos delitos exigen dolo general.

Es, sin embargo, en el régimen de la prueba de la verdad donde se aprecia la diferencia más grande entre estas legislaciones. El Código Penal de Portugal sigue la senda de los textos más generosos con la *exceptio veritatis*, permitiéndola como regla general, pero introduciendo algunas excepciones, mientras que la ley penal italiana establece con vocación de generalidad la prohibición de la prueba de la verdad, aunque la admite en supuestos excepcionales.

En el delito de injurias del Código Penal de Portugal, a la luz del art. 181.2, sólo opera la prueba de la verdad respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos, y no respecto de la realizada a través de juicios de valor o palabras deshonorosas (al igual que en el modelo germano-austriaco). Además, es preciso que la imputación

---

<sup>1375</sup> Vid. *supra* Capítulo IV.4.3.

<sup>1376</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 58.

<sup>1377</sup> Sin embargo, como tendremos ocasión de examinar a continuación, la calumnia prevista en el Código Penal de Portugal no constituye un delito autónomo, sino que ha de ser entendida como una figura agravada del delito de difamación

del hecho deshonroso se haya hecho para la salvaguarda de intereses legítimos, y que el agente pueda probar la verdad de la imputación o, al menos, que tenía sólidos fundamentos para confiar, de buena fe, en la verdad de sus afirmaciones (coincidiendo también con los Códigos alemán y austriaco). Por último, se excluye la prueba de la verdad aun siendo una injuria por imputación de hechos, cuando éstos afecten a la intimidad privada o familiar (restricción prevista también en el art. 114 del texto criminal austriaco), salvo que tal imputación se haya hecho en ejercicio de un derecho, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley o por orden de una autoridad legítima (nuevamente, coincidiendo con la regulación de Austria), o con consentimiento del titular del interés jurídico lesionado.

Por el contrario, en el delito de injurias, tal y como se regula en el Código Penal italiano, la prueba de la verdad se configura de un modo bien distinto. La regla general es la prohibición, de conformidad con el art. 596.1. Acto seguido, en el tercer apartado se admiten tres casos excepcionales en los que se autoriza la prueba de la verdad cuando la injuria (y lo mismo se predica respecto de la difamación) consiste en la imputación o atribución de un hecho determinado, con exclusión, por consiguiente, de las injurias realizadas mediante la formulación de juicios de valor: a) si la persona ofendida es un funcionario público y el hecho atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones; b) si el hecho atribuido a la persona ofendida ha motivado o puede motivar la apertura de un procedimiento penal contra ella; c) si el querellante pide formalmente que el juicio se extienda a demostrar la veracidad o falsedad del hecho que se le atribuye. Con estas características, es patente que el Código Penal italiano instaura un régimen de la prueba de la verdad más riguroso y menos generoso que el de otros ordenamientos jurídicos que ya hemos analizado, como el alemán (caracterizado por su máxima apertura), o el austriaco y el portugués (que permiten la prueba de la verdad con carácter general, aunque establecen algunas excepciones). Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto tradicionalmente por quienes han estudiado los delitos contra el honor desde una perspectiva de derecho comparado, contraponiendo los modelos que este estudio comparativo arroja: el modelo latino y el modelo germánico<sup>1378</sup>.

---

<sup>1378</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección ..., *op. cit.*, pp. 133 y 151; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ..., op. cit.*, pp. 59 y 60; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ..., op. cit.*, pp. 72 y 73.

También en el delito de difamación existen similitudes en cuanto al contenido de la conducta típica si relacionamos la legislación de Portugal e Italia. En el primer caso, el artículo 180 del Código Penal de Portugal configura la difamación como un ataque contra el honor de la víctima dirigiéndose a un tercero, parecidamente a lo que sucede con el artículo 595 del Código italiano que castiga el ataque contra la reputación de la víctima que se comunica a más personas. También se aprecia identidad en el elemento subjetivo del tipo en tanto que la difamación de la legislación portuguesa y la de la legislación italiana precisan dolo general. Finalmente, como sucediera con el delito de injurias, la diferencia entre ambos regímenes estatales sobresale en el instituto de la prueba de la verdad. El régimen de la *exceptio veritatis* en la difamación prevista en el Código Penal portugués sigue las mismas pautas que en la injuria (tal y como dispone el art. 180.2) y, por lo tanto, proyecta igualmente las influencias del modelo germano-austriaco que comentamos ya en sede del delito de injurias. Del mismo modo, conforme al art. 596.3 del Código Penal italiano, la prueba de la verdad está excluida por regla general en el delito de difamación salvo en los tres supuestos enumerados en ese apartado y que fueron descritos al estudiar la prueba de la verdad en el delito de injurias.

Finalmente, entre los delitos contra el honor, el Código portugués conoce también la figura de la calumnia, regulada en términos similares a la calumnia prevista en la legislación alemana, en tanto que incorpora como elemento objetivo del tipo la falsedad de los hechos afirmados, convirtiéndose, como también sucede en el Código alemán, en un ataque contra el honor agravado por esta circunstancia. En este punto, como también se ha observado en la regulación de la prueba de la verdad en las injurias y difamaciones, por consiguiente, la legislación portuguesa recibe la influencia del modelo germano-austriaco.

### **7.3.3 El modelo franco-belga**

El estudio de los regímenes jurídicos de protección penal del honor en la Ley de Libertad de Prensa francesa y el Código Penal de Bélgica arrojaba bastantes diferencias, tantas como para optar por estudiarlos separadamente. Sin embargo, ya en su momento propusimos englobarlos bajo la rúbrica conjunta de “modelo franco-belga”. Concluido aquel examen, ahora nos ratificamos en la decisión. Si el lector va más allá de una análisis superficial que le muestra la evidente diferencia entre el régimen francés de

protección del honor que pivota sobre dos figuras penales y el sistema belga que cuenta con cuatro delitos contra el honor, podrá observar que el criterio decisivo para la creación de tales figuras penales es uno sólo en ambos ordenamientos punitivos y es el mismo, si lo ponemos en relación: la imputación de un hecho preciso. Esta característica ya había sido advertida respecto del régimen jurídico penal, que ha atraído tradicionalmente la atención de los estudiosos del tema<sup>1379</sup>, sin embargo, los delitos contra el honor en el Código Penal no han representado un objeto de estudio habitual en la doctrina y por tanto, no se habían sistematizado. Hasta ahora. El estudio que hemos efectuado ha demostrado que el criterio de la imputación de un hecho preciso, seguido en la ley penal francesa para distinguir entre la difamación y la injuria, es que el subyace bajo la clasificación de los delitos contra el honor en Bélgica, donde encontramos tres figuras que implican la imputación de un hecho preciso (difamación, calumnia y divulgación maliciosa), diferenciadas por sutiles matices, y un delito que no implica dicha precisa atribución de un hecho (injuria). En este sentido, por lo tanto, el modelo franco-belga comparte con el estudio que antes hemos efectuado de los Códigos Penales de Italia y Portugal el hecho de que el criterio clasificador de las conductas punibles es el mismo (en Francia y Bélgica, la imputación de un hecho preciso; en Italia y Portugal, la presencia de la víctima), así como que, una vez detectada esa similitud, las características de la conducta típica y, especialmente, el régimen de la prueba de la verdad, presentan diferencias entre los ordenamientos sujetos a estudio.

Como acabamos de indicar, el criterio determinante es la imputación de un hecho preciso. Si el ataque al honor se ha cometido imputando un hecho preciso, estaremos ante un delito de difamación en la Ley de Libertad de prensa de Francia (art. 29.1), o ante un delito de difamación, calumnia (art. 443) o divulgación maliciosa (art. 449), en el caso de Bélgica, alternativa que se resolverá atendiendo a la clase de hecho preciso que ha sido imputado. A partir de aquí, comienzan las diferencias. En la Ley penal francesa, dicha imputación difamatoria está sujeta a un amplio régimen de prueba de la verdad desde 1944, cuando un cambio normativo invirtió la regla de prohibición general de la *exceptio veritatis* con excepciones, a favor de la admisión

---

<sup>1379</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 232; ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección ...", op. cit., p. 130; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 58.

general de la prueba de la verdad con excepciones<sup>1380</sup>; actualmente, el art. 35.3 de la ley francesa autoriza la prueba de la verdad en todo caso salvo: a) cuando la imputación afecte a la vida privada de la persona; b) cuando la imputación se refiera a una infracción que ha sido amnistiada o ha prescrito, o dio lugar a una condena que fue suprimida por rehabilitación o revisión. Esta regulación sitúa a Francia en el grupo de los ordenamientos jurídicos que contemplan un régimen amplio y generoso de la prueba de la verdad, como el alemán, el austriaco, el portugués, y el angloamericano, como veremos a continuación.

Es el régimen de la prueba de la verdad, bastante más restringido en el Código Penal de Bélgica, el que explica las diferencias entre los delitos de difamación, calumnia y divulgación maliciosa, que como ya anunciamos, consistían todos en una imputación de un hecho preciso. El delito de difamación, previsto en el art. 443, consiste en la imputación de un hecho preciso cuya prueba no puede aportarse por prohibición legal, circunstancia que está presente sólo en aquellos supuestos en que lo imputado es un hecho relativo a la vida privada<sup>1381</sup>. Existe delito de calumnia, también regulado en el art. 443, cuando se imputa un hecho preciso cuya prueba podría ser legalmente aportada y, sin embargo, no se aporta; en este sentido, la legislación belga autoriza la presentación de prueba en tres supuestos excepcionales: a) cuando el hecho imputado haya sido pactar con el enemigo durante el transcurso de hostilidades (art. 447.2); b) cuando la imputación se dirija contra depositarios o agentes de la autoridad o contra personas con carácter público o contra cuerpos constituidos (art. 447.1); c) cuando la imputación se dirija contra los gerentes, administradores, miembros del consejo de dirección, miembros del consejo de seguridad y comisarios de las sociedades privadas de responsabilidad limitada, de las sociedades cooperativas, de las sociedades

---

<sup>1380</sup> Hemos analizado con más detenimiento las implicaciones de dicho cambio legal: *vid. supra* Capítulo IV.5.2.4. También se refiere a él ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, p. 130; lo mencionan brevemente CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>1381</sup> Sin embargo, de manera excepcional, queda autorizada la imputación del mencionado hecho relativo a la vida privada cuya imputación ha dado lugar al delito de difamación, cuando la prueba que pretenda alegarse haya sido obtenida en un juicio o por un acto auténtico, en virtud del art. 447.2 del Código Penal. Es aquí donde entra el delito de divulgación maliciosa, previsto en el art. 449: “si al tiempo del delito [de divulgación maliciosa] existe una prueba legal [obtenida en un juicio o por un acto auténtico] de los hechos imputados [atinentes a la vida privada] y se establece que el acusado hizo la imputación sin motivo alguno de interés público o privado y con el único fin de dañar, será castigado como culpable de divulgación maliciosa”. El legislador belga decidió elevar a la categoría de delito un supuesto realmente excepcional y preciso de difamación, configurándolo como delito de divulgación maliciosa cuando la imputación difamatoria se hizo maliciosamente.

anónimas, de las sociedades europeas, de las sociedades cooperativas europeas y de las sociedades comanditarias por acciones (art. 200 del Código de Sociedades). Visto que la *exceptio veritatis* queda prohibida en todo caso respecto de las difamaciones y que se admite en tres supuestos excepcionales en relación con la calumnia, podemos concluir que el Código Penal belga sigue la línea de las regulaciones más restrictivas del régimen de la prueba de la verdad, que optan por prohibir con carácter general la prueba de la verdad, si bien dando cobertura legal para algunas excepciones a esta norma (como sucede con el sistema italiano y con el español, como tendremos ocasión de ver más adelante).

Volviendo de nuevo al criterio clasificador de las conductas punibles, hemos analizado hasta ahora aquellas que consisten en la imputación de un hecho preciso. Aquellas otras que no consisten en una imputación fáctica precisa, sino en juicios de valor, manifestaciones de opiniones, actos o expresiones más o menos vagas que, desde la perspectiva de la opinión pública, son susceptibles de comportar un atentado contra el honor, son calificadas como injuria, tanto por la ley penal francesa (29.2) como por el Código Penal de Bélgica (art. 448). En ambos casos, teniendo presente que el contenido del acto injurioso son juicios de valor y opiniones, o incluso imputaciones de hechos pero vagas e imprecisas, no cabe someter estas alegaciones al filtro de la prueba de la verdad. No es cuestión ya de que estos regímenes seas restrictivos en torno a tal posibilidad, pues hemos visto que, por el contrario, el sistema francés ofrece bastante espacio a la *exceptio veritatis*. Se trata de que la propia naturaleza de la alegación injuriosa impide su sometimiento al mecanismo de la prueba de la verdad.

#### **7.3.4 “Common Law”**

Por último, respecto del sistema previsto en el “*Common Law*” para la protección del derecho al honor, cuando realizamos el estudio detallado del mismo ya pusimos en valor los aspectos comunes de la legislación y la jurisprudencia inglesa y estadounidense, de hecho gran parte las reflexiones dedicadas al “*Common Law*” pretendían reflejar el tronco común que han heredado con el paso del tiempo ambos países. Por lo expuesto, nos remitimos a aquel estudio para recordar los puntos en



común<sup>1382</sup>. Así las cosas, ahora es preciso dirigir nuestra mirada a las diferencias existentes entre ambos sistemas, los cuales aun siendo ampliamente coincidentes, ha seguido en las últimas décadas caminos separados como consecuencia de recientes desarrollos jurisprudenciales (caso *Reynolds*, en Inglaterra, y caso *New York Times V. Sullivan*) y de la aprobación de normativas estatales de gran calado en la materia que nos ocupa (“*Defamation Act*” de 2013, en Inglaterra).

Para poder entender el alcance que las novedades legislativas y jurisprudenciales han introducido en el “*Common Law*” conviene, sin embargo, apuntar brevemente el punto de partida de esos ordenamientos en relación con las cuestiones en las que, con los años, se han producido cambios y desarrollos divergentes. Es en dos de los medios defensivos a disposición del demandado, la verdad y el nivel de culpa, y en el instrumento del privilegio cualificado, donde se aprecian las diferencias más importantes entre el régimen de protección de la reputación de Inglaterra y el de Estados Unidos, más allá del núcleo común que comparten.

Principiando por Inglaterra, la sentencia dictada en el caso *Reynolds* introdujo una modificación de la doctrina sobre el privilegio cualificado concedido a los medios de comunicación cuando informaran sobre noticias de interés público, basado en la especial relación entre el informante y el receptor de la información supuestamente difamatoria, que ha virado el rumbo del ordenamiento inglés en materia de protección de la reputación. La doctrina *Reynolds* promueve el ejercicio de la libertad de información por los medios de comunicación al servicio del periodismo de investigación sobre asuntos que conciernen a la comunidad mediante la concesión de un privilegio cualificado frente a las acciones por difamación consistente en la demostración de que la actividad periodística ha sido desempeñada conforme a determinados estándares de profesionalidad y responsabilidad ética<sup>1383</sup>: el profesional ya no necesita probar la veracidad de las informaciones, sino que acreditando que se comportó conforme a los estándares del “periodismo responsable”, es suficiente, aunque haya cometido un error o la verdad no pueda ser mostrada<sup>1384</sup>.

---

<sup>1382</sup> Vid., así, *supra* Capítulo IV.6.1 y 6.2.

<sup>1383</sup> No podemos enumerarlos y analizarlos nuevamente. Para ello, *vid. supra* Capítulo IV.6.3.1.1.

<sup>1384</sup> No debe olvidarse que la conocida como “defensa *Reynolds*” fue recientemente positivizada, a través de la *Defamation Act* de 2013, sobre cuyas novedades ya tratamos largamente: *vid. supra* Capítulo IV.6.3.1.2.

Desde la perspectiva de los Estados Unidos, sus particularidades en el régimen de la protección de la reputación han afectado a dos instrumentos de defensa. Primeramente, en cuanto a la defensa basada en el nivel o estándar de culpa/responsabilidad, conforme a las reglas tradicionales del “*Common Law*”, recordemos que debía probarse el “*actual malice*” entendido como mala fe o mala voluntad. Tras la sentencia en el caso *New York Times v. Sullivan*, de 1964, se impone el nuevo y más exigente estándar del “*actual malice*” (“*constitutional actual malice*”): conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. En otras palabras, la clave ya no estaría más en la verdad de lo publicado, cuanto en la confianza del informador sobre la veracidad de la publicación. Lo descrito constituye el régimen aplicable tanto para los casos de demandantes personas públicas (funcionarios, normalmente) sobre asuntos públicos (doctrina *Sullivan*), como demandantes personas privadas sobre asuntos privados (doctrina *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, de 1974). Respecto de personas privadas y asuntos privados, la doctrina *Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders*, de 1985, reconociendo que el discurso en tales supuestos todavía gozaba de protección bajo la I Enmienda, aunque en un nivel de tutela menos intenso, ratificó la existencia de difamación sancionable y la obligación de indemnizar a la víctima por daños presuntos y punitivos incluso estando ausente la prueba del “*actual malice*”.

Las modificaciones relativas al otro medio de defensa del demandado, la prueba de la veracidad de las declaraciones, guardan una estrecha relación con los avances jurisprudenciales estudiados en sede de nivel de responsabilidad/culpa. Frente al criterio tradicional del “*Common Law*”, de acuerdo con el cual la verdad operaba como “defensa afirmativa” que debía ser probada por el demandado, desde la perspectiva generalmente aceptada de que “la verdad no es accionable”, la evolución jurisprudencial a partir del caso *New York Times v. Sullivan* marca un cambio de rumbo estableciendo que sea el demandante quien deba probar la falsedad de la declaración y convirtiéndose la prueba de la falsedad en una obligación del lado del demandante cuando éste es un funcionario público o personaje público, o incluso una persona privada pero que voluntariamente toma protagonismo en un asuntos públicos, y en cualquier caso, cuando se trate de un asunto público de interés para la comunidad; en fin, en la mayor parte de los supuestos que pueden darse, como se observa. Así, la carga de la prueba recae sobre el demandante sólo cuando se trate de una persona privada y ejercite acción por

difamación sobre asuntos de interés privado (caso *Dun Bradstreet v. Greenmoss, Inc.*, de 1985).

El estudio previo que hemos efectuado pretendía hacer emerger los divergentes desarrollos legislativos y jurisprudenciales experimentados en Inglaterra y Estados Unidos que están en la base de las diferencias en los regímenes de protección de la reputación. Pero las diferencias son más visibles si hacemos un estudio comparado. En este sentido, el “caso *Reynolds* y su progenie” (*Al-Faghi v. HH Saudi Research and Marketing (UK) Ltd*, de 2002; *Loutchansky v. Times Newspapers*, de 2002; *Jameel v. The Wall Street Journal Europe SPRL*, de 2007) representan la apertura del “*defamation law*” inglés a la doctrina de la libertad de expresión de corte americana; en otras palabras, son la muestra de la liberalización del ordenamiento inglés y la aplicación de las teorías de la libertad de expresión y de prensa dominante en la cultura jurídica americana desde 1964 y el caso *New York Times V. Sullivan*.

Advertido lo anterior, si bien no puede negarse que el estándar *Reynolds* recibe influencia americana siguiendo la estela de la doctrina *Sullivan*, tampoco es menos cierto que no constituye una adhesión automática ni indiscriminada a la doctrina jurisprudencial americana, sino que aunque la meta de ambas doctrinas sea conceder un peso más significativo a la libertad de expresión, cada una lo hace desde una perspectiva distinta. En Estados Unidos, la excepción de la libertad de expresión se activa en atención al estatus del demandante, cuando éste sea una persona pública, un funcionario público o una persona pública de proyección limitada (voluntaria o involuntariamente involucrada en asuntos públicos); por el contrario, en Inglaterra la “defensa *Reynolds*” entra en funcionamiento cuando la publicación afecta a asuntos que concitan la preocupación pública<sup>1385</sup>, teniendo en consideración que “no es lo mismo que el asunto interese al público por afectar a un persona pública (*Sullivan*) a que la información tenga un interés público (*Reynolds*)”<sup>1386</sup>.

---

<sup>1385</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 53.

<sup>1386</sup> *Jameel v. Wall Street Journal Europe*: “There must be a real public interest in communicating and receiving the information. This is, as we all know, very different from saying that it is information which interests the public”. En palabras de MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 103, la decisión *Reynolds* pone el foco en las publicaciones que se refieren a asuntos de interés público, dejando fuera publicaciones que interesan al público por su curiosidad o notoriedad sin que subyazcan razones de preocupación pública (“without underlying public issues”).

La doctrina *Reynolds* constituye un método de aproximación más sutil o refinado (“*subtle*”, “*refined*”) que la doctrina *Sullivan*, en tanto no hace pivotar la excepción de la libertad de prensa y de expresión en el carácter o estatus de figura pública del demandante, sino que en su lugar, se concentra en el interés de la audiencia y en el contenido de la noticia<sup>1387</sup>. En Inglaterra no se ha concedido un privilegio cualificado genérico a favor del discurso político con independencia del estatus o la fuente de la información y las circunstancias de la publicación, y desde esta perspectiva puede aceptarse el matiz diferenciador que introduce BARENDT a la hora de distinguir la doctrina *Reynolds* de la doctrina *Sullivan* desde el punto del método de resolución del conflicto de intereses (libertad de expresión y prensa vs. reputación): el modelo americano representa un método mecánico de aplicación, mientras el sistema inglés constituye una valoración particularizada de los hechos<sup>1388</sup>.

En su amplio estudio de la doctrina *Reynolds* y *Sullivan*, MELKONIAN apunta otras diferencias entre ambos métodos de aproximación. Por un lado, en relación con la culpa (“*fault*”), sólo la hay de acuerdo con la doctrina *Sullivan* si el demandado publicó la información bajo las condiciones de “*actual malice*”, es decir, con conocimiento de la falsedad de la noticia o temerario desprecio hacia la verdad, mientras que para la doctrina *Reynolds* la culpa del demandado se presume y el demandante no tiene que probar este extremo. En segundo lugar, respecto de la falsedad (“*falsity*”), *Sullivan* obliga al demandante a acreditar la falsedad de la información; por el contrario, en *Reynolds* la falsedad se presume y el demandado debe acreditar la veracidad de la información como recurso de defensa<sup>1389</sup>.

Desde la perspectiva de los fundamentos o justificaciones de las teorías de la libertad de expresión, puede observarse también otra diferencia entre las doctrinas *Reynolds* y *Sullivan*. La defensa *Reynolds* promueve la libertad de expresión como medio para la búsqueda de la verdad (la verdad emerge cuando se contrastan las diversas versiones de la historia), el mercado de ideas y la esencia del sistema democrático (proporcionando información y reforzando la opinión pública para tomar decisiones democráticas informadas); mientras que el estándar americano establecido en

---

<sup>1387</sup> WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right ...*, op. cit., pp. 127 y 129. También MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 103.

<sup>1388</sup> BARENDT: *Freedom ...*, op. cit., p. 225.

<sup>1389</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., p. 208.

el caso *Sullivan* protege la libertad de expresión en conexión con la autonomía individual y la plena realización personal<sup>1390</sup>.

---

<sup>1390</sup> MELKONIAN, H.: *Defamation ...*, op. cit., pp. 104 y 107.



**CAPÍTULO V.**  
**LOS DELITOS CONTRA EL**  
**HONOR EN EL DERECHO**  
**PENAL ESPAÑOL**





## **CAPÍTULO V. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

Tras el estudio de la regulación legal de los delitos contra el honor por parte de los ordenamientos jurídicos estatales de referencia en nuestro entorno cultural y jurídico, es el momento de examinar la regulación jurídico-penal de los delitos contra el honor en el ordenamiento jurídico estatal.

Para tal fin, procuraremos mantener la estructura y el método empleados en el capítulo precedente: bien jurídico, titulares y delitos. Esto advertido, con anterioridad al examen del bien jurídico honor y para situar correctamente el tema, consideramos preciso realizar unas precisiones iniciales que enmarquen el debate que mantiene toda la doctrina penalista sobre la compleja cuestión del bien jurídico. El debate en torno a la idea de bien jurídico ha estado siempre sobre la mesa y no ha girado únicamente alrededor del concepto, sino también de sus límites o de su utilidad; en definitiva, “del concepto de bien jurídico todo se discute”<sup>1</sup>. A tal fin, estudiaremos la evolución dogmática de esta categoría y analizaremos las distintas concepciones doctrinales proporcionadas (básicamente, teorías constitucionalistas, teorías funcionalistas, teorías del derecho penal mínimo, sin olvidar las tesis contrarias a la utilización del criterio del bien jurídico).

Sobre esa base, será posible proceder a continuación la cuestión que más nos interesa, la del bien jurídico honor. En primer lugar, situaremos el honor en el marco de los derechos y libertades consagrado por la Constitución, elemento que permitirá reflejar la intensa vinculación entre el honor y la dignidad, fundamento de los derechos humanos y que constituye un eje básico para todas las teorías sobre el bien jurídico honor que a continuación serán examinadas. En este punto, podemos indicar ya que las concepciones del bien jurídico honor es una temática que ha atraído la atención de los autores de forma destacada, algo coherente con el largo legado de los delitos contra el honor en el derecho histórico español, que han sido una constante desde el Código Penal

---

<sup>1</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, 16 (2005), p. 8.

de 1822, y con la importancia y visibilidad del honor, más allá del ordenamiento y de las leyes, en la cultura y sociedad españolas.

Posteriormente, centraremos nuestra atención en los sujetos del derecho al honor, a cuyo fin nos adentraremos en los debates existentes en la doctrina (surgidos de una jurisprudencia cambiante) sobre la posibilidad de que la titularidad de este derecho recaiga además de en las personas físicas, como siempre se ha sostenido pacíficamente, también en las personas jurídicas, grupos y colectividades, opción que se enfrenta a no pocos problemas dogmáticos pero que parece tener el apoyo de un sector doctrinal mayoritario y de la más reciente línea jurisprudencial sentada en la materia. Para concluir, efectuaremos un estudio de los tipos penales que protegen el bien jurídico honor, esto es, calumnias e injurias de los arts. 205 y siguientes del Código Penal.

## **1. EL BIEN JURÍDICO HONOR**

### **1.1 EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO**

#### **1.1.1 Introducción. Necesidad del debate**

La utilidad de suministrar pautas para la determinación y concreción de lo que deba entenderse por bien jurídico deriva tanto de la necesidad de ofrecer al legislador un elemento de criterio y decisión para orientar su atención hacia los intereses merecedores de tutela, como por la “propia funcionalidad del sistema” en tanto que su eficacia como medio de control (y su legitimidad frente a la sociedad, que podría cuestionarla) depende del nivel de correspondencia que exista con las reales necesidades del medio a que se dirige<sup>2</sup>. La obsesión por el bien jurídico, podría decirse, está justificada, pues más que una etiqueta del delito en cuestión, procurándole una ubicación en el sistema y una justificación de cara a los profesionales del derecho, influye en la “modelización de la materia prohibida”<sup>3</sup> y por ello fundamenta el delito desde dentro, inmanentemente, y

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1980, p. 8.

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, B.: “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” (traducción de MARTÍN LORENZO, M. y FELDMANN, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación* 716

lo confronta con la realidad desde una perspectiva exterior, críticamente. RUDPOLHI resume la utilidad del bien jurídico en el contexto de la ciencia penal en tres cometidos fundamentales: a) coadyuva a una interpretación teleológica de los tipos penales; b) explica el núcleo material de lo injusto común a toda conducta; c) muestra al legislador qué intereses debe proteger en su labor creadora de normas penales<sup>4</sup>. Precisamente de las múltiples funciones que se le atribuyen (crítica, sistemática, dogmática, interpretativa-teleológica o exegética, axiología<sup>5</sup>), se deriva la dificultad para suministrar una construcción plenamente satisfactoria del concepto de bien jurídico<sup>6</sup>. Al bien jurídico se le ha exigido tanto que se le ha puesto a los pies del barranco del fracaso, condenando cualquier teoría o formulación a la inoperatividad de antemano<sup>7</sup>. Su pretendida perfección y omnicomprensividad son indefectiblemente las causas de su camino tortuoso y lo inutilizan para el discurso crítico<sup>8</sup>.

Y en este contexto parece que hay acuerdo en torno a que la teoría del bien jurídico como instrumento suprapositivo de legitimización se halla en serias dificultades<sup>9</sup> y se ve expuesta a una crítica reciente a pesar de ser una de las principales aportaciones de la cultura jurídica alemana a la ciencia penal<sup>10</sup>; aunque hay quienes no dudan de la larga vida que aun le espera al concepto de bien jurídico<sup>11</sup> y de su fortaleza, sin ignorar los necesarios esfuerzos intelectuales que deben emprenderse para su

---

*del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER. R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA. I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 199.

<sup>4</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, AA.VV.: *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1970, p. 151.

<sup>5</sup> Para un estudio más pormenorizado de cada una de estas dimensiones funcionales del bien jurídico, POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pp. 285 y ss.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, op. cit., p. 12.

<sup>7</sup> En el mismo sentido, SEHER, G.: “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER. R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA. I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 77 y 78. A este respecto, precisa VIVES que conceder un papel de tanta importancia al bien jurídico como base de la construcción dogmática y límite al poder punitivo del Estado, hace que no pueda soportar esas funciones (VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución...”, op. cit., p. 25).

<sup>8</sup> SEHER, G.: “La legitimación ...”, op. cit., p. 70.

<sup>9</sup> *Vid.*, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 11; SEHER, G.: “La legitimación ...”, op. cit., p. 70; DONINI, M.: “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” (traducido por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.), *Revista Penal*, julio-2001, p. 33.

<sup>10</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico” (traducción de RUIZ, C. E.), *Cuadernos de Política Criminal*, 93 (2007), p. 10.

<sup>11</sup> SCHÜNEMANN, B.: “El principio ...”, op. cit., p. 197.

reconfiguración, actualización y adaptación a las circunstancias cambiantes. HEFENDEHL afirma que aunque la reflexión del bien jurídico es “necesariamente incompleta, [pero] no tiene alternativa”<sup>12</sup>. AMELUNG, por su parte, está de acuerdo en la amplitud del concepto de bien jurídico debido a las funciones que se pretende que asuma, pero entiende que precisamente esa vaguedad o “indeterminación” es la razón de su riqueza; gracias a esas cualidades el bien jurídico puede disponer de un cuerpo fino y delgado, pero fuerte y firme, que resiste la “sacudida de cada nueva norma”<sup>13</sup>, y al que se adhieren otros elementos más variables o volubles que ayudan a precisar a ese núcleo fundamental y que le aportan la necesaria capacidad de adaptación a los tiempos, a las nuevas líneas político-criminales y a las nuevas formas de criminalidad.

En conexión con lo anterior, puede decirse que esta “crisis” de la teoría del bien jurídico y del bien jurídico como criterio legitimador de las normas penales viene acompañada, y no sabemos si causada ni hasta qué punto, por el surgimiento de nuevos fenómenos sociales que arrojan consecuencias criminales frente a las que la sociedad estima creciente y mayoritariamente que debe ofrecer una solución desde el Derecho penal. Por ello, a pesar de los intentos de una “minimización de la reacción violenta frente al delito” o un “Derecho penal de mínimos”, crece sin control el fenómeno opuesto: la inflación de los derechos que merecen ser protegidos, una inflación en la determinación de bienes jurídicos susceptibles de protección<sup>14</sup>. Asistimos, algunos fervorosos, otros reticentes, a un protagonismo creciente del Derecho penal, por un lado, en relación con los nuevos bienes jurídicos cuya tutela se encarga al ordenamiento punitivo (vida económica, medio ambiente, vida de los animales) y, por otro, por la

---

<sup>12</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa” (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA REIZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *et al.* (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (tomo I), Edisofer, Madrid, 2008, p. 389.

<sup>13</sup> AMELUNG, K.: “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 232.

<sup>14</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTES BECHARELLI, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 903.

utilización del Derecho penal para reprimir conductas de mera peligrosidad abstracta<sup>15</sup>. En este contexto habla HASSEMER del triunfo de un “derecho penal amenazante de orientación puramente preventiva” para hacer frente a una creciente complejidad de la vida diaria y de las relaciones sociales caracterizadas por la proliferación de conductas desconocidas hasta hace poco tiempo y cuya lucha desde el Derecho se está librando mediante el recurso a los delitos de peligro abstracto (consumo masivo de drogas, ataques contra las estructuras de la economía o el medio ambiente)<sup>16</sup>. Para llevar a la práctica ese Derecho penal amenazante, el Estado interviene crecientemente de forma proactiva, parapetando su actuación en “formulaciones vagas carentes de contenido”<sup>17</sup>.

Si bien es cierto, como señala MUÑOZ CONDE, que a la sociedad moderna le ha surgido una serie de problemas y de amenazas a las que no puede responder con los métodos clásicos del Derecho Penal; de ahí la necesidad de crear un Derecho Penal moderno más concebido como instrumento de dirección social que como mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento, no lo es menos que ello conlleva un debilitamiento de los principios y garantías básicas del Derecho penal que son, incluso, consustanciales al estado de Derecho, como sucede con la desnaturalización del principio de legalidad<sup>18</sup>; en fin, una desformalización del Derecho penal contraria a las notas de certeza, seguridad y previsibilidad de las normas y

---

<sup>15</sup> SEHER, G.: “La legitimación ..., *op. cit.*, p. 69. También HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F. y DÍAZ PITA, M<sup>a</sup>. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 53 a 56.

<sup>16</sup> HASSEMER, W.: “Los rostros del derecho penal” (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (2004), p. 114. En el mismo sentido apunta DONINI, M.: “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa” (traducido por RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), *Revista General de Derecho Penal*, 13 (2010), p. 3. Importante es señalar en este punto que una cosa es rechazar el abuso a la técnica de los delitos de peligro abstracto y otra desacreditara totalmente como método de incriminación ya que, bien justificada, es una vía de actuación adecuada y apropiada en la actual sociedad industrial, y coherente con los principios fundamentales del Estado de Derecho liberal para situaciones de peligro o riesgo para una pluralidad de individuos. Así, HEFENDEHL, R.: “El bien ..., *op. cit.*, p. 193.

Sobre los desafíos categoriales del Derecho penal en la sociedad mundial del riesgo, SIEBER, U.: “Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional” (traducción de DEMETRIO CRESPO, E.), *Revista Penal*, 22 (2008), pp. 126 a 138.

<sup>17</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien ..., *op. cit.*, p. 391.

<sup>18</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 568 y 569.

sanciones penales<sup>19</sup>, sobre las cuales el Derecho penal moderno no puede pasar sin prestarles la debida atención<sup>20</sup>.

Pero la búsqueda persiste; necesitamos definir los contornos de la idea del bien jurídico porque, volviendo a VIVES ANTÓN, con quien empezamos, no hay “nada tan tranquilizador como un concepto”<sup>21</sup>.

### **1.1.2 El concepto de delito como lesión de derechos subjetivos, de bienes jurídicos, de deberes ético-sociales y de estados o situaciones valiosas**

En un primer momento se afirmó, por FEURBACH, que el delito era la violación de un derecho subjetivo; por tanto, la existencia de un derecho subjetivo es la condición indispensable para que pueda hablarse de delito y para que sea legítima la intervención del Derecho penal que será meramente secundaria, accesoria o dependiente de esa circunstancia<sup>22</sup>; objeto del delito son “derechos subjetivos” de ciudadanos individuales del Estado y tales derechos subjetivos sólo pueden ser limitados por otros e iguales derechos subjetivos de otra persona<sup>23</sup>. Es una teoría que encaja como maquinaria fina con la ideología liberal dominante que elevaba los intereses del particular (individualismo) frente a las intromisiones estatales<sup>24</sup>; una concepción que se desarrolla en el momento del auge del derecho moderno de la propiedad y de los contratos<sup>25</sup>, y que es resultado de la ciencia penal del iluminismo y de la teoría *iusnaturalista* del contrato social conforme a los cuales el Estado, que surge del acuerdo de los ciudadanos, debe garantizar la seguridad de los hombres y tutelar sus derechos. Por ello, la lesión de uno de esos derechos asciende a la categoría de delito. Estos derechos individuales constituyen las manifestaciones de la libertad individual en su

---

<sup>19</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Protección...”, *op. cit.*, p. 569.

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Protección...”, *op. cit.*, p. 570. Se refiere el autor, como muestras de la subordinación del rigor de la dogmática penal a las necesidades punitivas y preventivas de los tiempos modernos, los delitos de peligro abstracto en los que ni siquiera hay que demostrar una puesta en peligro concreta del bien jurídico, ni por supuesto un perjuicio o una relación de la acción inculpada misma, sin ulteriores exigencias probatorias (*op. cit.*, p. 571).

<sup>21</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución...”, *op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>23</sup> GÜNTHER, K.: “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal?” (traducción de SILVA SÁNCHEZ, J. M.), AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 489 y 490.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>25</sup> GÜNTHER, K.: “De la vulneración ...”, *op. cit.*, p. 493.

dimensión más pura o esencial; así, el derecho subjetivo cumple con una función legitimadora-positiva de la intervención punitiva, del *ius puniendi*, pues allá donde de hay derecho subjetivo vulnerado el Derecho penal está autorizado para actuar, y con una función restrictiva-negativa ya que la falta de tal derecho subjetivo obligará al ordenamiento penal a apartarse, sin perjuicio de que otras disciplinas puedan regular esa materia. Para RUDOLPHI lo bueno del concepto liberal del bien jurídico es que es un concepto material; en cambio, se presenta como previo al derecho<sup>26</sup>.

En un momento ulterior se definió el delito como lesión del bien jurídico, tratando de circunscribir o de concretar la amenaza de la conducta antijurídica en una entidad real. El salto conceptual desde lesión de un derecho subjetivo a lesión de un bien jurídico, deriva, según GONZÁLEZ RUS, de un doble cambio: por una parte, la aparición de intereses generales, consecuencia del paso de un capitalismo liberal clásico a otro organizado y racionalizado, en el que el centro de gravedad ya no es el pequeño empresario<sup>27</sup>; así, la sustitución del “derecho” por el “bien jurídico” permite incluir en el delito la protección no sólo de derechos sino también de convicciones comunitarias, como la religión y la moralidad<sup>28</sup>; y, por otro, la elevación de los derechos a la consideración de intereses “con valor en sí mismos”, dejando a un lado su relación con el sujeto<sup>29</sup>; en ambos casos, parece producirse un salto hacia arriba: no hay individuos, sino un grupo y no hay derechos de los individuos, sino intereses generales. Se ha producido una “desindividualización del bien jurídico”, en palabras de ESER<sup>30</sup>.

Para alumbrar esta nueva dirección doctrinal fueron algunos autores fundamentales. BIRNBAUM afirmará para la posteridad que “si se quiere contemplar el delito como lesión, este concepto tiene que ser conectado, naturalmente, no a un derecho, sino a un bien”<sup>31</sup>; así, el bien jurídico es un interés humano vital que no viene

---

<sup>26</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, pp. 154 y 158; GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, pp. 11 y 13.

<sup>27</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>28</sup> GÜNTHER, K.: “De la vulneración ...”, *op. cit.*, p. 498.

<sup>29</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>30</sup> ESER, A.: “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, 18 (1998), pp. 20 a 23.

<sup>31</sup> BIRNBAUM, J. M. F.: “Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Bregriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung”, *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, zweites Stüd. (1834), pp. 175 y 176: “wenn man das Verbrechen als Verletzung betrachten will, dieser Befriff naturgemäß nicht auf den eines Rechtes, sondern auf eines Gutes bezogen werden muß”.

impuesto por el orden jurídico sino por la vida misma y preexiste al ordenamiento jurídico (“*bereits vorgegeben*”)<sup>32</sup>. BINDING conecta el concepto de bien jurídico “a todo aquello que a ojos del legislador representa las condiciones de vida sana de la comunidad jurídica de modo que existe un interés en su conservación sin cambios ni perturbaciones, protegiéndolo mediante las normas frente a lesiones o puestas en peligro” y de valor para tal comunidad<sup>33</sup>. Y, finalmente, LISZT, para quien el Derecho penal se dedica a proteger bienes jurídicos entendidos éstos como bienes del hombre y no bienes del Derecho (reprochando en este punto la concepción de BINDING), siendo tales bienes “los intereses jurídicamente protegidos” y “vitales para el individuo o la comunidad”, que son previos al orden jurídico (porque “los crea la vida”), el cual, como expresión de la voluntad general, los “eleva a la categoría de bien jurídico”<sup>34</sup>. A pesar de sus fortalezas, la definición del delito como lesión de un bien jurídico se enfrentaba a la dificultad de determinar qué puede considerarse “bien” tutelable penalmente<sup>35</sup>, tarea para la cual el precedente “derecho subjetivo” representaba un fundamento o estrato más sólido; además con el bien jurídico desembarca también la preeminencia del interés político-criminal expansivo del Estado<sup>36</sup>.

El cambio de concebir el delito primero como lesión de un derecho subjetivo (“*Verletzung subjektiver Rechte*”) y luego como lesión de un bien jurídico (“*Rechtsgutsverletzung*”), no produjo, sin embargo, resultados satisfactorios, tanto es así que creció el escepticismo en torno a la posibilidad de poder definir el delito por referencia al concepto de bien jurídico<sup>37</sup>. En consonancia con las corrientes espiritualistas surgidas bajo la influencia de la filosofía neokantiana, nace una nueva concepción del bien jurídico que lo define por su referencia al fin de la norma, desconectándolo de toda realidad exterior (bien o derecho): el bien jurídico es la

---

<sup>32</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ... *op. cit.*, p. 155.

<sup>33</sup> BINDING, K.: *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, reimpresión de la 4ª ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965, pp. 353 a 355: “*Sonach ist Rechtsgut alles, was selbst kein Recht doch in den Augen des Gesetzgebers als Bedingung gesunden Lebens der Rechtsgemeinschaft für diese von Wert ist, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung sie nach seiner Ansicht ein Interesse hat, und das er deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist*”.

<sup>34</sup> LISZT, F. v.: *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª ed. alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; y adicionado con el Derecho Penal Español por SALDAÑA, Q.), tomo II, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1916, pp. 2 y 3.

<sup>35</sup> GÜNTHER, K.: “De la vulneración ..., *op. cit.*, p. 496.

<sup>36</sup> GÜNTHER, K.: De la vulneración ..., *op. cit.*, p. 496.

<sup>37</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ... *op. cit.*, p. 152.



finalidad que pretende lograr el legislador mediante la previsión de la norma. El bien jurídico ya no existe *a priori* sino que nace cuando la comunidad identifica determinados fines, intereses u objetos merecedores de protección que desea tutelar y entonces éstos se convierten en bienes jurídicos. Toda una concepción, como vemos, que conduce inexorablemente al vaciamiento sustancial del bien jurídico<sup>38</sup>, pues el bien jurídico no es sino lo que quiere el legislador que sea, quedando autorizado para casi todo y viéndose limitado únicamente por sus propias convicciones; desde luego que no cumple función limitadora<sup>39</sup>, pero tampoco legitimadora, o por lo menos sólo *a posteriori*, pero la legitimación *a posteriori* es un fraude porque al final deviene en legitimación artificial y forzada, fabricada al dictado de una voluntad previa. *Este bien jurídico*, si bien con la ventaja de ser un concepto jurídico-positivo, por el contrario, así desnaturalizado y vaciado, se convierte en un instrumento político-criminal inocuo<sup>40</sup>, en *ratio legis* del legislador<sup>41</sup>. Esta propuesta es coherente con la mentalidad política dominante de la época que potencia una opción ética del sujeto ante los valores comunitarios a los que debe fidelidad<sup>42</sup> y respecto de los cuales se impone sobre el ciudadano un “deber ético-jurídico general de obrar activamente”<sup>43</sup>. Así, ahora en la cúspide encontramos la comunidad, la protección de los valores comunitarios y la idea del deber, que deslazan al concepto de bien jurídico y a su contenido tan “amenazadoramente liberal”.

Caídos el régimen nacionalsocialista y las ideologías ligadas al mismo, así como apagada la estela de la Escuela de Kiel, se regresa al delito como lesión de un bien

---

<sup>38</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, op. cit., pp. 16 y 17; RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, op. cit., p. 153, “el bien jurídico ha sido despojado de todo contenido material”.

<sup>39</sup> El concepto metodológico-teleológico es “prioritariamente formal e incapaz, en tal medida, de servir de límite a la intervención del legislador”. Vid., así, SANZ MORÁN, J. A.: “Reflexiones sobre el bien jurídico”, CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E., et. al.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1754.

<sup>40</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución...”, op. cit., p. 16; ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito; traducción de LUZÓN PEÑA, D-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, V.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 55. También RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, op. cit., pp. 158.

<sup>41</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, op. cit., pp. 153 y 154.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, op. cit., p. 19; GARCÍA MORENO, M. E.: “Constitución y bien jurídico como límite al *Ius puniendi* del Estado”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 8 (2º semestre, 2006), p. 161. La consideración del delito como lesión de deberes de fidelidad legalmente sancionados, supone, desde la perspectiva de SANZ MORÁN, J. A.: “Reflexiones...”, op. cit., p. 1757, la instrumentalización del Derecho Penal al servicio de finalidades políticas.

<sup>43</sup> GÜNTHER, K.: “De la vulneración ...”, op. cit., p. 501.

jurídico y se recupera su desarrollo histórico, aunque la noción del deber mantiene parte de su protagonismo, tal y como revelan los delitos de comisión por omisión, los culposos o los de omisión pura<sup>44</sup>. No obstante, aun con la vuelta al predominio del bien jurídico, éste sigue recibiendo distintos significados y, así, ahora se dirá que es una situación susceptible de ser ofendida o lesionable que existe como valor tutelable con anterioridad a la creación de la norma<sup>45</sup>. Son “estados sociales deseables que el Derecho quiere resguardar de lesiones”, como afirma WELZEL<sup>46</sup>; son situaciones valiosas que pueden ser modificados por el comportamiento humano y, por tanto, pueden ser objeto de protección por las normas jurídico-penales frente a tales modificaciones”, como sostiene JÄGER, quien maneja una teoría similar a la de LISZT cuando afirma que la protección penal sólo puede recaer sobre bienes que ya existen<sup>47</sup>, que son objetivos (que gozan de objetividad propia, sin que sea necesario que se la proporcione la ley), previos a la ley<sup>48</sup>; bienes jurídicos son, según RUDOLPHI, circunstancias sociales valiosas (“*werthafte soziale Gegebenheiten*”) que pueden ser lesionadas por la conducta humana y por ello merecen ser protegidas por las normas jurídico-penales. Como inconveniente, todas estas propuestas liberales, al ser previas al derecho y no necesitar que el ordenamiento las reconozca, no pueden aportar el núcleo material de los comportamientos punibles; pero a favor se observa que orientan la tarea del legislador al dictado de normas que protejan la seguridad de las condiciones sociales necesarias para una vida común próspera y sirven para la interpretación del derecho penal positivo<sup>49</sup>.

---

<sup>44</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, op. cit., p. 20.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, op. cit., p. 21..

<sup>46</sup> WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J. y YAÑÉZ PÉREZ, S.), 12ª ed. (3ª ed. castellana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, p. 15.

<sup>47</sup> SANZ MORÁN, J. A.: “Reflexiones...”, op. cit., p. 1757. Cercana se sitúa, también, la construcción de SINA que coloca en el centro de la idea del bien jurídico, como objeto de protección, las relaciones entabladas entre los hombres y los objetos materiales o ideales que colman la realidad humana (op. cit., p. 1758).

<sup>48</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución...”, op. cit., p. 17.

<sup>49</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, op. cit., pp. 156 y 157. En sentido similar creemos que se posicionan BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBEL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 72 y 73, cuando definen el bien jurídico como “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática”.

### 1.1.3 Concepciones del bien jurídico

Trazada la evolución histórica del concepto de delito, se aprecia que el estado último alcanzado tiende a aceptar pacíficamente como concepto de delito la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. A continuación procedemos a examinar las distintas concepciones de bien jurídico-penal que se han desarrollado en los últimos sesenta años. En todas ellas el concepto de bien jurídico desempeña un papel destacado, si bien en algunas como actor protagonista (tesis constitucionalistas), y en otras como mero actor secundario (tesis funcionalistas), pero, en cualquier caso, no cabe duda de que el Derecho penal, ya sea como función prioritaria o simplemente secundaria, complementaria o inevitablemente conectada a otra preferente (conservación del sistema social), tutela bienes jurídicos.

#### 1.1.3.1 Teorías constitucionalistas del bien jurídico

Las tesis constitucionalistas del bien jurídico han alcanzado un eco considerable. Nacidas en Italia y Alemania, llegaron a España, donde sus seguidores y defensores son numerosos. El constitucionalismo de los derechos que busca someter al intérprete y aplicador del Derecho a los derechos como normas supremas efectiva y directamente vinculantes, dada “su fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el sistema”, se ha extendido entre los penalistas que han aceptado como base la identificación, en mayor o menor grado, de los bienes jurídico-penales con los derechos fundamentales constitucionales y, por la misma razón, la fundamentación de los bienes jurídico-penales en los derechos fundamentales. De un modo u otro, el catálogo de derechos fundamentales constitucionales condiciona los ilícitos penales<sup>50</sup> incluso desde su punto de partida, en la determinación del bien jurídico protegido, ya que una norma jurídico-penal estará justificada cuando prevenga de “objetivos constitucionalmente proscritos”, como la afectación de derechos fundamentales, de modo que los derechos fundamentales constitucionales se convierten en la referencia para determinar los bienes jurídico-penales tutelado por la legislación penal.

---

<sup>50</sup> PRIETO SANCHÍS, L.: “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, 71 (mayo-agosto 2004), pp. 50, 51 y 61.

El origen de las teorías constitucionalistas en Italia se localiza en BRICOLA. Este autor, sin embargo, no pretendía construir un concepto constitucionalista del bien jurídico, sino reflejar cómo la Constitución debía ser el marco de referencia del Derecho Penal existente y del futuro. Así, el constitucionalismo de BRICOLA nace como un estado evolucionado de la orientación técnico-jurídica, con su casi exclusiva vinculación al Derecho positivo, que ejerció amplia influencia en Italia en la teoría general del delito<sup>51</sup>. En la teoría de BRICOLA la fuerza de la Constitución, por decirlo de algún modo, somete al Derecho penal a sus reglas, lo impregna y le da forma; el propósito de esta propuesta es confeccionar una teoría general del ilícito penal mediante el recurso al entramado normativo constitucional. Tal meta se alcanza entendiendo que la Constitución es la que determina los ilícitos penales y los bienes jurídicos de relevancia penal en el sentido de que “la cualificación de un hecho como ilícito penal dependerá de la relevancia constitucional del bien lesionado”, de su significancia o relevancia constitucional (“*rilevanza costituzionale*”), la cual implica “la no contrariedad del bien con la Constitución y el reconocimiento explícito o implícito de su protección por la carta constitucional”<sup>52</sup>, o al menos una relación de “presuposición necesaria” entre el valor lesionado, que puede carecer de relevancia constitucional, y otro valor constitucional, “de manera que la lesión del primero sea imprescindible e inequívocamente idónea para poner en peligro el segundo”<sup>53</sup>. Sobre esta base propone BRICOLA una intelección del delito como “hecho lesivo de un valor constitucional cuya relevancia se refleja en la medida de la pena”<sup>54</sup>. La sujeción a la Constitución no sea agota con la mera protección del valor constitucional, sino que además el legislador debe tutelarlos de un modo determinado: respetando “su fisionomía constitucional, su exacta dimensión constitucional”<sup>55</sup>.

Uno de los principales defensores del modelo constitucionalista de BRICOLA, que se ha considerado frecuentemente como el planteamiento constitucional más *puro* o el más *fuerte*, frente a otros de constitucionalismo *débil* o *moderado*, es DONINI, quien

---

<sup>51</sup> BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012, p. 10.

<sup>52</sup> BRICOLA, F.: *Teoría ...*, op. cit., p. 39.

<sup>53</sup> BRICOLA, F.: *Teoría ...*, op. cit., p. 40.

<sup>54</sup> BRICOLA, F.: *Teoría ...*, op. cit., p. 43. Más adelante concreta esa referencia al hecho lesivo como hecho ofensivo (expresión comprensiva tanto de la lesión como de la puesta en peligro) del interés tutelado” (op. cit., p. 105).

<sup>55</sup> BRICOLA, F.: *Teoría ...*, op. cit., p. 41.

ante la constatación de dos hechos o circunstancias: a) la política, la ideología y el pragmatismo han abusado del margen de decisión que deja abierto el modelo constitucionalista; b) “el modelo de realización del derecho constitucional y supranacional en el derecho penal no cuenta hoy en día con un programa”<sup>56</sup>, llama a la ciencia penal a formular un auténtico “programa de principios y reglas de garantía” para volver a asegurar la sujeción del Derecho penal a los principios constitucionales. A través de diversas reformas, algunas de las cuales pasan por conceder al Tribunal Constitucional funciones reforzadas para definir una jerarquía de bienes constitucionales o de rango constitucional y para poder realizar investigaciones empíricas o recibir los resultados sobre las mismas en relación con la efectividad y eficiencia de las sanciones alternativas a la penal<sup>57</sup>, DONINI pretende volver a las esencias del constitucionalismo italiano de BRICOLA de forma que la Constitución sea el elemento fundante de todo el Derecho penal tanto en el sentido negativo tradicional (el Derecho penal no puede estar en contradicción con la Constitución) como en el sentido positivo (de la Constitución debe deducirse un modelo de intervención penal que vincule al legislador en los fines e instrumentos de tutela)<sup>58</sup>; en otras palabras, la Constitución es “no sólo un límite, sino también un fundamento del Derecho penal”<sup>59</sup>.

Con matices, MUSCO también es defensor de las tesis constitucionalistas. Su distancia respecto del modelo fuerte de BRICOLA atiende a la función resocializadora que MUSCO atribuye en exclusividad a la pena criminal, siguiendo el art. 27.3 de la Constitución italiana, a diferencia de las funciones resocializadora y retributiva que impone ese mismo precepto, desde la perspectiva de BRICOLA<sup>60</sup>. Teniendo en cuenta, por una parte, que la pena debe procurar la “reeducación del condenado”, por lo que debe ser respetuosa de las condiciones mínimas necesarias para la vida en comunidad, de donde surge un límite a la actuación del legislador ya que ha de proteger aquellos “valores cuya función consista en la protección de las condiciones mínimas de la vida en comunidad y cuya violación puede traducirse en términos de dañosidad social”<sup>61</sup>, y

---

<sup>56</sup> DONINI, M.: “Principios ..., *op. cit.*, p.18.

<sup>57</sup> DONINI, M.: “Un Derecho ..., *op. cit.*, p. 36.

<sup>58</sup> DONINI, M.: “Un Derecho ..., *op. cit.*, pp. 24 y 25.

<sup>59</sup> DONINI, M.: “Prólogo a la traducción al castellano”, BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012, p. XXI.

<sup>60</sup> MUSCO, E.: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Guiffre Editore, Milano, 1974, pp. 113, 115 y 125.

<sup>61</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, *op. cit.*, pp. 126 y 127.

aspirando MUSCO, por otra parte, a aportar una concepción coherente con el pensamiento liberal, moldea el bien jurídico como un valor aferrable, perceptible con el intelecto, inteligible (por oposición a un proceso de excesiva espiritualización) y no exclusivamente normativo sino condicionado o sujeto a las representaciones culturales previamente dadas al legislador y a las que queda vinculado<sup>62</sup>. Finaliza su concepción del bien jurídico como un “valor constitucionalmente aferrable, que procede directa o indirectamente de la Constitución, que sirve al aseguramiento de las condiciones esenciales de la vida en común”<sup>63</sup>.

En Alemania la dogmática constitucional de los derechos fundamentales también ha sido empleada como criterio o instrumento para analizar críticamente la dogmática jurídico-penal: los derechos fundamentales cumplen una función de directriz político-criminal de la intervención punitiva<sup>64</sup>. TIEDEMANN es uno de los autores que ha abordado las influencias de la Constitución y del Derecho constitucional en el Derecho penal, llegando a la conclusión de que no sólo tales influencias existen, sino que un ámbito nada despreciable de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal es soluble a pautas constitucionales<sup>65</sup>. La solución del Tribunal Constitucional Federal en relación con la penalización del aborto en determinados casos, en cuya virtud el legislador penal tiene la obligación de actuar e intervenir para evitar lagunas que dejen desprotegido un bien jurídico-penal merecedor de tutela (*prohibición de defecto*), aunque, por supuesto, siempre con sujeción a las garantías y exigencias del principio de proporcionalidad<sup>66</sup>, refleja que en un ámbito reducido de valores fundamentales y típicamente individuales (vida, integridad corporal, libertad ambulatoria, propiedad), los bienes jurídico-penales coinciden con los valores constitucionales básicos; respecto de los otros bienes jurídicos, los “instrumentales”, dirigidos a la tutela, a su través, de los derechos fundamentales, no existe un principio ni exigencia constitucional inequívoca

---

<sup>62</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, op. cit., pp. 127 a 130: “*aferrabili, [...] chiaramente percepibili con l’intelletto*”, [...] condizionato dall’insieme delle rappresentazioni culturali, [...] pre-dati al legislatore e vincolanti la su attività di penalizzazione”.

<sup>63</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, op. cit., p. 130.

<sup>64</sup> LAGODNY, O.: “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁ CER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 135.

<sup>65</sup> TIEDEMANN, K.: “Constitución y Derecho Penal” (traducción de ARROYO ZAPATERO, L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Separata n° 33 (septiembre-diciembre 1991), p. 148.

<sup>66</sup> TIEDEMANN, K.: “Constitución ...”, op. cit., p. 165.

de actuación, sino que la intervención del legislador penal se guiará por el principio del consenso<sup>67</sup>.

En HEFENDEHL, por su parte, se observa el predominio del criterio valor-Constitución como componente del concepto de bien jurídico, de modo que el texto constitucional es la base de la que debe partir la interpretación de los valores protegibles. Manifestaciones de ellos son, entre otras, el principio constitucional de proporcionalidad, el rechazo de un Derecho penal como mera infracción del deber y la situación de la persona como valor supremo<sup>68</sup>. Acepta también que la Constitución contiene elementos del bien jurídico, es decir, parámetros para la determinación del bien jurídico, como el rechazo de un Derecho penal como mera infracción del deber, la situación de la persona como valor supremo y el principio de proporcionalidad<sup>69</sup>.

El constitucionalismo de los derechos y la vinculación de los bienes jurídico-penales a los derechos fundamentales constitucionales, disfrutan de amplia acogida en la doctrina penalista española. Para un buen número de autores la Constitución ofrece las pautas de incriminación que el legislador penal debe seguir en su actividad, dirigiendo los tipos penales a la protección de bienes jurídicos de relevancia constitucional, directa o indirectamente explicitados en la norma fundamental.

Ejemplo de lo anterior es la tesis de ÁLVAREZ GARCÍA: una concepción crítica del bien jurídico que ayude a imponer límites a la actuación del legislador y, por extensión, al *ius puniendi*, debe derivarse necesariamente del ordenamiento jurídico constitucional, ya que tal marco no es un producto del legislador ordinario, sino que es superior y externo a él en tanto que producido por el poder constituyente<sup>70</sup>. Por ello, ÁLVAREZ GARCÍA defiende la teoría constitucionalista del bien jurídico y lo hace señalando que la Constitución es la que suministra al legislador penal los “valores constitucionalmente relevantes” que deben ser tutelados por medio del ordenamiento punitivo; la norma fundamental es la referencia primera del legislador penal de tal modo que la “cobertura penal de intereses situados extra muros [de la Constitución] llevaría

<sup>67</sup> TIEDEMANN, K.: “Constitución ...”, *op. cit.*, p. 167.

<sup>68</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien ...”, *op. cit.*, pp. 390, 401 y 402.

<sup>69</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien ...”, *op. cit.*, pp. 401 y 402.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, 43 (1991), pp. 18 y 19.

consigo la calificación de inconstitucional”<sup>71</sup>. El derecho penal protegerá, consiguientemente, sólo los bienes contenidos explícita e implícitamente en la Constitución, así como aquellos que “no teniendo un reconocimiento constitucional estén ligados a un valor constitucional de inequívoco contenido primario [como la libertad y otros que por su importancia estén asimilados a ésta] por una relación de presuposición necesaria”<sup>72</sup>, en clara alusión a la fórmula de BRICOLA. A partir del catálogo de valores constitucionalmente relevantes dignos de protección, al legislador le corresponde seleccionar la rama del ordenamiento más apropiada para tutelarlos, y en caso de elegir la penal, deberá decidir también la estructura de los tipos delictivos y la sanción<sup>73</sup>, pues estas cuestiones ya sí forman parte de su ámbito pleno de decisión.

De un modo similar apunta GONZÁLEZ RUS que para que gocen de tutela penal los bienes jurídicos deben gozar de congruencia y significación desde el punto de vista del marco constitucional, porque el legislador penal se halla vinculado por los principios y valoraciones de la Constitución<sup>74</sup>; así, los bienes jurídico-penales deben estar plenamente “incorporados al espíritu constitucional”, “armónicamente integrados en el sentir constitucional”<sup>75</sup>.

Dentro de los partidarios de las tesis constitucionalistas del bien jurídico en la doctrina española, hemos dejado en último lugar a VIVES ANTÓN pues su propuesta no es puramente constitucionalista, aunque existen conexiones evidentes. De VIVES ANTÓN es “la concepción procedimental del bien jurídico” en un marco constitucional abierto. La definición o determinación del bien jurídico procede del principio de ofensividad en conexión con el de proporcionalidad. El bien jurídico “es un *prius* lógico” de la aplicación del principio de proporcionalidad: apreciada la presencia del bien jurídico se procede a incriminar y, por lo mismo, constatada su ausencia, deberá rechazarse cualquier intervención punitiva, ni proporcionada ni desproporcionada. El bien jurídico, como primera etapa del proceso de deliberación y de justificación, se erige, así, en una “pauta general para enjuiciar la corrección constitucional de cualquier

---

<sup>71</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 31.

<sup>72</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 37.

<sup>73</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien ..., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, p. 36

<sup>75</sup> GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien ...*, *op. cit.*, pp. 40 y ss.



clase de medidas de tutela adoptadas por el ordenamiento”<sup>76</sup>. La anterior afirmación funciona del siguiente modo: toda norma penal debe proteger un bien jurídico - “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, o, como prefiere denominarlo VIVES, “principio de ofensividad”<sup>77</sup>-, por lo que si una norma carece de interés jurídicamente protegido por no existir conducta ofensiva, la restricción de la libertad de actuación que comporta dicha prohibición resultará desproporcionada. Así quedan conectados los principios de ofensividad, de proporcionalidad y la idea del bien jurídico como *prius* lógico del principio de proporcionalidad, eje central en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para medir la idoneidad de una norma limitadora de derechos y libertades, como son, por antonomasia, las normas penales; en esta sucesión de consecuencias lógicas, el bien jurídico cumple una función justificativa, es decir, se concibe en términos de justificación y no de objeto<sup>78</sup>. En este punto surge la referencia a la Constitución en tanto que ese análisis de la idoneidad de la norma, o en palabras de VIVES de “la justificación racional de la limitación de la libertad”, debe tomar como punto de partida el contenido de los derechos fundamentales, “desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta constitucionalmente legítima”<sup>79</sup>. Entendemos en esta propuesta que el bien jurídico sirve para conectar la Constitución con las normas penales, para hacer descansar la justificación de las normas penales en la Constitución; en fin, para extraer los bienes jurídicos tutelados por las normas penales desde la Constitución, con lo que tiene sentido la afirmación de VIVES de que “la idea del bien jurídico sirve de intermediario entre la norma constitucional y la penal”, en la medida en que representa una “reconstrucción reflexiva que asume como punto de referencia no sólo el Código Penal, sino también la Constitución”, y particularmente, los derechos fundamentales<sup>80</sup>.

### 1.1.3.2 Funcionalismo

Los funcionalistas “niegan un concepto previo de bien jurídico y pretenden atribuirle únicamente importancia sistemática inmanente en la interpretación del

<sup>76</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución..., *op. cit.*, p. 8.

<sup>77</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución..., *op. cit.*, p. 21.

<sup>78</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución..., *op. cit.*, p. 25.

<sup>79</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución..., *op. cit.*, p. 26. Así, los derechos fundamentales y los preceptos constitucionales, que son pautas para la determinación del bien jurídico, constituyen también referencias interpretativas para el legislador y representan, por consiguiente, un “límite al legislador” (*op. cit.*, p. 27).

<sup>80</sup> VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución..., *op. cit.*, pp. 26 y 27.

Derecho positivo, de tal modo que el bien se convertirá en bien jurídico cuando ostente protección normativa”, y para la cuestión normativa de la legitimidad basta la represión formal basada en el subsistema político, reduciéndose la discusión a la complejidad social<sup>81</sup>. En definitiva, las tesis funcionalistas del bien jurídico-penal no son sino la traslación de la teoría general de los sistemas autopoieticos al campo del ordenamiento jurídico punitivo. En la Sociología y la Teoría de los Sistemas el nombre de Niklas LUHMANN ocupa un lugar destacado; se trata de uno de los artífices de la “teoría sociológica” conforme a la cual los sistemas biológicos, y los físicos en general, están caracterizados por un modo de operación circular, reflexivo y autorreferencial, de modo que el sujeto no es el centro, esto es, ha sido desplazado “en cuanto a su autorreferencialidad”<sup>82</sup>. La teoría sistémica toma el Derecho como un subsistema (entre otros, como la política, la religión o la economía) funcionalmente diferenciado dentro de la sociedad, a la que sirve, y que opera como un sistema cerrado y “completamente autónomo a nivel de sus operaciones”<sup>83</sup>. Los elementos que configuran el carácter cerrado del sistema, dice LUHMANN, son las expectativas normativas, capaces de mantenerse a sí mismas en situaciones de conflicto; tales expectativas pueden ser respetadas o defraudadas, pero incluso en el segundo caso se estará garantizando su normatividad en el sentido de “estabilidad contrafáctica”<sup>84</sup>. Esto advertido, es justo reconocer que la teoría sociológica representa un campo de conocimientos complejo y sugerente, pero al propio tiempo, inabarcable para nosotros, no obstante, con las pautas suministradas hasta ahora podemos asentar sobre cimiento firme la base para comprender las teorías sociológicas o de control social aplicadas al Derecho penal: la doctrina jurídica, así planteada, sería el producto de la autorreferencialidad del sistema jurídico<sup>85</sup>.

---

<sup>81</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta...”, *op. cit.*, p. 900.

<sup>82</sup> LUHMANN, N.: “El derecho como sistema social”, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 70.

<sup>83</sup> LUHMANN, N.: “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 72.

<sup>84</sup> LUHMANN, N.: “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 73.

<sup>85</sup> LUHMANN, N.: “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 72. Como lúcidamente ha observado VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal* (Acción significativa y derechos constitucionales; estudio preliminar de JIMÉNEZ REDONDO, J.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 459, el problema de la teoría de los sistemas autopoieticos es que su gran aportación, la autorreferencialidad o circularidad, deviene indefectiblemente en su pérdida: todo se orienta a las consecuencias, a los fines, a través de un razonamiento circular que termina remitiendo al punto de partida. LUHMANN (y quienes trasladan su pensamiento al Derecho penal) es consciente de ello, porque precisamente mediante esa autorreferencialidad pretende eludir el imposible de fundamentar un punto de partida o un valor absoluto, barrera ante la que han sucumbido todos los intentos y desarrollos teóricos previos. Así, LUHMANN

### 1.1.3.2.1 *Funcionalismo puro: la vigencia de la norma*

“El funcionalismo representa una legitimación del Derecho penal a partir de las condiciones de existencia de una sociedad de libertades normativamente estructurada”<sup>86</sup>. “Una teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”<sup>87</sup>. En estas afirmaciones se contienen las claves de la concepción funcionalista de JAKOBS, considerado el representante más destacado de la teoría sistémica aplicada al Derecho penal. El mérito que debe reconocérsele no es menor: introdujo un giro radical en las doctrinas alemana y europea cuando revirtió el ontologismo de su maestro WELZEL y orientó la finalidad del Derecho penal hacia la protección de la vigencia de la norma con un lenguaje trufado de conceptos normativistas; llevó a término una completa normativización del sistema penal, razón por la que puede calificarse a su propuesta como funcionalismo (en estado puro) o funcionalismo normativista.

Su punto de partida es la aceptación de que todas las personas tienen un rol o un deber en la sociedad como portadores de derechos y obligaciones y adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente conceptual o imaginaria<sup>88</sup>. Concretamente, el rol social de quien se defina como fiel al Derecho será hacer posible la estabilidad de una estructura normativa<sup>89</sup>, favorecer la vigencia de la norma; dicho en otras palabras, del fiel al Derecho se espera que contribuya a la estabilidad de las normas, por lo que en él hay depositadas unas determinadas “expectativas” de que las normas sean respetadas. Esa expectativa *de vigencia de la norma se halla asentada*

---

bordea la adversidad clave, que se remonta “a los orígenes del problema del conocimiento” (*op. cit.*, p. 459), y opta por no salir de la circularidad.

<sup>86</sup> JAKOBS, G.: *El Derecho penal como disciplina científica* (traducción de WEEZEL, A.), Aranzadi, Navarra, 2008, p. 102.

<sup>87</sup> JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 1996, p. 15.

<sup>88</sup> Toda la construcción de JAKOBS parte de esta base ya citada: la persona se concibe como portadora de derechos y deberes. Así, JAKOBS, G.: *El Derecho ...*, *op. cit.*, pp. 102 y 103; el mismo en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 2003, p. 53; el mismo en “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma” (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 177 y 178; el mismo en JAKOBS, G.: “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la antijuricidad” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.): *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008, p. 30.

<sup>89</sup> JAKOBS, G.: *El Derecho ...*, *op. cit.*, p. 92.

sobre un “cimiento cognitivo” (“*kognitiven Untermauerung*”), y cuando tal expectativa quiebra por la infracción de una norma a cargo de un infractor competente (o con competencia para autodirigirse), produciéndose la ruptura de la estructura normativa de la sociedad (“*Störung der normative Struktur der Gesellschaft*”), surge la defraudación<sup>90</sup>. Cuando el delincuente es tratado como tal delincuente y es castigado, se confirma y ratifica la vigencia social plena de la norma<sup>91</sup>.

La vigencia de la norma viene asegurada por el efecto de la pena en el sujeto infractor, infiel al Derecho. El comportamiento delictivo obliga al delincuente a “entregar” determinada cantidad de bienes -dinero, libertad- en concepto de pena para confirmar a todos en su fidelidad al Derecho, ya que la otra alternativa (el delito) se ha revelado como inaceptable, y a las víctimas en su confianza en la norma<sup>92</sup>. La pena, en este sentido, cumple una función preventivo general positiva<sup>93</sup> y debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma<sup>94</sup>, contribuyendo al mantenimiento de la norma a pesar de haber sido defraudada *de facto*. Insistamos en esta idea. Las normas no sólo rigen socialmente cuando son cumplidas, sino también cuando se mantienen contrafácticamente, esto es, cuando la imposición de la pena demuestra la realidad de la norma, su vigencia social<sup>95</sup>. Por ello se dice que la pena coadyuva al “mantenimiento contrafáctico” de la norma. En el mismo orden de cosas, la pena también podría concebirse como un acto comunicativo por el cual se comunica al autor y a la sociedad que el comportamiento delictivo, que ha defraudado las

---

<sup>90</sup> JAKOBS, G.: *Sobre ...*, op. cit., pp. 49 a 51; el mismo en JAKOBS, G.: “Sozialschaden?-Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, BÖSE, M. y STENBERG-LIEBEN, D. (ed.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, pp. 44 a 49, especialmente pp. 46 y 49.

<sup>91</sup> JAKOBS, G.: *El ...*, op. cit., p. 97.

<sup>92</sup> JAKOBS, G.: *El Derecho ...*, op. cit., p. 98; el mismo en *Sobre ...*, op. cit., pp. 52 y 56.

<sup>93</sup> JAKOBS, G.: *Sobre ...*, op. cit., pp. 56 y 57. Se muestra profundamente contrario a la preferencia de la finalidad preventivo general positiva que otorga JAKOBS en lugar de la reeducativa y resocializadora BARATTA, A.: “Integración-prevención ...”, op. cit., p. 27pp. 20 y ss. BARATTA reclama volver al principio resocializador “desarrollándolo fuera de las instituciones carcelarias” y reinterpretándolo en “el marco más amplio de los principios constitucionales de un Estado Social de Derecho y, en particular, del principio dinámico de igualdad y principio de dignidad del hombre”. Por el contrario, para BARATTA la apuesta por la prevención general positiva en los términos en que la entiende JAKOBS supone una “involución del derecho penal hacia posiciones meramente retribucionistas o represivas que dejan sin contenido el núcleo humanístico y emancipador de la utopía de la “reinserción”. En última instancia, no es más que “una legitimación de los instrumentos tradicionales del derecho penal”.

<sup>94</sup> JAKOBS, G.: *Sobre ...*, op. cit., p. 59. En otro trabajo dice JAKOBS, G.: *Sociedad ...*, op. cit., p. 18, que “la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas”.

<sup>95</sup> JAKOBS, G.: “¿Derecho ...”, op. cit., p. 36.

expectativas normativas, no forma en absoluto parte del sistema social que se pretende garantizar. El objetivo último es proteger la identidad de la sociedad, su configuración, su dirección y su orientación. El Derecho penal garantiza *una determinada* configuración social solamente<sup>96</sup> (como dice SEHER “el sistema sociedad”<sup>97</sup>) y la pena mantiene la estructura normativa de *esa* sociedad.

Existen dos críticas fundamentales que suelen formularse contra la teoría funcionalista de JAKOBS. La primera: frente al hecho de evolución que puede suponer el delito, el hecho punible, por cuanto rompe las expectativas normativas de la sociedad, con la imposición de la pena se transmite la confianza en el *status quo*, en contra de la propuesta de cambio<sup>98</sup>. Surgen aquí reproches por la petrificación, el involucionesmo o la parálisis a que conduce semejante comprensión, frente a los cuales el propio JAKOBS advierte que el Derecho penal y la sociedad se necesitan recíprocamente y aunque el Derecho penal ciertamente contribuye al manteniendo de la configuración de la sociedad, ello lo hace sin perjuicio de ser una configuración susceptible de evolución<sup>99</sup>. En un plano más abstracto, LUHMANN también ofrece una solución al problema planteado: desde la perspectiva autopoiética, el sistema jurídico puede comprobar continuamente su consistencia, es decir, “actualizar su memoria”, descubriendo consistencias e inconsistencias, desarrollando procesos autorreflexivos y enjuiciando críticamente el sistema en su conjunto desde su propio punto de vista, en términos de justicia<sup>100</sup>. En teoría, la respuesta es esa; cuestión distinta será aclarar en qué consiste esta “cláusula de reproducción y reflexión del sistema” y si es aplicable de un modo más tangible en el Derecho penal.

---

<sup>96</sup> JAKOBS, G.: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.), Civitas, Madrid, 2004, p. 77; el mismo en *Sociedad...*, op. cit., p. 18.

<sup>97</sup> SEHER, G.: “La legitimación . . . .”, *op. cit.*, p. 72; también BARATTA, A.: “Integración-prevención...”, *op. cit.*, pp. 24 y ss, habla del “sistema sociedad” aunque para reflejar la oposición abusiva del primero sobre el “subsistema-hombre” propia del funcionalismo de JAKOBS que se conforma con conservar y legitimar las concepciones tradicionales.

<sup>98</sup> JAKOBS, G.: *Dogmática* . . . ., op. cit., pp. 75 y 76.

<sup>99</sup> JAKOBS, G.: *Sociedad...*, op. cit., p. 24.

<sup>100</sup> LUHMANN, N.: “El derecho . . . .”, *op. cit.*, p. 74.

En segundo lugar: frente a la subordinación del individuo a la sociedad<sup>101</sup>, frente al olvido de las más elementales reclamaciones liberales clásicas que sitúan a la persona en el centro de la comunidad<sup>102</sup> y frente a la conversión de la persona en un mero “subsistema sicofísico”<sup>103</sup>, recuerda JAKOBS, por un lado, que “la subjetividad concreta siempre se ha desarrollado en una socialidad”, que “la subjetividad se genera en un proceso mediado por lo social”<sup>104</sup>. En fin, no se trata de afirmar una artificial oposición entre libertad y colectivismo, sino de entender que sólo en una sociedad en funcionamiento los ciudadanos pueden obtener lo que es su derecho<sup>105</sup>. Y por último, ante la peligrosa asociación de sus teorías social-funcionalistas con modelos sociales de orientación colectivista o totalitaria, protesta JAKOBS porque entiende que tal acusación deriva de una confusión infundada ya que la perspectiva funcional no está indisolublemente unida a un modelo social determinado

También los sistemas sociales y la teoría sistémica representan el contexto en el que se desarrolla la reputada doctrina de AMELUNG. En tanto el Derecho penal debe garantizar las condiciones para la convivencia de las personas, ha de partir de las consideraciones del sistema social (“*Sozialsystem*”).<sup>106</sup> Lo delictivo es aquello que lesiona las condiciones de vida reflejadas en la filosofía del contrato social, “lo dañoso desde el punto de vista del sistema social”; así, el delito no sirve a la convivencia social y es disfuncional. La justificación de la pena radica en la lesividad social

---

<sup>101</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, LISZT, F. v.: *La idea del Fin en el derecho Penal* (introducción y nota biográfica de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; traducción de PÉREZ DEL VALLE, C.), Comares, Granada, 1995, p. 24: sustituye “la subjetividad del individuo por la subjetividad del sistema”. También ÁLAMO, M.: “Fundamentación pre-positiva de los bienes jurídico-penales y derecho penal mínimo de los derechos humanos”, *Revista General de Derecho Penal*, 15 (2011), pp. 5 y 6.

<sup>102</sup> Críticas reunidas en KARGL, W.: “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopiético” (traducción de FEIJOO SÁNCHEZ, B.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 41.

<sup>103</sup> BARATTA, A.: “Integración-prevención...”, *op. cit.*, pp. 20 y ss: “alienación de la subjetividad y centralidad del hombre en beneficio del sistema”.

<sup>104</sup> JAKOBS, G.: *Sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

<sup>105</sup> JAKOBS, G.: *Sociedad...*, *op. cit.*, p. 32. Insiste JAKOBS señalando que “sólo ante el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo” (*op. cit.*, p. 34).

<sup>106</sup> AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft : Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Athenaum-Verlag, Frankfurt am Main, 1972, p. 364.

(“*sozialschädlich*”) de la conducta, y no en la lesión de intereses merecedores de protección penal<sup>107</sup>.

Esto advertido, AMELUNG no renuncia por completo al principio de protección de bienes jurídicos, pues acepta que el bien jurídico todavía cumple una función interpretativa-teleológica de los tipos penales, una función valorativa y una función de graduación del injusto<sup>108</sup>. La formalización e indeterminación que defienden los penalistas funcionalistas para el bien jurídico, permiten que este concepto se convierta, a juicio de AMELUNG, en un instrumento de conexión entre la política y la dogmática<sup>109</sup>. Admitida la funcionalidad del bien jurídico, la determinación de lo que deba ser bien jurídico se llevará a cabo siguiendo el procedimiento legislativo democrático y guiándose por los criterios de racionalidad legislativa<sup>110</sup>, tomando como principal referencia para determinar el orden social protegido en el entorno definido por la Constitución, ya que es la norma fundamental la que proporciona (“*liefern*”) las decisiones fundamentales<sup>111</sup>, y en todo lo que la Constitución no diga o no recoja, prevalecerá la libertad de configuración del ilícito de que dispone el legislador, lo que evidencia la potestad constituyente del bien jurídico de que goza el juicio de valor del legislador. Como el bien jurídico se refiere a estados de cosas valorados positivamente por el legislador, ese juicio de valor positivo transmite el mensaje de que tal estado de cosas debe ser conservado, de donde se deriva que en sí mismo es constitutivo del bien jurídico<sup>112</sup>.

Las críticas dirigidas contra esta propuesta caminan por el mismo camino que las efectuadas contra el modelo de JAKOBS. Reprocha ROXIN que la preponderancia de la funcionalidad para el sistema de una conducta “conduce a que se proteja a la persona no

---

<sup>107</sup> AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz ...*, op. cit., pp. 350 y ss y 387 y ss.

<sup>108</sup> AMELUNG, K.: “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de Rafael ALCÁCER, María MARTÍN e Íñigo ORTIZ DE URBINA), Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 229 y 230.

<sup>109</sup> AMELUNG, K.: “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 232.

<sup>110</sup> AMELUNG, K.: “El concepto ..., op. cit., pp. 238 y 239.

<sup>111</sup> AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz ...*, op. cit., pp. 363 y ss.

<sup>112</sup> AMELUNG, K.: “El concepto ..., op. cit., pp. 228 y 229.

por sí misma, sino sólo en interés de la sociedad, a la que por tanto también se la podría sacrificar sólo con que el sistema permanezca inalterado”<sup>113</sup>. También MUSCO se muestra contrario, señalando que las tesis de AMELUNG representan una vuelta a BINDING y a su bien jurídico como “todo lo que desde el punto de vista del legislador constituye una condición para una vida sana de la comunidad jurídica”, con lo que se prescinde de todo el contenido liberal de la definición de bien jurídico y lo hace depender de las valoraciones políticas más arbitrarias<sup>114</sup>.

Finalmente, también MÜSSIG despliega su concepción del bien jurídico en el entramado de la teoría de los sistemas. Este autor estima que la teoría del bien jurídico carece de anclaje social como para seguir sirviendo de fundamento del Derecho penal; en otras palabras, el criterio de la protección de bienes jurídico utilizado para dotar al Derecho de una dimensión práctico-social ha fracasado y en este punto se hace imprescindible salir a la búsqueda de los fundamentos del Derecho en una teoría social compleja, una “teoría institucional del Derecho” (en un sentido muy próximo a las teorías sistémicas y sociológicas) que conciba el Derecho como una estructura de la sociedad de tal modo que desarrolle una función al servicio de la estructura de la sociedad<sup>115</sup> y, por esta razón, las normas deben observarse “en su función para la sociedad”<sup>116</sup>. MÜSSIG entiende que las normas son “estructuras reflexivas de expectativas que se han institucionalizado con vigencia para la sociedad”, y cuando tales expectativas se ven defraudadas procede la imposición de la pena, de donde puede deducirse que (a) “el Derecho penal sirve por lo tanto para la estabilización contrafáctica de expectativas de conducta relevantes para el conjunto de la sociedad”<sup>117</sup>, y (b) “la reacción jurídica (la pena) es una autodescripción y autoaseguramiento de la configuración social”<sup>118</sup>. Siguiendo las tesis de la teoría sociológica, propone legitimar *el ius puniendi* desde la perspectiva de la configuración de la sociedad, de tal forma que lo

---

<sup>113</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 68.

<sup>114</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, op. cit., p. 107.

<sup>115</sup> MÜSSIG, B.: “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema” (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y PEÑARANDA RAMOS, E.), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2002), p. 185; el mismo en “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización” (traducción de CANCIO MALIÁ, M.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, p. 199 y nota nº 6.

<sup>116</sup> MÜSSIG, B.: “Aspectos ...”, op. cit., p. 200.

<sup>117</sup> MÜSSIG, B.: “Desmaterialización ...”, op. cit., p. 192; el mismo en “Aspectos ...”, op. cit., p. 200.

<sup>118</sup> MÜSSIG, B.: “Aspectos ...”, op. cit., p. 202.



decisivo del contenido material del injusto no es el ataque externo y perceptible por los sentidos de bienes jurídicos, sino el quebrantamiento de la norma, la vulneración del Derecho<sup>119</sup>. Por tanto, en la medida en que la norma refleja expectativas que deben cumplirse y mantenerse en vigor, sirve al fin de proyectar la identidad y la configuración de la sociedad cuyos perfiles y esencias se quieren tutelar. Esto advertido, ni cualquier configuración de la sociedad ni cualquier norma que sea el reverso de dicha configuración social serán legítimas, sino que la legitimación jurídico-penal de una norma y de la configuración social a la que sirve se determinarán con arreglo a unos “criterios materiales de identidad de la sociedad”, definidos a partir del marco normativo institucionalizado en la Constitución<sup>120</sup>, entendida como entorno en el que conviven los distintos subsistemas sociales (económico, jurídico, político, religioso...).

En la doctrina española, ha sido, entre otros, GÓMEZ BENÍTEZ quien ha defendido las aportaciones de la teoría de los sistemas y del funcionalismo, especialmente las de AMELUNG, como método para enjuiciar y analizar críticamente el Derecho penal. No es la lesión de objetos o valores dispersos el criterio unitario que define el delito, sino el “perjuicio social” a las condiciones de la vida en comunidad<sup>121</sup>. Como AMELUG, tampoco GÓMEZ BENÍTEZ renuncia al bien jurídico, ya que éste realiza una función de limitación del *ius puniendi* orientando la criminalización al foco de las conductas perjudiciales socialmente, de donde se desprende una *función social de la pena* y un *concepto social del bien jurídico*<sup>122</sup>.

#### 1.1.3.2.2 Funcionalismo moderado

Podría decirse que los autores citados hasta ahora representan el núcleo del funcionalismo sociológico aplicado al Derecho penal. Sus teorías representan la adaptación más perfecta y cercana de la teoría sociológica-sistémica al Derecho penal. Y sin embargo, la abundante bibliografía dedicada al estudio del debate sobre el bien jurídico se afana, más allá de estos autores, en encontrar huellas de funcionalismo en

---

<sup>119</sup> MÜSSIG, B.: “Desmaterialización ..., *op. cit.*, pp. 193 y 194; el mismo en “Aspectos ..., *op. cit.*, p. 203.

<sup>120</sup> MÜSSIG, B.: “Desmaterialización ..., *op. cit.*, pp. 197 y 198.

<sup>121</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, M.: “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69 (1983), p. 108.

<sup>122</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, M.: “Sobre ..., *op. cit.*, p. 111.

numerosísimas otras líneas de pensamiento, de tal modo que de un funcionalismo puro o radical (o estratégico) han surgido, posteriormente, un funcionalismo teleológico (ROXIN, SCHÜNEMANN), un funcionalismo valorativo (MIR PUIG, ARROYO ZAPATERO, CUELLO CONTRERAS), envueltos ambos bajo la denominación de funcionalismo moderado, y un funcionalismo individualista (HASSEMER, NEUMANN, MUÑOZ CONDE, SANZ MORÁN). Todos ellos, además, con sus respectivos defensores y seguidores. No vamos a negar nosotros la influencia del funcionalismo en las teorías de los autores citados, pero tampoco creemos conveniente este *frenesí clasificador que lanza a casi todos los que reflexionan sobre la función del Derecho penal a un cajón u otro del funcionalismo*. Por ello, aquí suscribimos las palabras de VIVES ANTÓN cuando advertía que “la eclosión del funcionalismo en la dogmática penal ha provocado un fervor reconstructivo, según el cual casi cualquier cosa puede resultar un precedente del funcionalismo; [...] hay que precisar, pues, que no todo uso de análisis funcionales comporta una posición funcionalista”<sup>123</sup>.

Puede admitirse, y de hecho así lo hacen los defensores de las teorías que a continuación vamos a examinar, la importancia del Derecho penal para la protección de la sociedad, es decir, se parte del Derecho penal como un sistema de control social que garantiza la convivencia y el mantenimiento del sistema. En este sentido, las teorías sociológicas del control social se dejan sentir en las opiniones que siguen a continuación. Su distinción frente al funcionalismo radical o puro es que conectan a esa finalidad de mantenimiento del sistema y de protección del orden social, la protección de bienes jurídicos como condición indispensable para que ese orden social sea efectivo. De este modo, vienen a suavizar, pulir o moldear los excesos a que conducen las teorías funcionalistas, carentes de toda referencia o punto de apoyo sobre la realidad empírica; dicho de otro modo, introducen criterios de orientación político criminal (como la protección de bienes jurídicos) que ayudarán al Derecho penal a lograr su función de mantenimiento de la convivencia pacífica y conservación de las condiciones sociales necesarias para el bienestar de los individuos. En general, pues, es común a estas

---

<sup>123</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos ...*, op. cit., p. 442. Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, J-M.: “Introducción”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991, p. 19, apunta que las concepciones funcionalistas han gozado de gran sonoridad en los últimos tiempos, si bien recuerda que sus comienzos se remontan ya a la sistemática teleológica del neokantismo.

corrientes la búsqueda de principios político-criminales para informar planteamientos originariamente funcionalistas y sociológicos. Entre tales principios destaca, en lo que nos interesa, el de protección de bienes jurídicos, que cumple una función crítica de la tarea del legislador para juzgar si y en qué medida ha alcanzado sus objetivos, optando por reorientar su actividad en caso de que no lo esté logrando. En tanto se alcance la protección cierta de bienes jurídicos, y con ella la conservación del orden social, podrá decirse que el Derecho penal cumple su función.

#### 1.1.3.2.2.1 *Funcionalismo teleológico*

La introducción de un adjetivo que califica al funcionalismo de ROXIN refleja que sus teorías no representan un funcionalismo en estado puro, sino que introducen matices que lo apartan sustancialmente; de hecho, el propio ROXIN lo hace en sus escritos. Su acercamiento a las tesis funcionalistas vendría del hecho de que ROXIN sostiene que un moderno sistema de Derecho penal ha de estar estructurado teleológicamente, esto es, construido en atención a finalidades valorativas previas que garanticen de antemano la concordancia entre la consecuencia sistemática y la corrección material pretendida. Así entendido, las finalidades configuran el sistema y se definen político-criminalmente, ya que los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho penal<sup>124</sup>. Ahora ya sí toma forma su auténtica propuesta: “*un sistema teleológico-políticocriminal de orientación valorativa*”<sup>125</sup>, cuyas bases fueron establecidas en su célebre Programa de reconciliación de la “Política criminal y sistema del Derecho penal”<sup>126</sup>, que aspiraba a desarrollar los postulados teleológicos del neokantismo, sobre el precedente del “Tratado de la Parte General” de SCHMIDHÄUSER.

---

<sup>124</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 217.

<sup>125</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 216.

<sup>126</sup> ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de derecho penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972. Vid., así, AMELUNG, K.: “Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystem von Roxin”, SCHÜNEMANN, B. (herausgegeben): *Grundfragen des modernen Strarechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1984, p. 85; también lo nombra igual, en un amplio estudio sobre los orígenes del pensamiento sistemático y funcionalista y la situación actual (al tiempo de la publicación de la obra “Cuestiones fundamentales del moderno Derecho penal sistemático”), SCHÜNEMANN, B.: “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, SCHÜNEMANN, B. (herausgegeben): *Grundfragen des modernen Strarechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1984, p. 46.

Empleando como pilares de su propuestas conceptos como bien jurídico, orientación teleológica del sistema del Derecho penal, finalidades valorativas y empíricas, se ha situado a ROXIN en la senda del funcionalismo, como un “funcionalismo teleológico”, aunque no de un funcionalismo radical o extremo, como el que pudiera ser el modelo de JAKOBS<sup>127</sup>, y del que el propio ROXIN pretende separarse cuando califica las tesis de JAKOBS de “normativismo exacerbado”, en uno de sus últimos trabajos<sup>128</sup>, reflejando cómo para él la estabilización de la norma puede ser uno de los fines del Derecho penal pero no el único ni el más importante, ya que la verdadera finalidad es evitar la lesión de bienes jurídicos. Por lo mismo, se declara partidario de prestar atención conjuntamente a la función preventiva general y especial del Derecho penal, en cuanto que finalidad del Derecho penal es el aseguramiento de un orden social en paz y libertad mediante la tutela de los concretos bienes jurídicos<sup>129</sup>.

Dicho lo anterior, procede ROXIN a explicar la otra parte fundamental de su sistema (la parte no funcionalista), que sería un sistema político-criminal apoyado en el criterio de protección de bienes jurídicos. Efectivamente, uno de los objetivos tradicionales del planteamiento de ROXIN ha sido conjugar y sintetizar equilibradamente las virtudes de las concepciones sistémicas con los filtros que

---

<sup>127</sup> Lo denomina “funcionalismo teleológico” VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 446 a 450. Por su parte, MIR PUIG, S.: “Límites del normativismo en Derecho Penal”, MIR PUIG, S. (dir.): *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, p. 43, quien entiende que ROXIN es un defensor del “normativismo moderado” porque recurre al límite de la realidad empírica que, regida conforme sus propias exigencias, condiciona las construcciones jurídicas y las soluciones.

En la misma línea, SILVA SÁNCHEZ, J-M.: “Introducción”, op. cit., pp. 19 y 20, califica de “funcionalismo matizado” la tesis de ROXIN ya que baraja las finalidades político-criminales de un “modo más global, comprendiendo que las diversas finalidades se limitan entre sí”, mientras que JAKOBS hace descansar la “refundamentación normativa” que propone en la finalidad de prevención general positiva. Así también PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 223 y 224.

Por último, MUÑOZ CONDE, F.: “Introducción”, ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de derecho penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972, p. 9, explica la posición particular de ROXIN en el universo funcionalista apuntando que el penalista alemán pretende acercar el pensamiento sistemático a la realidad, poniendo en valor las relaciones entre norma, contenido y valor de un modo que no había sido explorado hasta la fecha por la dogmática tradicional. Y, todavía más enfáticamente, insiste en que “el profesor Roxin, en una feliz síntesis, de clara influencia hegeliana, intenta traer las discusiones sistémicas y los problemas político-criminales a un denominador común” (op. cit., p. 10).

<sup>128</sup> ROXIN, C.: “El bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (2013), p. 4.

<sup>129</sup> ROXIN, C.: “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión” (traducción de SANTANA VEGA, D. M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIX (2006), p. 12.

representan los principios político-criminales, que deben “penetrar en el sistema del Derecho penal”<sup>130</sup>. Y en esta línea decidida de apoyo a la política criminal, ROXIN se manifiesta a favor del principio de exclusiva protección (subsidiaria, por ser la *ultima ratio*) de bienes jurídicos<sup>131</sup>, lo que conlleva rechazar la sanción de las meras inmoralidades (que no son lesivas de bienes jurídicos ni de los derechos de nadie, sino que a lo sumo sólo pueden concebirse como infracciones contra “conceptos generales” como la moral<sup>132</sup>) y las contravenciones del Derecho penal (que, en cuanto desobediencias éticamente incoloras, no vulneran ningún bien jurídico previo al Estado -no son los tradicionales derechos individuales, sino intereses creados por primera vez por el Estado-<sup>133</sup>). Es, pues, una dogmática del Derecho penal receptiva a principios político-criminales útiles para la interpretación de las normas penales, siendo uno de tales el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Dadas las limitaciones de otras definiciones de bien jurídico para ofrecer un concepto expresivo y, al propio tiempo, limitador del Derecho penal, propone una fórmula vinculante político-criminalmente: el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos derivado de los cometidos plasmados en la Constitución de un Estado del Derecho basado en la libertad del individuo<sup>134</sup>. Esta libertad del individuo es lo que marca los límites del contenido del bien jurídico entendido como las “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos fundamentales del individuo, o para el funcionamiento del sistema estatal erigido para la consecución de tal fin”<sup>135</sup>. Aclara el propio autor que con tal definición

---

<sup>130</sup> ROXIN, C.: *Política ...*, op. cit., p. 33.

<sup>131</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 51; el mismo en “El bien ..., op. cit., p. 14.

<sup>132</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 52 y 53.

<sup>133</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 53.

<sup>134</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 55. Junto a la libertad del individuo, recientemente ha profundizado en otra limitación de carácter crítico para el legislador, igualmente compatible con la Constitución y el Estado de Derecho, cual es el principio constitucional de proporcionalidad o de prohibición de exceso, jurisprudencialmente desarrollado y concretado en las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. *Vid.*, ROXIN, C.: “El bien ..., op. cit., pp. 24 y a 26.

En este punto es donde emerge con toda fuerza la parte no funcionalista del sistema propuesto por ROXIN, evidenciada, ante todo, en una delimitación del bien jurídico desde parámetros constitucionalmente valorativos. Así, VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos ...*, op. cit., p. 455.

<sup>135</sup> ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMANO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup> y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 448; ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 56; el mismo en “El bien ..., op. cit., p. 5. Tiene razón aquí VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos ...*, op. cit., p. 447, cuando indica que la definición de bien jurídico propuesta por el

se da cabida a los estados previamente hallados por el derecho (equivalente a realidades dadas), así como a los deberes de cumplimiento de normas creados por el propio Derecho (referidos a las finalidades)<sup>136</sup>. Ello permite afirmar a ROXIN que ciertamente la estabilización de la norma es un fin del derecho penal, pero no es el único y ni siquiera es un fin en sí mismo, sino que aspira a que “en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos)”<sup>137</sup>.

Por otra parte y concluyendo, hemos señalado que la fórmula del ROXIN de bien jurídico ha de ser respetuosa con la libertad del individuo, pues así lo impone la concepción democrática del Estado de Derecho. Aquí ya depende del legislador decidir qué restricciones de la libertad individual deben castigarse por una norma penal tras un ejercicio de ponderación con el bien común<sup>138</sup>, de donde se deduce que el legislador no está obligado a castigar todas las lesiones de bienes jurídicos.

Se ha reprochado que la propuesta de ROXIN se nutre de conceptos que, generalmente, se caracterizan por su dudosa utilidad para convertirse en verdaderos criterios materiales de selección<sup>139</sup>; es un conjunto de “grandes directrices -pinceladas al fresco- cuyo potencial crítico es menor”<sup>140</sup>. A ello responde el autor aludido admitiendo la generalidad de su propuesta pero restándole importancia o debilidad en la medida en que un principio supremo del ordenamiento como el de la exclusiva protección de bienes jurídicos no aspira a ser aprehendido en una sola fórmula, sino que debe desarrollarse ulteriormente y concretarse en la materia jurídica<sup>141</sup>.

---

penalista alemán se plantea desde “la perspectiva del sistema social, ya que lo útil para el desarrollo del individuo o para el sistema mismo podrá, así, ser calificado de bien jurídico”.

<sup>136</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 56.

<sup>137</sup> ROXIN, C.: “El bien ...”, op. cit., p. 4.

<sup>138</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 64.

<sup>139</sup> *Vid.*, entre otros, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta...”, op. cit., p. 899; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien ...”, op. cit., p. 12.

<sup>140</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien ...”, op. cit., p. 393.

<sup>141</sup> ROXIN, C.: “El bien ...”, op. cit., pp. 10 y 11. A continuación, propone ROXIN (op. cit., p. 11) que el desarrollo de su definición de bien jurídico y su aplicación práctica se lleven a cabo a través del “esquema en tres escalones de la protección de bienes jurídicos” de MANFRED HEINRICH, que se pregunta sucesivamente qué se pretende proteger, a quién y frente a quién. Incluso el propio ROXIN, C.: ¿Es la protección ..., op. cit., pp. 449 a 453, concreta de qué modo el concepto de bien jurídico por él propuesto limita la tarea del legislador más allá de la propia definición, mediante ciertas directrices derivadas de dicha definición; así, su propuesta de bien jurídico conduce a aceptar que: 1) son ilegítimas las normas motivadas exclusivamente por la ideología o que atentan contra derechos humanos y fundamentales; 2) la mera delimitación de la finalidad de ley no constituye todavía un bien jurídico; 3) la mera ilicitud no basta para justificar una disposición penal; 4) la lesión de la propia dignidad no constituye lesión de un bien jurídico; 5) sólo la protección del sentimiento de inseguridad puede invocarse como sentimiento

SCHÜMANN, seguidor de ROXIN<sup>142</sup>, toma como punto de partida la comunión de intereses que ciertamente existe, aunque en ocasiones parezca imposible y contradictorio, entre una concepción funcionalista y una orientación político-criminal del *ius puniendi* mediante la participación de ciertos criterios limitadores de la intervención penal, como el principio de protección de bienes jurídicos, hasta tal punto que se implican mutuamente en tanto que la finalidad de protección de bienes jurídicos del Derecho penal no puede alcanzarse si no se parte de un pensamiento funcional<sup>143</sup>. Dicha síntesis, que el autor denomina “razonamiento teleológico (funcional)”<sup>144</sup>, deviene imprescindible ya que la focalización de la atención en un funcionalismo estricto conduciría “al establecimiento de toda una serie de argumentaciones circulares, detrás de cuya fachada las verdaderas determinaciones son tomadas de modo puramente decisionista”<sup>145</sup>. Frente al exceso de normativismo y normativización del funcionalismo, SCHÜNEMANN propone fundamentar los elementos jurídicos o normativos del sistema en valores o estados descriptibles empíricamente o asentados en el mundo social (criterio valorativo)<sup>146</sup>.

Finalmente, puede observarse una conexión evidente entre las teorías analizadas y las propuestas de RUDOLPHI, que parte de una contraposición de los dos conceptos fundamentales que se han proporcionado en la historia de la dogmática penal para el

---

equiparable a un bien jurídico protegido; 6) ni la autolesión consciente ni su posibilidad o favorecimiento pueden legitimar la amenaza penal; 7) las leyes penales simbólicas no sirven a la protección de bienes jurídicos; 8) los tabúes no son bienes jurídicos; 9) los objetos de abstracción inaprensible no son bienes jurídicos.

<sup>142</sup> Así lo afirma PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la influencia ..., *op. cit.*, p. 224. Tal circunstancia se constata cuando se leen los halagos que dirige SCHÜNEMANN al Programa de reconciliación de la “Política criminal y el sistema del Derecho penal” de ROXIN al que atribuye el mérito de sentar las bases para una intensa modificación del sistema del Derecho penal. *Vid.*, en SCHÜNEMANN, B.: “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 63 y ss, especialmente 67.

<sup>143</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia-jurídica alemana” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1 (1996), p. 206.

<sup>144</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Introducción ..., *op. cit.*, p. 70.

<sup>145</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones ..., *op. cit.*, p. 208; en otro trabajo el propio SCHÜNEMANN, B.: “La función del principio de culpabilidad y el Derecho penal preventivo”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991, pp. 167 y 168, sostiene, de una forma parecida, que la justificación del sistema de JAKOBS acaba cayendo en una apología del propio sistema a través de una argumentación que amenaza con convertirse en circular; es, en definitiva, “una falacia normativista” (*op. cit.*, p. 171).

<sup>146</sup> SCHÜNEMANN, B.: “Introducción ..., *op. cit.*, pp. 71 y 73.

bien jurídico: el teleológico-metodológico, de HONIG entre otros, “que es un concepto jurídico-positivo, pero vacío y puramente formal”, y el concepto liberal, de LISZT y FEUERBACH, que “es un concepto material, pero previo al derecho”, y concluye que ambos son insatisfactorios por “su naturaleza puramente formal” (“*rein formale Natur*”) o por “su carácter prejurídico” (“*ihre vorrechtliche Charakter*”) <sup>147</sup>.

El propósito de RUDOLPHI es construir un concepto de bien jurídico que reúna las virtudes de los formulados y se despoje de sus vicios; en sus palabras, un concepto que sea hilo material (“*Richtpunkt*”) para la interpretación de las normas jurídico-penales positivas y que sea vinculante (“*verbindlich*”) para el establecimiento de nuevas normas penales y, así, útil o fructífero (“*fruchtbar*”) para sucesivas cuestiones dogmáticas. Hay que deducir ese concepto de bien jurídico de prescripciones jurídicas positivas o decisiones valorativas fundamentales (“*grundsätzliche Wertentscheidung*”) previas a la legislación penal y a las que ella se somete, y tales prescripciones están contenidas en la Constitución <sup>148</sup>. La Constitución define las condiciones y funciones valiosas e indispensables en las que se basa nuestra vida social y cuya lesión por los comportamientos humanos debe ser amenazada penalmente <sup>149</sup>. Esas condiciones y funciones valiosas, o “unidades funcionales vitales” (“*lebendige Funktionseinheiten*”) para la permanencia de nuestra vida social sostenida (“*aufbauende*”) sobre la libertad y responsabilidad de los individuos, y para la propia posición y libertad de los ciudadanos considerados individualmente, se identifican con los bienes jurídicos en la teoría de RUDOLPHI <sup>150</sup>. Por esta razón los comportamientos que lesionan condiciones que no son indispensables para la estabilidad de nuestra sociedad constitucional ni para la libertad del individuo, sino que únicamente comportan menoscabo de consideraciones morales particulares (“*Moralwidrigkeit*”), ni pueden ser castigados con pena ni tales condiciones morales puede ser consideradas bienes jurídicos cuya protección se

---

<sup>147</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, p. 158.

<sup>148</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, pp. 158 y 161.

<sup>149</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, p. 162.

<sup>150</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, pp. 163 y 164. Pero en este punto le reprocha PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia de las ciencias sociales, en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”, ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., NIETO MARTÍN, A.: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 100, nota al pie nº 2, que su construcción doctrinal no indica cuáles son esos instrumentos que posibilitan el desarrollo social y en qué sentido pueden limitar valores abstractos como la libertad o la responsabilidad el *ius puniendi*.



encargue al Derecho Penal<sup>151</sup>, al que sólo le corresponde una protección preventiva de (auténticos) bienes jurídicos<sup>152</sup>.

En conclusión: un concepto de bien jurídico que cumple una función crítica y orientadora de la actividad del legislador, en tanto le indica que debe proteger aquellas unidades funcionales valiosas para la permanencia de la vida social que se desarrolla dentro de los márgenes constitucionales y para el desenvolvimiento en libertad del individuo, al tiempo que también ofrece un contenido material del injusto y de lo delictivo como aquellos comportamientos que lesionen tales unidades funcionales valiosas y no meras consideraciones morales cuyo menoscabo no viene acompañado de un daño social ni de una alteración de los presupuestos necesarios para la vida en sociedad.

#### 1.1.3.2.2 *Funcionalismo (normativismo) valorativo*

MIR PUIG entiende que el Derecho Penal debe influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de las normas, como un sistema normativo al servicio de los individuos<sup>153</sup>, como un sistema normativo al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas psico-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades<sup>154</sup>. En este sentido, bien puede acomodarse a MIR PUIG en la dirección del funcionalismo; es más, el propio MIR PUIG se refiere a la influencia de autores funcionalistas como AMELUNG y CALLEIS, cuando señala que la función de la pena debe desarrollarse “teleológicamente”, o, mejor, a partir de este significado funcional, y en base, asimismo, a la función social

<sup>151</sup> RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte ...”, *op. cit.*, pp. 161, 164 y 165.

<sup>152</sup> RUDOLPHI, H.-J.: “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J.-M.), Tecnos, Madrid, 1991, p. 82. A continuación, precisa RUDOLPHI las dos clases de prevención que desarrolla la conminación penal: por una parte, prevención general, al más puro estilo de JAKOBS: confirmar la norma cuestionada, estabilizando contrafácticamente la confianza general en su observancia (garantizar la vigencia fáctica y normativa), y por otra, prevención especial, motivando al autor concreto hacia el respeto y la obediencia de la norma infringida (lo que se traduce en la fase de ejecución penal en una función resocializadora) (*op. cit.*, p. 83).

<sup>153</sup> MIR PUIG, S.: “Límites ...”, *op. cit.*, pp. 57 y 58.

<sup>154</sup> MIR PUIG, S.: “Límites ...”, *op. cit.*, p. 80. En otro trabajo suyo, MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV (1991), p. 212, insiste en este aspecto señalando que el sistema social debe ponerse al servicio del individuo y no el individuo a servicio del sistema social, pues esta segunda opción sería propia de un Estado social autoritario y no de un Estado democrático de derecho.

que la Constitución atribuye a la pena. Ello supondrá un “planteamiento funcionalista de la teoría del delito”<sup>155</sup>.

Sin embargo, a medida que sigue desarrollando sus líneas de pensamiento, la teoría de MIR PUIG se aleja de los funcionalistas y representan una modalidad diferenciada. Los intereses reales de los individuos a los que aludimos, directos o indirectos -mediados por instituciones- constituyen los bienes jurídico-penales que reciben la protección del Derecho penal y que ocupan el centro de la tarea del ordenamiento punitivo, que asume, así, la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales<sup>156</sup>. Se trata de una formulación compatible con una concepción democrática del Derecho, con un Estado social y democrático de Derecho, y no meramente apolítica o estrictamente jurídica. Sólo una propuesta como la descrita, que pone en el centro la protección de las necesidades de los individuos, que eleva tales necesidades a la consideración de bienes jurídico-penales y los protege preventivamente frente a ataques, es asumible desde una perspectiva democrática.

Continúa MIR PUIG recordando que el sistema jurídico debe estar cultural y valorativamente orientado o condicionado por consideraciones con las que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer; a partir de tales circunstancias condicionantes se determina lo normativo jurídico. De este modo, lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural<sup>157</sup>, lo cual ya representa una matización de lo que podría ser normativismo o funcionalismo radical en la medida en que tales valoraciones culturales y la realidad empírica que integran sirven para dar forma al sistema normativo<sup>158</sup>. Primero se decidirá qué es suficientemente importante a nivel social como para elevarlo a la consideración de bien jurídico en atención a disquisiciones valorativas, para después convertirlo en bien jurídico-penal con arreglo a

---

<sup>155</sup> MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 45.

<sup>156</sup> MIR PUIG, S.: “Límites ..., *op. cit.*, pp. 62 a 64. En este punto MIR PUIG se esfuerza en separar sus propuestas de las funcionalistas de JAKOBS aclarando que poner a los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal es “enfaticar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas”, mientras que localizar en esa posición a las normas jurídicas supone considerarlas valiosas en sí mismas y valiosa la restricción de la libertad que implican, lo cual es inaceptable desde una perspectiva democrática. Para un estudio más detallado de la función preventiva (intimidatoria y general estabilizadora/integradora) del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho, MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 36 y ss.

<sup>157</sup> MIR PUIG, S.: “Límites ..., *op. cit.*, pp. 58 y 59.

<sup>158</sup> MIR PUIG, S.: “Límites ..., *op. cit.*, p. 80.

cuestiones normativas o jurídicas. Por ello el propio autor califica a su propuesta como *funcionalismo valorativo*, que mantiene bastante distancia con el funcionalismo más puro o radical de JAKOBS. Precisamente, cuando habla de los bienes jurídico-penales se observa de nuevo el distanciamiento respecto de aquellas concepciones si tenemos presente que los bienes jurídico-penales no sólo deben servir al sistema social, sino que además deben traducirse en específicas posibilidades para el individuo<sup>159</sup>.

En un estadio más avanzado, MIR PUIG establece una vinculación más intensa que la de Derecho penal-concepción democrática, para situar a la Constitución en el basamento de la fundamentación político-criminal y dogmática del Derecho penal<sup>160</sup>. Una de las conexiones entre Constitución y Derecho penal es la que se entabla a través del principio constitucional político-criminalmente limitador de exclusiva protección de bienes jurídico-penales<sup>161</sup> (aunque hay otros como el de necesidad de pena, subsidiariedad, *ultima ratio*, fragmentariedad e intervención mínima, lesividad; el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no es el único criterio político-criminal que debe limitar el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho<sup>162</sup>). Más concretamente y por lo que se refiere al último de los principios citados, la limitación de derechos en que consiste toda intervención penal ha de justificarse en la finalidad de protección de intereses directos o indirectos y

---

<sup>159</sup> MIR PUIG, S.: “Bien ..., *op. cit.*, pp. 207 y 208. Añade en MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 121, que un Estado social y democrático de Derecho sólo puede amparar “condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación del individuo”, a las que iguala a los bienes jurídicos.

<sup>160</sup> MIR PUIG, S.: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUIGUER, E., *et. al.*: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1357.

<sup>161</sup> MIR PUIG, S.: “El principio ..., *op. cit.*, p. 1362; el mismo en “Bien ..., *op. cit.*, p. 207.

<sup>162</sup> MIR PUIG, S.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 215. Del desarrollo de todos estos límites y de su función como principios limitadores del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho, da cuenta en MIR PUIG, S.: *Derecho* ..., *op. cit.*, pp. 104 y ss.

Crítica la función de estabilización de la norma que se atribuye al Derecho penal y se muestra partidaria de seguir las tesis integradoras de MIR PUIG acerca de los límites al *ius puniendi* derivados de un Estado social y democrático de Derecho, entre ellos, los principios de protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad, fragmentariedad y *ultima ratio*, CORCOY BIDASOLO, M.: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/HORTAL IBARRA, J. C. (coord.): *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 160.

fundamentales para la vida social de los ciudadanos<sup>163</sup>, pues sólo así podrán resolverse y satisfacerse las necesidades de las personas.

La prevención de los delitos, para garantizar dicho control, debe llevarse a cabo mediante normas penales construidas sobre la base de los resultados de la sociología de los sistemas sociales y de las ciencias del comportamiento, entiende también ARROYO ZAPATERO<sup>164</sup>. La orientación funcionalista de ARROYO ZAPATERO se confirma cuando sostiene que el delito debe concebirse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (intereses individuales y colectivos) que se produce en un contexto social, esto es, conectada a su “dañosidad social”, declarándose partidario de las propuestas de AMELUNG. Sin embargo, admite que el problema del funcionalismo es su neutralidad valorativa ante cualquier sistema social, es decir, “su ausencia de juicio de valor”<sup>165</sup>, como si acaso todo sistema social pudiera ser legítimo; frente a ello, propone un marco de valoraciones y reglas sostenidas por un amplio consenso social que permita orientar la función de control del Derecho penal hacia un sistema social legítimo y valorativo de referencia, siendo éste el sistema valorativo de la Constitución. La norma fundamental contiene un “programa penal” que constituye el marco normativo en el que el legislador puede tomar sus decisiones y el juez puede encontrar los elementos para interpretar las leyes y aplicarlas<sup>166</sup>. Así, la definición de la conducta socialmente dañosa (“funcionalismo”) se define y se orienta hacia el orden de valoraciones constitucionales (“funcionalismo valorativo”).

También PORTILLA CONTRERAS defiende una posición cercana a la de MIR PUIG en cuanto que reclama una conexión entre el plano valorativo-cultural y el normativo-jurídico de forma que los intereses que tengan valor social en el primer plano (nivel cultural y económico) den lugar después, en el segundo plano de los valores jurídicos, a las normas jurídicas que los protejan<sup>167</sup>. Para llevar a cabo la tarea de selección de los intereses socialmente valorables o valiosos, la Constitución actuará

---

<sup>163</sup> MIR PUIG, S.: “El principio ..., *op. cit.*, p. 1362; el mismo en “Bien ..., *op. cit.*, p. 209.

<sup>164</sup> ARROYO ZAPATERO, L.: “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, 1 (agosto, 1987), p. 100.

<sup>165</sup> ARROYO ZAPATERO, L.: “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1 (1998), p. 2.

<sup>166</sup> ARROYO ZAPATERO, L.: “Fundamento ..., *op. cit.*, pp. 101 y 103.

<sup>167</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia ..., *op. cit.*, pp. 120 y 121.

como una referencia importante, pero no la única ni decisiva ni exclusiva<sup>168</sup>, sino que será un límite mínimo que, en ningún caso, puede impedir una revisión crítica de las decisiones y valoraciones previamente adoptadas, pues de lo contrario caminaríamos hacia un legalismo ético conservador y petrificante, extremo al que sí se llega con otras propuestas, como las estrictamente funcionalistas, que además también se presentan bajo una apariencia falsamente neutral cuando, en definitiva, conducen a promocionar los valores de mercado, lo funcional al sistema<sup>169</sup>. Otra referencia externa de legitimación son, para PORTILLA CONTRERAS, los derechos humanos, que permiten caminar hacia un auténtico “derecho penal mínimo”, en línea con las propuestas de FERRAJOLI. Con esta minimización quedarían fuera del Derecho penal los bienes exclusivamente morales, los bienes individuales o sociales que no reúnen la condición de esencial por no afectar a derechos básicos, así como aquellos valores cuya lesión no puede interpretarse como ataque a un interés “reconducible”, dirigible, orientable, directa o indirectamente a la persona<sup>170</sup> (descubriéndose aquí, igualmente, un apoyo a la construcción personal de HASSEMER, que hablaría de los intereses colectivos o universales “funcionalizables” desde la persona).

Y, por último, CUELLO CONTRERAS también se manifiesta dentro de la doctrina española a favor de reconocer las virtudes del normativismo en el sentido de que “la realidad prejurídica a regular no impone ninguna condición al legislador, careciendo del más mínimo valor normativo. Del ser no cabe extraer deber ser alguno”<sup>171</sup>. Sin embargo, el propio autor advierte a continuación que no todas las decisiones pueden tomarse en atención a consideraciones estrictamente jurídicas o normativas<sup>172</sup>, sino que las características del comportamiento humano, de lo ontológico, pueden desarrollar una función positiva en ciertas categorías del sistema

---

<sup>168</sup> Ténganse en cuenta, en este punto, las reservas que manifiesta PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia ..., *op. cit.*, pp. 101 y 102, contra una concepción estrictamente constitucionalista.

<sup>169</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia ..., *op. cit.*, p. 107.

<sup>170</sup> PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia ..., *op. cit.*, p. 121.

<sup>171</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 (2006), p. 18.

<sup>172</sup> Así, ya ROXIN, C.: *Política ...*, *op. cit.*, p. 25, advertía en sus primeros intentos de sistematización de su propuesta, de los excesos de la herencia positivista que desterraba de la esfera de lo jurídico y normativo todo lo social y político.

(como la imputación penal). Por ello reclama, finalmente, “un modelo que no quiera ser ni puramente ontológico ni puramente normativo, sino *ontoteleológico*”<sup>173</sup>.

#### 1.1.3.2.3 *Teoría sociológica del control social y concepción personal del bien jurídico*

Mencionar la concepción personal del bien jurídico nos conduce directamente a HASSEMER. Esta teoría (“*die personale Rechtsgutslehre*”) es su gran apuesta por definir el concepto y el contenido del bien jurídico en relación con los presupuestos necesarios para la existencia del individuo, como veremos con más detenimiento a continuación; así pues, es innegable la importancia del principio de protección de bienes jurídicos como instrumento orientador y limitador de la política-criminal.

Fuertemente influido por la filosofía política de la Ilustración, cuya mejor obra en el campo del Derecho fue la teoría del contrato social, la construcción de HASSEMER parte del contrato social en virtud del cual todos los ciudadanos renuncian a una parte igual de su libertad natural e individual a fin de convivir pacíficamente para garantizar la estabilidad y la protección de cada uno de ellos<sup>174</sup>. En la medida en que los medios del Derecho y la función del Derecho se circunscriben a la libertad individual y a la protección del individuo, o, en otras palabras, en tanto se limita la funcionalidad del Derecho a las necesidades de protección de individuos concretos, se ha ubicado su concepción personal en el edificio del funcionalismo, y concretamente del “funcionalismo individualista”. No puede hablarse de otro modo si tenemos en mente esta ilustrativa afirmación del penalista de la Escuela de Frankfurt: “el ciudadano no queda, pues, funcionalizado en aras del Estado, sino que es el Estado el que se funcionaliza al servicio del ciudadano”<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> CUELLO CONTRERAS, J.: “Fundamentos ..., *op. cit.*, p. 18.

<sup>174</sup> HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F. y DÍAZ PITA, M<sup>a</sup>. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 23.

<sup>175</sup> *Vid.*, HASSEMER, W.: *Persona ...*, *op. cit.*, p. 44. Así lo ha visto, SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones ..., *op. cit.*, pp. 192, 194 y 206. Añade SCHÜNEMANN (*op. cit.*, 206), que es tal el empeñamiento en la protección de individuos concretos que la concepción personal de HASSEMER constituye el “polo opuesto del funcionalismo normativista de JAKOBS”. También sitúa a HASSEMER bajo la órbita de las teorías sociológicas del control social y del funcionalismo, PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la influencia ..., *op. cit.*, p. 227. Y, finalmente, JAKOBS, G.: “Sozialschaden? ..., *op. cit.*, p. 40, habla de una “fuerte orientación social” como fundamento de la posición de HASSEMER.

La teoría personal del bien jurídico propuesta por HASSEMER surge a raíz de las nuevas necesidades de incriminación que impone la sociedad moderna bajo la forma de delitos de peligro abstracto (consumo masivo de drogas, ataques contra las estructuras de la economía o el medio ambiente). Ante una creciente complejidad de la vida diaria y de las relaciones sociales, lo que llama “complejización organizativa” (“*organisatorische Komplizierung*”)<sup>176</sup>, no conviene que el Derecho se someta y se “socialice” sino que debe seguir teniendo en mente la protección de los “elementos personales”. Y el propio autor recuerda y proclama que “los tiempos de la alta complejización social, en el Derecho penal, son los tiempos de las teorías con orientación personal”, por ello observa el proceso en la dirección contraria: “desde una concepción liberal del Estado, propone funcionalizar los intereses jurídicos generales y del Estado a partir del individuo; los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses -conciliados- del individuo”<sup>177</sup>. La persona es el eje de la construcción de HASSEMER de tal forma que el Derecho penal debe limitarse a su ámbito nuclear básico: la persona, alejándose de concepciones colectivistas o estatistas que funcionalizan los individuos al servicio del interés general; en fin, un “derecho penal básico” que se centra en los bienes jurídicos clásicos individuales, en las puestas en peligro graves y evidentes (como incendios), en las asociaciones criminales y en la puesta en peligro del Estado<sup>178</sup>.

Funcionalismo individualista, sí, pero con bienes jurídicos, porque para HASSEMER la sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre el aborto evidenció, por primera vez, el efecto legitimador de la punición del bien jurídico, de modo que “los bienes jurídicos amenazados efectivamente por una conducta tornan exigible la

<sup>176</sup> HASSEMER, W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1980, p. 71; el propio HASSEMER señala que este proceso de complejización está conduciendo al triunfo de un “derecho penal amenazante de orientación puramente preventiva”; *vid.*, así, HASSEMER, W.: “Los rostros del derecho penal” (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (2004), p. 114. Aunque desde construcciones diferentes a la teoría personal, también DONINI, M.: “Principios ...”, *op. cit.*, p.18, defensor del constitucionalismo, describe el estado actual de evolución del Derecho penal como encerrado en una fase puramente preventiva en la que se recurre a él “para implementar nuevos valores o intereses y reglas de organización”.

<sup>177</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ...”, *op. cit.*, p. 281.

<sup>178</sup> HASSEMER, W.: *Persona ...*, *op. cit.*, p. 68. En este punto se concilia la perspectiva personalista de HASSEMER con su adhesión a las teorías de la función social del Derecho (“*geschellschaftliche Funktion des Strafrechts*”) que conciben el Derecho como un “instrumentos de regulación social” (“*Instrument geschellschaftlicher Regulation*”) por medio del cual se protegen las instituciones que son importantes o irrenunciables para la vida en sociedad. *Vid.*, así, HASSEMER, W.: *Theorie ...*, *op. cit.*, p. 87.

prohibición” de la misma. Así visto, el principio de protección de los bienes jurídicos impone un “mandato de criminalización”<sup>179</sup>. Estas consideraciones conducen a HASSEMER a reconocer el papel preponderante del bien jurídico como baremo de la política criminal<sup>180</sup>, aunque ello no sea tanto como afirmar que el principio del bien jurídico agota el sistema o resuelve todos los enigmas ya que no tiene la facultad de resolver la cuestión del “merecimiento de la pena”, tarea de la “teoría de la discrecionalidad legislativa”, y que descansa sobre distintos principios o nociones: subsidiariedad, dañosidad social, tolerancia, humanidad, protección de la dignidad<sup>181</sup>.

Y así llega a su concepción personal del bien jurídico: “los bienes jurídicos son intereses humanos que requieren protección penal”; es decir, la protección de la persona impone la necesidad de la intervención penal. Si el sustrato del bien jurídico es la persona, ello podría descartar la existencia de bienes jurídicos universales o colectivos; sin embargo, HASSEMER no los expulsa sino que subordina su existencia al logro de una conexión entre esos bienes colectivos y la persona, consagrando así una relación jerárquica, de un modo tal que el Derecho penal podría proteger bienes colectivos en tanto sirvan a los intereses de la persona, “se funcionalicen desde la persona”<sup>182</sup>. Admitida esa jerarquía, la criminalización de conductas que atenten contra los bienes universales exigirá: a) explicar en qué medida coadyuvan a los intereses de las personas individuales; b) aceptado lo anterior, argumentar porqué es urgente la protección; c) autorizada la protección, arbitrarla de un modo más benigno que si fueran bienes jurídicos individuales, dado que por la relación jerárquica, los colectivos no dejan de ser bienes de importancia secundaria<sup>183</sup>.

---

<sup>179</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 278. Los “mandatos de incriminación” pueden interpretarse como una “prohibición de defecto” en el bien entendido de que no quede defectuosamente protegido algún interés. Tal mandato o prohibición “presiona normativamente” al legislador, que “debe proteger” y sólo puede justificarse en la existencia de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección, como observa HASSEMER, W.: ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007, pp. 102 y 103.

Esta prohibición constitucional tiene otra cara, un reverso: la prohibición de exceso, según la cual nada más puede vetarse penalmente una conducta (partiendo de los derechos fundamentales como derechos de defensa), con la consiguiente intromisión en la libertad general de actuación que comporta, si existe una finalidad legítima, cual es la protección de un bien jurídico (*op. cit.*, pp. 98 y 99).

<sup>180</sup> HASSEMER, W.: ¿Puede haber delitos ..., *op. cit.*, p. 96.

<sup>181</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 278; el mismo HASSEMER, W.: ¿Puede haber delitos ..., *op. cit.*, p. 100.

<sup>182</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 282.

<sup>183</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 283.



Concluye HASSEMER alabando la teoría personal porque entiende que una concepción tan pegada a los intereses de la persona cierra el paso a cualquier funcionalización, manipulación o ideologización del Derecho penal. Frente a intentos de malear el ordenamiento punitivo, la teoría personal del bien jurídico es más rigurosa y “más escéptica” pues todo lo reconduce a la ineludible pregunta de si “la protección penal puede favorecer los intereses del hombre y de qué forma”. Con esta rigidez se garantiza al mismo tiempo, y finalmente, la consideración del Derecho penal como instrumento de *ultima ratio*<sup>184</sup>.

Podemos recuperar dos interesantes críticas a la teoría personal del bien jurídico. Por una parte, AMELUNG reprocha la escasa adaptación de esta teoría a las necesidades modernas de la sociedad. La teoría personal no es consciente de que la sociedad y el Estado deben tomar decisiones no sólo relacionadas con el individuo, sino con el “óptimo funcionamiento de los sistemas sociales que ofrecen sus prestaciones tanto a destinatarios individuales como colectivos”<sup>185</sup>. Ignorar tal hecho y forzar que toda norma penal tome como única referencia el “bien jurídico persona supone un sobreesfuerzo del personalismo”<sup>186</sup>. Una crítica todavía más contundente es la formulada por SCHÜNEMANN que enfrenta la concepción personal de HASSEMER a sus últimas consecuencias: la teoría personal del bien jurídico parte del contrato social de la Ilustración y en este sentido se vincula a los individuos del momento presente, sin atender a toda la humanidad y a las generaciones futuras que también tienen derecho a una parte de los recursos naturales y a la conservación y preservación del medio ambiente en condiciones adecuadas para poder desarrollar su vida; por ello, una visión tan estrecha como la de la teoría personal contribuye a magnificar el “interés depredatorio de los individuos que viven en este momento” y eleva “la más absurda apetencia del individuo egoísta” por encima de “la vida de las generaciones futuras”<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 284.

<sup>185</sup> AMELUNG, K.: “El concepto ..., *op. cit.*, p. 237. En una dirección similar, STRATENWERTH reprocha que la teoría personal del bien jurídico oriente los intereses de la persona y su libertad individual exclusivamente a la propia persona y no, también, a la necesidad elemental de vivir en un orden social que es considerado “correcto” independientemente del propio bienestar. *Vid.*, así, STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Aranzadi, Navarra, 2005, p. 56

<sup>186</sup> AMELUNG, K.: “El concepto ..., *op. cit.*, p. 238.

<sup>187</sup> AMELUNG, K.: “El concepto ..., *op. cit.*, pp. 1913 y 194.

Contrario a estas críticas, NEUMANN valora la teoría personal del bien jurídico como una “respuesta científicamente convincente e inteligente” y aplaude su orientación eminentemente práctica para dar respuesta a una cuestión normativa: “¿bajo qué condiciones puede el Estado prohibir una acción amenazando con castigarla?”<sup>188</sup> Y ofrece la solución desde una apuesta por “el principio individualista, en el sentido de la palabra “humano”, frente a los enfoques estadistas y colectivistas que instrumentalizan el Derecho penal crear ciudadanos obedientes y sumisos<sup>189</sup>. Esta opción acierta resolviendo el problema del bien jurídico desde la perspectiva del interés de la persona, incluso cuando los bienes son colectivos o universales, pues si se pueden reducir a bienes personales entonces serán bienes jurídicos legítimos, y si no pueden deducirse de ellos serán, entonces, cuestionables<sup>190</sup>.

La conexión del Derecho penal con los intereses humanos proyecta otros efectos de la teoría personal del bien jurídico, ahora sobre el debate de la función de la pena, que NEUMANN se ocupa de analizar. No cabe duda que la pena tiene un concepto retributivo, pero esa no puede ser única finalidad ni tampoco “es lo que la pena estatal debe ser”. Hay que legitimar la pena con una “argumentación normativa” que sólo puede encontrarse desde una finalidad social. Por tanto, la concepción personal contribuye a potenciar la finalidad social de la pena en detrimento de la retributiva, de donde se desprende una crítica contra las teorías de la vigencia de la norma de JAKOBS para las que la finalidad social de la pena medida en protección de bienes jurídicos, juega un papel insignificante<sup>191</sup>.

Sí admite NEUMANN algunas deficiencias de la teoría personal: a) no cubre las conductas que lesionan sentimientos o ideas y que no son intereses; b) en otros casos conduce a una ampliación de las potestades criminalizadoras porque asimila interés a derecho cuando en ocasiones lo que se esconde es la imposición de una obligación o deber (como en la eutanasia o la huelga de hambre)<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas: ninguna. Sobre la crítica más reciente a la teoría personal del bien jurídico” (traducción de RUIZ, C. E.), *Cuadernos de Política Criminal*, 93 (2007), p. 6.

<sup>189</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas..., *op. cit.*, p. 7.

<sup>190</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas..., *op. cit.*, p. 11.

<sup>191</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas..., *op. cit.*, pp. 7 a 9.

<sup>192</sup> NEUMANN, U.: “Alternativas..., *op. cit.*, p. 13.

En la doctrina española MUÑOZ CONDE es el más firme partidario de la concepción personal del bien jurídico de HASSEMER, a cuya difusión ha contribuido notablemente con las traducciones de los trabajos del penalista alemán al español y colaborando en publicaciones conjuntas. Para MUÑOZ CONDE el Derecho penal como sistema normativo se dirige al mantenimiento y protección de un sistema social de convivencia<sup>193</sup>; al propio tiempo aspira a realizar un control social (o “disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad”) asegurando el cumplimiento de las expectativas de conductas y los intereses contenidos en las normas que rigen la convivencia<sup>194</sup>. Una vez garantizada esa convivencia, el ser humano podrá autorrealizarse y desarrollarse recurriendo a ciertos presupuestos existenciales. Como resultado, surgen los bienes jurídicos como “los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”<sup>195</sup>. Parte de esos bienes serán individuales en cuanto afecten a la persona individual, y colectivos o universales si afectan más a la sociedad pero siempre y cuando sirvan verdaderamente al desarrollo personal humano, desde una visión antropocéntrica del mundo. De esta forma MUÑOZ CONDE se aparta de quienes supeditan la protección del individuo al sistema social, considerando los bienes jurídicos individuales atribuciones derivadas de funciones sociales, y también de quienes (citando expresamente a JAKOBS) reducen la función del Derecho penal al restablecimiento de la vigencia de la norma, ya que tras la norma existe siempre un bien jurídico<sup>196</sup>.

A la hora de concretar el contenido de los bienes jurídicos, este autor plantea una relación especial entre el Derecho penal y la Constitución, que se articula sobre un doble pivote: por una parte, los derechos fundamentales, consagrados en las Constituciones, constituyen referencias básicas para la elevación de un valor o interés a la consideración de bien jurídico merecedor de protección penal (“en la Constitución el Derecho penal recoge el material que luego transformado en bienes jurídicos debe

---

<sup>193</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 57.

<sup>194</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 63. Afirmaciones como la reproducida conducen a algunos autores a ubicar a MUÑOZ CONDE en la órbita de las tesis funcionalistas individualistas y sociológicas, como hace, por ejemplo, PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la influencia ..., op. cit., p. 227. Nosotros también creemos que es correcto tal proceder.

<sup>195</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 59. Sin embargo, PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia ..., op. cit., p. 100, nota al pie nº 3, apunta que una concepción como la descrita, en la que predomina el criterio individual, adolece de verdaderos criterios jerárquicos.

<sup>196</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 61.

proteger con sus propios instrumentos”<sup>197</sup>); pero, por otra, no todos los bienes jurídicos penales son derechos fundamentales, en terminología de la Constitución, esto es, el ordenamiento punitivo no sólo protege derechos fundamentales. A partir de estas afirmaciones, el autor sostiene que el Derecho penal es un mecanismo de protección autónomo y en cierta medida independiente de las demás ramas del ordenamiento, también del Derecho constitucional, aunque se mueve dentro de éste con relativa libertad para seleccionar los derechos fundamentales<sup>198</sup> que deben ser protegidos penalmente y que se convertirán en bienes jurídicos después de un proceso de normativización<sup>199</sup>, *que los convierta en materia manejable por el Derecho penal, que los penalice, que les dé forma penal.*

Por último, también SANZ MORÁN suscribe esta visión personalista del bien jurídico: el Derecho penal debe proteger bienes jurídicos, entendidos como condiciones para el libre desarrollo del ser humano en su relación con otros seres. Garantizando ese desarrollo humano, se protege al mismo tiempo la dignidad, fundamento del sistema jurídico, y se rechaza una visión colectivista del orden jurídico que instrumentalice al ser humano a favor de intereses que trascienden a la persona<sup>200</sup>.

#### 1.1.3.3 Derecho penal mínimo y derechos humanos

No sólo los “funcionalistas individualistas” y los defensores de la concepción personal del bien jurídico, sitúan a la persona en el centro de sus reflexiones y de sus propuestas político-criminales. Desde la Filosofía del derecho y con aplicaciones concretas en el Derecho penal, se ha desarrollado otra corriente de pensamiento que aboga por convertir a la persona en el punto de referencia de las normas jurídicas, al tiempo que postula una reorientación del Derecho punitivo para luchar contra las nuevas formas de criminalidad; en este sentido, pues, las similitudes con la teoría personal del bien jurídico son bien evidentes. Efectivamente, constatan algunos autores una crisis del derecho manifestada en la reducción de la capacidad regulativa del derecho, la

---

<sup>197</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional al Derecho Penal”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, p. 573.

<sup>198</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 561 a 563.

<sup>199</sup> MUÑOZ CONDE, F.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 567 y 573.

<sup>200</sup> SANZ MORÁN, J. A.: “Reflexiones ..., *op. cit.*, p. 1769.

inadecuación y la falta de efectividad de sus técnicas de garantías, así como la huída del poder político de los sistemas de sujeción y dación de cuentas para, en su lugar, actuar desde instancias invisibles y extra-institucionales. A ello hay que sumar, igualmente, la inflación legislativa derivada del crecimiento del estado social y de la extensión del derecho penal ante amenazas y situaciones de emergencia como el terrorismo, la mafia o el crimen organizado. En este contexto, toma sentido un derecho penal mínimo garantista dirigido “únicamente a la tutela de bienes y derechos fundamentales”<sup>201</sup>.

Los planteamientos básicos de esta propuesta han sido sistematizados por FERRAJOLI en su célebre obra “Teoría del garantismo penal”, que asume, como meta, en palabras de BOBBIO, la “construcción de las paredes maestras del estado de derecho que tiene por fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas de ejercicio arbitrario del poder, particularmente odioso en el derecho penal”<sup>202</sup>. La distancia de estas teorías respecto de cualquier modalidad del funcionalismo se observa si consideramos que para el garantismo penal y el derecho penal mínimo, “primero viene el individuo y después viene el estado, y el estado ya no es un fin en sí mismo porque es, debe ser, solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y de seguridad colectiva”. En fin, la primacía es, dice FERRAJOLI, “de la persona como valor, o sea, el valor de la persona, y, por tanto, de todas sus específicas y diversas identidades”<sup>203</sup>. Así visto, es comprensible que rivalice contra esta propuesta “toda concepción organicista de la sociedad”<sup>204</sup>.

La teoría de FERRAJOLI propone la realización de un binomio: garantismo y derecho penal mínimo. Por un lado, el garantismo consiste en un modelo de diez condiciones o axiomas contra el arbitrio o el error penal: no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión por la ley

---

<sup>201</sup> FERRAJOLI, L.: “Prólogo a la edición española”, FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 10.

<sup>202</sup> BOBBIO, N.: “Prólogo ..., *op. cit.*”, p. 13.

<sup>203</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 908.

<sup>204</sup> BOBBIO, N.: “Prólogo ..., *op. cit.*”, p. 18. A lo sumo, podría entreeverse “funcionalismo”, pero en su modalidad de “funcionalismo individualista”, cuando afirma FERRAJOLI, L.: *Derecho ..., op. cit.*, pp. 856 y 857, que el garantismo penal se caracteriza, en el plano sustancial, por la “funcionalización de todos los poderes del estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos”.

como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y su prueba empírica. Por otro, el derecho penal mínimo es un derecho penal condicionado y fuertemente limitado que se corresponde con el máximo grado de tutela de las libertades individuales y con los ideales de *racionalidad* y *certeza* en tanto que la intervención punitiva está motivada por argumentos cognoscitivos y, por consiguiente, previsibles; en fin, un derecho penal mínimo que exige “intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena”<sup>205</sup>.

La pena, en el modelo del garantismo penal y del derecho penal mínimo, asume una doble función preventiva: prevención general de los delitos y, ante todo, prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas<sup>206</sup>, en el bien entendido de que es preciso minimizar la violencia en la sociedad (“*minimizzazione della violenza nella società*”<sup>207</sup>) y por ello hay que proteger a quien es víctima de esta violencia: tanto la parte ofendida por un delito como los reos (o inocentes de los que se sospecha), que podrían resultar ofendidos por una venganza severa. Desde este punto de vista sostiene FERRAJOLI que es preciso proteger a los ciudadanos de la privación derechos que supone un delito y de la privación de derechos que puede representar una pena excesiva y desproporcionada, por lo que el Derecho penal se convierte en el “instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los límites de aquél en cuanto *bienes* que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos”. Todo ello hace de la ley penal la “ley del más débil”<sup>208</sup>.

Sin duda que estas reflexiones están en la base de la “teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal” elaborada por BARATTA, y que constituye una aplicación más concreta del derecho penal mínimo ideado por el filósofo del derecho, ahora en el ámbito del ordenamiento punitivo. La propuesta de BARATTA está guiada por una perspectiva humanista, de los derechos humanos, orientada a contener la violencia punitiva e institucional (“la pena es violencia institucional”, dirá)

<sup>205</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 93 y 103 a 105.

<sup>206</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., p. 334. El mismo en “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985), pp. 507 a 511.

<sup>207</sup> FERRAJOLI, L.: “Il diritto ...”, op. cit., p. 511.

<sup>208</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., p. 335.

que representa la pena<sup>209</sup>, la cual, por más que las élites defiendan su puesta al servicio de la utilidad general y del mantenimiento pacífico del sistema, realmente aspira a “autorreproducir material e ideológicamente el sistema social existente en interés de los grupos dominantes”<sup>210</sup>. Emerge de nuevo el deseo de construir un Derecho penal concebido como ley del más débil. Propone por ello un modelo basado en criterios radicalmente opuestos a los de las teorías funcionalistas y que engarzan perfectamente con el garantismo penal y el Derecho penal mínimo: por una parte, limitación formal del sistema penal al máximo desde el respeto de la libertad y la autonomía constitucionales, y, por otra, estructuración de un proyecto alternativo, no desde la perspectiva de la conservación del sistema social, sino desde la perspectiva de la emancipación del hombre, de forma que el individuo ya no sea más un portador de la respuesta penal simbólica (como pretenden las teorías sistémico-funcionalistas), sino el destinatario y fin de una auténtica política de reintegración social<sup>211</sup>.

En la doctrina penal española, las tesis del derecho penal mínimo y del garantismo penal han encontrado cierto desarrollo, partiendo de postulados similares (mínima intervención penal y máximas garantías) aunque diversificándose en una segunda fase, cuando de determinar los bienes jurídico-penales conforme a un marco referencial se trata. Una primera opción es el entorno referencial de la Constitución y los derechos fundamentales; en este sentido, podemos hablar de una corriente constitucionalista del bien jurídico bajo las máximas del derecho penal mínimo y del garantismo penal. La propuesta de TERRADILLOS BASOCO podría situarse en este contexto, si bien es cierto que no abundan en él las referencias al derecho penal mínimo y al garantismo penal de FERRAJOLI y BARATTA, aun cuando, sin ninguna duda, los mismos ideales que inspiraron a éstos guían a aquel. Los poderes públicos deben minimizar los ataques contra los derechos y ataques fundamentales mediante estrategias preventivas del delito, amparadas en el art. 25.2 de la norma fundamental, al tiempo que debe minimizarse también la lesión de esos derechos y libertades respecto del sujeto infractor, cuya dignidad personal no puede terminar afectada tras la imposición y el cumplimiento de la pena. Desde esta doble perspectiva, TERRADILLOS BASOCO

---

<sup>209</sup> BARATTA, A.: “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985), p. 444 y nota al pie nº 1.

<sup>210</sup> BARATTA, A.: “Principi ..., *op. cit.*, pp. 445 y 446.

<sup>211</sup> BARATTA, A.: “Integración-prevención ..., *op. cit.*, pp. 19 y 20.

combina prevención y garantías. Por otro lado, la limitación del *ius puniendi* o minimización de la intervención penal se materializa concentrando las actuaciones punitivas sobre los ataques más graves contra bienes sociales imprescindibles<sup>212</sup>. Así, los bienes jurídicos, definidos como “las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas, con la promoción de las condiciones de satisfacción de necesidades cualitativas”<sup>213</sup>, en tanto que por su importancia social se identifican con los derechos fundamentales individuales y colectivos, se extraen de la Constitución<sup>214</sup>.

Todavía en este primer sector encontramos también a RODRÍGUEZ MESA, quien señala que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, concebidos como “los presupuestos básicos de la convivencia social”, de los que son titulares tanto las víctimas de los delitos como, aspecto que la autora subraya especialmente (como suelen hacer los defensores del garantismo penal), los autores del delito-destinatarios de la pena. Esto es, “todos los ciudadanos” son titulares de bienes jurídicos, cualquiera que sea la posición que ocupan en el sistema social y la posición que tomen en el conflicto procesal penal: víctima o autor. Por ello, siguiendo a FERRAJOLI, añade que el Derecho penal persigue una función preventiva de delitos, los cuales atacan los bienes jurídicos de las víctimas, y de penas arbitrarias y desproporcionadas, que, por su parte, lesionan los bienes jurídicos de los delincuentes<sup>215</sup>.

A partir de aquí, RODRÍGUEZ MESA propone como marco para su propuesta de Derecho penal mínimo y garantismo penal, el Estado constitucional. El ordenamiento punitivo, mínimo y garantista, debe interpretarse a la luz de los principios constitucionales en tanto que la Constitución es el marco referencial que dota de sentido al Derecho penal. En la medida en que las normas penales deben proteger “los derechos fundamentales constitucionales de todas las personas” (remitiéndose, para ello, al elenco

---

<sup>212</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en línea: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/terrardillos-constitucionpenal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/terrardillos-constitucionpenal.pdf) (25/12/2013), pp. 2 y 5.

<sup>213</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981), pp. 136 y ss.

<sup>214</sup> TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “La Constitución ..., *op. cit.*”, pp. 4 y 5.

<sup>215</sup> RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup>. J.: “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10 (2007), pp. 14 y 15.



de derechos de la Constitución española)<sup>216</sup>, y que, como se dijo antes, el Derecho penal asume como función la tutela de “los bienes jurídicos de todos los ciudadanos”, podría decirse que la fundamentación de los bienes jurídico-penales se halla en los derechos fundamentales y en la Constitución. En fin, una tesis constitucionalista del bien jurídico enmarcada en el derecho penal mínimo y garantista.

Existe, sin embargo, un segundo sector que pretende hacer efectivas las aspiraciones del derecho penal mínimo protector de bienes jurídico-penales pero tomando un marco referencial alternativo a la Constitución y los derechos fundamentales: los derechos humanos. Se trataría de un derecho penal mínimo encuadrado en el contexto de los derechos humanos, esto es, el “derecho penal mínimo de los derechos humanos”, de ALONSO ÁLAMO. En consonancia con las bases expuestas anteriormente (mínima intervención punitiva y máximas garantías), esta autora se declara partidaria de un derecho penal mínimo de corte monista individualista que antepone la protección del individuo a la protección de la sociedad<sup>217</sup>.

Al auge de las tesis constitucionalistas del bien jurídico (bajo la influencia, o no, del derecho penal mínimo), opone esta autora la insuficiencia de los derechos fundamentales constitucionales como marco de referencia para la determinación de los bienes jurídico-penales dignos de protección, señalando que “la historia muestra que puede producirse una injusticia extrema o injustos legales” que frenen “la marcha ascendente de la historia”, coyuntura que estaría presente si se aprobara “un cambio constitucional que se apartara de los derechos conquistados en la historia”<sup>218</sup>.

Ante tal contexto, es preciso encontrar una fundamentación externa a la Constitución de los bienes jurídico-penales<sup>219</sup>, esto es, un marco referencial superior a las Constitucionales, que resista más firme e incólumemente a las amenazas de retrocesos históricos que el marco referencial de los derechos fundamentales constitucionales o de los derechos consagrados en Declaraciones Internacionales,

<sup>216</sup> RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup>. J.: “Las razones ..., *op. cit.*, pp. 17 a 19.

<sup>217</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 2.

<sup>218</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), p. 105. En la misma línea, ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 4, habla de “injusto legal constitucional” si se produjera un cambio de la norma fundamental que lesionara los derechos humanos afirmados en la historia.

<sup>219</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 23.

garantizándose así que aun desapareciendo las Constituciones democráticas o quedando sepultados sus avances, “no por ello desaparecerían los bienes jurídicos protegibles penalmente”<sup>220</sup> que estuvieran fundamentados en este marco referencial alternativo a las Constituciones y sus derechos fundamentales. Para ALONSO ÁLAMO ese marco son los derechos humanos, que ofrecen unos contornos válidos para “reconducir a unidad diferentes concepciones sobre el bien jurídico”<sup>221</sup>.

Los derechos humanos son anteriores a las Constituciones, poseen una dimensión que traspasa las fronteras de los Estados y ni siquiera se corresponden fielmente con los derechos reconocidos por las Convenciones internacionales de derechos<sup>222</sup>. Ciertamente gran parte de los derechos humanos han sido positivados en forma de derechos fundamentales en los ordenamientos jurídicos estatales, ya sea a través de las Constituciones que los proclama específicamente o a través de la adhesión del Estado a Convenios Internacionales que se integran en el ordenamiento estatal. Pero los derechos humanos van más allá y abarcan también “aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de las necesidades humanas y que, debiendo ser objeto de positivización, no lo han sido”<sup>223</sup>. Pero ante todo la utilidad del marco referencial de los derechos humanos deriva de su universalidad; esta universalidad puede entenderse en el sentido de ALEXY: los derechos humanos son universales porque de ellos son titulares todas las personas en cuanto que personas<sup>224</sup>; y también en el sentido que propone RODRÍGUEZ PALOP: “los derechos humanos son universales porque constituyen aquel sustrato de derechos que todos, que cualquier ser racional, está en condiciones de compartir”<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009), p. 104.

<sup>221</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ...”, *op. cit.*, p. 14.

<sup>222</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ...”, *op. cit.*, p. 21.

<sup>223</sup> PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 46.

<sup>224</sup> ALEXY, R.: “¿Derechos humanos sin metafísica? (traducción de SODERO, E. R.)”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), p. 238; DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Otra vez sobre el imperativo de universalidad de los derechos humanos y el pluralismo cultural”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 5 (2002). Como afirma PÉREZ LUÑO, A-E.: *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 207, 208 y 230, en la extensión de las posiciones jurídicas activas en que consisten los derechos, a todos los hombres, reside “el gran invento jurídico-político de la modernidad”.

<sup>225</sup> RODRÍGUEZ PALOP, M<sup>a</sup>. E.: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid, 2011, pp. 26 a 28.

FERRAJOLI, L.: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Gius. Laterza & Figli Spa, Roma, 2007, pp. 58 a 60, insiste en la importancia de interpretar el rasgo del universalismo de los derechos humanos en el sentido axiológico de valor universal, en el sentido objetivo o racional, y no en el sentido ideológico como relativo a los derechos aceptados por

A partir del marco referencial de los derechos humanos se puede fundamentar fácilmente, en primer lugar, un amplio elenco de bienes jurídico-penales nucleares o pertenecientes a la zona central del Derecho penal, como la vida, la integridad física o el honor, que se corresponden con derechos humanos de primera, segunda y tercera generación reconocidos<sup>226</sup> y conquistados dinámicamente en la historia. La apertura del modelo para facilitar la incorporación a este marco referencial de nuevas generaciones de derechos humanos se lleva a cabo a través de una cláusula de apertura: el principio procedimental discursivo anudado a los derechos humanos. La elección y fundamentación de esos otros bienes jurídicos que van más allá del núcleo del Derecho penal debe emprenderse discursivamente en el marco referencial de los derechos humanos. El principio procedimental discursivo posee un potencial innegable en cuanto introduce consideraciones y argumentaciones no valoradas originariamente y que pueden ayudar en la búsqueda de fundamentación para derechos humanos de nueva generación sobre los que se sostengan, a su vez, otros bienes jurídico-penales que, si bien se encuentran más allá del corazón del Derecho penal mínimo, merecen tutela penal por haber superado el filtro del proceso argumentativo y discursivo, y por haber sido “fundamentados dialógicamente”<sup>227</sup>.

#### 1.1.3.4 Contrarios al principio del bien jurídico

La crisis de la idea de que el Derecho penal se dirige a la protección de bienes jurídicos ha venido protagonizada por autores que entienden que, en mayor o menor medida, el *ius puniendi* no aspira a tutelar bienes jurídicos sino a garantizar la vigencia y respeto de la norma<sup>228</sup>, como hemos observado en el seno de las doctrinas funcionalistas y sistemáticas, que prescinden en grados variables del criterio del bien

---

nuestra cultura occidental, pues contra esta interpretación se opone con razón la teoría del multiculturalismo.

<sup>226</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ...”, *op. cit.*, pp. 14 y 32.

<sup>227</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases ...”, *op. cit.*, p. 27; la misma en ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 119 a 121; la misma en “Bases ...”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>228</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 11.

jurídico y luchan contra su omnipresencia. De hecho, la obsesión por fundamentar el bien jurídico y convertirlo en eje de la ciencia penal, ha llevado a algunos a hablar del “dogma del bien jurídico”, como hace STRATENWERTH<sup>229</sup>. Para este autor no debe circunscribirse la tarea del Derecho penal a la exclusiva protección de bienes jurídicos dada la dificultad de construir un concepto de bien jurídico que comprenda todas las opciones interpretativas<sup>230</sup>. Son tantas y tan diversas las estructuras típicas que el establecimiento de una definición material omnicomprendiva de bien jurídico para todas ellas resultaría “la cuadratura del círculo”<sup>231</sup>. Además, tampoco el Derecho penal debe proteger los valores básicos del orden social concretados en normas ético-sociales (como una alternativa a la protección de bienes jurídicos) ya que tal opción anularía la separación entre derecho y moral y arrojaría por la borda la perspectiva crítica del Derecho en tanto se limitaría a conservar el orden moral<sup>232</sup>.

WHOLERS, por su parte, entiende que “la teoría del bien jurídico no puede condicionar ni limitar el desarrollo del Derecho penal, sino que dirige el razonamiento dogmático-formal a resultados que se alcanzan en virtud de baremos externos”<sup>233</sup>. Ante la amenaza de una excesiva criminalización por la vía de los delitos de peligro abstracto, propone una “legitimación independiente desvinculada del dogma del bien jurídico” en la que: a) debe detectarse el bien jurídico protegido por la norma (lo que revela que todavía tiene alguna confianza en el concepto de bien jurídico); b) siendo un bien legítimo, la legitimidad de la norma dependerá de la relación entre la estructura del delito y el bien jurídicamente protegido<sup>234</sup>.

Por último, un flanco importante de críticas y de inutilización del principio de protección de bienes jurídicos podemos residenciarlo en la doctrina angloamericana en la que el tema del bien jurídico es discutido hasta tal punto que no existe tal concepto ni

---

<sup>229</sup> HIRSCH, A.: “El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 47.

<sup>230</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 55 y 56.

<sup>231</sup> STRATENWERTH, G.: “Zum Begriff des “Rechtsgutes””, ESER, A., SCHITTENHELM, U. y SCHUMANN, H.: *Festschrift für Theodor Lenckner*, C. H. Beck, München, 1998, p. 388: “Eine allumfassende materielle Definition des Rechtsguts ist die Quadratur des Zirkels”.

<sup>232</sup> STRATENWERTH, G.: *Derecho ...*, op. cit., p. 54.

<sup>233</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, op. cit., p. 13, nota el pie nº 3.

<sup>234</sup> SEHER, G.: “La legitimación ...”, op. cit., p. 76.

otro parecido o sinónimo<sup>235</sup>. Más allá de la Europa continental la referencia para delimitar y limitar el ámbito de aplicación legítimo de las normas penales es el “*harm principle*”<sup>236</sup>. Desde este punto de vista, el referido principio y otros representan un intento de “buscar en el exterior” instrumentos complementarios ante la crisis de la teoría del bien jurídico; y entre esos caladeros de ideas, la ciencia penal angloamericana ofrece diversas opciones de legitimación de las normas penales<sup>237</sup>.

El principio del daño es el más importante criterio legitimador de las normas penales, junto al de ofensividad. Para la definición del “*harm principle*” son claves los conceptos de daño e interés: hay un daño cuando una conducta menoscaba un interés, y un interés es lo relevante para el sujeto, de tal modo que cuando crecen los intereses crece el bienestar. El interés podría ser un “recurso sobre cuya indemnidad o existencia indemne la persona involucrada tiene una pretensión”, y entendiendo interés como “un medio o una capacidad que, en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida”<sup>238</sup>; son opciones elegidas por las personas que, en el marco de un entramado de intereses individuales, favorecen la existencia y posibilitan la consecución de fines vitales de orden superior<sup>239</sup>. Aunque tal concepción se vincula a los individuos, el “*harm principle*” también admitiría prohibir conductas colectivamente lesivas, entendiendo que la ratio de los bienes colectivos radica en la protección de la calidad de vida de los individuos<sup>240</sup>.

También el principio de ofensividad constituye un parámetro destacado en la doctrina angloamericana para orientar la incriminación de comportamientos. Es un instrumento complementario para la legitimación de las normas penales en cuya virtud estaría justificada la creación de una norma para evitar ofensas o perturbaciones contra

---

<sup>235</sup> SEHER, G.: “La legitimación ..., *op. cit.*, p. 82.

<sup>236</sup> HIRSCH, A.: “El concepto ..., *op. cit.*, p. 38.

<sup>237</sup> SEHER, G.: “La legitimación ..., *op. cit.*, p. 78.

<sup>238</sup> HIRSCH, A.: “El concepto ..., *op. cit.*, pp. 41 y 42, y nota al pie n° 20.

<sup>239</sup> SEHER, G.: “La legitimación ..., *op. cit.*, p. 80. Así entendido, con razón SEHER observa la proximidad del principio del daño al concepto de bien jurídico desde la perspectiva de la teoría personal (*op. cit.*, p. 81).

<sup>240</sup> HIRSCH, A.: “El concepto ..., *op. cit.*, p. 45.

Entre otras críticas, ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 10, ha advertido dos insuficiencias del principio del daño: por una parte, no define positivamente qué debe protegerse más allá de indicar que lo relevante para el Derecho penal es la acción que daña a otro o le genera un riesgo de daño, y, por otra, no alcanza a todas las conductas que merecen ser sancionadas y por ello necesita de otros criterios que lo complementen.

terceras personas. Una ofensa o perturbación, para distinguirla del daño (de lo contrario, sería una copia del principio del daño y el principio de ofensividad perdería su independencia conceptual), admitida su menor lesividad para los intereses afectados, pero al propio tiempo justificada su idoneidad para menoscabar intereses dignos de protección, se determinaría, según la fórmula de FEINBERG, valorando la intensidad y duración de la perturbación, la posibilidad de esquivarla sin esfuerzos, la habitualidad social de la conducta perturbadora, la motivación y las circunstancias del lugar<sup>241</sup>.

Pero también estos principios de clara inspiración angloamericana presentan sus limitaciones. A estos efectos, SEELMAN reprocha que el “*harm principle*” no aclara suficientemente cuáles son los presupuestos básicos para la realización del propio plan de vida y qué sentimientos deben protegerse bajo amenaza de conminación. Como alternativa propone el “modelo de reconocimiento”, que procede de HEGEL y conforme al cual el delito es “una lesión del Derecho como Derecho”, esto es, una lesión de la relación de reconocimiento como tal que supone cuestionar al otro como un sujeto de Derecho, y que además tiene la virtualidad de incorporar las ventajas del criterio del bien jurídico (cubre las lesiones de los derechos subjetivos) y del *harm principle* (alcanza las ofensas). No reconocer al otro implica ignorar su universalidad, su capacidad jurídica, obviarlo como si no fuera un individuo libre e igual. El modelo de reconocimiento está abierto, además, a la evolución cultural en cuanto que decidir qué cuestiona a una persona como sujeto de Derecho y en qué amplitud el Derecho Penal debe convertir esas negaciones del reconocimiento en objeto de sanción, es flexible<sup>242</sup>, modulable, constructivo, dinámico.

#### **1.1.4 Crítica de las concepciones de bien jurídico. Toma de posición**

En las páginas precedentes hemos realizado un análisis de las principales concepciones del bien jurídico que se han formulado en los últimos doscientos años. Ha quedado patente, así mismo, cómo la evolución de la intelección del concepto de bien jurídico ha ido acompañada de cambios en la concepción del delito, desde sus inicios como lesión de un derecho subjetivo, pasando por el delito como lesión de un bien

---

<sup>241</sup> SEHER, G.: “La legitimación ..., *op. cit.*, pp. 82 a 84.

<sup>242</sup> SEELMAN, K.: “El concepto ..., *op. cit.*, pp. 374 y ss.

jurídico y de un deber ético-social, hasta el delito como ataque contra estados y situaciones o situaciones valiosas y bienes jurídicos, nuevamente. El contexto político y la recepción de determinadas corrientes filosóficas hacían el resto.

Es el momento de examinar críticamente estas posturas y tomar posición. Somos conscientes de que la discusión sobre el bien jurídico será una cuestión eterna, lo que evidencia, por otra parte, que como principio dogmático, teleológico y político-criminal, el bien jurídico seguirá ocupando un lugar destacado en la ciencia penal y en los debates de la doctrina. En este sentido, consideramos, pues, que el recurso al bien jurídico es indispensable para orientar la actuación del legislador penal, con lo que mostramos nuestro rechazo frente a las tesis que abogan por ignorar el principio de protección de bienes jurídicos o sustituirlo por otros criterios. La búsqueda y el hallazgo de un bien jurídico detrás de cada tipo penal no sólo da tranquilidad y reconforta, en el sentido de VIVES ANTÓN que ya comentamos, sino que facilita la tarea del intérprete y del aplicador del Derecho, al tiempo que, y esto no es menor en una coyuntura en la que toda actuación de los poderes públicos debe explicarse a la ciudadanía dada la merecida y creciente desconfianza hacia las instituciones, contribuye justificar la incriminación, a confrontarla ante la realidad y a que la sociedad apoye, tras un proceso argumentativo y reflexivo, las decisiones públicas.

Por lo anterior, hemos de posicionarnos en contra de las tesis que dirigen el Derecho penal a la mera y amenazante “protección de la estructura normativa del sistema”, a la “conservación del sistema” y a la “vigencia de la norma”. Elevando a los altares la confianza en el sistema y el manteamiento de las expectativas normativas, estamos dispuestos a sacrificar cualquier interés y ofrecernos a la diosa “vigencia de la norma”. Si el centro no son los seres humanos, sus derechos y sus intereses que pueden resultar lesionados, sino la garantía del sistema social, su pervivencia y autorreproducción, entonces el individuo se atomiza y se disuelve en el colectivo, se convierte en pieza de un engranaje más grande y superior. Como sólo importa la estructura normativa de la sociedad, los desfases y desajustes que el individuo crea en la red social se castigan severamente y, así, el *funcionalismo* crea un entorno

criminalizador en el que se justifica el Derecho penal<sup>243</sup> y en el que se utiliza al individuo al servicio de los fines sociales. Se le instrumentaliza.

Se observa que el individuo desaparece, su silueta se difumina. Pero “a rey muerto, rey puesto”: en lugar del ciudadano se erige en piedra de toque el “sistema sociedad”. Los funcionalistas legitiman el sistema desde el sistema, sin perspectiva, espacio ni distancia para poder hacer análisis críticos; el sistema viene impuesto y hay que defender su vigencia sin preguntarnos sobre su conveniencia y razón de ser, porque su razón de ser y el porqué es conveniente es, precisamente, porque es el sistema. Hay que hacer apología del sistema. Es una aceptación acrítica de las normas y del orden establecido que dilapida el debate, aparta los elementos críticos y casi criminaliza y estigmatiza a quienes (o a los que) sin ser antisistema sencillamente se plantean si el sistema existente es el mejor posible. Caen tan pesadamente sobre las personas que las tesis funcionalistas auténticamente provocan miedo por el modo en que anulan la individualidad.

Una concepción como está sólo falsamente puede presentarse ante la sociedad como neutral, como libre de prejuicios ideológicos, como tecnocrática<sup>244</sup>. La tecnocracia es una mentira y un engaño, como tenemos ocasión de observar cada día. En rigor y pureza no hay nada tecnocrático, y lo supuestamente tecnocrático está cargado, en el fondo, de auténticos prejuicios ideológicos. Frente a esto, los funcionalistas, como JAKOBS, mantienen la neutralidad del funcionalismo alegando que el hecho de que la persona ocupe o no un lugar preponderante es algo fuera del alcance de decisión del funcionalismo, sino que depende del propio individuo que puede lograr convertirse en objetivo central de la comunicación y dominarlo todo, o, por el contrario, no aparecer en la comunicación y carecer de toda importancia; pero en ninguno de estos casos, prosigue JAKOBS, el funcionalismo habrá desplazado nada, sino que habrá sido neutral; en fin, el sujeto libre estará presente en la medida en que sea determinante para la autodescripción de la sociedad<sup>245</sup>. Este es un recurso argumentativo típicamente tecnocrático: quienes toman las decisiones dicen no estar guiados más que por el deseo

---

<sup>243</sup> HASSEMER, W.: “Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 277.

<sup>244</sup> De este riesgo ha advertido ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez ..., *op. cit.*, p. 24.

<sup>245</sup> JAKOBS, G.: *Sociedad ..., op. cit.*, pp. 29 y 30.



de solucionar un problema, por encima de cualquier consideración<sup>246</sup>, y sin embargo, su forma de proceder sin duda que habrá satisfecho más a unos grupos que a otros, se habrá alineado más con unos intereses que con otros. En las sociedades modernas complejas no es posible ser neutral, ni conveniente porque ¿debemos renunciar acaso a nuestros ideales? Así pues, ni es conveniente esta supuesta neutralidad o imparcialidad que acompañaría al funcionalismo, ni tampoco es cierta porque, en el fondo, viene a servir a los intereses de las jerarquías autoritarias que imponen su modelo y perpetúan el imperialismo cultural hegemónico<sup>247</sup>. Por otra parte, alegan que la ocupación de una posición central por el individuo depende exclusivamente de él. Tal afirmación además de desplazar el problema a la persona y excusarse, es en parte tramposa porque cuando todo se orienta a la conservación del sistema, al mantenimiento de las estructuras, al cumplimiento de los roles sociales, la subjetividad del individuo queda relegada, la palabra “individuo” desaparece del discurso y, en su lugar, el sintagma “sistema social” domina la comunicación.

Por su parte, otro concienciado defensor de la teoría sistémica, AMELUNG, recordará que ya la protección de la sociedad y del orden social concede y libera suficiente espacio para la protección del individuo<sup>248</sup>, que no resulta, por lo tanto, amenazado. Contra ello se ha manifestado agudamente ALONSO ÁLAMO señalando que tan cierto como que “a lomos de la protección de la Sociedad se halla suficiente espacio para la protección de los individuos”, es que “a lomos de de la protección de los individuos hay espacio para la protección de la sociedad” y así, además, se compatibiliza dicha tutela social con la protección de bienes jurídicos<sup>249</sup>.

Pero volvamos a los prejuicios políticos que subyacen al funcionalismo. La defensa de las bondades del sistema en atención, sin más, a la necesidad de mantener el sistema, responde a planteamientos ideológicos profundamente conservadores<sup>250</sup>. La

---

<sup>246</sup> El Diccionario de la RAE (en línea: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?val=tecn%F3crata;26/12/2013>), define tecnócrata, en su segunda acepción, como “técnico o persona especializada en alguna materia de economía, administración, etc., que ejerce su cargo público con tendencia a hallar soluciones eficaces por encima de otras consideraciones ideológicas o políticas”.

<sup>247</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia* (traducción de ÁLVAREZ, S.), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 24.

<sup>248</sup> AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz ...*, op. cit., p. 391.

<sup>249</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ...”, op. cit., p. 5.

<sup>250</sup> En sentido se muestra contundentemente BARATTA, A.: “Integración-prevención ...”, op. cit., p. 25, cuando señala que la teoría sistémica y el funcionalismo de JAKOBS desarrollan una función

realidad diaria, además, lo está reflejando con claridad cristalina: las fuerzas intelectuales y políticas venden el sistema de valores como intocable y sagrado, alegando que es el sistema que “la población libremente se ha dado”, “son las reglas que todos hemos pactado”, ocultando que ese sistema ha convertido artificialmente en valores comúnmente aceptados por todos aquellos valores que, realmente, son compartidos por una élite, por unas clases minoritarias dominantes y socialmente aventajadas y por su cultura hegemónica<sup>251</sup>; frente a ellos, quienes osan discutir ese estado de cosas materializado en “el sistema de valores” son tachados de radicales antisistema que buscan la ruptura y que perturban las normales condiciones de convivencia armónica<sup>252</sup>. El Derecho penal se convierte así en un garante del mantenimiento del sistema, del *statu quo*, de las circunstancias y de la coyuntura tal y como ha sido planteada. Y a quien se manifestara a favor de lo último cabría responderle con dos argumentos. En primer lugar, no debería ser ésta la función del Derecho penal (mantenimiento del sistema), porque en tal caso serviría a intereses claramente orientados, sesgados y sectarios. Y en segundo lugar, no puede permitirse arrojar el Derecho penal sobre quienes disienten del sistema establecido de un modo radicalmente democrático, quienes son contrarios a *este sistema*, en ejercicio de su libertad y sus derechos, en plenitud de sus facultades mentales y en consonancia con sus planteamientos, su razón y sus principios. Una concepción funcionalista pretende expulsar a estas personas, criminalizarlas y exponerlas ante el público como elementos extraños desviados del camino oficial, cuando sencillamente lo que sucede es que no apoyan ese sistema, sino que prefieren otro. Y es que el funcionalismo parte de una base: “existe un sistema de valores”, sin embargo tal afirmación no se demuestra por sí misma, ni su veracidad ni su corrección son postulados teológicamente infalibles y, aunque fuera razonable, tal razonabilidad tampoco desacreditaría la postura contraria. Estamos con BARATTA cuando sostiene que “no existe, entonces, *un* sistema de valores, o *el* sistema de valores, ante los cuales el individuo es *libre* de determinarse, siendo *culpable* la actitud de quienes, *pudiendo*, no se dejan “determinar por el *valor*, como quiere una concepción antropológica de la culpabilidad, cara sobre todo a la

---

conservadora y legitimante de las tradicionales concepciones y una reproducción ideológica y material de las relaciones sociales. También así ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez ..., *op. cit.*, p. 24; contrario a ello, sin embargo, KARGL, W.: “¿Sociedad ..., *op. cit.*, p. 66.

<sup>251</sup> BARATTA, A.: “Principi ..., *op. cit.*, pp. 445 y 457.

<sup>252</sup> Con acierto señala BARATTA, A.: “Principi ..., *op. cit.*, pp. 443 y 444, nota al pie nº 1, que para esa tendencia de expansión tecnocrática del sistema punitivo “la subjetividad y la diversidad de los sujetos humanos es considerada como factor potencial de disturbios”.

doctrina penalista alemana”<sup>253</sup>. Para el funcionalismo, sin embargo, la imposición dogmática y axiológica de la verdad indiscutible de que “existe un sistema de valores, *un orden social* que hay que defender y preservar” es una pieza clave para erigir sobre ella todo su edificio argumental. Repitiendo una y otra vez esta máxima y garantizando su cumplimiento y efectiva vigencia en la sociedad, el sistema consigue su objetivo: autoreproducirse sin oposición.

En la crítica al funcionalismo que venimos haciendo habrá observado el lector que aparecen pocas referencias al bien jurídico, pero tal circunstancia no se nos puede reprochar a nosotros sino a las propias *tesis normativistas puras* que orillan el concepto de bien jurídico. Cuando el funcionalismo introduce el bien jurídico sigue habiendo espacio para la crítica, pero ciertamente hay que ser más finos. Así sucede con las doctrinas funcionalistas moderadas, como el *funcionalismo teleológico* que defiende, entre otros, ROXIN. Una definición de bien jurídico como la suya, que pretende incorporar tanto las tesis de protección de bienes jurídicos de base constitucionalista como las construcciones más funcionalistas que reclaman cumplir con los deberes de las normas en atención a la necesidad de conservar el propio sistema<sup>254</sup>, también presenta flaquezas ya que podemos cuestionarnos cómo ha conseguido llegar a esta fórmula incluyente de tesis históricamente contrapuestas. La solución no está explicada razonadamente. Existe un salto argumentativo o una transformación que no ha sido explicada.

Aunque, a nuestro juicio, la crítica más acertada contra la propuesta de ROXIN, y que retoma parte del reproche que nosotros hemos formulado anteriormente sobre la falta de explicación de un salto argumentativo, es la de VIVES ANTÓN. Nos *descubre* VIVES que parte del sistema de ROXIN se fundamenta en la Constitución, como sucede con el bien jurídico y con la culpabilidad (basada en la “dignidad del hombre”,

---

<sup>253</sup> Tomado de LUIS AGUIRRE, E.: “Baratta y el bien jurídico penal”, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, p. 156.

<sup>254</sup> Incluso él mismo también se sitúa en la línea de otra de las concepciones funcionalistas, distintas de funcionalismo normativo de JAKOBS: la teoría personal del bien jurídico, que toma como referencia la persona para la protección de bienes jurídicos individuales, admitiendo también la tutela de los bienes jurídicos de la comunidad cuando, en última instancia, sirvan al ciudadano individual. *Vid.*, así, ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMANO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 448.

que a su vez es la esencia de la Constitución misma), y parte se fundamenta en los fines de la pena, produciéndose una “incongruencia gramatical”, que deviene “insuficiencia epistemológica”. Falta un “fundamento unitario a menos que, si se proponen varios criterios, se ofrezca una regla de transformación”<sup>255</sup>, esto es, falta justificación al salto argumentativo. Se construye parte del sistema con base en las normas penales, que responden al fin de las propias normas penales (en un modo circular, autorreferencial y autopoiético, típicamente funcionalista), y otra parte, como algo separado, con base en la Constitución y en la dignidad del hombre, pasando por alto que la Constitución es también una norma y debería entonces sujetarse a la misma fundamentación que las normas penales. Y no olvidemos que el marco de valores constitucional también es una referencia para las *teorías normativistas valorativas* que limitan lo normativo jurídico por lo normativo cultural, tomando para esto último como punto de referencia la Constitución, por lo que la deficiencia advertida anteriormente es extrapolable a las propuestas de MIR PUIG y quienes le siguen.

En esta sucesión de parámetros de referencia puede apreciarse cómo la moderación del funcionalismo puro se pretende mediante la incorporación de valoraciones y directrices que no encuentran su fundamento en el sistema social, sino en otra instancia de referencia: particularmente, en la Constitución. Pero como suele suceder con las tendencias, el movimiento se vuelve pendular, y la norma fundamental entra en el Derecho penal hasta llegar a ocuparlo todo. De la diosa “sociedad” a la diosa “Constitución” y las *tesis constitucionalistas del bien jurídico*. Entre una y otra, no cabe duda de la mejoría: las Constituciones, y entre ellas la española de 1978 también, gozan de un amplio consenso social que las convierte por méritos propios en un referente adecuado para orientar la actuación de legislador penal en la selección de los intereses esenciales para el desarrollo y la autorrealización del individuo en la comunidad, esto es, para la tutela de los bienes jurídicos. Pero la Constitución no lo es todo, no es perfecta, no resuelve todos los problemas para los que fue confeccionada y, menos aun, puede encabezar la responsabilidad para la que ni fue concebida: ser el máximo referente del *ius puniendi*.

---

<sup>255</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos* ..., op. cit., pp. 456 y 457.

Creemos que, con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo y a la vista de la situación actual, el innegable triunfo que supuso la adopción de la Constitución española en 1978, después de una etapa de dictadura y represión de libertades, con la consiguiente utilización torticera y utilitaria del Derecho penal para defender un determinado y nada democrático orden de valores sociales y culturales, ha nublado durante cierto tiempo el criterio de la doctrina penalista que ha encumbrado a la Constitución como solución de todos los problemas, por encima incluso de sus posibilidades e ignorando sus limitaciones. Es comprensible que en 1978 la Constitución satisficiera holgadamente las aspiraciones y reclamaciones de la sociedad española y que ese sentimiento de “adoración de la Constitución” se trasladara a todos los rincones, entre ellos al Derecho penal: si la Constitución era un éxito, ¿porqué no remitirnos a la norma fundamental para resolver algunos de los problemas pendientes más básicos del Derecho penal, como la determinación de pautas y criterios de actuación del legislador penal a la hora de seleccionar los bienes jurídico-penales, diseñar los tipos penales, establecer la graduación de las penas y su orientación o finalidad? Casi parece que hubiera que hacer apología de la Constitución.

Y, sin embargo, era comprensible esta inclinación por la norma fundamental si tenemos presente de dónde venía la sociedad española. La confianza ciega en la Constitución contrastaba con la desconfianza en el legislador ordinario, que había defraudado notablemente en el pasado las expectativas; por la misma razón, la comparación, desde la perspectiva de su elevación como referente democrático, entre el poder constituyente del pueblo español de 1978 y la autoridad del anterior Jefe de Estado, no resistía ni un segundo. La Constitución pasó a serlo todo: el origen y el final. La palabra “Constitución” brillaba con tanta fuerza como la palabra “sistema” lo hacía en las teorías funcionalistas: la Constitución se fundamentaba en sí misma, “todo por la conservación de la Constitución”. Tanto queríamos alejarnos de dónde veníamos, que nos pasamos de frenada.

Actualmente, el “milagro de la Constitución” ya no da más de sí. El tiempo ha evidenciado las insuficiencias comprensibles y disculpables de aquella labor, y del mismo modo que hace tres décadas la confianza en la norma fundamental lo impregnó todo, ahora la constatación de las deficiencias del sistema, empezando por la norma

situada en su cúspide, alcanza también a todos los órdenes, entre ellos, como no puede ser de otra forma, al Derecho penal. Cada día que pasa resulta más perentorio encontrar referentes más allá de la Constitución y del poder constituyente, porque a pesar de su potencial y sus virtudes, ni la Constitución ni el poder constituyente se legitiman por sí mismos y cierran el sistema. Hay que buscar una legitimación externa, más allá. Si se nos permite una valoración personal de carácter político-social, pero con reflejo y de utilidad en nuestra investigación jurídico-penal, creemos que las nuevas generaciones de penalistas nunca dejaremos de recurrir a la Constitución para analizar críticamente el sistema penal, pero tampoco nos conformaremos con no cuestionarla e intentaremos ir más allá; necesitamos encontrar un marco más perfecto que la meritoria Constitución española, porque hemos sido testigos presenciales (víctimas) de sus deficiencias.

Las reflexiones anteriores dirigen nuestra vista, volviendo ya al tema del bien jurídico, a otro marco de referencia alternativo a la Constitución y los derechos fundamentales constitucionales: el marco de los derechos humanos y la teoría del “Derecho penal mínimo de los derechos humanos”, que en su formulación más completa y acabada, ha sido desarrollada por ALONSO ÁLAMO. Es la tesis que nosotros también defendemos.

Los derechos humanos constituyen un referente en el que el legislador puede fijar su atención para seleccionar los bienes jurídico-penales, junto a otros criterios que orienten político-criminalmente su actuación, como la importancia social del bien y la necesidad de su protección por el Derecho penal<sup>256</sup>, el principio de proporcionalidad (apto para fundamentar la intervención penal y controlar su constitucionalidad)<sup>257</sup>, el principio de subsidiariedad, el principio de fragmentariedad y el principio de *ultima ratio*<sup>258</sup>. La mirada del legislador hacia arriba no puede toparse con la Constitución como techo, sino que en los derechos humanos se halla el último referente del legislador penal. Frente a este “techo de cristal”, los derechos humanos nos aportan la fuerza y el “coraje cívico para rebelarnos contra el positivismo de los Estados”<sup>259</sup>, encorsetado en la Constitución. Ni siquiera el mero reconocimiento legislativo o constitucional de un

<sup>256</sup> MIR PUIG, S.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 209.

<sup>257</sup> *Vid.*, entre otros, MIR PUIG, S.: “El principio ..., *op. cit.*, pp. 1359 a 1365.

<sup>258</sup> CORCOY BIDASOLO, M.: “Crisis ..., *op. cit.*, p. 160.

<sup>259</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 46.

derecho humano puede representar el estadio final de nuestras reivindicaciones, conformándonos con la consagración legal que haya adoptado, sino que el derecho humano, como “ideal social”, conserva una existencia separada de ese reconocimiento legislativo y opera como fuente de la energía moral que nos mueve a exigir la continua actualización del marco legislativo<sup>260</sup>. Por estas razones, el marco referencial que nosotros reclamamos va más allá de la Constitución y, en cualquier caso, los derechos humanos son previos a la Constitución y existen aunque la norma fundamental no los reconociera de partida, o si, tras un cambio constitucional, dejara de hacerlo. Los derechos humanos, más allá de los derechos fundamentales, operan como “límites heterónomos a la voluntad de la súper mayoría que se reúne en torno a una convención constituyente” y constituyen un “límite infranqueable a la hora de aprobar o reformar una Constitución”<sup>261</sup>. Y esta tarea de limitación de la voluntad constituyente, de orientación político-criminal de la actuación del legislador, supera las posibilidades de los derechos fundamentales, pero no así de los derechos humanos, porque éstos últimos sí sujetan a la voluntad constituyente y al legislador; como dice IGNATIEFF: “los derechos humanos deben ser el eje de la política. Si no, no estaremos gobernando. Estaremos simplemente gestionando el poder. Los derechos humanos son la redención del poder”<sup>262</sup>.

Las tesis constitucionalistas parten de una base tan digna de elogio como inverificable a futuro: la humanidad camina indefectiblemente en la senda correcta siendo imposible que dé nunca un paso atrás por lo que las Constituciones democráticas (que plasman las conquistas sociales de los pueblos) constituyen un marco adecuado para determinar los intereses merecedores de tutela que nunca quedará petrificado ni, menos aún, sufrirá retrocesos. Esto es un simple sueño, un *desiderátum*; la realidad demuestra tristemente que la conquista de derechos no es un proceso definitivo, sino que determinados cambios políticos pueden obligar a actualizar y revitalizar

---

<sup>260</sup> FISS, O.: “Human Rights as Social Ideas”, GRAZÓN VALDÉZ, E., KRAWIETZ, W., HENRIK von RIGHT, G. et al. (eds.): *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, pp. 104 y 105.

<sup>261</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 49.

<sup>262</sup> [http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/10/actualidad/1402412024\\_548929.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2014/06/10/actualidad/1402412024_548929.html) (15/06/2014).

imperiosamente ese proceso<sup>263</sup>. La historia de la humanidad ha demostrado que las mayorías constituyentes pueden llegar a decidir su autodisolución y autoestrucción.

Las Constituciones constituyen un dique sólido y fijo, especialmente en momentos de firmeza democrática y estabilidad política<sup>264</sup>, pero no son inamovibles. Desgraciadamente lo pasos atrás son siempre posibles<sup>265</sup>. Lo mismo sucede con los derechos fundamentales: aunque en condiciones *ideales* los derechos fundamentales vienen insertos en la propia Constitución porque forman parte de su definición, de modo tal que devendría en ilegítima aquella norma fundamental que no los garantizara, lo cierto es que esto es, como hemos advertido, “en condiciones *ideales*”, pero “los discursos *reales* pueden errar en lo que es correcto, y por tanto también en los derechos fundamentales”<sup>266</sup>.

Frente a las deficiencias y debilidades de los derechos fundamentales, se alza la universalidad de los derechos humanos. La universalidad puede entenderse, como vimos, en el sentido de ALEXY como una titularidad de los derechos humanos extensiva a todas las personas en cuanto que personas<sup>267</sup>. Parecidamente, dice FERRAJOLI que los derechos fundamentales<sup>268</sup> se caracterizan por ser universales en tanto que no son realizables nunca de una vez y perfectamente para todos, sino que se están realizando normativamente siempre, y también en cuanto que corresponden igualmente a todos, cualesquiera que sean las situaciones jurídicas<sup>269</sup>; son también personalísimos, indivisibles, inviolables, indisponibles e inalienables.

*Per se* este planteamiento es ya lo suficientemente *abierto y dinámico* como para captar un marco referencial *vivo*. Los derechos humanos se alzan como un referente que

---

<sup>263</sup> Seguimos en este punto las tesis de ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 104.

<sup>264</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>265</sup> Así, VÁLCARCEL, A.: *Sexo y filosofía. Sobre “mujer” y “poder”*, Horas, Madrid, 2013, p. 32.

<sup>266</sup> ALEXY, R.: “La institucionalización de la razón” (traducción de SEOANE, J. A.), *Persona y Derecho*, 43 (2000), p. 240, nota al pie nº 45. Sobre la diferencia entre discursos ideales y discursos reales, *vid. op. cit.*, pp. 229 a 232.

<sup>267</sup> ALEXY, R.: “¿Derechos humanos sin metafísica? (traducción de SODERO, E. R.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007), p. 238.

<sup>268</sup> Aquí podríamos decir que la utilización de derechos fundamentales en el contexto de la obra de FERRAJOLI remite a los derechos humanos, como sostiene ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 117.

<sup>269</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ..., op. cit.*, p. 911; también GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ..., op. cit.*, p. 47.



respira y que crece, que está en movimiento y en construcción. De hecho, nunca podremos decir que hemos alcanzado el estado final de conquista de los derechos humanos, porque este es un proceso sin destino final, circunstancia que no desanima, sino que al contrario, debe movilizar a la sociedad para continuar combatiendo por los derechos humanos, dándole un vigoroso impulso. Así entendidos, los derechos humanos constituyen un ideal reivindicado a través de la evolución<sup>270</sup>, y un referente de futuro (casi) utópico. Los derechos humanos sirven como estándar de evaluación de lo que se ha conseguido y, al propio tiempo, recuerdan lo que queda por alcanzar<sup>271</sup>. En este contexto, la renovación del marco referencial de los derechos humanos con nuevos contenidos, esto es, su permeabilidad de cara al futuro para permitir la actualización del sistema, su alimentación, se logra, como dice ALONSO ÁLAMO, recurriendo a la razón discursiva, concebida por ALEXY. En el marco de la teoría del procedimiento discursivo, las decisiones sobre futuros derechos humanos de los que extraer el fundamento de bienes jurídico-penales igualmente futuros se adoptarían mediante un procedimiento argumental que garantice la racionalidad del discurso (esto es, la no contradicción, la claridad lingüística y conceptual, la ponderación...) y la imparcialidad del discurso (esto es, asegurando la libertad y la igualdad de la argumentación); satisfechas estas condiciones o garantías, el discurso efectuado habrá sido racional y con ello, las normas en él aprobadas serán correctas<sup>272</sup>. Así visto, la teoría discursiva viene a ofrecer los cauces institucionales adecuados para que se desarrollen el debate y la argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada hacia el entendimiento<sup>273</sup>. Precisamente, el marco referencial de los derechos humanos ofrece el contexto más adecuado para que tenga lugar esta confrontación dialógica-argumental de la que extraer nuevas metas para la sociedad que orienten las normas del legislador. Casi compartiendo la terminología de ALEXY, dice GIL

---

<sup>270</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 46.

<sup>271</sup> FISS, O.: "Human Rights ...", op. cit., p. 105; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 46.

<sup>272</sup> ALEXY, R.: "Justicia como corrección" (traducción de HAQUÍN, A. I.), *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003), p. 165. De modo similar, el mismo en "Los principales elementos de mi Filosofía del derecho" (traducción de OLIVES-LALANA, A. D.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009), p. 72. Es decir, garantizándose la racionalidad del procedimiento argumental, se garantiza, acto seguido, la racionalidad de las decisiones fundamentales adoptadas como fruto de ese procedimiento. *Vid.*, así, DENNINGER, E. y GRIMM, D.: *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (edición y traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.), Trotta, Madrid, 2007, pp. 47 y 48.

<sup>273</sup> HABERMAS, J.: *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa* (traducción castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Ediciones Episteme, Valencia, 1994, p. 11.

DOMÍNGUEZ que el *lenguaje de los derechos humanos* hace posible un acuerdo entre puntos de vista culturales y políticos divergentes”<sup>274</sup>.

Como correctamente explica HABERMAS, la ética del discurso representa el procedimiento adecuado para mantener una discusión orientada a una moral universalista que “va más allá de las formas de vida concretas y en la que las presuposiciones del actuar orientado por el entendimiento mutuo se universalizan, se abstraen y liberan de barreras”<sup>275</sup>, con lo que se materializa el *tercer momento* de las tesis *hegelianas* en el que unían la *particularidad* y la *universalidad*<sup>276</sup>. El contexto político donde esta ética discursiva puede desplegar sus mayores potencialidades es la democracia deliberativa, marco en el que por las condiciones y presupuestos bajo los cuales se han desarrollado las comunicaciones y negociaciones, puede presumirse la obtención de resultados racionales<sup>277</sup>.

Creemos, además, que el criterio de la razón discursiva permite romper el círculo impenetrable que las teorías constitucionalistas construían alrededor de la Constitución cayendo en una legitimación inmanente al sistema en tanto que la norma fundamental era la cúspide del sistema normativo y, por consiguiente, buscar la legitimación de los bienes jurídico-penales en una norma intrasistemática implicaba buscar la justificación desde dentro, *ad intra*, casi autorreferencialmente. Tal resultado no nos puede resultar suficiente porque que la propia Constitución sigue necesitada de legitimación externa<sup>278</sup>. Lo dicho vale para la Constitución y para los derechos fundamentales: fundamentar los bienes jurídico-penales en derechos fundamentales constitucionales no resuelve el problema, porque acto seguido será preciso fundamentar los propios derechos fundamentales constitucionales, y en ese punto quedan tres opciones todas ellas igualmente insatisfactorias: o bien se fundamentan en el vacío (son obligatorios porque sí), o bien se fundamentan en que son parte de la Constitución y la Constitución es obligatoria porque así lo dice ella misma, o bien se fundamentan porque una norma, cuya obligatoriedad deriva de lo dispuesto por la propia Constitución, dice que son

<sup>274</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 48.

<sup>275</sup> HABERMAS, J.: *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000, pp. 20 y 21.

<sup>276</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (edición ILTING, K. H. y DÍAZ, C.), Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993, pp. 104 a 110.

<sup>277</sup> HABERMAS, J.: *Tres modelos ...*, op. cit., pp. 10 y 11.

<sup>278</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ...”, op. cit., pp. 22 y 23.

obligatorios. Estamos con ATIENZA y RUIZ MANERO cuando afirman que la fundamentación de la norma suprema de un ordenamiento es un problema irresoluble intrasistemáticamente porque conduce a un argumento circular<sup>279</sup>, y por ello hemos afirmado que la virtud de la argumentación discursiva anudada a los derechos humanos posee la ventaja de romper ese círculo y encontrar una fundamentación externa. Dado que las Constituciones no son obras perfectas, sino completamente perfectibles, y habida cuenta que dependen de las circunstancias en que se fraguaron y que responden a los intereses de los grupos dominantes, otorga mayor credibilidad y autoridad una fundamentación de los bienes jurídicos extrasistemática que salga del círculo autorreferencial de la Constitución-y-el-sistema.

## **1.2 El honor como derecho fundamental y la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social**

En el ordenamiento jurídico español el derecho al honor es un derecho fundamental, tal y como se desprende del artículo 18.1 de la Constitución española de 1978 (“se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”), interpretado en conexión con el art. 53.2 del mismo texto (“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”), que abre el capítulo cuarto del texto constitucional y define las fronteras del restringido y fuertemente protegido grupo de los derechos fundamentales.

Como acertadamente indica PARDO FALCÓN, debe reconocerse que el honor no formaba parte en 1978 del núcleo de derechos de necesario y urgente reconocimiento a nivel constitucional. España dejaba atrás un régimen dictatorial que negaba radicalmente a los ciudadanos y a los escasos medios de comunicación existentes cualquier libertad de expresión que pudiera estar dirigida al nacimiento de una opinión pública libre y bien formada que amenazara el monopolio de la verdad en poder de los

---

<sup>279</sup> ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (mayo-agosto 1996), pp. 30 a 34, especialmente p. 32.

gobernantes<sup>280</sup>. Parece comprensible que en un contexto como el descrito, el constituyente de 1978 tuviera especial interés por la proclamación en la norma fundamental de derechos y libertades vinculados a las nuevas conquistas políticas y sociales, como los derechos de sufragio universal activo y pasivo (para el pleno desarrollo de un sistema electoral democrático), las libertades ideológica y de expresión (para la construcción de una sociedad formal y materialmente libre), los derechos de reunión, asociación o sindicación (para fomentar la convivencia pacífica y el entendimiento en el ámbito laboral) y otros derechos de naturaleza más privada -como la intimidad-.

Sin embargo, lo cierto es que a pesar de que, *a priori*, el derecho al honor no parecía un derecho vital en los tiempos nacientes de democracia y libertad, prontamente se reveló el éxito de haberlo consagrado al máximo nivel pues desde el primer momento ejerció una labor imprescindible como “contrapeso tal vez odioso pero sin duda necesario a las libertades de expresión e información”<sup>281</sup> a partir de su reconocimiento expreso como límite de las citadas libertades en el art. 20.4<sup>282</sup>. Así, en sede de conflicto de derechos, es *vox populi* la frecuencia con que el honor colisiona con otros derechos fundamentales o libertades públicas (sobre todo con éstas últimas) obligando a la doctrina y a los tribunales, entre ellos especialmente al intérprete constitucional, a ponderar y resolver de forma equilibrada a favor de alguno de los bienes en conflicto<sup>283</sup>. El Tribunal Constitucional así lo reconoce, declarando que “cuando entran en colisión derechos fundamentales o determinadas limitaciones a los mismos en interés de otros bienes [el derecho al honor *vs.* las libertades del art. 20 CE], la función del intérprete constitucional alcanza la máxima importancia y se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible

---

<sup>280</sup> PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008, p. 414. Algunos autores afirman, irónicamente, que si existía libertad de expresión y el problema es que estaba mal repartida; así, LANDROVE DÍAZ, G.: “Protección del honor y Derecho Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos* (1988-1989), p. 213.

<sup>281</sup> PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos ...”, *op. cit.*, p. 414.

<sup>282</sup> Dispone el art. 20.4 CE: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

<sup>283</sup> STC 215/1994, de 14 de julio, f. j. 2º.

o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos”.

El derecho al honor se reconoce en el art. 18.1 de la Constitución, alcanzado de esta forma rango de derecho fundamental. Tal afirmación es muy relevante, dados los importantes efectos que se derivan de la ubicación sistemática de cualquier derecho en el elenco o catálogo de derechos fundamentales y de la posición destacada que éstos ocupan en el ordenamiento jurídico e, incluso más allá, en el funcionamiento armonioso y pacífico de una sociedad libre y democrática. Sirva a este fin, por su simbolismo la solemne proclamación del art. 10.1 CE, uno de los artículos de más difícil interpretación del texto constitucional<sup>284</sup>: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Los derechos fundamentales a que se refiere el mencionado precepto son un elemento esencial del ordenamiento jurídico, objetivos y fines del poder político y su ostentación confiere a los individuos la condición de “sujetos de derechos”. Es más, son fundamento mismo de la Constitución, entendida como norma creada originariamente para reconocerlos, garantizarlos y protegerlos; son elementos constitutivos del ordenamiento constitucional<sup>285</sup>. De hecho, como contundentemente proclama la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, “toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”<sup>286</sup>.

Estas palabras se ven confirmadas en multitud de sentencias del Alto Tribunal en las que se sostiene, no sólo de manera bienintencionada y estética, sino también con evidente proyección jurídica y sentido práctico, que “los derechos fundamentales son

---

<sup>284</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° Extra 2 (1979; ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978), p. 100.

<sup>285</sup> HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (edición a cargo de MONEREO PÉREZ, J. L.), Comares, Granada, 2003, pp. 30 y 48.

<sup>286</sup> Artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La misma idea sostiene con otras palabras CASAS BAAMONDE cuando señala que “sin derechos fundamentales no hay verdadera Constitución, y sin Constitución no hay derechos fundamentales”. *Vid.*, CASAS BAAMONDE, M. E.: “De los derechos y deberes fundamentales”, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008, p. 168.

los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política”<sup>287</sup>. Aun cuando el honor pudiera ver reducido su contenido o alcance (siendo utilizado exclusivamente como un “derecho fundamental-límite” de otros derechos y libertades), seguiría siendo parte integrante y fundamento del orden político y de la paz social porque “tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como “fundamento del orden político y de la paz social [...], de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente”<sup>288</sup>. Con base en esta declaración constitucional se entiende a FERNÁNDEZ SEGADO cuando afirma que la persona y su dignidad se convierten “no sólo en fundamento de la totalidad del orden político, sino en el principio rector supremo del ordenamiento jurídico”<sup>289</sup>.

Precisamente enlazando con el art. 10.1 de la Constitución, debemos prestar atención a la relación especial que se entabla entre dos de sus sintagmas: la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes -esto es, derechos fundamentales-, que deja traslucir una visión humanista de las relaciones individuo-poderes públicos y dinámica en la perfección de los derechos fundamentales<sup>290</sup>, y, en fin, una relación especial que el Tribunal Constitucional se ha encargado de desarrollar. Debe advertirse, en este punto, que dignidad y derechos, unidos por el art. 10.1, no comparten posición jerárquica, sino que ocupan planos distintos<sup>291</sup>, siguiendo este orden de prelación: dignidad-derechos, como a continuación se observará. En cualquier caso, es innegable una vinculación especial entre la dignidad de la personas y los derechos

---

<sup>287</sup> STC 53/1985, de 11 de abril, f.j.4º.

<sup>288</sup> STC 254/1988, de 21 de diciembre, f.j.8º.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39 (1993), p. 201. También QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones”, *Poder Judicial*, número especial XIII (1990), p. 68.

<sup>290</sup> Así, ROMEO CASABONA, C. Mª.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 46.

<sup>291</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León, 1996, p. 81. El propio autor añade que la dignidad, como *valor supremo, principio rector supremo y fundamentador*, está situada en un plano superior a los derechos (*op. cit.*, pp. 81 y 82).

inherentes derivados de ella. La cuestión relativa a la conexión genética<sup>292</sup> entre dignidad y derechos servirá como base para acercarnos al estudio sobre el fundamento y el bien jurídico protegido en el caso del honor, que posteriormente abordaremos con más detalle.

En la caracterización general de cualquier derecho fundamental y, por tanto, del derecho al honor también, la dignidad se convierte en una estación de parada obligatoria, por una razón tan sencilla como su elevación por el texto constitucional, al menos en teoría, al nivel de “elemento fundante del edificio todo de la Constitución y, muy singularmente, del sistema, en su integridad, de los derechos fundamentales”<sup>293</sup>. Efectivamente, fue el constituyente español el que quiso edificar el Estado social y democrático de derecho naciente (art. 1.1) sobre los cimientos de la dignidad y los derechos fundamentales. Es fiel reflejo de esta voluntad el art. 10 de la norma básica, ya enunciado. Sin embargo, por la inmensidad de este concepto, su simbolismo político y social, su grandeza filosófica y su presencia intemporal que todo lo impregna, resulta que la dignidad se convierte en ambigüedad, vaguedad, versatilidad, generalidad, vaporosidad e, incluso, humo (si se nos permite), cuando de su estudio se trata. Asusta someter a examen el concepto de dignidad humana. Todos sabemos que está ahí (o debe estarlo), en cada actuación de los poderes públicos y de los ciudadanos, pero es completamente imposible definirla porque es inabarcable. Es una “tesis no interpretada”, como diría MAIHOFER<sup>294</sup>. Los intentos de descripción conceptual de la dignidad la bordean (y aunque traten de enfrentarse a ella, lo cierto es que parece que huyen) o lo hacen por referencia a su contenido negativo y a las conductas que serían claramente atentatorias y degradantes para la dignidad; y en otras ocasiones, prefieren

<sup>292</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario* Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008, p. 184.

<sup>293</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, *op. cit.*, p. 184. Y decimos en teoría porque, como añade el mismo autor, “de *Constitutione* lata la cosa es diferente, pues si la dignidad de la persona no fuera sino el cimiento invisible de los derechos fundamentales, la norma que la enuncia perdería sentido propio”. De esta opinión es también, por ejemplo, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ cuando señala que “debe descartarse que tanto la dignidad de la persona como los derechos inherentes al individuo puedan erigirse en cualidades consustanciales a la naturaleza humana, con una existencia antes al surgimiento del Estado”. *Vid.*, así, GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 98. Y todavía con mayor contundencia el mismo autor pone en cuestión que la dignidad en el ordenamiento jurídico español pueda ser un elemento fundante del propio Estado, a diferencia de lo que sucede en Alemania; más bien sería un valor instrumental respecto del orden político y la paz social (*op. cit.*, p. 81).

<sup>294</sup> MAIHOFER, W.: *Estado de Derecho y Dignidad Humana* (traducción del alemán de GUZMÁN DALBORA, J. L.), IBdeF, Buenos Aires, 2008, p. 5.

centrarse en aspecto simbólico del término<sup>295</sup>. Efectivamente, es fácil constatar la “claudicación masiva” de la doctrina frente a la tarea de definición de la dignidad<sup>296</sup>, optando por la “fórmula kantiana del objeto” (“*Objektformel*”) o de la “no-instrumentalización” de DÜRIG: “la dignidad queda afectada cuando el hombre concreto como objeto, como un mero medio, ha sido denigrado”<sup>297</sup>. Esto es, la dignidad consiste en no tratar al ser humano como objeto, como medio o instrumento para un fin, no cosificarlo.

El diccionario María Moliner aporta una definición más concreta según la cual la dignidad sería (además de, obviamente, la “cualidad de ser digno) la “cualidad de las personas por la que son sensibles a las ofensas, desprecios, humillaciones o faltas de consideración”<sup>298</sup>. El diccionario de la Real Academia Española ofrece ocho acepciones de este concepto, entre ellas la de “cualidad de digno”, “excelencia, realce” y “gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse”, junto a otras adecuadas para ámbitos más concretos<sup>299</sup>. Ninguna de estas definiciones, sin embargo, aporta claves para delimitar definitivamente un concepto cargado de tanto significado; un concepto, que en palabras de GARCÍA HERRERA, constituye una de las conquistas más decisivas del pensamiento occidental<sup>300</sup>. Pero quizá, acaso, tampoco debamos aspirar a esta meta y baste seguir operando con un concepto semánticamente abierto y flexible, no en vano, como señala JIMÉNEZ CAMPO con un estilo bello y enigmático, casi poético, “dignidad es palabra tan excesiva que sólo el silencio estaría a su altura”<sup>301</sup>.

Volviendo a la conexión genética entre dignidad y derechos fundamentales a que antes aludíamos, existen algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional que ahondan en esta dirección: los derechos fundamentales son “derivación de la dignidad de la persona” (STC/207/1996, de 16 de diciembre, f.j.3º), “plasmación singular del

---

<sup>295</sup> Como informa GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad ...*, op. cit., pp. 32 y 76, también la doctrina alemana ha optado por definir la dignidad humana desde una perspectiva negativa, identificando ciertas conductas como lesiones de la dignidad.

<sup>296</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito de injuria*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 103.

<sup>297</sup> Sobre esta elaboración doctrinal, más ampliamente OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 142 a 145.

<sup>298</sup> AA.VV.: *DICCIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL*, MARÍA MOLINER, edición abreviada, Gredos, Madrid, 2008, primer volumen (a-d), p. 589.

<sup>299</sup> <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=OpnX2HYaWDXX2A&f1N1Y>

<sup>300</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios ...”, op. cit., p. 101.

<sup>301</sup> JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, op. cit., p. 181.



principio de dignidad” (STC 281/2006, de 9 de octubre, f.j.3º), “proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (STC 194/1994, de 23 de junio, f.j.4º), la “traducción normativa de la dignidad” (STC 136/2006, de 8 de mayo, f.j.6º) y están “en íntima conexión con ella” (STC 49/2001, de 26 de febrero, f.j.5º)<sup>302</sup>.

Sin embargo, para lo que nos interesa, no es tan importante la definición de dignidad (a la que no podemos llegar), como el papel que juega en la orientación del sistema de derechos y libertades hacia un modelo u otro. En este sentido, se acepta ampliamente que el reconocimiento constitucional de la dignidad dirige la mirada hacia un sistema de primacía personalista que “funcionaliza el orden político y social al servicio de una visión humanista, que sanciona el principio personalístico como eje vital de funcionamiento de los poderes públicos, de determinación de objetivos y de praxis social”<sup>303</sup>.

Una vez que la dignidad ha situado a la persona en el corazón del sistema, es posible analizar la influencia que ejerce en la concepción de un derecho tan personalista como el honor. Más adelante podremos examinarlo con mayor profundidad, pero podemos avanzar ya que todas las doctrinas actuales del bien jurídico honor trabajan sobre el concepto de dignidad. La sitúan en uno u otro punto. Les sirve para fundamentar distintas concepciones (no opuestas, sino con zonas convergentes y diferencias, también), lo que nos coloca en óptima posición para afirmar sin riesgo a equivocarnos que la dignidad es básica respecto del honor en el doble sentido de la palabra: en cuanto “base” o fundamento del honor y en cuanto elemental o esencial al honor. Y no sólo del honor, por supuesto, porque como bien dice HÄBERLE la dignidad es el “fundamento basilar” de todos los derechos humanos<sup>304</sup>.

Tanto la jurisprudencia como las voces de la doctrina contribuyen a dibujar los trazos de la relación entre dignidad y honor. En este sentido podemos afirmar que “el

---

<sup>302</sup> Referencias de la jurisprudencia constitucional citadas por JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, *op. cit.*, p. 184.

<sup>303</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios ...”, *op. cit.*, p. 101.

<sup>304</sup> HÄBERLE, P.: “Rectas y rodeos, caminos de ida y vuelta en la dogmática alemana de los derechos humanos -un esbozo-. La Programática de los Derechos Humanos” (traducción de LLOREDO ALIX, L.), CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 693.

derecho al honor, en sí mismo considerado, es un derecho fundamental protegido por el art. 18.1 CE [...] derivado de la dignidad de la persona” (STC 85/1992, de 8 de junio, f.j.4º), que “la dignidad [es el] rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor” (STC 51/1989, de 22 de febrero, f.j.2º) y que “la dignidad humana [es] núcleo irreductible del honor en nuestros días” (STC 96/1995, de 19 de junio, f.j.5º)<sup>305</sup>. En cuanto a la doctrina, ya hemos indicado antes que la cuestión dignidad-honor será abordada con atención más tarde, pero conviene iniciarla aquí y ahora por cuanto es la Constitución la que nos ofrece la dignidad en su art. 10.1 para que sea utilizada como fundamento jurídico por la mayoría de las teorías sobre el bien jurídico honor, aunque no de manera aislada sino con otros elementos y parámetros constitucionales que, conjuntamente, formarán el entramado de principios y valores constitucionales sobre los que se erija la construcción jurídica del honor.

Principiamos por la dignidad. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE entiende que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad son las paredes que sostienen el edificio de la sociedad en la que se desarrollan las “relaciones de mutuo reconocimiento” (concepto fundamental de la teoría de este autor sobre el bien jurídico honor) que constituyen el contenido del honor<sup>306</sup>. ALONSO ÁLAMO, por su parte, sostiene que el honor emana de la dignidad pero no se confunde con ella<sup>307</sup>. Así también piensa ÁLVAREZ GARCÍA quien haciendo suyas palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1992, señala que el concepto de honor debe partir de la dignidad de la persona requerida para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia<sup>308</sup>. O, en fin, podemos traer también la voz de SERRANO GÓMEZ, aunque hay de otros muchos autores más, cuando afirma que el honor se relaciona directamente con la dignidad humana<sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Referencias de la jurisprudencia constitucional citadas por LASCURRAÍN SÁNCHEZ, J. A., MENDOZA BUERGO, B. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G (coords.): *Código Penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 1196 y ss.

<sup>306</sup>BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, p. 310.

<sup>307</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001, p. 916.

<sup>308</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1999, p. 38.

<sup>309</sup> SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª edición, Dykinson, Madrid, 2004, p. 292.

En un nivel por encima de esta vinculación entre dignidad humana y honor encontramos las concepciones de otros autores que llegan a identificarlos, si no directamente, sí indirectamente al sostener que un ataque contra el honor es un ataque frontal contra la dignidad. De este sector es representante destacado VIVES ANTÓN para quien los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona<sup>310</sup> hasta el punto de que, como dice SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ interpretando las palabras de aquel, al honor le compete la función de tutelar la dignidad en abstracto y en general<sup>311</sup>. Se comprende bien que haya esa vinculación entre el ataque al honor y el ataque a la dignidad si se afirma, como hace BALAGUER CALLEJÓN, que la dignidad de la persona humana en cuanto tal persona constituye el contenido esencial del honor<sup>312</sup>, o como sostiene RODRÍGUEZ DEVESA cuando recuerda que sin el honor no puede entenderse la dignidad inherente a la condición humana<sup>313</sup>, resaltando así que un ataque al honor que lo lesione, menoscabaría también la dignidad de la persona. No siendo ahora el momento de valorar los aciertos de todas las concepciones referidas, al menos no cabe duda de la notabilísima influencia ejercida por ellas en la configuración legal del bien jurídico honor desde la perspectiva del derecho positivo, como evidencia el hecho de que el art. 208 del Código Penal se refiera expresamente a la dignidad para tipificar y describir el delito de injurias: “es injuria la acción o expresión que lesionan la *dignidad de otra persona*, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”<sup>314</sup>.

Por último, para terminar de desarrollar el objetivo de constatar la influencia de la dignidad que proclama la Constitución en el art. 10.1 en la intelección del bien jurídico honor, debemos apuntar mínimamente que existen otros elementos, valores o

---

<sup>310</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos contra el honor”, VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C. *et al.*: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, 2ª ed., p. 315. Suscribe estas mismas palabras BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual ...*, op. cit., p. 237.

<sup>311</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, 5ª ed., p. 213.

<sup>312</sup> BALAGUER CALLEJÓN, Mª. L.: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 142.

<sup>313</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. Y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995, p. 229. Más adelante añaden: “únicamente el reconocimiento de que la palabra honor se emplea como equivalente a dignidad humana que demanda el respeto de los demás, [...]” (*op. cit.*, p. 231).

<sup>314</sup> La cursiva es nuestra. La influencia de las tesis normativas en la descripción típica definitiva de la conducta de injurias es apuntada, entre otros, por LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 28; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9ª ed., p. 541.

principios constitucionales que acompañan a la dignidad y sirven para acotar el derecho al honor. En la medida en que la Constitución asegura una unidad de ordenamiento esencialmente sobre la base de su orden de valores materiales expresos en ella<sup>315</sup>, una configuración o concepción del honor sólo será sólida y robusta frente a las críticas que la amenacen cuando consiga erigirse de conformidad con el texto y espíritu constitucionales. Nos referimos ahora a los valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad (y el libre desarrollo de la personalidad, que si bien no es valor superior *stricto sensu* por la vía del art. 1.1, sí podría situarse en el vértice superior del ordenamiento constitucional<sup>316</sup>), la igualdad (presupuesto necesario para que las opciones vitales individuales por las que nos decantamos, sean respetadas<sup>317</sup>) y el pluralismo<sup>318</sup>.

### 1.3 CONCEPCIONES DEL BIEN JURÍDICO HONOR

“*Si nemo ex me querit, scio, si querenti explicare velim, nescio*” (si me preguntáis lo sé, si lo quiero explicar, no lo sé). Con este aforismo latino al que recurrió QUINTANO RIPOLLÉS para transmitir la dificultad de definir el concepto de honor introducimos el debate<sup>319</sup>. En las siguientes páginas daremos cuenta de las diversas concepciones sobre el bien jurídico honor que se han formulado en la doctrina española, la mayor parte conectadas e inspiradas en doctrinas procedentes del derecho comparado, que hemos examinado previamente. Las teorías propuestas por los autores españoles aportarán a nuestra investigación las referencias definitivas para proceder en última instancia a la elaboración de una concepción propia. Por ello, dedicaremos a esta cuestión el espacio que se merece teniendo presente la abundante literatura que se ha

---

<sup>315</sup> Palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA tomadas por FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1324, nota 23.

<sup>316</sup> PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.

<sup>317</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. y MAGO BENDAHÁN, O.: “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho Político*, 66 (2006), p. 197.

<sup>318</sup> Conceden destacada importancia al pluralismo en la construcción de su concepción del bien jurídico honor QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9ª ed., pp. 527 y 528; *vid. también* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, p. 309.

<sup>319</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal II (Tomo I. II Infracciones contra la personalidad)*, 2ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, p. 1155.

escrito sobre el bien jurídico honor y la solidez argumental de las opiniones que reproduciremos. Bien es cierto que hay autores para los que la esencia del problema no es tanto acertar con una definición del bien jurídico honor, que en ocasiones enfanga al jurista en una “fraseología un tanto ampulosa y a veces sin exceso de contenido; pero, eso sí, envolvente”, cuanto trabajar por determinar los límites de su protección jurídica<sup>320</sup>; frente a tal criterio, estamos con quienes entienden que el Derecho penal no puede intervenir y punir sin previamente haber delimitado el bien jurídico honor, con mayor o menor precisión y hasta lo razonablemente posible, teniendo en cuenta sus a veces inaprehensibles “contornos brumosos”<sup>321</sup>, pues dicha tarea influirá indefectiblemente en la solución de los problemas dogmáticos que ofrezca la estructura delictiva de las injurias y calumnias, como en la determinación de si hay lesión típica del bien jurídico, la interpretación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal o categoría dogmática en la que se resolverá el conflicto entre el honor y las libertades comunicativas<sup>322</sup>.

Salvo las que se construyeron en un primer momento por la doctrina extranjera, concretamente, la alemana y la italiana (las llamadas *teorías fácticas*), todas las demás

---

<sup>320</sup> Vid., así, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: El derecho ..., *op. cit.*, p. 15; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección del honor y de la intimidad”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo I. Derecho Penal y Constitución, Madrid, 1982, p. 124; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos, *Tirant lo blanch*, Valencia 2002, p. 95; SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 325; MUÑOZ CONDE, F.: “Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado Social y Democrático de Derecho”, ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. (coord.), DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (coord.) y DENDALUCE SEGUROLA, I. (coord.): *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989, p. 847. Reclama, finalmente, MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)”, *Jueces para la Democracia*, 35 (Julio, 1999), p. 33, que el experto debe eludir las concepciones exclusivamente abstractas que no resultan de gran utilidad y, por el contrario, favorecen la imagen de “critipociencia inaccesible que para el hombre común tenemos los juristas”.

Esta también es la opinión de PARDO FALCÓN quien parece aplaudir que el Tribunal Constitucional haya eludido las formulaciones meramente teóricas de una noción tan difícilmente aprehensible en abstracto como es la del honor, para proceder mejor a delimitar su contenido y alcance constitucional. Vid., así, PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derechos Constitucionales*, 34 (enero-abril 1992), p. 146.

<sup>321</sup> FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien jurídico “honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LX (2007), p. 408.

<sup>322</sup> Así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36 (Fasc/Mes 1, 1983), p. 139; FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 411, 412 y nota al pie nº 23; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, p. 27.

tienen como clave de bóveda del sistema la dignidad humana y como pilares y soportes, a los que recurren en mayor o menor medida, los valores superiores del ordenamiento constitucional. Con estas últimas, nos estamos refiriendo a las concepciones normativas, si bien dentro de este grupo conviene hacer una distinción entre las concepciones *normativo-fácticas* o *mixtas* y las *estrictamente normativas*. Entre estas empezaremos por las *normativo-fácticas* cuyo principal acierto es que consiguieron introducir elementos normativos en la construcción del honor restando presencia a los criterios fácticos que hasta entonces habían sido los únicos protagonistas. Y terminaremos con las concepciones normativas y constitucionales que levantan la configuración del bien jurídico honor sobre elementos procedentes exclusivamente del ordenamiento jurídico.

La división categorial que hemos realizado, distinguiendo entre teorías fácticas, por un lado, y teorías normativas (ya sean *normativo-fácticas* o *estrictamente normativas*), por otro, es la que elegimos casi más por representar el sistema tradicional de clasificación que por razón o lógica argumental, ya que, como correctamente observó FUENTES OSORIO, todas las teorías son realmente normativas si entendemos por concepción normativa aquella que define el honor con arreglo a un código valorativo formado por criterios sociales, éticos, jurídicos; desde esta perspectiva, también las formulaciones exclusivamente fácticas eran *normativas* pues el honor descansaba en la condición de “honorable” que se definía por la pertenencia de la persona a una determinada clase social, por su participación en el sistema social o por su actuación respetuosa con los valores dominantes, en definitiva, el honor era el resultado de decisiones tomadas conforme a un determinado sistema normativo-valorativo. Por ello, sería más apropiado hablar de concepciones normativas preconstitucionales (las tradicionalmente llamadas fácticas) y concepciones normativas constitucionales (las conocidas como normativas, *normativo-fácticas* y las constitucionalmente orientadas) que aspiran a dotar de contenido al bien jurídico honor desde los principios normativo-valorativos de la norma fundamental<sup>323</sup>.

No obstante, como hemos dicho anteriormente, seguiremos la clasificación tradicional, que es más fácil de manejar desde la perspectiva de la terminología. Se opta por el orden mencionado (*fácticas* - *normativo-fácticas* - *estrictamente normativas* -

---

<sup>323</sup> FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 413 y 415.

*constitucionalmente orientadas*) porque contribuye a dibujar clara y precisamente la evolución y la dirección seguida por las corrientes doctrinales: un primer estadio formado íntegramente por elementos fácticos, un segundo estadio en el que se combinan criterios fácticos y normativos y un tercer estadio nutrido únicamente de elementos normativos.

### **1.3.1 Concepciones fácticas**

El origen o primera fase de la evolución del concepto jurídico de honor se sitúa cronológicamente en las *construcciones fácticas* cuyos primeros teóricos fueron CARRARA y FRANK. Como ya observamos cuando analizamos los delitos contra el honor en el ordenamiento jurídico italiano y alemán, las teorías fácticas conectan el concepto de honor a un dato de la realidad, sea éste a veces de carácter sociológico, en cuyo caso se atiende a la buena reputación social o consideración social que los individuos de una comunidad sienten hacia una persona concreta, o sea en otras ocasiones de carácter psicológico, de tal forma que la atención se concentra en la conciencia o noción que una persona tiene de su propio valor o reputación, su sentimiento de honor o conciencia de honor.

En España las concepciones fácticas no se siguieron en su forma más ortodoxa, definiendo el honor por referencia a una sola de las circunstancias de la realidad, sino que de forma intermedia se acogió un concepto fáctico del honor que daba cabida tanto a la vertiente fáctico-objetiva como fáctico-subjetiva, ofreciendo un concepto más amplio en el que estas nociones no eran contradictorias ni excluyentes.

El principal defensor de esta modalidad fáctica que venimos anunciando fue CUELLO CALÓN que apreciaba lesión del honor en dos casos distintos, independientes y autónomos: cuando se atacara el sentimiento de la propia dignidad moral nacido de la conciencia de nuestras virtudes, méritos y valor moral (honor en sentido estricto), y cuando se menoscabara la apreciación y estimación que hacen los

demás de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social (buena reputación)<sup>324</sup>. El propio autor reconoce la influencia en su tesis de las opiniones del italiano CARRARA.

Las ideas del maestro italiano impregnan también la formulación de DÍAZ PALOS. Defiende que existe un doble aspecto en el concepto de honor: por un lado, el sentimiento de nuestra dignidad, que se denomina propia estimación (y que es un objeto susceptible de ataque y lesión en sí mismo, sin necesidad de ulteriores consecuencias sobre el otro componente del honor), y por otro, la opinión que de nuestro valer tienen los demás, que vendría a ser la buena reputación<sup>325</sup>.

También SAINZ CANTERO podría situarse en la senda de las teorías fácticas cuando defiende la existencia de dos vertientes del honor separadas: la dignidad, como honor subjetivo, que es inherente al ser humano y capacita para adquirir potencialmente buena reputación, y el honor objetivo o reputación; y cualquiera de las dos manifestaciones de honor merece protección autónoma, concluye<sup>326</sup>.

Sin ignorar algunos de los aciertos de esta concepción tales como la distinción entre un honor interno y un honor externo que se corresponderían con la autoestima y la reputación o fama, respectivamente, se acepta pacíficamente que las construcciones fácticas presentan debilidades importantes. Conforme a la perspectiva objetiva o sociológica, podría negarse el honor a grupos sociales o personas a los que el sentir general no les reconoce buena fama o reputación; por otro lado, atendiendo a la

---

<sup>324</sup> CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo II. Parte especial (volumen segundo)*, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 680.

<sup>325</sup> DÍAZ PALOS, F.: “Calumnia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, Seix, Barcelona, 1951, p. 584.

<sup>326</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: “El contenido sustancial del delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal*, 1957, pp. 92 a 94.

Mención aparte merece la referencia de este autor a la posibilidad de que las personas, que nacen con dignidad, puedan perder parte de ésta “si se degradan a sí mismas con actitudes inconfesables”. Al margen del peligro que destila el adjetivo *inconfesable* (habría sido preferible hablar de actitudes antijurídicas, sin embargo el autor opta por esta expresión, con la que se aleja de parámetros jurídicos y legales y se acerca, parece intuirse, a cuestiones morales o religiosas que no pueden ni deben constituir pauta alguna en este campo), estamos en desacuerdo con la idea que subyace pues entendemos que nadie puede perder su dignidad, prueba de ello es que al ser castigado por sus delitos con la imposición de una pena criminal en uso del *ius puniendi* en manos del Estado, se está tratando al delincuente como persona en la medida en que se garantiza el contenido de su dignidad. También podría alegarse frente a ello, como sostiene GONZÁLEZ PÉREZ. J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 24 y 25, que la dignidad de la persona es el rango de la persona como tal y esta persona seguirá siéndolo, con toda la dignidad que ello comporta, por muy bajo que caiga y por grande que sea la degradación, porque “el hombre conserva su dignidad hasta su muerte”, porque, como dice ahora GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad ...*, op. cit., p. 31, “la dignidad humana no admite grados”.



vertiente subjetiva o psicológica, la protección del honor dependería del grado de satisfacción y orgullo personal que uno tenga de sí mismo, así como de la etapa de la vida que estuviera atravesando el individuo, arrojando fluctuaciones inadmisibles tanto por el extremo alto (quien tiene demasiada buena estima de sí mismo) como por el bajo (quien es muy crítico o pesimista y no se reconoce ningún mérito o virtud).

En la medida en que estas teorías podrían conducir a la existencia de ciudadanos sin honor en tanto que atributo de la personalidad, se ha dicho que quiebran por estar sometidas al “albur de impulsos emotivo-sentimentales”, por obligar al juzgador a entrar “en el arcano de los sentimientos íntimos de cada persona” y por conducir a la inseguridad jurídica y la subjetivación. Pero, ante todo, el agujero de estas teorías es el apartamiento de principios y valores básicos de un ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de derecho, como el principio de igualdad (el honor debería reconocerse a todos por igual y no hacerlo depender, como se ha visto, de la valoración social que haya de un sujeto o del juicio introspectivo que uno mismo se haga) o el valor superior de la dignidad humana (no se puede admitir que se niegue el honor a ciertas personas porque es un derecho personalísimo, inherente e inviolable que le pertenece a todo sujeto por el mero hecho de serlo en tanto deriva de su dignidad como persona)<sup>327</sup>.

### **1.3.2 Concepciones normativo-fácticas o mixtas**

Ante los problemas advertidos en las construcciones fácticas, la doctrina asumió el cometido de elaborar una construcción del bien jurídico honor que, en la teoría, se atuviera a los nuevos parámetros valorativos proporcionados por la Constitución. Entre estos nuevos referentes la dignidad humana ocupaba un lugar destacado. Formaba parte del acervo cultural universal la consideración del origen y fundamento de todos los derechos humanos en la dignidad de la persona, que correspondía a todos por el mero hecho de ser personas; por la misma razón, los derechos emanados de la dignidad se

---

<sup>327</sup> Las deficiencias de las teorías fácticas son apuntadas, entre otros, por BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, p. 124; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 1152; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 16; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad de expresión y derecho al honor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero (II)*, 13 (2º cuatrimestre, 1987), p. 241; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, *op. cit.*, p. 526; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, pp. 28 a 31.

hacían extensibles a todos los seres humanos, sin distinción. Así, particularmente, en el caso del honor, éste pasaba de ser un atributo y una propiedad o patrimonio exclusivo de determinadas clases y castas, que obedecía a concepciones aristocráticas, meritocráticas o plutocráticas, a convertirse en una faceta de la personalidad humana, en el marco de un proceso que se ha llamado “democratización” o “socialización” del honor<sup>328</sup>, o “aplanamiento del honor”<sup>329</sup>, proceso que sería todavía más evidente tiempo después con el reconocimiento constitucional del honor de todos los ciudadanos, en virtud de los arts. 14 y 18 de la norma fundamental<sup>330</sup>. De dicho proceso se hizo eco tempranamente la jurisprudencia; así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987 señalaba que “la idea de sentimiento del honor ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales, para convertirse en los grupos sociales y categorías jurídicas de las naciones de cultura occidental, como un atributo inherente a toda persona, cualquiera que sea su clase social, profesión, religión, raza o sexo”.

Pero, por otra parte, las concepciones normativo-fácticas también debían ocuparse de ofrecer una propuesta que, en la práctica, fuera útil para justificar los distintos tratamientos del honor que realiza el ordenamiento jurídico en cada caso concreto según la persona de quien se trate, realidad que es incuestionable e, incluso, inherente al contenido del bien jurídico honor dada su relatividad y circunstancialidad. A tal fin surgieron las *concepciones normativo-fácticas* que cuentan en la doctrina española con el mayor número de partidarios (entre los que hay, por supuesto, diferencias pero que no son sustanciales o de fondo).

---

<sup>328</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1150. También así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios Penales*, Bosch Barcelona, 1984, p. 393. Jurisprudencialmente, se ha afirmado que “la idea o sentimiento del honor ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales, para convertirse en los grupos sociales y categorías jurídicas de las naciones de cultura occidental, como un atributo inherente a toda persona, cualquier que sea su clase social, profesión, religión, raza o sexo” (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1987); en fin, que el Código Penal de 1995 ha procurado “acoger un concepto de honor democrático y generalista” (Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, sección 3ª, de 14 de enero de 2003).

<sup>329</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1989, p. 238; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1150; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 237; BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 190 y 191.

<sup>330</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., pp. 384 y 385; el mismo en “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, AA.VV: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985, p. 215.

QUINTANO RIPOLLÉS reclamó tempranamente la conexión del honor y la dignidad recordando que éste no era un privilegio de castas, sino una faceta de la personalidad humana, que por derecho propio corresponde a todo hombre por el mero hecho de serlo<sup>331</sup>. Introducida la dignidad en la secuencia argumental, QUINTANO RIPOLLÉS plantea la necesidad de conciliar los elementos objetivos y subjetivos del honor en una concepción homogénea e inclusiva, lo cual exige rechazar la identificación del honor con la reputación porque consagraría “la odiosa categoría de seres en absoluto desprovistos” de honor, al tiempo que niega la reducción del honor al honor subjetivo porque conduciría al mundo del relativismo de concepciones y temperamentos personales<sup>332</sup>. Ante este dilema, propone una noción del honor como “valor individual de estimación que la sociedad acuerda a todo hombre tutelándolo contra los ataques de los demás en la medida que la propia sociedad estima relevante”. Así, el valor subjetivo o el perfil individual del honor queda perfilado y delimitado por la estima social, esto es, por los valores sociales que son los que han de tomarse en consideración y que, por mandato de la ley, son los que priman sobre los sentimientos privados y la estimativa personal<sup>333</sup>.

RODRÍGUEZ DEVESA fue también pionero proponiendo una concepción normativo-fáctica según la cual el honor es un derecho derivado de la dignidad inherente a la condición humana, con independencia de otras circunstancias como la capacidad física o psíquica, la fortuna, la raza o de los méritos o deméritos contraídos<sup>334</sup>. Este valor ético y social de la persona genera a su favor un derecho al respeto de los demás, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante los demás, que puede acrecentarse en atención a sus propias acciones y al cumplimiento de sus deberes éticos y sociales, circunstancias que influyen sobre la gravedad del comportamiento del ofensor y que fundamentan las modulaciones en las injerencias del ordenamiento sobre el honor personal efectivamente tutelado<sup>335</sup>.

---

<sup>331</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1150.

<sup>332</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1146 y 1147.

<sup>333</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1153 y 1155.

<sup>334</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 220. Y en este sentido, por tanto, coincide con QUINTANO RIPOLLÉS, en la desvinculación del honor a las castas o clases sociales.

<sup>335</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 232. Está referencia al “derecho a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante los demás” goza de amplio respaldo jurisprudencial: así, SSTC 562/1989, de 23 de febrero, 794/1989, de 24 de abril, 851/1989, de 12 de mayo, 938/1990, de 11 de junio.

ALONSO ÁLAMO ofreció una teoría más completa del honor desde una perspectiva netamente normativo-fáctica<sup>336</sup>. Parte de la base de que el honor es emanación y un aspecto de la dignidad humana, por lo que se le reconoce a toda persona por el mero hecho de serlo; el honor es el valor ético y social fundado en la dignidad de la persona, a la cual sigue una pretensión de respeto que puede ser atacada por una ofensa<sup>337</sup>. En cualquier caso, téngase en cuenta que el honor en tanto que pretensión de respeto no se confunde con la dignidad ni se identifica con ella, sino que surge como consecuencia de la dignidad misma de la persona<sup>338</sup> y toma forma en un proceso histórico en el que se desarrolla y se independiza conceptualmente de la dignidad, disponiendo cada uno de ellos su propio espacio<sup>339</sup>. Al atender únicamente a la dignidad para configurar el honor, desplazando el concepto social que permitía a unas personas tener más honor que otras, se garantiza el principio de igualdad<sup>340</sup>. Como tal pretensión de respeto fundada en la dignidad, el honor ni puede ser perdido por nadie ni puede aumentar para nadie.

Dentro de ese valor ético y social, continúa ALONSO ÁLAMO, tiene cabida también la consideración social efectivamente ganada por la persona, como vertiente externa y objetiva del honor, dimensión que impone la autorización de la prueba de la verdad de las imputaciones aptas para poner en peligro dicha consideración social merecida, a fin de dirigir la tutela jurídico-pública sólo al valor del honor real o merecido, y al honor aparente o formal. Finalmente, para justificar las injerencias del ordenamiento jurídico en el honor, admite la autora que en tanto la conducta del

---

<sup>336</sup> Para lo cual tomó como punto de partida el concepto personal de honor sostenido por el jurista alemán HIRSCH, por nosotros ya analizado (vid. *supra* Capítulo IV.2.2.2.2).

<sup>337</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, pp. 140 y 141.

<sup>338</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ...”, *op.cit.*, pp. 915 y 916; la misma en “Protección ...”, *op. cit.*, p. 141, y “Derecho Penal y Dignidad Humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 12 (2011), p. 34. Prueba de esa relación entre el honor y la dignidad es que ésta puede ser ofendida indirectamente mediante ofensas, esto es, las expresiones injuriosas son un ataque al valor ético y social de la persona como concreción de la dignidad, pero no a la dignidad misma.

<sup>339</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012), p. 2.

<sup>340</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, pp. 142 y 143. Hasta este punto podría decirse que la concepción “personal y normativa” de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, *op. cit.*, p. 396 (el mismo también en “La protección ...”, *op. cit.*, p. 224), sigue los mismos cauces que la propuesta de ALONSO ÁLAMO: personal, porque el honor es una atributo de “toda persona”, con independencia de circunstancias subjetivas, sociales o morales; y normativo, valorativo, porque el honor descansa sobre la dignidad y no sobre “constataciones fácticas” como la imagen o la consideración social del individuo.

individuo es valorada desde el punto de vista social-ético, el honor, que no puede desaparecer ni aumentar, sí puede disminuir por graves defectos de la personalidad o falta de integridad moral<sup>341</sup>.

De normativo-fáctica podría calificarse así mismo la tesis de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. La vida social se construye a partir del entramado de relaciones de reconocimiento que hacen posible el libre desarrollo de la personalidad, como emanación de la dignidad<sup>342</sup>. Gracias a la conexión entre las relaciones de reconocimiento y la dignidad, el honor puede predicarse de todas las personas, con independencia de sus condiciones personales y en consonancia con el principio de igualdad<sup>343</sup>. Tales relaciones constituyen el contenido del bien jurídico honor y generan unas expectativas objetivas de reconocimiento a favor de cada ciudadano, de tal modo que una actuación que desatienda o ignore esas legítimas expectativas de reconocimiento provocará una lesión o ataque contra el que debe reaccionar el ordenamiento, ya que tales expectativas de reconocimiento han de ser protegidas en tanto constituyen “el presupuesto para la participación del individuo en el sistema social”<sup>344</sup>.

---

<sup>341</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 140 y 142. Suscribe las tesis de la citada penalista, MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Granada, Granada, 1994, pp. 30 y 31. Admite los aciertos de esta teoría, aunque prefiere otra concepción normativofáctica que conceda un protagonismo mayor al elemento participativo, BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986, pp. 164 y 165.

Sin embargo, “graves defectos de la personalidad o falta de integridad moral” son conceptos jurídicamente indeterminados en exceso. Retomando algunas reflexiones ya formuladas, esta teoría sí que determina qué criterios sirven para graduar las injerencias autorizadas por el ordenamiento jurídico en el honor de las personas (graves defectos de la personalidad o falta de integridad moral), pero tales criterios, debe admitirse, permanecen todavía insuficientemente indefinidos. Refuerza estas consideraciones LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 35, señalando que se trata de deberes éticos-sociales de origen y legitimidad no aclarados, pero en cualquier caso, distintos de los principios constitucionales básicos de nuestro Estado democrático.

<sup>342</sup> Con el recurso a las “relaciones de reconocimiento” se hace patente la influencia de las tesis de WOLFF en la propuesta de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE. El autor español tiene también como referentes a otros autores alemanes como BINDING, cuya tesis nosotros calificamos de normativa cuando abordamos su estudio (vid. *supra* Capítulo IV.2.2.2.2), y OTTO, representante del sector que unía honor y reconocimiento (vid. *supra* Capítulo IV.2.2.2.2).

<sup>343</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, pp. 310 y 311. Precisamente por el mandato de igualdad sostenía BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, pp. 316, al supuesto de injuria del antiguo art. 458, que establecía la posibilidad de que las injurias sean consideradas graves “atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y ofensor”, vendría a admitir la existencia de miembros de la comunidad que posean más honor que otros, independientemente de su nivel de participación social.

<sup>344</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 57.

Esto advertido, aunque todo hombre tiene derecho al respecto de las expectativas de reconocimiento de sus relaciones de reconocimiento, la extensión de tales expectativas es variable en atención al nivel de participación del individuo. La secuencia argumental es, pues, la siguiente: como el honor viene integrado por las relaciones de reconocimiento, las cuales se entablan en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuanto mayores sean estas relaciones y mayor sea el nivel de participación del individuo en el entorno social, mayores serán también las expectativas de reconocimiento a favor del mismo. Ahora bien, sólo las relaciones de reconocimiento *fundadas* generan tales expectativas y pueden ser objeto de tutela jurídica. El carácter fundado, o valioso, de estas relaciones será decidido con arreglo a la adaptación del comportamiento del individuo en la vida comunitaria a los cánones de lo “socialmente esperado”<sup>345</sup>. Para evitar que las pautas sociales de comportamiento no respondan a motivaciones irracionales o estén fundadas en una perspectiva ética unilateral (proscrita por el valor superior del pluralismo e irrespetuosa con el derecho al libre desarrollo de la personalidad), el punto de referencia habrán de ser las relaciones de reconocimiento que se acojan al marco constitucional, pues así lo impone la vigencia de los principios y valores supremos del ordenamiento, y que se identifican con los valores constitucionales: a) el principio de igualdad, del que se desprende la titularidad del honor por todos los individuos; b) el principio de pluralismo, en cuya virtud el ordenamiento no tutela un determinado orden ético ni impone una determinada concepción del honor<sup>346</sup>. Frente a los otros criterios como un supuesto orden ético-social o los defectos de la personalidad, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE apuesta por la conformidad de la actuación individual con los principios del texto constitucional<sup>347</sup>.

En atención con lo anterior y en conclusión, los valores constitucionales reflejan el modelo social en el que se desenvuelven las relaciones de reconocimiento en ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, sin ningún tipo de cortapisas ni imposiciones éticas o morales y con el único límite del respeto a los valores constitucionales y al

<sup>345</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, p. 311. Sigue esta misma concepción ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2 (1989), p. 469.

<sup>346</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, pp. 309.

<sup>347</sup> Reconoce el mérito de recurrir al orden de valores emanado de la Constitución que propone esta tesis en lugar de otros códigos éticos difusos e indeterminados, que pueden conducir a “irrationalidades”, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 32.

ordenamiento jurídico<sup>348</sup>, de modo que deben garantizarse todas las relaciones de reconocimiento entabladas como expresión de la personalidad y de la opción ética elegida por el individuo. Estas relaciones de reconocimiento fundadas o legítimas por su compatibilidad con el sistema social dibujado por la Constitución son tuteladas por el ordenamiento y constituyen el honor (merecido) de la persona.

La postura de BUSTOS RAMÍREZ también pivota sobre las expectativas de reconocimiento de la persona, desarrollando un concepto *participativo* del honor. El honor sería la posición desde la que el individuo toma parte en las relaciones sociales, participa en la sociedad y desarrolla sus actividades. Cuando se obstaculiza este desarrollo participativo del sujeto, se ataca su honor, es decir, se hace *desmerecer* al individuo cuando se degrada su *posición actuante en las relaciones sociales*<sup>349</sup>.

De forma muy parecida se expresa JAÉN VALLEJO, adscrito a estas concepciones intermedias del honor en tanto valor personal surgido de la dignidad humana y valor social dependiente de criterios ético-sociales. Defiende que la pretensión de respeto consustancial a la dignidad (esto es, el honor) se extiende a todas las personas en cumplimiento del principio de igualdad, sin que ello obste a que tal pretensión de respeto pueda decaer como consecuencia de los propios actos de la persona, en cuyo caso el honor disminuiría. Así entendido, se trata de un “concepto normativo, pues, pero con una base fáctica de la que no se puede prescindir”<sup>350</sup>. Tal planteamiento va en la línea de proteger jurídicamente sólo el honor merecido y no el aparente, situación que el Código Penal tolera al prohibirse la prueba de la verdad respecto de las injurias consistentes en imputaciones de hechos, y contra la que el autor se pronuncia<sup>351</sup>. Además, a favor de esta tesis puede alegarse que logra construir una concepción del bien jurídico honor uniforme y homogénea, una tesis válida para los dos tipos penales que prevé el Código ya que tanto las injurias como las calumnias vendrían a tutelar el honor merecido, el honor real<sup>352</sup>. Así por ejemplo, la propuesta de

---

<sup>348</sup> Dicho desde otra perspectiva, “la realización de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico tendrá siempre una incidencia negativa sobre el honor”. Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, *op. cit.*, pp. 312.

<sup>349</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>350</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 154 y 155.

<sup>351</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, pp. 149, 150 y 155.

<sup>352</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 155.

TENORIO SÁNCHEZ, según la cual forman parte del honor tanto el contenido derivado de la condición de la persona e independiente de los actos (protegido por las injurias), como el que se desprende de éstos y responde al merecimiento (tutelado en las calumnias)<sup>353</sup>, aun tratando de adoptar una perspectiva normativo-fáctica, incurriría en el defecto de proteger dos modalidades distintas de honor: honor aparente en el caso del delito de injurias y honor merecido en el caso del tipo de las calumnias.

BERNAL DEL CASTILLO adopta una postura semejante. Reconoce que el contenido del honor está integrado, por una parte, por su dignidad personal, intrínseca u ontológica, y por otra, por su dignidad moral o social entendida como el reconocimiento del valor que engendran las cualidades personales de cada hombre y sus propios actos y que puede ser lesionada mediante su desconocimiento o negación injusta. Aduce que este patrimonio moral es lo que distingue el honor de unos y otros hombres puesto que es desigualmente poseído por ellos en la medida en que depende de sus circunstancias personales, sociales y de sus propios comportamientos. Así, el honor, no el que se tiene por ser hombre, sino el que se adquiere por los propios actos (con lo que adhiere a la línea que apuesta por la tutela del honor real), puede modular “según éstos sean conformes al orden jurídico, moral o social, etc..., reguladores de sus relaciones en el ámbito social concreto en que se desenvuelve el individuo”<sup>354</sup>.

Entendiendo que el honor se compone de un aspecto subjetivo, interno o individual, que se identificaría con el sentimiento de nuestra propia dignidad, y un componente objetivo, externo o social, equivalente al reconocimiento de aquella dignidad por los demás, la propuesta de O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>355</sup> podría considerarse semejantes a las que estamos examinando en estas páginas. Y también en la línea de JAÉN VALLEJO y BERNAL DEL CASTILLO, entiende O'CALLAGHAN MUÑOZ que el ordenamiento jurídico no puede tutelar “apariencias falsas de mejor

---

<sup>353</sup> TENORIO SÁNCHEZ, P, J.: “Derecho al honor y su limitación por la libertad de expresión y el derecho a la información”, TORRES DEL MORAL, A. (dir.): *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, pp. 203 y 204.

<sup>354</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994, pp. 66 a 79.

<sup>355</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, p. 37; el mismo en “Derecho al honor, intimidad y propia imagen”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 547.



reputación” no merecidas y, consiguientemente, no puede reaccionar frente a informaciones veraces que inciden en una dignidad ficticia y en una errónea consideración social dado que tales informaciones prevalecen sobre “los prejuicios y la hipocresía”<sup>356</sup>.

Y, en fin, podemos concluir con esta perspectiva general de las concepciones normativo-fácticas con las tesis de LÓPEZ PEREGRÍN para quien el honor es tanto el valor real de una persona derivado del aspecto estático de la dignidad e igual para todas las personas, como la correspondiente pretensión de respeto surgida de ese valor real, cuya extensión viene determinada por el grado de cumplimiento por el comportamiento individual de los roles específicos que le son encomendados en las distintas esferas sociales en las que se haya integrado<sup>357</sup>.

Jurisprudencialmente, las tesis normativo-fácticas que acabamos de comentar, han encontrado un amplio eco. La Sentencia del tribunal Supremo de 8 de junio de 1989 es muy ilustrativa, a estos efectos: a partir, por un lado, de la “consideración espiritual” que tiene el ser humano derivada de su dignidad personal y que es fuente de satisfacción y de equilibrio psíquico, y, por otro lado, de la “valoración social estimativa” de dicha consideración, surge un

*“concepto normativo-fáctico del honor que ve en el mismo un complejo bien jurídico integrado por apreciaciones individuales e intrínsecas y por otras de signo externo y colectivista, no olvidando la dignidad del ser humano y el conjunto de valores éticos y sociales de actuación que le acompañan; el honor, en definitiva, se halla transido de socialidad, apareciendo, en su vertiente exterior y objetiva, como reflejo del juicio de valor de los componentes del grupo social, lo que determina la repercusión y huella que cualquier ataque al mismo puede suponer en las relaciones sociales”.*

Las dos principales tesis españolas del sector normativo-fáctico (ALONSO ÁLAMO y BERDUGO CÓMEZ DE LA TORRE) se enfrentan a críticas bien conocidas, formuladas por ciertos autores. Donde entran los criterios fácticos en la configuración del honor es donde surge el problema de estas tesis: en la medida en que la construcción conceptual del honor juega con las circunstancias sociales para definir el

---

<sup>356</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 53 y 54.

<sup>357</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 84, 85, 93 y 94.

bien jurídico, quiebra el principio de igualdad y, por consiguiente, el proceso de “aplanamiento”, “socialización” o “democratización” del derecho al honor no llega a completarse con éxito dado que el honor sí se reconoce a todos los sujetos pero no a todos por igual. Proclama esta crítica, entre otros, VIVES ANTÓN, quien advierte que aunque las tesis normativo-fácticas parten de criterios jurídicos (y constitucionales) para atribuir honor a todos, se remiten a continuación a criterios social-éticos, fácticos y normativos para justificar injerencias en el mismo, ofreciendo una concepción inmanejable, contradictoria y ecléctica<sup>358</sup>. En seguida surge la respuesta a este argumento por parte de los defensores de tales teorías: por una parte, se garantiza el mandato de igualdad en la medida en que el honor se atribuye y reconoce a todos los ciudadanos, dejando de ser un privilegio de castas, para acceder a la categoría de atributo universal de las personas por el hecho de serlo; y, por otra, el principio de igualdad conlleva también otra consecuencia: obliga *sólo* a tratar por igual a los supuestos de hecho iguales, de tal forma que dos personas que, en uso de su libre desarrollo de la personalidad, han realizado comportamientos personales distintos, diferentemente adecuados a lo socialmente esperado, deben merecer protección diversa de su honor<sup>359</sup>. La desigualdad que el ordenamiento admitirá en cada caso individual para cumplir con el reverso del principio de igualdad, sostienen los teóricos normativo-fácticos, dependerá de la adaptación del comportamiento individual y de los propios actos del sujeto a “lo socialmente esperado”, referencia que puede concretarse en indefinidos valores sociales y morales (QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DEVESA, JAÉN VALLEJO), en un proceder libre de faltas de integridad o graves defectos de la personalidad (ALONSO ÁLAMO), en un comportamiento conforme a

---

<sup>358</sup> Vid., por todos, VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 245. También de estas opiniones ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho* ..., *op. cit.*, p. 40; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 34, 37 y 38; MORALES PRATS, F.: “Adecuación Social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, *Cuadernos de Política Criminal*, 36 (1998), p. 681, nota al pie nº 51.

<sup>359</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección* ..., *op. cit.*, pp. 87 a 89; ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 915 y 916; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad* ..., *op. cit.*, p. 152.

BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor* ..., *op. cit.*, p. 71, defendiendo su planteamiento frente a quienes le acusan de conculcar el principio de igualdad, alega que su concepción es compatible con la igualdad porque, en el primer nivel del contenido del honor (la dignidad ontológica), éste puede ser gozado igual y universalmente por todos los hombres. Por tanto, viene a sostener que hay igualdad en la dignidad intrínseca y desigualdad en la dignidad moral.

La justificación del trato desigual en la propuesta de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión..., *op. cit.*, p. 311, pasa por entender que aunque el principio constitucional de igualdad exige el establecimiento de condiciones materiales que permitan a todos un igual desarrollo de la personalidad, más tarde el ordenamiento sólo puede proteger el honor construido sobre relaciones de reconocimiento fundadas que derivarán de la adecuación de la conducta individual a los comportamientos socialmente esperados por la comunidad.

los valores constitucionales (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), o en el cumplimiento de los deberes y roles sociales (BERNAL DEL CASTILLO, LÓPEZ PEREGRÍN). En fin, como bien aclara CARMONA SALGADO, profesora que, sin embargo, no se identifica con estas teorías, las desigualdades de trato a que podrían conducir las concepciones normativo-fácticas no responden a criterios apriorísticos ligados al estatus social, profesión o capacidad económica (como sucedía con las tesis estrictamente fácticas, que quebraban sin duda el mandato de igualdad), sino a la libre capacidad del individuo de proceder, respetuoso o no, tolerante o intolerante, hacia los valores socialmente dominantes en una comunidad democrática<sup>360</sup>.

Finalmente, algunas de la tesis que hemos formulado ya presentan otro aspecto criticable, que será más evidente y palpable todavía en las teorías estrictamente normativas con las que comparte este rasgo y a las que a continuación nos referiremos: una vinculación demasiado estrecha, que alcanza la identificación, de la dignidad y el honor, sin que se proporcione una explicación para tal equiparación conceptual. Es lo que sucede, por ejemplo, con RODRÍGUEZ DEVESA, que parece apoyarse en la identificación de la dignidad y el honor al afirmar que sólo así “se entiende que el Código Penal dispense protección a indignos, enfermos mentales y niños, cuyo valor social o ético, en ocasiones, es muy dudoso e incluso, puede ser negativo”<sup>361</sup>.

### 1.3.3 Concepciones normativas

Las tesis normativas constituyen el último estadio del desembarco de los elementos normativos en la configuración del derecho al honor. Tal cualidad es debida a que recurren sólo y exclusivamente a ellos para la construcción de este bien jurídico (aun cuando algunos autores opinen que utilizan componentes fácticos en la misma medida que las concepciones anteriormente explicadas). Es decir, estas teorías procuran abandonar el plano de las consideraciones sociales y morales y de los criterios fácticos, para dar forma al contenido del honor desde premisas estrictamente normativas o

---

<sup>360</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 30.

<sup>361</sup> Tal equiparación no es procedente, por no señalar el error de considerar a los individuos mencionados como “seres no valiosos”, expresión que debería ser matizada y explicada y que se aparta de la línea acertadamente liberal del autor cuando afirma que el honor es inherente a todos y que “la ley no permite burlarse ni siquiera del más miserable de los hombres”.

jurídicas, a partir de valoraciones inscritas *en el propio ordenamiento y sólo del propio ordenamiento*. De ahí que hayan sido enfáticamente bautizadas por la doctrina como teorías *estrictamente normativas* e, incluso, como *estrictamente jurídicas*.

Puede decirse que la más acabada visión de esta orientación estrictamente normativa corre a cargo de VIVES ANTÓN. Este catedrático edifica su concepción del honor a partir de una especial relación entre la dignidad y dicho derecho fundamental en el sentido de que el honor tiene encomendado el papel de tutelar de modo general y abstracto la dignidad misma, que es la esencia del honor y determina su contenido. Así las cosas, aunque todos los derechos fundamentales son representación, manifestación y exteriorización de la dignidad, mientras la lesión de cualquiera de ellos implicaría una lesión *mediata* de la dignidad, los ataques contra el honor serían ataques *inmediatos* a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama<sup>362</sup>.

El punto de mayor conexión entre la dignidad y el honor se observa en uno de los componentes del honor: el honor interno; éste elemento, ideal e intangible, que constituye el *núcleo esencial* del honor y determina su *contenido general*, se identifica con la dignidad de la persona, concretamente con su materialización más interna y subjetiva: la autoestima. Al igual que la dignidad, el honor interno corresponde a todo hombre como ser racional, garantizándose así el principio de igualdad. La otra materialización de la dignidad, la heteroestima o fama, también encuentra su reflejo en el honor a través del honor externo, que es el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo y se denomina fama o reputación<sup>363</sup>.

No obstante, si bien la dignidad es idéntica en todos los hombres (por ello, *conceptualmente*, el honor es el mismo), las distintas posiciones y situaciones de los individuos exigen emprender una “determinación circunstancial” que permita diferenciar, *socialmente*, lo que constituye un ataque al honor, atendiendo por ejemplo a las circunstancias del hecho (temporales, espaciales) o de las personas afectadas<sup>364</sup>. Con

---

<sup>362</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 245; el mismo en “Delitos ..., *op. cit.*, pp. 314 y 315, y en “Libertad de expresión e información: límites penales”, AA.VV.: *El derecho a la información. Teoría y práctica (presentación de RAMÍREZ, M.)*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, p. 113.

<sup>363</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 246; el mismo en “Delitos ..., *op. cit.*, p. 315; LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 101 a 104.

<sup>364</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 247; el mismo en “Delitos ..., *op. cit.*, p. 316.

la determinación circunstancial “resulta socialmente determinado lo que puede constituir un ataque al honor; pero, en absoluto, el concepto mismo de honor”<sup>365</sup>. De esta forma, entendemos que VIVES ANTÓN pretende distinguir dos niveles o fases en el régimen del honor: 1ª) definición, concepto o construcción teórica, y 2ª) determinación social o circunstancial (desarrollo o ejecución práctica).

Cierto es, lo hemos indicado antes, que la doctrina española se posiciona mayoritariamente del lado de las concepciones normativo-fácticas o mixtas (en sus distintas versiones), pero no podemos ignorar los numerosos y reputados partidarios de esta perspectiva estrictamente normativa. Entre ellos, traemos aquí las tesis de BAJO FERNÁNDEZ: la atribución general de honor parte del corolario de la dignidad humana y del principio de igualdad de todos ante la ley al no sujetar la estimación pública a circunstancias personales o sociales del sujeto que lesionarían lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución<sup>366</sup>. En fin, el honor es la “pretensión de respeto, en el sentido de no ser instrumentalizado”, que en cada caso concreto necesita una *determinación circunstancial* para determinar si el comportamiento lesivo ha provocado sus efectos y en qué grado<sup>367</sup>. También como “pretensión de respeto correspondiente a cada persona, en tanto que fluye de la dignidad”, concibe LÓPEZ BARJA DE QUIROGA el honor, añadiendo que la determinación de la lesión se realizará de acuerdo con el contexto social y que las referencias a la fama y la autoestima deben interpretarse no como referencias fácticas sino como factores relevantes para la delimitación normativa del riesgo permitido<sup>368</sup>. Y coincide también en lo sustancial con estas tesis SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, que apoya una concepción estrictamente jurídica del honor en la que la dignidad de la persona constituya el núcleo mismo determinante de su contenido, estando sus mínimas y elementales concreciones, la autoestima y la fama, expresamente referidas en la definición legal de injurias del art. 208 del Código Penal, y correspondiéndose con los dos componentes del honor: honor interno y honor externo, respectivamente<sup>369</sup>.

---

<sup>365</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, pág. 316.

<sup>366</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 124 y 125.

<sup>367</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 238

<sup>368</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI. Delitos contra el honor”, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.): *Comentarios del Código Penal* (tomo 3; arts. 205 al 318), Bosch, Barcelona, 2007, p. 1612.

<sup>369</sup> SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 213.

CARMONA SALGADO sostiene igualmente que el concepto jurídico-penal de honor hunde sus raíces en la dignidad de toda persona. La dignidad constituye el contenido esencial del honor y se desglosa en sus dos manifestaciones más elementales: fama y autoestima. Desde la perspectiva del honor, esos componentes pueden corresponderse con dos aspectos complementarios: uno interno, identificado con la dignidad de todo ser humano, y otro externo, que se vincula a la buena reputación que la sociedad proyecta sobre el individuo en atención a su comportamiento; es decir, el ciudadano obtendrá esa buena reputación de la sociedad si se comporta con arreglo a un sistema de valores “mínimos y esenciales” de raigambre constitucional, imprescindibles en una sociedad democrática para garantizar la convivencia, con exclusión de otros valores secundarios e irrelevantes que no son imprescindibles para la coexistencia de las personas<sup>370</sup>. Si el comportamiento del ciudadano es efectivamente coherente con estos valores, cualquier lesión que sufra su honor real o merecido será tutelada por el ordenamiento; por el contrario, decaerá tal derecho si pretendiera recibir protección de su honor aparente fingiendo comportarse con arreglo a los valores mínimos indicados, cuando tal extremo no es cierto<sup>371</sup>.

A continuación analizaremos tres interesantes concepciones que comparten el punto de partida: ni la fama ni la autoestima pueden elevarse a objeto de protección por los delitos contra el honor pues son elementos fácticos que legitiman diferencias discriminatorias en la tutela del honor, ya sea porque tratándose de los únicos elementos de juicio (como sostenían las concepciones fácticas) contribuyen a privar de honor a personas que no se sientan titulares del mismo o a personas que integren grupos caracterizados por comportamientos socialmente desvalorados y desprovistos de reputación social, ya sea porque para su efectiva constatación recurren a códigos valorativos (como hacen las concepciones mixtas o normativo-fácticas) que no respetan por igual la libertad de elección del modo de vida individual. Por el contrario, reclaman

---

También suscriben las tesis normativas CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación de Derecho Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 27 (1996), p. 22; MORETÓN TORQUERO, M<sup>a</sup>. A.: *Delitos contra el honor: la injuria*, Bosch, Barcelona, 2001, pp. 8 y 9; CLEMENTE PICÓN, A.: “Los delitos de injurias y calumnias. La protección del honor, la intimidad y la propia imagen”, *Revista técnico-laboral*, 117 (2008), pp. 427 y 428.

<sup>370</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 32; la misma en “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 372; también en “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2<sup>a</sup> edición, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 823.

<sup>371</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 32 y 33.

concentrar la atención en un momento previo al de la mera constatación de estos dos elementos: el proceso de formación del juicio social y del reconocimiento que recibe el individuo<sup>372</sup>.

CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO han propuesto una construcción particular y sugerente del bien jurídico honor que persigue el abandono de toda clase de criterios fácticos y consideraciones sociales para la configuración del honor (aunque algunos autores entienden que no llegan a conseguirlo<sup>373</sup>) y que descansa en el concepto de honor interno, que es el respeto que merece la persona por el mero hecho de serlo, y, fundamentalmente, en el de honor externo o heteroestima, observado desde un prisma nuevo. La heteroestima no puede ser, sencillamente, la fama de una persona, pues si ésta se define como el conjunto de representaciones que la comunidad tiene de un individuo, entonces estaremos ante un objeto de protección variable, circunstancia que pulveriza el principio de igualdad. Por el contrario, señalan que siendo la heteroestima el juicio que la comunidad tiene del sujeto, lo que se convierte en auténtico objeto de tutela por los delitos contra el honor es el proceso hasta la formación de ese resultado que es la heteroestima o juicio social, esto es, la posibilidad que asiste a todo individuo de ejercer, por igual, el libre desarrollo de su personalidad a través de sus propios actos a fin de acceder a un determinado reconocimiento social merecido y de que el resultado de dicho ejercicio no se vea falseado, distorsionado o alterado<sup>374</sup>. Desde esta perspectiva, si un sujeto efectúa un comentario que incide negativamente en el proceso de ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, obstaculizando que el destinatario del comentario pueda acceder al reconocimiento social merecido, habrá un ataque al honor cuya gravedad, por

---

<sup>372</sup> Así, claramente, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 38 y 39, nota al pie nº 84; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 38; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., 43 y 44.

<sup>373</sup> De esta opinión son LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 39 y 40, nota 84; así como ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 42 y 43.

<sup>374</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 37 a 39. Justo donde estos autores se refieren al “merecimiento” y al honor merecido apunta LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 39 y 40, nota al pie nº 84, que yerran y su propuesta pierde lo ganado hasta este punto en que se había erigido verdaderamente como una concepción estrictamente normativa. Aquí también formula una crítica FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 72, apuntando el problema de convertir el honor en un “*super* derecho fundamental”, pues no es sólo el núcleo de la dignidad sino también “pieza clave del libre desarrollo de la personalidad”, situación desde la que sería complicado no resolver un conflicto entre el honor y la libertad de expresión no dando preferencia al primero a la vista de ese “exacerbamiento de la posición del derecho al honor” (op. cit., p. 73, nota al pie nº 41).

otra parte, no se determinará conforme a la estima social o al hecho de que su comportamiento sea compatible con ciertos códigos de valores, sino a la influencia que el suceso incorrectamente manipulado haya tenido (esto es, en nuestro caso, el comentario recibido) en la libre formación y desarrollo de la personalidad de la víctima, incidencia que se determinará atendiendo a consideraciones circunstanciales<sup>375</sup>.

Es netamente normativa la propuesta de LAURENZO COPELLO. Prescinde de consideraciones sociales porque restan al ciudadano libertad para emprender las opciones vitales elegidas si éstas se despreciaran por el grupo social, de forma que si fuera pertinaz en su adopción se expondría a perder el aprecio de la comunidad. Como todo ello es contrario al libre desarrollo de la personalidad, esta autora entiende que el bien jurídico honor debe preservar a las personas frente a aquellos juicios o imputaciones que restringen el ámbito de libertad necesario para optar por la forma de vida que se considere más oportuna, por cuanto tales juicios pueden representar valoraciones negativas por parte de la sociedad que menoscaban su fama o provocan en el sujeto un sentimiento de humillación o desprecio. De esta forma, la fama y la autoestima no se constituyen en objetos de protección, sino que son elementos normativos que sirven para acotar el alcance de la conducta típica: sólo serán típicas las acciones idóneas *ex ante* para influir negativamente sobre la consideración social o la propia valoración<sup>376</sup>. Desde esta interesante perspectiva, todos los individuos tienen derecho, y lo posee en la misma medida, a elegir su camino vital sin que sean sometidos al escrutinio público, esto es, todos merecen respeto a la hora de ejercitar sus propias opciones. Por tanto, el honor no es el derecho a una pretensión de respeto que la

---

<sup>375</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 39 y 40.

<sup>376</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 38 y 40. Esta referencia a la idoneidad *ex ante* de la conducta para influir negativamente en la consideración social, permite trazar una línea de unión entre las opiniones que ahora analizamos y las de MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 35, 35 y 49, quien sostiene que el Código Penal protege un concepto de *honor aparente* ya que la falsedad objetiva de los hechos imputados no forma parte del tipo penal de los delitos de calumnias y de injurias (consistentes en imputación de hechos), lo que implica que será el juez, teniendo presentes las valoraciones sociales, el que determine si las manifestaciones, con total independencia de su veracidad o falsedad, tiene la suficiente *potencialidad objetiva para menoscabar* la fama de un sujeto, es decir, para perjudicar sus relaciones con el resto del entorno social en el que se ubica, y con independencia también de que tales relaciones se hayan visto perjudicadas o no; *vid.*, también, el mismo en *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 443. Este autor no entra en mayores disquisiciones a la hora de definir el contenido del bien jurídico honor, más allá de esa escueta referencia a la fama y las relaciones con el entorno social, algo que concuerda con su actitud favorable a no formular elaboraciones doctrinales excesivamente abstractas que no resultan, a su juicio, de gran utilidad (op. cit., p. 33).



sociedad puede legítimamente arrebatar a quienes no se comportan con arreglo a códigos valorativos dominantes<sup>377</sup>, sino el derecho a ser respetada su libertad de decisión de un camino vital legítimo sin sufrir juicios negativos que repercutan negativamente sobre su fama o autoestima.

Pero al mismo tiempo y sin caer en contradicciones, esta autora reconoce diferencias derivadas de las *circunstancias*: la aptitud objetiva de una conducta para lesionar la fama o autoestima dependerá de los parámetros generales que, conforme a las distintas circunstancias, permiten considerar ofensiva una expresión o juicio de valor para cualquier ciudadano medio por haber suscitado aquélla la desvaloración social del ciudadano en cuestión<sup>378</sup>. Con esta referencia a los parámetros generales, LAURENZO COPELLO sale al paso de quienes podrían reprocharle que abdique de su pretendida neutralidad frente a criterios fácticos discriminatorios y vulneradores del principio de igualdad recurriendo a la determinación circunstancial en tanto que también esta propuesta violaría el mandato de igualdad: esta tesis se aparta de las condiciones personales del sujeto pasivo (*su* sentimiento de propia valía, *su* grado de seguimiento de un código ético determinado o *su* reputación efectiva)<sup>379</sup> para medir el carácter injurioso de una conducta y, en su lugar, acude a los parámetros generales. Por la misma razón, esta teoría conduce negar importancia a la veracidad o falsedad del hecho imputado para lesionar el honor, pues no es cierto que sólo los hechos ciertos menoscaben el honor sino que toda imputación de hechos o juicios de valor que imputen “circunstancias personales que al ser desvaloradas socialmente resultan ser idóneas o aptas para perjudicar la respetabilidad social del afectado”<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit, pp. 41 y 42

<sup>378</sup> No queda clara, por ser un tanto ecléctica y reunir argumentos varios, cuál es la concepción que proponen ARROYO ZAPATERO y otros, al sostener que “el criterio mayoritario actual de la doctrina, que acepta que la dignidad es el fundamento del honor, añade un elemento finalístico relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como meta o logro a conseguir que le permita, en relación con los principios de libertad y pluralismo, ejercitar sus propias opciones sin perder su autoestima ni el aprecio social”; no obstante, por sus últimas referencias a la necesidad de elegir el modo personal de vida sin perder el aprecio ni el autoestima, parecen compartir la línea de LAURENZO COPELLO, que estamos comentando, ARROYO ZAPATERO, I., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J. L., *et. al: Comentarios al Código Penal* (NIETO MARTÍN, A y PÉREZ CEPEDA, A. I., coord.), Iustel, Madrid, 2007, p, 483.

<sup>379</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit, p. 41.

<sup>380</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit, p. 42.

Coincide en bastantes reflexiones con las tesis que acabamos de exponer ÁLVAREZ GARCÍA. Rechaza este profesor que pueda convertirse en bien jurídico penal el juicio que de una persona tenga la comunidad, o el grado de intervención social o la determinación circunstancial en el plano social. Por el contrario, reclama una concepción que sea verdaderamente normativa, que descansa en un juicio normativo y valorativo y que deje a un lado la “constatación fáctica” de la imagen y la consideración social de la persona<sup>381</sup>. Sobre esta base, procede a definir los dos componentes del honor. La dimensión interna del honor sería la pretensión mínima de respeto que emana de la dignidad de la persona y que autoriza a la persona a exigir que se tutele el *minimum* necesario para ser considerada como perteneciente al género humano. Así, cuando se ataque ese *minimum* de la dignidad que alimenta el honor, se menoscabará la dimensión interna del honor, la pretensión mínima de respeto, la propia estimación<sup>382</sup>. Por otra parte, el componente externo del honor, la heteroestima, tiene su origen en el libre desarrollo de la personalidad cuya tutela implica la protección de las posibilidades de participación de los individuos en las relaciones sociales en las que los individuos deben tomar parte en condiciones de igualdad. Así, la heteroestima es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza. A partir de aquí, se constatará un ataque al honor cuando el sujeto haya visto afectadas sus posibilidades de participación social con la consiguiente restricción del derecho al libre desarrollo de su personalidad<sup>383</sup>.

Pero a las propuestas de LAURENZO COPELLO, ÁLVAREZ GARCÍA y de CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, todas las cuales de un modo u otro otorgan un papel destacado al libre desarrollo de la personalidad y la libre elección de la opción vital que desee el sujeto, opone FUENTES OSORIO una crítica: tratando de eludir todo elemento o constatación fáctica de la realidad y buscando una fundamentación distinta del honor que no caiga en el extremo de identificar el

---

<sup>381</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., p. 38.

<sup>382</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 44, 45 y 48.

<sup>383</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., 43, 44 y 49. El parecido es notable en este punto con la concepción de CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO en la medida en que éstos apuestan por *no alterar el reconocimiento social del sujeto* y aquél por *no alterar las posibilidades de participación social del mismo*. Sin embargo, ÁLVAREZ GARCÍA se encarga de dejar patente una diferencia con la fórmula de esos autores: si centran su atención en la alteración o distorsión del debido “reconocimiento social” que debe obtener la conducta de la víctima, están volviendo la vista a códigos sociales, de donde si el comportamiento del individuo no merece tal reconocimiento por no acercarse a los parámetros de estos códigos, no habrá alteración ni distorsión posible ni, por consiguiente, eventual ataque al honor. En fin, otra vez los criterios fácticos y sociales: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 42 y 43.

honor con la dignidad, terminan cometiendo el mismo error con el libre desarrollo de la personalidad, el cual, también como la dignidad, no es sino un principio rector y fin último de todos los derechos fundamentales, del que puede admitirse que sea “*ratio* de la tutela del honor, pero no su objeto de tutela”<sup>384</sup>. FUENTES OSORIO trata de superar la deficiencia apuntada situando como objeto principal de tutela la libertad. De esta forma, los delitos contra el honor se erigen ahora como formas específicas de ataques contra la libertad de decisión y actuación, en la medida en que una ofensa al honor constituye una fuente de desprecio hacia una persona por el hecho de haber elegido una opción vital concreta, que reduce los niveles de autoconfianza y que limita las posibilidades de decisión y actuación del sujeto; ello supone que junto a la libertad como objeto de tutela, encontramos la honorabilidad, es decir, la fama-reputación y la autoestima como elementos normativos esenciales del tipo que determinan qué ataques, de todos los que suponen del algún modo un menoscabo de la libertad, cuáles han consistido en un ataque a la fama y la autoestima<sup>385</sup>. Se trata, sin duda, de una concepción particular por cuanto el propio autor lo reconoce, supone subordinar la protección del honor, convertido en bien jurídico intermedio, al bien jurídico libertad individual en la medida en que el honor sólo es tutelado frente a conductas que por sus características objetivas “sean capaces, *ex ante*, de atacar la dignidad, afectando de forma concreta a la libertad de decisión y actuación, mediante agresiones a la reputación o autoestima”<sup>386</sup>.

Las concepciones que hemos recogido en las páginas antecedentes ofrecen un cuadro sintético de las líneas maestras de las teorías normativas o estrictamente jurídicas. Desde algunos sectores doctrinales se han formulado críticas que merecen ser estudiadas. Fundamentalmente, se achaca (sobre todo, a la tesis de VIVES ANTÓN, pero también a las demás por inspirarse en ella) que caen, precisamente, en los mismos inconvenientes que ellos mismos encuentran en las concepciones normativo-fácticas.

---

<sup>384</sup> FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 433 y 434. Parecidamente FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1353, señala que las propuestas anteriores que conectan el honor, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad provocan un “exacerbamiento del honor”, al crear un “*super* derecho fundamental que se erigen en núcleo de la dignidad y pieza clave del libre desarrollo de la personalidad”.

<sup>385</sup> FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 438 a 440.

<sup>386</sup> FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 438 y 449.

Entienden que al recurrir a la *determinación circunstancial* para justificar las diferencias de tratamiento que lleva a cabo el ordenamiento jurídico vulnera las exigencias de igualdad<sup>387</sup>. Así visto, las tesis normativas no son tan *estrictamente* normativas, o desde el otro punto de vista, las normativo-fácticas también son normativas<sup>388</sup>. Si con arreglo a las tesis normativas puede admitirse que hay acciones contrarias al honor conceptualmente pero no socialmente es porque, en última instancia, se termina recurriendo a criterios sociales y fácticos para fundamentar las diferencias de trato que dispensa el ordenamiento, extremo que era, precisamente, al que se dirigían las críticas de VIVES ANTÓN a las concepciones mixtas. Tales diferencias terminarían por conculcar el principio de igualdad que los “normativistas” pretendían proteger y respetar y, por tanto, incurrirían en el mismo defecto reprochado. De sus críticas se infiere que cualquier construcción del bien jurídico honor ha de tener en cuenta, de uno u otro modo, unas consideraciones sociales que en absoluto contravienen el mandato constitucional de igualdad sino que, antes al contrario y de forma realista, permiten concebir las *circunstancias* de los individuos como ineludibles *diferencias* entre personas cuyos efectos han de proyectarse, insoslayablemente, en una mayor o menor extensión del derecho al honor, circunstancia que, precisamente, viene a revelar el cumplimiento del mandato de igualdad en tanto que, como recuerda JAÉN VALLEJO, se trata por igual a los iguales y desigualmente a los desiguales, por lo que un trato igual en casos desiguales “sí que podría vulnerar el principio de igualdad ante la ley”<sup>389</sup>. En

---

<sup>387</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ...”, *op. cit.*, p. 916; también, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 41; así como, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, p. 36; y QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, *op. cit.*, p. 527.

<sup>388</sup> Atisba estas similitudes, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 297 y 298, cuando afirma que VIVES ANTÓN y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE coinciden en señalar el aspecto dinámico y social del honor, frente al más general y abstracto de la dignidad, con lo que, en definitiva, llegan a un concepto relativo de honor. Esto advertido, no toma una postura MUÑOZ CONDE, F.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 846, decididamente favorable a una u otra concepción, limitándose a recoger de VIVES ANTÓN la igualación del honor a la dignidad, y de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE la graduación del honor en atención al nivel de participación del individuo en el sistema social.

Que, en el fondo, todas las teorías recurren a elementos normativos, incluso las estrictamente fácticas, en tanto “normativo” significa sujetar las decisiones sobre un eventual ataque al honor a un determinado código ético compuesto por criterios sociales, éticos o jurídicos, y que todas las teorías, incluidas las estrictamente normativas, emplean también elementos fácticos ya que siempre que se quiera comprobar si el individuo disponía de un honor tutelable en función del código ético y normativo-valorativo de referencia, será preciso realizar una comprobación fáctica de tal hecho con arreglo a datos de la realidad psicológica o sociológica, es también la opinión de FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ...”, *op. cit.*, p. 447.

<sup>389</sup> Así argumentan los defensores de las teorías mixtas. *Vid.*, entre otros, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 152; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, pp. 87 a 89; ALONSO ÁLAMO, 814

conclusión y de forma sencilla: o no se rompe el principio de igualdad o todos lo rompen en la misma medida.

LAURENZO COPELLO, que sigue parcialmente las líneas centrales de las concepciones normativistas, ha tratado de salvar la observación arriba indicada aclarando que, a su juicio, existe una diferencia notable en la utilización de los criterios fácticos por parte de las teorías mixtas y las estrictamente normativas. Para las primeras la posición social sirve para decidir si se reconoce o no derecho al honor al afectado; en las segundas, por el contrario, se atiende a estas circunstancias sólo para decidir si el honor, del que disfruta necesariamente todo sujeto y en la misma medida -como bien jurídico conceptual-, ha sido o no conculcado en la situación concreta<sup>390</sup>. Tangencialmente CARBONELL MATEU, que suscribe las tesis normativas de VIVES ANTÓN, también ofrece una matización interesante para salvar el problema de la conculcación del principio de igualdad que se produciría por la vía de la determinación circunstancial, apuntando que las diferencias que tolera el Ordenamiento se refieren a la intensidad de la tutela dispensada al honor<sup>391</sup>, dando a entender que éstas no penetran hasta la propia definición o conceptualización del bien jurídico, sino que se quedan en un nivel más superficial. Sin embargo, responde con razón MORALES PRATS que el diferente tratamiento de los ataques al honor “no puede desligarse de la propia definición del bien jurídico protegido”, de forma que las diferencias de trato se producirían necesariamente en el llamado nivel conceptual y con ello, volveríamos a conculcar el principio de igualdad<sup>392</sup>.

La otra importante objeción que se formula a las concepciones normativas se refiere a la difícilmente fundamentable relación de *cuasi* identidad entre dignidad y honor. Como ya se ha dicho, VIVES ANTÓN sitúa el honor en una posición destacada en su relación con la dignidad, por encima de los demás derechos fundamentales, aunque todos sean inherentes a la persona en la misma medida, porque le atribuye el

---

M.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 915 y 916. Pero también desde otros sectores se extraen del principio de igualdad esas mismas consecuencias sobre el honor; así lo estima, en el marco de las concepciones constitucionalmente orientadas, RODRÍGUEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, pp. 187 y 188.

<sup>390</sup> LOURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 27

<sup>391</sup> CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades ..., *op. cit.*, p. 22.

<sup>392</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., *op. cit.*, p. 681, nota al pie nº 51; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9ª ed., p. 541.

cometido “general y abstracto de tutelar la dignidad”. Sin embargo, se cuestiona por qué el honor ha de asumir la tarea de proteger la dignidad más intensamente que otros derechos derivados de ésta y también de rango fundamental. Honor y dignidad se desarrollaron conceptualmente siguiendo caminos separados con el tránsito a la sociedad burguesa y desde entonces el honor se dirigió al terreno concreto del reconocimiento, la reputación y la autoestima, mientras la dignidad hacía lo propio hacia el reconocimiento de lo específicamente humano y la no cosificación de la persona<sup>393</sup>. No existe una relación de inmediatez o vinculación especial entre el honor y la dignidad más allá de la que caracteriza a todo derecho humano y derecho fundamental con la dignidad. Los derechos humanos y fundamentales son inviolables lo que es tanto como reconocer que por su naturaleza no pueden separarse de la dignidad. Existe, en fin, una “*ligazón de inherencia*” entre la dignidad y los derechos inviolables”<sup>394</sup>.

En conexión con lo anterior, ALONSO ÁLAMO niega la identidad entre la dignidad humana y cualquier derecho humano o fundamental de ella derivado, y si acaso algún derecho tuviera que desarrollar tal función de tutelar directamente la dignidad humana parecería más indicado que fuera la integridad moral del art. 15 de la Constitución, cuya protección penal se articula a través del Título VII del Libro segundo del Código Penal, “de las torturas y otros delitos contra la integridad moral”<sup>395</sup>. Para GIMBERNAT ORDEIG tampoco es de recibo esta igualación de honor y dignidad por cuanto la dignidad es un concepto sumamente abstracto como para que sea protegido por un derecho, especial y preferentemente. Dado que la dignidad es el núcleo o germen de los derechos inherentes de la persona, no sólo las injurias (como ataques al honor), sino también el homicidio (ataque a la vida), la tortura (ataque a la integridad física e, incluso, a la vida), la violación (ataque a la indemnidad sexual) o la detención ilegal

---

<sup>393</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases ..., *op. cit.*, p. 9; también en “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 913 a 915.

<sup>394</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, p. 99; también se muestra crítica sobre este particular en FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 1352.

<sup>395</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 913-914, 917 y 918. La misma autora, más extensamente, en “Derecho Penal ..., *op. cit.*, pp. 41 a 47. También sobre la idoneidad de los atentados contra la integridad moral del art. 173 del texto punitivo para proteger frente a humillaciones o vejaciones de carácter grave, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 27, nota al pie nº 40.

(ataque a la libertad), protegerían, en última instancia, la dignidad<sup>396</sup>. Entendiendo que la dignidad es el fundamento de todos los derechos fundamentales, el ataque a cualquiera de ellos supondría, argumenta MORALES PRATS, un menoscabo inmediato de la dignidad misma<sup>397</sup>. Dicho de otro modo: cualquier ataque contra un derecho fundamental supone un ataque contra la dignidad y desde esta perspectiva, poco exigente en cuanto a su descripción típica, cualquier acción delictiva dirigida a menoscabar un bien jurídico relacionado con un derecho fundamental sería, en última instancia, ahora dice LAURENZO COPELLO, un delito contra la dignidad<sup>398</sup>.

### 1.3.4 Concepciones jurídico-constitucionalmente orientadas

Por último, debemos referirnos a un conjunto de propuestas que comparten con las anteriormente descritas el punto de partida en la dignidad humana, pero que se distinguen de ellas en la particular preponderancia que conceden a otros componentes o elementos en juego. Se trata de las teorías “*jurídico-constitucionalmente orientadas*”, cuyo rasgo distintivo es su atención a los valores superiores del ordenamiento (principios de igualdad, libertad y pluralismo), a los principios generales de tutela de los derechos constitucionales y a las propias libertades públicas y derechos constitucionales, desde el bien entendido de que sólo de la “realimentación recíproca” y la “convivencia armónica” de los valores superiores del ordenamiento puede extraerse el contenido y significado de los derechos fundamentales<sup>399</sup>, y en lo que a nosotros se refiere, del bien jurídico al honor. Esto advertido, además del nexo común de la dignidad, las teorías que ahora nos ocupan, podría decirse que profundizan en las posibilidades que ofrecen, de cara a la concepción del bien jurídico honor, algunos principios rectores del ordenamiento, como el pluralismo; de un modo destacado, se sumergen en las potencialidades todavía no exploradas del libre desarrollo de la personalidad para la configuración del bien jurídico honor. Desde esta perspectiva, no es

---

<sup>396</sup> Es cierto que estas afirmaciones las realizó en un contexto distinto y en sede también diferente: la difamación, tal y como la regulaba el Anteproyecto de Código Penal, pero son perfectamente extrapolables. *Vid.*, así, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Contra el delito de difamación”, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos Penales*, Tecnos Madrid, 1999, pp. 73 y 74. También de esta opinión FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 100.

<sup>397</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ...”, op. cit., p. 683; FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ...”, op. cit., p. 430.

<sup>398</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 37; FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien ...”, op. cit., p. 431.

<sup>399</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op.cit., pp. 49, 51 y 52.

desacertado considerar que las teorías jurídico-constitucionalmente orientadas vendrían a continuar una línea ya esbozada con anterioridad por otras teorías, como la concepción normativo-fáctica de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que recurría al libre desarrollo de la personalidad para explicar el contenido variable y dinámico del honor, más allá de su contenido esencial y estático representado por la dignidad, o las teorías normativas de LAURENZO COPELLO y de CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, para los que la protección del honor garantizaba una posición adecuada a su titular para poder ejercer plenamente, sin limitaciones ni imposiciones morales, el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Podemos empezar con la propuesta de MORALES PRATS que reúne perfectamente los elementos arriba indicados en la base de su planteamiento: “el fundamento del honor es la dignidad humana, y el fin del mismo es el libre desarrollo de la personalidad”<sup>400</sup>. Aceptado lo anterior, si la dignidad es fundamento del honor, una lesión del honor supone un “menoscabo inmediato del principio de dignidad humana”, circunstancia que se cumple respecto de todos los derechos fundamentales ya que, de todos ellos, la dignidad es fundamento. Al realizarse y materializarse a través de los derechos fundamentales y los valores superiores del ordenamiento jurídico, la dignidad es un *principio de tutela dinámico* que aspira a hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad. Como la dignidad es dinámica y es común a todos, el honor también es *dinámicamente igual para todos* (respetando el mandato de igualdad). Ahora bien, en el caso concreto, la conducta atentatoria será tanto más grave cuanto menos sea reflejo y representación de los valores superiores del ordenamiento, y a la inversa: la conducta recibirá un trato más favorable por el ordenamiento cuanto más intensa sea su *articulación dialéctica* con los valores superiores del ordenamiento, particularmente, el pluralismo y la libertad (art. 1.1 de la norma fundamental), traducándose el derecho al honor en *derecho a la diversidad y a la diferencia*<sup>401</sup>.

Y a partir de esas concepción que bucea entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, MORALES PRATS avanza con una delimitación más precisa

---

<sup>400</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., *op. cit.*, pp. 682 y 683; el mismo en QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 528.

<sup>401</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., *op. cit.*, p. 683; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, Aranzadi, 2009, 9ª ed., pp. 528 y 529.



del bien jurídico honor a través de la causa de la atipicidad de la “adecuación social” de forma que cuando el ejercicio de la libertad de expresión o de información represente una inequívoca concreción o expresión de los principios relativos a la libertad y el pluralismo no se producirá una violación del honor porque la conducta, desde una perspectiva valorativo-material, habrá sido socialmente adecuada<sup>402</sup>.

La propuesta jurídico-constitucionalmente orientada de FERNÁNDEZ PALMA toma como referencia y punto de partida las tesis de MORALES PRATS que acabamos de exponer y se propone firmemente construir una concepción del honor enmarcada en los principios y valores superiores del ordenamiento. En este sentido, en primer lugar sostiene esta autora que el honor es reflejo y actualización del valor libertad de cada individuo para decidir de forma autónoma acerca del desarrollo de su personalidad y acerca de la configuración autónoma de su propio honor, que servirá como “tarjeta de visita en sociedad”<sup>403</sup>; dicha libertad conlleva, a *sensu contrario*, la responsabilización del individuo con la línea de conducta elegida, pudiendo exigir tutela judicial sólo frente a las agresiones que desvirtúen fundamentalmente ese comportamiento elegido<sup>404</sup>. Propone así mismo la construcción del honor bajo la influencia del valor del pluralismo entendido éste en un sentido amplio, no exclusivamente político, incluyendo, consiguientemente, todas las categorías de pluralismo que la Constitución ampara: político, nacional o cultural, lingüístico, simbólico, social o ideológico. Si el pluralismo implica asunción y tolerancia de la variedad, conllevará también el derecho genérico a la diferencia<sup>405</sup>.

Definidos los principios y valores superiores que han de inspirar la construcción doctrinal del honor, FERNÁNDEZ PALMA sigue la línea tradicional en cuanto a los componentes básicos del honor: la autoestima, como conciencia de la estimación de uno mismo<sup>406</sup>, y la fama o reputación, como conjunto de representaciones (o juicio) que la

---

<sup>402</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., *op. cit.*, pp. 672, 673 y 678; suscribe sus palabras QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención ..., *op. cit.*, p. 75.

<sup>403</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, pp. 78 y 79.

<sup>404</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, p. 122.

<sup>405</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, pp. 94 a 96.

<sup>406</sup> Sobre este componente FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., *op. cit.*, pp. 128 y 129, aclara que no puede constituirse en objeto mismo de tutela jurídica por los problemas de subjetivismo a que conduciría. Lo que resulta verdaderamente amenazado por la ofensa o menosprecio es la reputación, cuya lesión puede conllevar, ahora sí, una disminución del sentimiento de autoestima, frente a la cual el ordenamiento

sociedad posee de un individuo<sup>407</sup>. Pero en relación con esta última, precisa la magistrada que para evitar que dicho juicio no quede completamente abandonado al juicio de la comunidad y se prive el individuo de la titularidad de este aspecto del bien jurídico, el honor concede un espacio de libertad orientado a que los sujetos decidan, sin más límites que el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como impone el art. 10 de la Constitución, cómo quieren presentarse ante sus semejantes, esto es, su línea vital de comportamiento exterior. Visto desde la perspectiva externa, el honor “otorga un ámbito de poder al sujeto sobre la configuración de la propia dimensión vital externa”. Este derecho conlleva para el ciudadano la carga *negativa* de sólo poder reclamar la tutela judicial de ese espacio de autonomía cuando haya sido atacado por manifestaciones (imputaciones de hechos o juicios de valor) que desvirtúen, desfiguren o falseen inmerecidamente la línea vital de comportamiento, de forma que, en sentido inverso, si tales manifestaciones se formulan ajustándose a la línea de comportamiento libremente elegida por el individuo, no pueden recibir una desvaloración jurídica por parte del ordenamiento, pues en tal caos se caería en la tutela del honor aparente<sup>408</sup>.

## 1.4 TOMA DE POSICIÓN

### 1.4.1 *Excursus*. El “reconocimiento” en la filosofía contemporánea

Dicen FRASER y HONNETH que el “reconocimiento”, aquella “venerable categoría de la filosofía hegeliana”, se ha convertido en una palabra clave de nuestro tiempo al hilo de la nueva orientación dada a los estudios sobre la identidad y la diferencia<sup>409</sup>. El auge del marco teórico vinculado a la noción del reconocimiento también se explica por el devenir histórico de las luchas por los nuevos derechos. Así, después de las oleadas de conquista de derechos civiles y políticos, primeramente, y de los derechos sociales correspondientes al Estado del Bienestar, a continuación, las demandas de reconocimiento enlazan con una nueva dinámica histórica de lucha por una tercera generación de derechos: “los derechos de solidaridad” (“*solidarity-*

---

no reacciona, sino que se concentra en la lesión de fama en tanto ello puede incidir negativamente en las relaciones externas del sujeto.

<sup>407</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 122.

<sup>408</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 122 a 124.

<sup>409</sup> FRASER, N. y HONNETH, A.: “Introducción. ¿Redistribución o reconocimiento?”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, p. 13.

rights”)<sup>410</sup>. La actualización acaecida en las últimas décadas del reconocimiento ha puesto de manifiesto la versatilidad y aptitud de este concepto para ser aplicado tanto a las relaciones de reconocimiento interpersonales y sociales, como interculturales<sup>411</sup>, y, por consiguiente, intergrupales. Por todo lo dicho, hay que estar de acuerdo con TAYLOR cuando afirma que “la importancia del reconocimiento es hoy universalmente reconocida en una u otra forma”<sup>412</sup>.

El renovado auge del reconocimiento no puede ocultar, sin embargo, que no se trata de un marco conceptual novedoso, surgido en los tiempos contemporáneos. En este trabajo ya abordamos los orígenes de la noción del reconocimiento en la historia del pensamiento filosófico, que se remontan a sus albores, en la antigüedad grecorromana y los filósofos clásicos<sup>413</sup>, pasando por el pensamiento de HOBBS, ROUSSEAU, FICHTE y KANT<sup>414</sup>. No obstante, su verdadera consolidación como concepto ético fundamental se debe a la inmensa obra del filósofo idealista alemán HEGEL<sup>415</sup>.

A partir de este momento, el concepto hegeliano de reconocimiento fue interpretado de forma diversa dependiendo del movimiento social y de la lucha de que se trate, aun compartiendo un tronco común, que procede de HEGEL. De manera visible, el paradigma del reconocimiento y otros conceptos cercanos han tomado una posición privilegiada en las discusiones sobre la teoría social y la teoría moral, desplazando las ideas que protagonizaban tales discusiones siglos atrás; así, nociones como *distribución equitativa* o *distribución de bienes*, de las teorías marxistas, han sido sustituidos por las de *reconocimiento, dignidad y respeto*, de las teorías neomarxistas<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> RAO, N.: “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86 (2001), p. 243.

<sup>411</sup> DE LA MAZA SAMHABER, L.M.: “Actualizaciones del concepto hegeliano de reconocimiento”, *Veritas*, 23 (septiembre, 2010), p. 75.

<sup>412</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 57. De acuerdo con estas reflexiones DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 466.

<sup>413</sup> *Vid. supra* Capítulo I.1.2.

<sup>414</sup> *Vid. supra* Capítulo I.6.1.1.

<sup>415</sup> *Vid. supra* Capítulo I.6.2.2.

<sup>416</sup> HONNETH, A.: *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz, Buenos Aires, 2010, p. 10.

Superaríamos ampliamente las posibilidades de tiempo y espacio de los que esta investigación dispone si aspirásemos a estudiar con detalle los diversos desarrollos doctrinales y teóricos que el concepto de reconocimiento ha alcanzado como piedra angular de sendas teorías de justicia, teorías sociológicas, teorías políticas y teorías morales. No queda, pues, otra opción que seleccionar aquellas manifestaciones del reconocimiento que puedan tener alguna influencia en la concepción de reconocimiento que vaya a servirnos de referente filosófico ideal para nuestras futuras reflexiones sobre el bien jurídico honor. Desde esta perspectiva, en la era de los derechos colectivos y los derechos de los pueblos, del reconocimiento de las diferencias de los grupos culturales, la noción de reconocimiento representa la punta visible de poderosas reivindicaciones de identidad cultural colectiva conectadas con el multiculturalismo y la sociedad multicultural. No es extraño que en el ámbito de la identidad cultural sean dos autores canadienses, TAYLOR y KYMLICKA, conocedores de la compleja realidad multicultural de su país a raíz de la convivencia de tres grupos nacionales distintos: ingleses, franceses y quebequenses, quienes hayan realizado las aportaciones más valiosas. En segundo lugar, los movimientos sociales (igualdad racial y étnica, feminismo, derechos del colectivo homosexual, derechos sociales de las clases trabajadoras) que se han hecho eco de la idea del reconocimiento y la han elevado a la cumbre de sus aspiraciones y reivindicaciones, también han profundizado en la noción de reconocimiento descubriendo nuevos desarrollos más específicos. En este sentido, examinaremos las teorías de dos reconocidas teóricas del feminismo, YOUNG y FRASER, que parten del concepto de reconocimiento, aunque profundizan en él desde planteamientos diversos. Finalmente, dos ilustres representantes de la Escuela Crítica de Frankfurt han planteado sendas propuestas de teoría social en las que la noción de reconocimiento asume un papel destacado. Hablamos de HABERMAS, pensador de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, autor de la “teoría de la acción comunicativa”, y de HONNETH, de la tercera generación de la Escuela Crítica, quien ha elaborado su célebre “teoría del reconocimiento” como propuesta de una moral social que pretende integrar las reivindicaciones de redistribución material, propias de la tradición marxista, y las reivindicaciones de identidad personal y cultural, todo bajo el manto de la noción de reconocimiento, que juega en este marco el rol más decisivo de cuantas teorías podamos analizar<sup>417</sup>.

---

<sup>417</sup> La distribución por generaciones de los miembros de la Escuela Crítica de Frankfurt no responde a un  
822

En fin, HEGEL unificó y dotó de contenido la noción de reconocimiento y ahora, con el nacimiento y auge de los movimientos sociales de izquierdas desde los años 60, somos testigos de una nueva bifurcación conceptual de este concepto. Precisamente, en las páginas que siguen a continuación aspiramos a reflejar los caminos por los que transita la noción de reconocimiento.

#### 1.4.1.1 El reconocimiento de las identidades culturales, de TAYLOR. La ciudadanía multicultural de KYMLICKA

En un contexto tan plural y potencialmente convulso como en el que viven las sociedades actuales, el reconocimiento de las diferentes formas de vida cultural y la igualdad de derechos que merece cada uno de estos esquemas vitales, son la única forma de que las comunidades resistan cohesionadas frente a los retos venideros. En este contexto de reivindicaciones culturales y de respeto a las diferencias de las respectivas identidades colectivas, la obra de dos pensadores ha brillado con fuerza propia: Charles TAYLOR y Will KYMLICKA.

##### 1.4.1.1.1 TAYLOR

Entiende TAYLOR que la identidad de una persona es la interpretación que hace de sí y de sus características definitorias fundamentales. Puede suceder que la persona experimente un falso reconocimiento de su identidad que la degrade o la haga despreciable para sí misma<sup>418</sup>. Las investigaciones de este filósofo sobre el origen de la idea de identidad como *autenticidad*, ligada a ROUSSEAU y a HERDER, así como sobre el origen histórico de la *identidad moderna* como conjunto de particularidades personales (capacidades, habilidades) más allá de la posición social del individuo,

---

esquema fijo ni oficial. Suele aceptarse como fundadores y representantes de la primera generación a M. HORKHEIMER, T. W. ADORNO, W. BENJAMIN y H. MARCUSE, entre otros. De la segunda, J. HABERMAS es su más destacado representante. Finalmente, A. HONNETH sobresale en la tercera generación de pensadores de la teoría de la crítica social. Subraya el papel destacado que ha alcanzado HONNETH como Director del *Institut*, HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.: “Axel Honneth: estaciones hacia una teoría crítica reconocitiva”, HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 9.

<sup>418</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”* (traducción de UTRILLA DE NEIRA, M.), Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 43. El citado libro posee una importancia fuera de toda duda en tanto que, como afirma HONNETH, A.: *Reconocimiento ...*, op. cit., p. 37, sirvió para presentar ante el gran público la política del reconocimiento como problema de las sociedades actuales.

ubicado en el siglo XVIII y en la crisis del Antiguo Régimen, ya fueron examinadas en otro momento en esta investigación<sup>419</sup>.

La identidad nace del reconocimiento en un nivel inmediato o estrictamente intersubjetivo, es decir, como el reconocimiento que surge de las *relaciones dialógicas* con los demás. Erigida nuestra identidad a partir de esa interacción social, en el plano íntimo puede ser vulnerada si no es reconocida por los “otros significativos”, y en el plano social, su no reconocimiento por los demás puede provocar en uno mismo un sentimiento interiorizado de inferioridad o humillación<sup>420</sup>.

En la esfera pública, la idea del reconocimiento ha pretendido ser plasmada a través de dos políticas distintas. Por una parte, la política de la dignidad igualitaria y del liberalismo de derechos, que subraya la dignidad igual de todos los ciudadanos, y, por otra parte, la política de la diferencia, según la cual cada quien debe ser reconocido por su identidad única<sup>421</sup>. Ambas teorías colisionan ya que la política de la diferencia busca el reconocimiento para aquello que, precisamente, no es compartido igualitaria y universalmente por todos, sino aquello que es peculiar de cada uno, su identidad. Para una, el respeto igualitario exige que tratemos a las personas en una forma ciega a la diferencia; para otra, hemos de reconocer y aun fomentar la particularidad. Y ciertamente parece que la política de la diferencia entronca mejor con las nuevas formas de intelección del concepto del reconocimiento en cuanto que los defensores de la política de la diferencia suelen reprochar al liberalismo de los derechos que éste niegue la identidad introduciendo a todas las personas en un mismo molde homogéneo que anula las diferencias y que obliga a soportar la asimilación de nuestras particularidades para recibir, a cambio, ese respeto igualitario, una concepción que sólo puede defenderse desde una hegemónica homogeneidad cultural y de valores, desde una posición, en el fondo, excluyente y no integradora, monista y no pluralista. Aquí recuerda bien TAYLOR que se reprocha al liberalismo de los derechos que fuerza a las

---

<sup>419</sup> Vid., así, *supra* Capítulo I.6.1.

<sup>420</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., p. 58; también el mismo en *La ética de la autenticidad* (introducción de THIEBAUT, C.; traducción de CARBAJOSA PÉREZ, P.), Paidós, Barcelona, 1994, pp. 83 y 84.

<sup>421</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., pp. 59 a 61.

culturas minoritarias a asumir una forma que no les es propia, que suprime su identidad y que, en fin, es discriminatoria<sup>422</sup>.

Los defensores de la política del multiculturalismo, que reclaman que se reconozca el igual valor de las diferentes culturas y no que meramente las dejemos sobrevivir, se inclinan por la política del reconocimiento de la diferencia. TAYLOR, que se mueve en estos lares, propone una comprensión de las exigencias de los multiculturalistas que parta de la “presuposición de valor” de una cultura, esto es, que estemos dispuestos a analizar y discutir el valor de todas las culturas, pero no de una “presuposición de igual o superior valor” como si *ex ante* se formulara el juicio de que tales obras tienen un valor necesariamente igual o superior<sup>423</sup>. Y para llevar a cabo ese análisis y enjuiciamiento es preciso actuar desde una actitud de “fusión de horizontes” que nos permita juzgar las culturas, sus obras y aportaciones con criterios y parámetros que salgan más allá de “amurallamiento de las normas etnocéntricas” de la cultura del Atlántico Norte, pues de lo contrario, necesariamente valoraremos injustamente aquellas culturas desde nuestros cánones eurocéntricos. En fin, hay que “abrirnos al género del estudio cultural comparativo que desplazará nuestros horizontes hasta la fusión resultante”<sup>424</sup>.

Sin embargo, al trabajo de TAYLOR se le critica desde distintos frentes haber orientado todo su planteamiento sobre el reconocimiento a la exclusiva dimensión del reconocimiento cultural de los grupos. En este sentido, señala HONNETH que la división en dos etapas de la historia de las luchas por el reconocimiento, según la cual las sociedades capitalistas burguesas reclamaban la igualdad jurídica, y en la actualidad los grupos aspiran a lograr el reconocimiento de su diferencia culturalmente definida, es “engañosa” ya que oculta que el reconocimiento de la identidad cultural no es sino una manifestación concreta con meras diferencias de matiz y énfasis, pero perfectamente encuadrable, de la tradicional lucha por el reconocimiento. Reducir el concepto de reconocimiento exclusivamente a la cuestión de la diferencia cultural es un error categorial. Aunque la “gramática moral” del conflicto pivote sobre conceptos modernos y originales como “política de identidad”, sigue tratándose del marco normativo de la

---

<sup>422</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., p. 67.

<sup>423</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., pp. 99 a 101.

<sup>424</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., pp. 104 a 107, especialmente p. 107.

lucha por el reconocimiento de la igualdad jurídica<sup>425</sup>. En parecidos términos se expresa críticamente FRASER, teórica del feminismo, sobre cuyas opiniones trataremos más adelante, quien sostiene que la pretendida “fusión de horizontes” no se produce en TAYLOR en la medida en que al considerar el reconocimiento sólo aplicado al ámbito de la cultural y, más aún, a la cultura nacional, está cosificando la cultura no concediéndole importancia a otras manifestaciones culturales, como el género y la sexualidad, que son internas a la nacionalidad o la trascienden<sup>426</sup>.

Otro aspecto que se ha reprochado a las tesis de TAYLOR es que al otorgar preeminencia a las políticas de la diferencia se debilita y se oscurece el principio de dignidad al ser tenido en cuenta en su perspectiva relacional (igual-dignidad) y no en su contenido en sí, de no instrumentalización. Además, al fundamentar los derechos culturales e identitarios de los grupos en el necesario reconocimiento igualitario de los grupos y este reconocimiento, a su vez, en una pretendida dignidad colectiva de los grupos, surge el problema de si, al amparo de la supuesta “dignidad colectiva”, puede ser sacrificada la dignidad de la persona, sin que llegue a entenderse cómo lo que empieza siendo específicamente humano, la dignidad de la persona, acaba reconduciéndose a las colectividades<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup> HONNETH, A.: “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, pp. 98, 99, 127 a 133; y también en HONNETH, A.: *Reconocimiento ...*, op. cit., pp. 53 y 54. También ROCKEFELLER, S. C.: “Comentario”, TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”* (traducción de UTRILLA DE NEIRA, M.), Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 130 y 131, se muestra escéptico en torno a la pretendida bondad del objetivo de la “fusión de horizontes”, preocupándole que la protección de una cultura particular pueda llevar al gobierno a restringir la libertad individual.

<sup>426</sup> FRASER, N.: “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, pp. 60 y 61, nota al pie nº 59

<sup>427</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012), pp. 7 a 10. En esta línea, también sostiene SAUQUILLO, J.: “Totem y tabú de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 298 y 299, que TAYLOR asume por completo los presupuestos del lenguaje colectivista, renunciando a las posiciones individualistas desde las que también pueden solventarse los problemas que él mismo plantea recurriendo al “diálogo intersubjetivo mediante procedimientos democráticos”.



#### 1.4.1.1.2 KYMLICKA

El filósofo canadiense KYMLICKA es uno de los teóricos que construye sus propuestas de sociedad multicultural y ciudadanía multicultural teniendo presente, entre otros, el concepto de reconocimiento. Su trabajo "*Ciudadanía multicultural*" constituye un referente en materia de reconocimiento de los derechos diferenciados de los grupos<sup>428</sup>. El objetivo de KYMLICKA es el respeto de los derechos diferenciados en función del grupo de las minorías. Al igual que las mayorías, también las minorías se hayan vinculadas por una cultura societal propia que "proporciona a sus los miembros del grupo (territorialmente concentrado y unido en torno a una lengua compartida) unas formas de vida significativas a través de todo el abanico de actividades humanas, incluyendo la vida social, educativa, religiosa, recreativa y económica, abarcando las esferas pública y privada"<sup>429</sup>. Como otros autores, KYMLICKA atribuye a la pertenencia cultural y a las relaciones intersubjetivas un papel decisivo en la formación de la identidad individual, de tal forma que pertenencia cultural e identidad individual se necesitan recíprocamente y se retroalimentan. La pertenencia cultural, dice el filósofo, afecta a la forma en que los demás nos perciben y nos responden, lo que a su vez moldea nuestra identidad. La identidad y la pertenencia culturales operan como "foco de identificación primario" o "autoidentificación" y como una "fuente de reconocimiento del individuo", lo que implica que para la correcta autoidentificación es preciso que la identidad cultural sea respetada y valorada pues de lo contrario, si se desprecia esa identidad cultural, la identificación individual se verá amenazada. En fin, el respeto a uno mismo, la estima propia nace de la pertenencia a una cultural societal que debe estar valorada, debe ser estimada.

Cree KYMPLICKA que la conexión entre identidad cultural e identidad individual, autoestima y dignidad es algo que alcanza al núcleo del ser humano, que responde a razones sociológicas y lingüísticas, pero también a aspectos psicológicos, de filosofía de la mente y neurológicos<sup>430</sup>. Una vinculación tan estrecha como la descrita explicaría que no pueda haber identidad individual fuera de una cultural societal,

---

<sup>428</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural* (traducción de CASTELLS AULEDA, C.), Paidós, Barcelona, 1996.

<sup>429</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., p. 112.

<sup>430</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., pp. 128 a 130.

careciendo el individuo de un sentimiento de pertenencia cultural. Por el contrario, mediante el ingreso en una cultura societal las personas tienen acceso a una serie de opciones significativas para organizar su vida, decidirse por un determinado camino de vida buena, discutir sobre las concepciones del bien en la sociedad moderna y afrontar cuestiones acerca de valores y proyectos personales<sup>431</sup>.

A partir de aquí ha quedado demostrada la necesidad de proteger las culturas societales, pero ahora comienza el debate de cómo hacerlo. ¿La protección de estas culturas de las minorías nacionales debe implicar una actuación directa y positiva de las autoridades o, por el contrario, las autoridades deben abstenerse y dejar que en el mercado cultural sean las personas las que elijan la cultura que les identifique? A favor de la segunda opción se alzan los defensores de los principios liberales clásicos que alegan que han de ser los ciudadanos quienes con sus actos elijan la cultura a la que pertenecer, de modo que aquellas que no obtengan el apoyo de la población irán decreciendo paulatinamente hasta desaparecer; en otras palabras, si la cultura está en decadencia, ello es porque algunas personas consideran que ya no merece la pena adherirse a ellas. Así, el Estado no debería interferir con el mercado cultural, ni tampoco fomentar o inhibir la preservación de una cultura determinada, sino que debe comportarse con una actitud de “omisión bienintencionada” a las diferencias étnicas y nacionales. Sin embargo, dice KYMLICKA, tal conducta es falsa ya que el Estado nunca adopta tal omisión o no interferencia sino que sus decisiones sobre lenguas, fronteras internas, festividades públicas o simbología implican inevitablemente reconocer, acomodar y apoyar las necesidades e identidades de determinados grupos étnicos y nacionales y, por lo mismo, perjudica a otros, de modo que la omisión es sólo respecto de unos grupos, los minoritarios precisamente. Estos grupos se ven injustamente perjudicados en el mercado cultural ya que sus opciones culturales son despreciadas por las decisiones públicas. En un contexto tal, el reconocimiento de estos

---

<sup>431</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., p. 150. A partir de estas consideraciones, aceptando que la autonomía individual y la identidad personal están vinculados a la pertenencia a la propia cultura societal, KYMLICKA se propone desarrollar una teoría liberal que integre los derechos de las minorías como derechos diferenciados en función del grupo, que sea coherente con los principios que inspiran el pensamiento liberal (libertad individual, justicia social e igualdad); *vid.*, así, KYMLICKA, W.: “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal” (traducción de COLOM, F.), *Isegoría*, 14 (1996), p. 5). Este sugerente y loable reto intelectual, sin embargo, ya sobrepasa los márgenes de nuestras investigaciones.

grupos y el apoyo político para su supervivencia vendrían a subsanar dicho perjuicio<sup>432</sup>. No es cierto, pues, que todas las culturas societales compiten en igualdad de condiciones en el mercado cultural y que las personas eligen aquellas que ofrecen un mejor horizonte de opciones significativas de vida buena, sino que las culturas mayoritarias apoyadas por las decisiones públicas y políticas, que no son neutrales ni ciegas a la diferencia, parten de una posición de privilegio y de dominio frente a las culturas de las minorías nacionales, por lo que a favor de los miembros de tales grupos deben adoptarse las medidas públicas necesarias, en forma de *derechos diferenciados en función del grupo*, para que puedan mantener su cultura societal, con la que se identifican y sobre cuya base construyen su identidad individual y su autonomía. Como concluye KYMLICKA, los derechos diferenciados en función del grupo, que compensan estas circunstancias desiguales, en uno de los ámbitos en los que la verdadera igualdad exige, no imponen un tratamiento idéntico, sino más bien un tratamiento diferencial que permita acomodar las necesidades diferenciadas<sup>433</sup>.

Sin embargo, la concepción de “cultural societal” propuesta por KYMLICKA provoca suspicacias. En primer lugar, se reprocha que la teoría liberal que postula el canadiense claudique ante el comunitarismo en tanto que el sujeto aparece como mero “portador” de una identidad cultural comunitaria, no siendo ya él quien piensa, decide, valora, sino su cultura, que lo hace a través de él<sup>434</sup>. En segundo lugar y conectado con lo anterior, la base según la cual el valor de una cultura reside en que dota de sentido a la libertad individual y contribuye al desarrollo de la autonomía individual, de donde podría deducirse que en uso de esa libertad y autonomía el individuo debería poder separarse perfectamente de esa cultural societal, resulta difícil de trasladar a la práctica si se interpreta el concepto de “cultural societal” en los términos que propone KYMLICKA<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., pp. 152 y 153.

<sup>433</sup> KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., pp. 160 y 161.

<sup>434</sup> CONTRERAS, F. J.: “Derechos colectivos, libertad individual y mitología multiculturalista en Will Kymlicka”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 142 a 156, especialmente p. 146. También SAUQUILLO, J.: “Totem ...”, p. 304, reprocha que KYMLICKA privilegia a las comunidades por encima del diálogo intersubjetivo que habría de bastar para resolver los problemas que genera la sociedad multicultural

<sup>435</sup> RODRÍGUEZ PALOP, M. E.: “Los intereses colectivos en el discurso de los derechos humanos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 282. La misma autora sostiene en *Claves ...*, op. cit., p. 129, que los individuos no están vinculados absolutamente a sus formas de vida y a sus prácticas culturales.

#### 1.4.1.2 Los movimientos sociales: el reconocimiento de la diferencia. El feminismo de YOUNG y de FRASER

##### 1.4.1.2.1 YOUNG

La importancia de la noción de “reconocimiento” ha alcanzado destacadamente el debate del feminismo. En este marco teórico YOUNG ha sido una preeminente pensadora favorable a la articulación de una teoría de la justicia social que se edificara sobre la base de la política de la diferencia y del reconocimiento de la diferencia, en lugar de descansar en el “paradigma distributivo” en el que se articulaban las pretéritas teorías de la justicia social, pues es un error reducir la justicia social a la distribución<sup>436</sup>. Advierte YOUNG que los modelos distributivos parten de un atomismo social conforme al cual se concibe a los individuos como puntos a los que se asignan proporciones variables de bienes sociales, sin ninguna relación interna entre ellos. Por el contrario, conforme a su concepción de la justicia, la injusticia se produce precisamente debido a distintas formas de opresión (explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia<sup>437</sup>) que afectan a los “grupos sociales”, colectivos de personas que se diferencian de al menos otro grupo en atención a sus formas culturales, prácticas o modos de vida, y que se unen entre ellos por razón de esas afinidades específicas derivadas de experiencias y formas de vida comunes (negros, mujeres, obreros, homosexuales, judíos, discapacitados, ancianos)<sup>438</sup>.

Pero además de la cuestión del ámbito subjetivo de aplicación del modelo de justicia social (grupos sociales en lugar de individuos), YOUNG también se aparta del paradigma distributivo por dos razones. En primer lugar, porque esos modelos de justicia social basados en el paradigma distributivo se centran en la distribución de recursos materiales, ingresos o posiciones de reconocimiento y prestigio, ignorando, ocultando o, al menos, no sometiendo a examen sino aceptando como inamoviblemente dado el contexto institucional en el que dicha distribución tiene lugar. En segundo lugar, el paradigma distributivo no tiene en cuenta que existen en la sociedad contemporánea

---

<sup>436</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia* (traducción de ÁLVAREZ, S.), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, pp. 32 y 33.

<sup>437</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., pp. 86 a 110.

<sup>438</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., p. 77.

otros reclamos de justicia que no se refieren a recursos materiales, sino inmateriales, como derechos, oportunidades o autoestima<sup>439</sup>.

Desacreditado el paradigma distributivo como eje de un modelo de justicia social, propone YOUNG un sistema alternativo que mire hacia la política dado que ésta incluye todos los aspectos de la organización institucional, la acción pública, las prácticas y los hábitos sociales, y los significados culturales<sup>440</sup>. Y concretamente, hacia las políticas de la diferencia que reconocen afirmativamente las especificidades del grupo calificando como valiosas sus experiencias, culturas, contribuciones y formas de vida<sup>441</sup>.

#### 1.4.1.2.2 FRASER

Compartiendo la utilidad del concepto de “reconocimiento” encontramos a otra reconocida feminista, FRASER. Al igual que YOUNG, también FRASER considera que el contexto institucional es un elemento fundamental que influye en la distribución desigual de bienes entre las personas. Existen unas las instituciones sociales que perpetúan determinados patrones institucionalizados de valores culturales normativos, consecuencia de lo cual se niega a los sujetos sometidos a esos patrones el reconocimiento y el estatus merecidos (“reconocimiento erróneo” y “subordinación de estatus”) al ser considerados como inferiores o excluidos<sup>442</sup>. Contra este sistema FRASER propone su “modelo de estatus” que reconoce al individuo como actor en paridad para que participe en la interacción social y defina, desde la *paridad participativa* y en condiciones de *pluralismo de valores*, los valores culturales dominantes y los modifique desinstitucionalizando aquellos valores que impiden la paridad de participación<sup>443</sup>.

La diferencia entre YOUNG y FRASER radica en que la segunda rechaza considerar que las mujeres pueden llegar a constituir un grupo como un colectivo unido

---

<sup>439</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., pp. 33 a 55.

<sup>440</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., p. 62.

<sup>441</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., pp. 292 y 293.

<sup>442</sup> FRASER, N.: “La justicia ...”, op. cit., p. 36.

<sup>443</sup> FRASER, N.: “La justicia ...”, op. cit., pp. 37 y 38.

en razón de una experiencia o una afinidad compartida<sup>444</sup>, y para estos casos las políticas de reconocimiento de la diferencia no son suficientes para lograr el objetivo de la justicia social, sino que es necesario recurrir a las políticas redistributivas. Así, acceden a primer plano las preocupaciones de la teoría de la justicia redistributiva, de ascendencia liberal anglonorteamericana, y las preocupaciones de la filosofía del reconocimiento, que hunde sus orígenes en el idealismo alemán, especialmente hegeliano<sup>445</sup>. Por esta conjunción de intereses podemos hablar de una concepción moral bidimensional de la justicia de FRASER, que integra reconocimiento y redistribución, y que plantea analizar, en el campo de la teoría social, los problemas desde una perspectiva dual e integrada (o “dualismo perspectivista”<sup>446</sup>) conforme a la cual se cuestiona una situación y se la somete al filtro del cumplimiento de exigencias de redistribución y reconocimiento. De esta forma, las luchas sociales conectan con las reivindicaciones de reconocimiento y con los deseos de invertir las injusticias económicas, volviendo la vista a las raíces de la tradición teórica marxista. La propuesta de FRASER integra la lógica económica de mercado que origina distribuciones desiguales y la lógica cultural del reconocimiento conforme a patrones culturales institucionalizados que arroja reconocimientos erróneos<sup>447</sup>.

En su último trabajo “*Escalas de Justicia*” (2008), FRASER introduce una importante novedad que no afecta a su método interpretativo del concepto del reconocimiento, pero que, en tanto influye en su concepción general de una teoría de la justicia, merece alguna atención por nuestra parte. Como hemos descrito, FRASER proponía un marco bifocal que combinara reivindicaciones de redistribución y reivindicaciones de reconocimiento, desde el bien entendido de que no hay reconocimiento sin redistribución, ni redistribución sin reconocimiento.

---

<sup>444</sup> DE LA MAZA SAMHABER, L. M.: “Actualizaciones del concepto hegeliano de reconocimiento”, *Veritas*, 23 (septiembre, 2010), pp. 80 y 81.

<sup>445</sup> FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, pp. 42 y 43.

<sup>446</sup> FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, pp. 63, 64, 68, y 69. La misma en “Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 8 (1996), pp. 34 y ss.

<sup>447</sup> FRASER, N.: “Una deformación que hace imposible el reconocimiento. Réplica a Axel Honneth”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, pp. 160 a 164; la misma en “Redistribución ..., *op. cit.*, pp. 26 y 27; y también en “Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: una respuesta a Judith Butler”, *New Left Review*, 2 (2000), nota al pie nº 5, p. 126.

Sin embargo, algunas críticas formuladas contra este planteamiento<sup>448</sup>, y sobre todo sus propias reflexiones surgidas de la observación de un mundo en continuo cambio, han llevado a esta filósofa a actualizar su marco conceptual e introducir una tercera dimensión. En efecto, FRASER observó que de modo creciente las injusticias se planean a nivel global, con carácter trasfronterizo (asuntos de externalización, temas ambientales, acceso a las drogas farmacéuticas en los países pobres, subsidios a la agricultura en los países ricos, propiedad intelectual<sup>449</sup>), circunstancia que se aviene mal con la tradicional estructura de Estado westfaliano, como unidad política autónoma y soberana, y keynesiano, en tanto que podía planificar su política económica en el ámbito de sus fronteras. Así, frente al “en-marque” de las injusticias a nivel estatal, la globalización ha impuesto por imperativo la necesidad del “des-enmarque”. De esta forma, matiza el tradicional acercamiento a los problemas de injusticia que se habían resuelto con la pregunta del *qué* (redistribución y reconocimiento), y propone preguntarnos el *quién*, aceptando que lo que une a los individuos ante una injusticia no es la ciudadanía compartida, la nacionalidad ni la posesión de una cualidad abstracta de la personalidad, sino “su sujeción conjunta a estructura de gobernación, que establece las normas que rigen su interacción”<sup>450</sup>. Así, dado que la concidadanía ya no es un criterio útil para enmarcar los problemas, sino que debe primar el principio antes enunciado de “todo los sujetos (*“all-subjected principle”*)”, es preciso resolver una tercera clase de injusticias más allá de la economía y la cultura, como hasta ahora entendía FRASER, trasladándonos al ámbito de la política. Y en el campo de la política surge un nuevo conjunto de injusticias relacionadas con la “representación”, que da forma, definitivamente, al enfoque tridimensional: redistribución, reconocimiento y representación<sup>451</sup>. La representación se enfrenta a dos fracturas claras: la “representación fallida ordinaria”, injusticia que se produce dentro del marco del Estado

---

<sup>448</sup> YOUNG, I. M.: “Categorías irregulables: una crítica de la teoría de sistemas duales de Nancy Fraser”, *Utopías, nuestra bandera: revista de debate político*, 177 (1998), pp. 153 y 156, reprochó que el análisis de FRASER examinaba las injusticias dividiéndolas en dos bloques separados y excesivamente rígidos, unas de carácter económico, para las que ofrecía la fórmula de la redistribución, y otras de índole cultural, a las que recetaba el reconocimiento, ignorando sin embargo que hay otras luchas que quedan excluidas en este análisis dicotómico. Achaca, en definitiva, la falta de referencias de FRASER a la *política* como tercer orden donde se plantean injusticias no atendidas hasta ahora. Esta crítica a FRASER es coherente con la propia propuesta de YOUNG: precisamente la política (de la diferencia) era el marco donde se planteaban las medidas de reconocimiento que defendía YOUNG. *Vid.*, así, YOUNG, I. M.: *La justicia* ..., op. cit., p. 62

<sup>449</sup> FRASER, N.: *Escalas de Justicia* (traducción de MARTÍNEZ RIU, A.), Herder, Barcelona, 2008, p. 34.

<sup>450</sup> FRASER, N.: *Escalas* ..., op. cit., pp. 126 y 127.

<sup>451</sup> FRASER, N.: *Escalas* ..., op. cit., pp. 114 y 115.

de Derecho con algunos ciudadanos que sólo lo son formalmente o, en el peor de los casos, se les considera legalmente como pseudociudadanos, y “la representación fallida absoluta”, que afecta, más allá de las fronteras políticas estatales, a otros sujetos humanos que ni siquiera son ciudadanos de segunda, esto es, no gozan de ninguna ciudadanía en absoluto (migrantes, expatriados)..

#### 1.4.1.3 El reconocimiento en la Teoría de la Crítica Social de la Escuela de Frankfurt. La Teoría de la acción comunicativa de HABERMAS y la Teoría del reconocimiento de HONNETH

La Teoría de la Crítica Social nació alrededor del Instituto de Investigación Social (“*Institut für Sozialforschung*”), con sede en Frankfurt, en 1923 con la intención de emprender un análisis de la filosofía y de las ciencias sociales con una vocación teórica y práctica. Cuando HORKHEIMER asumió la dirección del Instituto en 1931 y creó un año después la “Revista de Investigación Social” (“*Zeitschrift für Sozialforschung*”), la Escuela adoptó su orientación definitiva hacia una interpretación y actualización de la tradición de la teoría marxista aplicada al nuevo orden económico capitalista y a la sociedad de masas, sobre la base de que toda tarea intelectual de exégesis de la realidad social no puede realizarse desde una perspectiva neutral o “libre de valoración”, sino que todo está construido socialmente y como tal, determinado por el concreto marco histórico-social<sup>452</sup>. Siguiendo al actual Director gerente del *Institut*, HONNETH, la Teoría de la Crítica Social recoge el programa original de la Escuela de Frankfurt y la tradición de la izquierda *hegeliana*, al servicio de una “crítica normativa tal que al mismo tiempo es capaz de informar sobre la instancia precientífica en que se encuentra arraigado de modo extrateórico su propio punto de vista crítico en cuanto interés empírico o experiencia moral”<sup>453</sup>. Como reacción frente a la teoría tradicional pura y el positivismo, se recupera el pensamiento de MARX y de HEGEL, entre otros. Precisamente, el recobrado protagonismo de conceptos hegelianos posee notable interés

---

<sup>452</sup> FRANKENBEERG, G.: “Teoría Crítica”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 17 (2011), p. 68.

<sup>453</sup> *Vid.*, así, HONNETH, A.: *Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea* (edición de LEIVA, G., e Introducción de MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M.), Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 250. Esto advertido, el propio HONNETH admite que la tarea interdisciplinar de diagnóstico crítico de la realidad social, ya no existe. Del programa original de la Escuela, señala HONNETH, A.: *La sociedad ...*, op. cit., p. 127, ya sólo queda la tradición del hegelianismo de izquierdas.



para nuestra investigación, en la medida en que en el seno de la Escuela de Frankfurt la noción de reconocimiento ha recibido sugerentes desarrollos teóricos de la mano de dos destacados representantes de la teoría de la crítica social: HABERMAS y HONNETH.

#### 1.4.1.3.1 HABERMAS

HABERMAS emplea la noción de reconocimiento en dos órdenes distintos. Por una parte, el reconocimiento despliega una importancia capital en el marco de la célebre teoría de la acción comunicativa planteada por este filósofo alemán. HABERMAS, principal representante de la segunda generación de la Escuela de Frankfurt, concede un rejuvenecido impulso y vigor a la Teoría de la Crítica Social, que había caído en una línea intelectual de trabajo de cierto pesimismo y negativismo tras los últimos trabajos de ADORNO, sustituyendo el paradigma marxista de la producción por el paradigma *habermasiano* de la acción comunicativa; El cambio generacional trae consigo un cambio de perspectiva conforme al cual si para la primera fase de la Escuela, las relaciones capitalistas de producción que imponían a la capacidad humana de trabajar límites injustificables, ahora lo serán las relaciones sociales de comunicación afectadas por restricciones sociales y cognitivas las que ataquen el potencial emancipatorio del entendimiento intersubjetivo<sup>454</sup> y, por lo tanto, serán el enemigo que batir a fin de establecer relaciones de entendimiento libres de dominio. La razón comunicativa surge del medio lingüístico, del lenguaje, y no busca explicar la orientación moral de un individuo a la hora de realizar una acción, sino que procura alcanzar el entendimiento intersubjetivo mutuo mediante la creación de un proceso de argumentación condicionado en el que se parta del reconocimiento intersubjetivo, esto es, del respeto de la particularidad e igualdad de todos, de la suposición de la capacidad de los destinatarios de responder de sus actos, es decir, de su autonomía y veracidad en tanto que son personas reales y poseen una voluntad propia e indelegable, tanto frente a sí

---

<sup>454</sup> HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 134 y 135.

mismos como frente a los demás<sup>455</sup>. La acción comunicativa es una acción orientada al entendimiento (“*verständigungsorientiertes Handeln*”)<sup>456</sup>.

Efectivamente, una de las condiciones o presupuestos previos para el correcto desarrollo del procedimiento argumentativo es el reconocimiento mutuo o recíproco de los participantes en la comunicación como personas libres e iguales; esas relaciones de reconocimiento mutuo contribuyen a la definición de las identidades respectivas que se estabilizan mutuamente, pues nadie puede afirmar su identidad por sí sola<sup>457</sup>. Para sostener la necesidad del reconocimiento mutuo o recíproco como condición o presupuesto habilitante para que se desarrolle el entendimiento a través de la acción comunicativa en el marco de un proceso argumentativo, HABERMAS parte de las ideas de TUGENDHAT sobre la “consideración” entendida como estima o aprecio que sentimos hacia una persona que ejemplifica bien las propiedades que moralmente nos exigimos unos a otros; y lo opuesto a esta forma de consideración sería el desprecio. Estimamos a alguien por su capacidad de orientar su actuar por pretensiones normativas de validez de una comunidad cualquiera, fundada en la estima recíproca<sup>458</sup>. Cuando el individuo recibe la estima, adquiere el estatus de “miembro de una comunidad” y en este instante alcanza su autocomprensión y es reconocido como tal, de donde se observa que la autocomprensión está tan fuertemente entretejida con la identidad social que puede afirmarse que las relaciones incondicionadas de estima recíproca que las personas se tributan unas a otras son tan primigenias, originales e imprescindibles como el fenómeno de la propia estima. El propio yo, la propia identidad es el resultado de un proceso de socialización que por su parte presupone ya la estructura de relaciones de reconocimiento recíproco<sup>459</sup>.

El fenómeno de la autocomprensión, de la adquisición del estatus de “miembro de la comunidad”, de la constatación, en definitiva, del reconocimiento recíproco, se

---

<sup>455</sup> HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (introducción y traducción, sobre la 4ª ed. revisada, de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Trotta, Madrid, 1998, p. 66. El mismo en *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000, pp. 124 y 162.

<sup>456</sup> HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa. I Racionalidad de la acción y racionalización social* (versión castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Taurus Alafuara, Madrid, 1988, pp. 376 a 378.

<sup>457</sup> HABERMAS, J.: *Aclaraciones ...*, op. cit., p. 19.

<sup>458</sup> HABERMAS, J.: *Aclaraciones ...*, op. cit., pp. 158 y 159.

<sup>459</sup> HABERMAS, J.: *Aclaraciones ...*, op. cit., pp. 156 y 157.

proyecta también en el orden social multicultural en el que es preciso integrar los discursos éticos-políticos de autocomprensión de las distintas formas de vida cultural, cada una de las cuales merece su reconocimiento. Señala HABERMAS que los movimientos feministas, de integración étnica y racial, así como otros conectados con reivindicaciones nacionales y culturales, afrontan luchas por el reconocimiento de sus identidades colectivas, ofreciendo resistencia frente a la opresión de la cultura mayoritaria<sup>460</sup>, y procuran insertar sus discursos éticos-políticos de autocomprensión a fin de alterar el marco de convivencia homogéneo dominante y los parámetros decisorios, para conformar su sociedad distinta (“*distinctive society*”)<sup>461</sup>, de forma que una sociedad culturalmente homogénea transita hacia una “sociedad multicultural”<sup>462</sup>. Al mismo tiempo, la entrada del discurso ético-político de estos colectivos que han de participar en la discusión comunitaria no sólo enriquece el marco de convivencia general, sino que también fortalece el propio discurso ético-político de estos colectivos concretos en la medida en que los integrantes de estas comunidades tienen la posibilidad de contrastar y confrontar su propia cultura heredada, buscando su transformación y renovación, de forma que cada una de esas formas de vida debe gozar del reconocimiento recíproco que les corresponde (y que les corresponde también a sus miembros) para ser considerada contendiente de una disputa civilizada<sup>463</sup>.

#### 1.4.1.3.2 HONNETH

Por último nos referimos a la Teoría del Reconocimiento del filósofo alemán A. HONNETH, Director del Instituto de Investigación Social desde 2001. Su proyecto aspira a revitalizar la teoría crítica marxista a través de la teoría del reconocimiento recíproco, a partir de una concepción moral de los individuos como sujetos morales que se relacionan consigo mismos y con los demás. La teoría del reconocimiento es, en última instancia, una teoría de la justicia que pretende prevenir la *humillación* y el *desprecio* sobre la base de que la *dignidad* y el *respeto* de los individuos y de los grupos son hoy las categorías centrales de nuestro concepto de justicia y del discurso ético-

---

<sup>460</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política* (traducción de VELASCO ARROYO, C. y VILAR ROCA, G.), Paidós Ibérica, Barcelona, 1999, p. 198.

<sup>461</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, op. cit., pp. 206 y 207.

<sup>462</sup> HABERMAS, J.: *La ética del discurso y la cuestión de la verdad* (traducción de VILÁ VERNIS, R.), Paidós, Barcelona, 2003, p. 56.

<sup>463</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, op. cit., pp. 211 a 213.

político. Y pretende alcanzar estas metas integrando en su análisis y en su marco teórico las reivindicaciones redistributivas tradicionales de la crítica marxista<sup>464</sup>.

El “elemento precientífico” de la teoría del reconocimiento es, pues, que los individuos aspiran a recibir el reconocimiento social de sus semejantes en atención a sus desempeños morales porque son personas morales, y por ello desarrollan una expectativa recíproca de obtención de dicho reconocimiento; en otras palabras: existen unas expectativas normativas previas con respecto a los otros miembros de la sociedad<sup>465</sup>. Las investigaciones históricas y sociológicas han constatado que las capas sociales bajas elevan su voz y protestan ante las violaciones de ideas de justicia de las que derivan expectativas de respeto de su dignidad, su integridad y su honor, de donde puede afirmarse que las expectativas normativas en la vida cotidiana de los individuos se orientan a la adquisición de reconocimiento social<sup>466</sup>. La influencia en HONNETH de la noción de reconocimiento de HEGEL se completa con la interpretación de este término desde el prisma de la psicología social de MEAD, que somete la construcción teórico-conceptual del reconocimiento hegeliano a la fenomenología empíricamente controlada de las formas de reconocimiento para probar la validez de esa concepción, observando que los individuos extraen pautas de comportamiento o normas de acción a partir de la generalización de las expectativas de comportamiento de todos los miembros de la sociedad, y a partir de ahí el individuo comprende conforme a qué expectativas puede legítimamente orientarse en las interacciones normativamente reguladas de su

---

<sup>464</sup> FRASER, por el contrario, cree que no lo logra. La filósofa feminista alega que su modelo permite no olvidar las reclamaciones de redistribución material, inherentes a las corrientes marxistas, las cuales, por el contrario, parecen desaparecer de los planteamientos de los defensores de la teoría del reconocimiento, especialmente HONNETH (*vid.*, así, FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, pp. 60 y 61, nota al pie nº 59). Sin embargo, en unos de sus últimos trabajos, HONNETH, A.: *Reconocimiento* ..., *op. cit.*, pp. 40 a 44, defiende convincentemente que su modelo monista del reconocimiento no desatiende las cuestiones de la redistribución material, sino que se hallan integradas en él, como tendremos ocasión de comprobar en el análisis siguiente de la teoría del filósofo alemán.

Ocasionalmente, YOUNG también ha coincidido apuntando esta debilidad, aunque personalizándola en TAYLOR: pareciera que a veces TAYLOR toma el reconocimiento cultural como fin en sí mismo, como si acaso pudiese establecer una distinción clara entre cuestiones multiculturales y aspectos económicos de distribución y división del trabajo (*vid.*, así, YOUNG, I. M.: “Categorías ..., *op. cit.*, 156).

<sup>465</sup> HONNETH, A.: “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006, pp. 101 a 103.

<sup>466</sup> HONNETH, A.: *La sociedad* ..., *op. cit.*, p. 136 y 137.

entorno<sup>467</sup>. Así, el ser humano obtiene conciencia de sí mismo a medida que aprende a percibir su propio actuar a partir de la perspectiva simbólicamente representativa de una segunda persona, lo que conecta con las ideas de reconocimiento y con la necesidad de las relaciones dialógicas. En el marco de las relaciones de reconocimiento intersubjetivas nace la individualidad o subjetividad, es decir, la intersubjetividad es anterior a la subjetividad<sup>468</sup>. Nuevamente encontramos la huella de la obra de HEGEL en este tramo en el que diría que “el individuo se da realidad sólo en cuanto entra en la *existencia* en general, por ende, en la *particularidad determinada*”<sup>469</sup>; y ahora también evocamos a FICHTE cuando sostenía que “el hombre solamente es hombre entre los hombres”<sup>470</sup>.

Si se sigue consecutivamente esta secuencia argumental se entiende que se rompen esas expectativas cuando el individuo no recibe el reconocimiento merecido o esperado; entonces, la ausencia de reconocimiento provoca en el sujeto el sentimiento de desprecio social, se destruye un aspecto de su comprensión de sí mismo, con lo que sufre la relación positiva de la persona consigo mismo<sup>471</sup>. En la teoría de HONNETH las referencias a las violaciones del reconocimiento son numerosas: el desprecio, como el *negativo* o el reverso del reconocimiento, ilustra mejor la realidad que pretende describirse, porque, efectivamente, en ocasiones es más sencillo describir una realidad haciendo que emerja a los sentidos a través de su lesión o violación<sup>472</sup>.

La relación positiva del individuo consigo mismo, el reconocimiento, puede ser de tres clases, dependiendo del ámbito en que se construya esa relación de reconocimiento (relaciones afectivas -amor-, ley -derecho- y sociedad -solidaridad-). En

<sup>467</sup> HONNETH, A.: *La lucha por el reconocimiento, Por una gramática moral de los conflictos sociales* (traducción castellana de BALLESTERO, M.), Crítica, Barcelona, 1997, p. 98.

<sup>468</sup> FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, p. 20.

<sup>469</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (edición ILTING, K. H. y DÍAZ, C.), Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993, p. 638.

<sup>470</sup> FICHTE, J. G.: *Fundamento del derecho natural: según los principios de la doctrina de la ciencia* (estudio introductorio de VILLACANAÑAS BERLANGA, J.; traducción de BERLANGA, J. L., RAMOS VARELA, M., ONCINA COVES, F. *et al*), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 39.

<sup>471</sup> HONNETH, A.: *Crítica ...*, *op. cit.*, pp. 262, 318 y 319. En otras palabras lo expresa el mismo en “Redistribución ..., *op. cit.*, p. 103: el descontento social, el sufrimiento, el desprecio es la frustración o violación de las expectativas normativas de la sociedad.

<sup>472</sup> Estas consideraciones le han valido a HONNETH la atribución a su teoría de un “giro negativista”, a base de su recurso a conceptos como “invisibilidad, cosificación, patologías sociales o desprecio” (todos ellos, la otra cara de la moneda de de la visibilidad, el tratamiento del ser humano como fin en sí mismo, la normalidad social y el reconocimiento, respectivamente), con lo que el filósofo alemán está de acuerdo: *vid.*, así, HONNETH, A.: *La sociedad ...*, *op. cit.*, pp. 42 y 43.

este punto la influencia del pensamiento de HEGEL sobre HONNETH es palpable. Por lo mismo, tres son también las clases de desprecio que puede sufrir el individuo, cada una correspondiente a la destrucción o ruptura de una clase de reconocimiento, que es tanto más grave cuanto más elemental es el tipo de relación consigo mismo que el desprecio perjudica o destruye. Primeramente, encontramos la relación de reconocimiento denominada “confianza en sí mismo” o “autoconfianza” (“*Selbstvertrauen*”), es decir, “la actitud positiva que el individuo puede adoptar hacia su propia persona cuando experimenta la inclinación emocional derivada de ver sus necesidades y afectos validados, satisfechos y correspondidos”. El desprecio en este nivel se correspondería con la violación, la retirada violenta de las posibilidades de libre disposición del propio cuerpo, con los intentos de apoderarse del cuerpo de otra persona contra su voluntad ante los que la víctima se sienta indefensa, lesionándose la confianza, aprendida en el amor, en la capacidad de coordinación autónoma del cuerpo<sup>473</sup>.

La segunda relación de reconocimiento se plantea en el orden del derecho y sería el reconocimiento jurídico de la sociedad hacia el individuo, fruto de la cual éste adquiere “autorrespeto” (“*Selbstachtung*”), esto es, “la actitud positiva que un individuo puede adoptar hacia sí mismo cuando observa que los otros le imputan o atribuyen la condición moral de persona jurídica de pleno valor, titular de los mismos derechos que los demás participantes en la interacción social”. Cuando afirma que el segundo nivel de reconocimiento implica considerar a la persona como un integrante pleno de la comunidad, consciente de sus responsabilidades morales y de sus derechos, ello supone también la atribución de derechos sociales y de la parte correspondiente de bienes materiales con lo que poder participar realmente y en condiciones de igualdad en el proceso democrático de construcción pública de la comunidad de derecho. Quiebra esa relación positiva con uno mismo del autorrespeto como consecuencia de la desposesión o sustracción de los derechos y pretensiones individuales que el individuo puede legítimamente reclamar como miembro plenamente valioso de una comunidad, en tanto que sujeto de interacción moralmente igual y plenamente valioso<sup>474</sup>.

---

<sup>473</sup> HONNETH, A.: *Reconocimiento ...*, op. cit., pp. 24 y 25; y el mismo en *La lucha ...*, op. cit., pp. 161 y 162.

<sup>474</sup> HONNETH, A.: *Reconocimiento ...*, op. cit., pp. 26 y 27; el mismo en *La lucha ...*, op. cit., pp. 162 y 163  
840

Más allá de la dedicación afectiva y del reconocimiento jurídico, es la tercera relación con uno mismo y el reconocimiento de ella derivada, la que concentra la atención de HONNETH: los seres humanos necesitan una valoración social que les permita referirse positivamente a sus facultades y cualidades. Frente al reconocimiento jurídico que expresa una propiedad general y universalizable en cuanto la poseen los hombres de manera coincidente, es la valoración social de cada uno la que determina las particularidades por las que cada hombre se caracteriza en sus diferencias personales, en sus especificidades individuales, que lo hacen único e irremplazable, y que le auto confirman éticamente porque se identifica con sus cualidades<sup>475</sup>. Pero el reconocimiento en este tercer nivel no sólo refuerza el perfil ético del individuo y le confirma lo correcto de su elección vital, sino que además contribuye también al objetivo de la redistribución, teniendo presente lo siguiente: la distribución de los bienes materiales se lleva a cabo en función del grado de apreciación social de que disfrutan los grupos sociales conforme al “dispositivo socio cultural” dominante o institucionalizado: si la actividad desarrollada por ese grupo es socialmente juzgada como necesaria y valiosa, entonces el grupo estará legitimado para exigir su participación correspondiente en la distribución material. De esta forma, la lucha por el reconocimiento integra en su núcleo la lucha por la distribución.<sup>476</sup>

La actitud positiva que el individuo toma consigo mismo como consecuencia de la aprobación solidaria y la apreciación de las capacidades y formas de vida por él desarrolladas se denomina “autoestima”. Por lo mismo, se ataca a este “sentimiento de valer” cuando se denostan las capacidades de una persona y se le priva de reconocimiento o apreciación social, como sucede con el no saludar o el caso grave de

---

<sup>475</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., p. 149; el mismo en *Reconocimiento ...*, op. cit., pp. 27 a 29.

<sup>476</sup> HONNETH, A.: *Reconocimiento...*, op. cit., pp. 40 a 44. Como acabamos de reflejar, tanto en el tercer nivel de reconocimiento como antes en el segundo nivel, la teoría de HONNETH consigue integrar las reivindicaciones de redistribución de bienes, fundamentales en la tradición de la teoría crítica marxista de la Escuela de Frankfurt. Así, hace frente a las invectivas que le formulan algunos de sus críticos (particularmente, FRASER) por arrinconar las aspiraciones marxistas bajo la nueva moda del reconocimiento. Incluso YOUNG, que como apuntamos antes también había advertido en ocasiones la obsesión por las reivindicaciones de reconocimiento cultural, termina declarando que no es cierto que los teóricos y las corrientes intelectuales de izquierda que participan en los debates sobre la identidad cultural de grupos y el reconocimiento dejen a un lado las reivindicaciones de distribución de recursos y de desigualdad económica, sino que, muy al contrario, tales propuestas, interpreta YOUNG, tienen puesta la vista en la justicia política y económica, apuntando hacia una convergencia de la redistribución y el reconocimiento coherente con los nuevos postulados de la Nueva Izquierda. *Vid.*, así, YOUNG, I. M.: “Categorías ...”, op. cit., p. 148.

la estigmatización. El menosprecio o desprecio del modo de vida individual se manifiesta a través de la “injuria” o “deshonra”<sup>477</sup>.

El desprecio que se produce en el orden social, negando el reconocimiento o apreciación social y rompiendo las relaciones de solidaridad, está cargado de significado para el sujeto *despreciado* o *no reconocido*. En esa situación, el individuo entiende que su forma singular de vida y su modo de conducción son poco valioso o presentan insuficiencias, enjuiciados desde la perspectiva de los valores sociales dominantes, por lo que el sujeto no puede atribuir valor social a sus capacidades ni recibir el reconocimiento de la exhortación recíproca. A raíz de esto, asume que la comunidad no atribuye significación positiva a su modo de vivir porque lo desvalora, sufriendo así una “pérdida de autoestima personal” y de la oportunidad de poder entenderse como un ente estimado en sus capacidades y cualidades particulares”. En fin, carece de la “aquiescencia social a su modo de autorrealización”. Como consecuencia de la ausencia de reconocimiento social, el individuo experimenta un sentimiento de desprecio que penetra en su psicología y desencadena una lucha por el reconocimiento que HONNETH describe de este modo: “toda reacción negativa de sentimiento que penetra con la experiencia de un desprecio de las pretensiones de reconocimiento contiene en sí de nuevo la posibilidad de que al sujeto concernido se le manifieste la injusticia que se le hace y se convierta en motivo de resistencia política”<sup>478</sup>.

A partir de esa lucha por el reconocimiento emprendida individualmente por cada sujeto, pueden superarse las fronteras subjetivas, y estudiar si ese concepto se puede trasladar a un orden superior y ser utilizado en el marco de una teoría social. HONNETH llega a la conclusión de que sí: mientras en la relación con uno mismo del amor no puede concebirse como una experiencia moral que pueda conducir a la formación de conflictos sociales, las relaciones de derecho y de valorización social, por el contrario, delimitan un espacio para los conflictos sociales porque están orientadas por criterios sociales generalizados, por algo por lo que los otros sujetos también pueden ser concernidos. Así, las experiencias individuales de menosprecio pueden entenderse como vivencias-clave de todo un grupo e impulsar exigencias colectivas de

---

<sup>477</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., p. 163; el mismo en *Crítica ...*, op. cit., p. 322.

<sup>478</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 163, 164 y 169.



reconocimiento. Para que nazcan tales exigencias en un caldo de “resistencia colectiva” es preciso que exista una *semántica colectiva* que permita que las experiencias individuales de decepción o desprecio alcancen no sólo al yo individual, sino a un grupo de otros sujetos<sup>479</sup>.

En el ser humano convive una parte impulsiva, creadora, trasgresora que no se conforma con la mera adaptación a las normas sociales de actuación, sino que aspira a ir más allá, extendiendo los márgenes de su individualidad. El “yo” empuja ininterrumpidamente a sobrepasar los límites de las normas encarnadas en el otro generalizado”. Pretende la “liberación de la individualidad” y un incremento de la autonomía personal. La *lucha por el reconocimiento* deja de ser una cuestión que interesa sólo al propio ciudadano preocupado por la falta de reconocimiento, para convertirse en una lucha por el reconocimiento de aquellos individuos que comparten los rasgos de identidad que son desvalorados socialmente, aquellos que no encuentran encaje en la jerarquía de valores sociales dominantes porque no forman parte de esa semántica colectiva. Cuando esta lucha termina con la obtención de nuevos derechos y las expectativas reclamadas, la comunidad crece socialmente y se extiende porque ha reconocido a nuevos miembros como personas de derecho<sup>480</sup>. Todo, en definitiva, se sustancia en una *lucha permanente o conflicto cultural duradero* en el que los diferentes grupos, con los medios simbólicos de la fuerza, intentan lanzar a objetivos generales el valor de las capacidades ligadas a su modo de vida, lo que evidencia que los “presupuestos de vida satisfactoria” o los valores sociales dominantes poseen una dimensión históricamente variable, esto es, están sujetos a las transformaciones históricas. Y aquí explica muy bien HONNETH que “cuanto más fuertemente consiguen los movimientos sociales llamar la atención de la opinión pública sobre la significación desdeñada de las cualidades y capacidades colectivamente representadas por ellos, tanto más pronto existe para ellos la oportunidad de elevar el valor social o la consideración de sus miembros en el seno de la sociedad<sup>481</sup>”.

---

<sup>479</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 196, 197y 205 (“semánticas subculturales en las que se encuentra un lenguaje común para tales sentimientos de injusticia”).

<sup>480</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 106 y 107.

<sup>481</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 155 y 156. Aunque sobre esta cuestión, también advierte HONNETH del peligro de sólo atender a aquellos movimientos sociales que han hecho una buena política publicitaria en los medios de comunicación de masas, y olvidarnos de otras experiencias de sufrimiento que todavía no son visibles en la esfera político-público-burguesa pero existen igualmente. *Vid.*, así, HONNETH, A.: “Redistribución ...”, op. cit., p. 93.

### 1.4.2 Propuesta de bien jurídico honor

Adoptar una postura sobre la concepción del bien jurídico honor es, por desgracia, mucho más difícil que tomar sencillamente parte a favor de alguna de las concepciones que modernamente se defienden. El honor es un producto de la historia y en la historia están las soluciones para poder definir el honor. Ningún bien jurídico, y menos aún el honor, puede construirse sobre el aire. El honor es un valor cambiante, un ideal social que como una roca en el curso de un río, ha sido constante y paulatinamente erosionada por el agua que la acariciaba. En el estudio de la historia de la sociedad y del pensamiento hemos encontrado las claves que configuran el honor y que nos servirán para darle su nueva forma como bien jurídico-penal.

Como hemos dicho, el honor es un concepto que trasciende. Por ser uno de los valores personalísimos más importantes, su definición y su contenido entroncan con lo más íntimo y básico del ser humano, su dignidad, y con sus aspiraciones y su lugar en la sociedad. Creemos que es difícil plantear una concepción del bien jurídico honor si no se trenza con una determinada filosofía que le sirva de edificio. Por consiguiente, el bien jurídico honor debe ser definido, inicialmente, en un *marco filosófico*. Dice SALVADOR CODERCH que hay que proponer una interpretación del honor “que los ciudadanos entiendan”, en lugar de postular un valor y derivar, a continuación, de él consecuencias normativas específicas. Por ello rechaza las que llama *concepciones normativas idealistas o valorativas* que se refieren a entidades legales como valores trascendentes o normas no dadas por ningún legislador histórico o actual<sup>482</sup>. Podría parecer que nuestro modo de proceder es uno de los aludidos y de los criticados por el profesor SALVADOR CODERCH. Nosotros, por el contrario, entendemos lógica y

---

En la concepción de HONNETH los dos términos del binomio “*lucha por el reconocimiento*” tiene la misma importancia, aunque pudiera parecer que el *reconocimiento*, como construcción filosófica, ha desplazado a la *lucha*, como referencia a la sociología y a los conflictos sociales. Con su conexión bajo la cláusula “*lucha por el reconocimiento*”, pretende HONNETH (así lo advierte en HONNETH, A.: *La sociedad ...*, op. cit., p. 40), vincular la filosofía y la sociología en tanto parece que la sociología ha sido desposeída de su núcleo filosófico-normativo y la filosofía ha perdido su contacto con el análisis de la sociedad.

<sup>482</sup> SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción. Difamación y libertad de expresión”, SALVADOR CODERCH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 56 a 61. Parece que RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, p. 101, nota al pie nº 138, comparte este proceder argumental de SALVADOR CODERCH, consistente en construir un concepto normativo de honor anclado en los contenidos mínimos en materia de honor que suministra el derecho positivo, apartándonos así de las entidades abstractas o las normas no puestas por el legislador.

fundada nuestra metodología. No se trata de inventar ni imponer realidades o valores trascendentes *ex novo* y a partir de ahí crear, forzando o violentando la regulación existente, un régimen jurídico de tutela del honor compatible con calzador con nuestra concepción. Por supuesto que no. Se trata de sumergirnos en las distintas ramas del ordenamiento, en la filosofía, en la historia, en la sociología y en la psicología para extraer elementos que nos permitan formular un concepto de honor y una vez se cuente con él, si es razonable y se confía en sus virtudes, entonces el régimen jurídico surgirá sólo, como consecuencia del concepto elaborado. Y se critica que trabajemos sobre consideraciones que no han sido dadas por ningún legislador, ni histórico ni actual. Eso es cierto, no lo escondemos; la pregunta es ¿por qué debería ser malo que no partamos de conceptos legales? ¿es obligatorio trabajar con el concepto que nos ofreció el legislador histórico? Sin duda será una referencia, pero no nos ata. Precisamente por ello, en esta investigación hemos intentado rastrear en la idea del honor sus orígenes, intentando comprender sus condicionantes sociales y culturales, aquellos que le han ido dando forma

Dicho esto, después del enclave filosófico de nuestra propuesta, debemos profundizar más, porque somos juristas y hemos asumido el propósito de diseñar de la mejor forma posible un mecanismo de protección jurídica del honor, convirtiéndolo en una pretensión de derecho respaldada por el ejercicio de acciones judiciales para su defensa. Es preciso, por consiguiente, definir el honor en un *marco jurídico* que lo ubique dentro del catálogo de derechos humanos y derechos fundamentales, que lo fundamente como derivado del basamento de todo el sistema jurídico de derechos y libertades, formado por la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, así como por los valores superiores del ordenamiento: igualdad, libertad y pluralismo. Y, en última instancia, somos penalistas. Como sostiene MIR PUIG, no todo bien jurídico merece automáticamente la consideración de bien jurídico-penal tutelable a través de las normas penales<sup>483</sup>. Por tanto, deberemos definir el *marco jurídico-penal* en el que expliquemos las causas que justifican la protección jurídico-penal del bien jurídico honor. Se trata, en definitiva, de una tarea secuencial en la que procederemos de lo general a lo particular, consecutivamente.

---

<sup>483</sup> MIR PUIG, S.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 205.

Este estudio por fases también nos ofrecerá la posibilidad de contrastar sucesivamente las teorías que se han propuesto por la doctrina para definir el bien jurídico honor; así, al hilo de nuestras reflexiones filosóficas, jurídicas y jurídico-penales afrontaremos las alternativas planteadas y procuraremos poner de manifiesto las debilidades que a nuestro juicio presentan y que justifican nuestro esfuerzo por ofrecer una propuesta de intelección del bien jurídico honor que las haga frente.

#### 1.4.2.1 Marco filosófico

El individuo sólo es individuo cuando se muestra ante los demás y desarrolla su personalidad conforme al modo de vida y de conducción que libremente ha elegido, como expresión de su autonomía personal. Y cuando los demás reconocen al individuo y muestran respeto por las elecciones vitales por él mostradas, éste nace socialmente, ahora como constructo social. A partir del reconocimiento de cada individuo se da forma al entramado de las relaciones sociales y se fortalece el músculo del tejido social, porque con el reconocimiento *no sólo nace el yo en la sociedad, sino que también nace el otro para mí*. De esta forma, el reconocimiento de cada sujeto por parte de los otros, de la comunidad, viene a conceder carta de naturaleza como ser social a cada persona. Sintetiza acertadamente estas reflexiones VALCÁRCEL: “ser individuo, convertirse en individuo, no es una tarea individual. La individualidad es un proceso que surge del reconocimiento”<sup>484</sup>.

En este punto, resulta obligado evocar el origen histórico de la idea del reconocimiento. La obra filosófica de HEGEL elevó el reconocimiento a categoría central. En la tradición *hegeliana*, el reconocimiento era una relación recíproca, simétrica e igualitaria ideal entre sujetos, en la que ambos se ven como iguales y también como separados de sí mismos, y por lo mismo, si uno no reconoce al otro en la interacción tampoco puede verse reconocido como tal en sus reacciones porque al otro le debe las cualidades y facultades en que quiere ser confirmado él mismo. Creemos que estas consideraciones, a pesar de proceder de principios del siglo XIX, tienen plena vigencia. De hecho, representan la mejor explicación ofrecida sobre la necesaria socialidad del ser humano, sobre la indisociabilidad de lo individual y lo social. Si como

---

<sup>484</sup> Vid., VALCÁRCEL, A.: *Sexo ...*, p. 26.

decía FICHTE, “el hombre solamente es hombre entre los hombres”<sup>485</sup>, es porque, a su vez, como sostenía HEGEL, “la autoconciencia es *en y para sí* en cuanto que y porque es en sí y para sí para otra autoconciencia; es decir, sólo es en cuanto se la reconoce”<sup>486</sup>. Es decir, el hombre nace para los demás hombres cuando *reconocen* su esencia o aquello que le define más íntimamente, esto es, su *autoconciencia*.

Las afirmaciones anteriores relativas al reconocimiento son también extensivas al ámbito del honor. El honor no es un constructo psicológico, personal e individual, sino que se construye *dialógicamente*. Esto es evidente no sólo cuando se ataca el honor por parte de otra persona, poniéndose de manifiesto que se necesita a otro sujeto para vulnerar nuestro honor. El carácter dialógico del honor se evidencia, también, en su nacimiento y en su definición. Sin necesidad de profundizar todavía en el contenido de este bien, estaremos de acuerdo que parte de su esencia viene influida por el rol que la comunidad desempeña. El honor es un valor individual, ciertamente, pero necesitamos recurrir a los otros, al entorno y al mundo social que rodea al individuo para dotarle de contenido. Es más, el individuo mismo necesita de los otros para tener conciencia de sí, porque a través de ellos adquiere su autoconciencia. El honor, por consiguiente, nace como resultado de esas relaciones de reconocimiento en las que la individualidad se proyecta en la comunidad. Así, la individualidad y la socialidad quedan trenzadas. El individuo y la sociedad no son dos realidades opuestas y enfrentadas, de modo tal que la liberación de una supone el sometimiento de la otra, sino que se necesitan y se retroalimentan; nacen la una de la otra mutuamente. Son momentos mutuamente constitutivos.

En conexión con lo anterior, nuestra propuesta empieza a tomar ubicación doctrinal dentro de una línea de intelección del honor en el marco de las relaciones de reconocimiento, opción teórica que ha sido una constante de un sector de la doctrina penal, tanto española como extranjera, como puso de manifiesto el estudio de los delitos contra el honor en el derecho comparado. En la doctrina alemana, las concepciones normativas que han seguido el camino de la teoría del reconocimiento han gozado de

---

<sup>485</sup> FICHTE, J. G.: *Fundamento ...*, op. cit., p. 36.

<sup>486</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología del Espíritu* (traducción de ROCES, W., con la colaboración de GUERRA, R.), Fondo de Cultura Económica, México, 1966, pp. 113 y 114.

amplia acogida<sup>487</sup>. Fue WOLFF quien introdujo estas consideraciones tan próximas al pensamiento *hegeliano*: el individuo “se realiza” o “se busca” en conexión con los otros hasta ser reconocido como uno más, de forma que el honor podría definirse como la “individualidad posibilitada, permitida o emanada por las relaciones de reconocimiento”<sup>488</sup>. Para SCHÖßLER el reconocimiento y la aceptación del hombre por los demás eran presupuestos irrenunciables del desarrollo de la identidad y la individualidad en un contexto de vida en sociedad<sup>489</sup>. En la doctrina española BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE también confía su concepción del honor a las relaciones de reconocimiento; entiende que la vida social se construye a partir del entramado de relaciones de reconocimiento que hacen posible el libre desarrollo de la personalidad y que constituyen el contenido del bien jurídico honor<sup>490</sup>.

Tenemos, por una parte, el *elemento precientífico de las relaciones intersubjetivas* de los individuos en la sociedad, de las que surge la autoconciencia de la individualidad, de las particularidades, de las diferencias. Cuando tales relaciones intersubjetivas se entablan en términos positivos aparece el *reconocimiento individual* con el que los miembros de la comunidad encuentran su lugar en el grupo al ser valoradas positivamente las circunstancias que los definen. Reciben, al fin, reconocimiento. Por otra parte, tenemos también que de algún modo este reconocimiento influye en el honor de las personas, le da forma; en cierto sentido, las relaciones de reconocimiento intersubjetivas cobijan en su interior lo que, al salir a la luz, identificaremos con el honor.

Así pues, ante nosotros se presentan dos elementos claramente interconectados, reconocimiento y honor, aunque todavía no hemos hecho emerger el auténtico nexo existente entre ellos, pero ese nexo existe: hay un determinado nivel o una determinada forma de reconocimiento que se identifica con el honor. En el modelo de HONNETH encontramos la solución a esa conexión del reconocimiento y el honor. La teoría del

---

<sup>487</sup> Para un estudio más detallado de las concepciones que se citarán a continuación, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2.

<sup>488</sup> WOLFF, E. A.: “Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichnamigen Buches von H. J. Hirsch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81 (1969), p. 899.

<sup>489</sup> SCHÖßLER, F.: *Anerkennung und Beleidigung. Rechtsgut und Strafzweck des § 185 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997, p. 28.

<sup>490</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, *op. cit.*, pp. 310 y 311; el mismo en *Honor ...*, *op. cit.*, p. 57. Para un estudio más amplio de esta propuesta, *vid. supra* Capítulo V.1.3.2.

reconocimiento de HONNETH representa, a nuestro juicio, el esfuerzo más acabado y perfecto de recuperación del concepto *hegeliano* de reconocimiento y de reinterpretación del mismo a la luz de las circunstancias político-económicas dominantes en una sociedad globalizada sometida a los bruscos movimientos del capitalismo. Consideramos que esta teoría puede constituir, por otra parte, un marco de intelección adecuado del concepto de reconocimiento que ofrezca claves valiosas para nuestra concepción del honor como interés vital y como bien jurídico-penal merecedor de protección. Y es que frente a las otras propuestas ciertamente interesantes que hemos examinado, que emplean el concepto de reconocimiento en el ámbito de las relaciones sociales, la teoría de HONNETH tiene la virtud de desarrollar el contenido del reconocimiento, primeramente, en un plano psicológico, lo cual es sumamente positivo si pretendemos recurrir a estas tesis para nuestras investigaciones sobre el concepto de honor; y acto seguido, traslada las conclusiones al ámbito de las relaciones sociales. O, si se quiere, se puede invertir la dirección de este movimiento afirmando que la ausencia de reconocimiento en el orden de las relaciones sociales produce efectos, a continuación, en el ámbito psicológico del individuo.

En este punto disentimos completamente de la crítica que dirige FRASER al modelo de HONNETH, achacándole precisamente su fuerte “psicologización”; frente a la “falta de reconocimiento” de HONNETH, el “modelo de estatus” de esta autora habla de un “reconocimiento erróneo” que ubica en las relaciones sociales y no en la psicología individual o interpersonal<sup>491</sup>. Contra la observación de FRASER cabe formular, sin embargo, varias puntualizaciones. Primeramente, creemos que el modelo de FRASER no evita tanto como quizá ella quisiera los efectos psicológicos sobre la víctima del reconocimiento erróneo. El modelo de estatus igualmente termina dirigiendo la vista hacia un determinado modo de vida en tanto que si se niega el reconocimiento a un individuo, se le dice que sus cualidades no se ajustan a los valores culturales

---

<sup>491</sup> Esta crítica contra HONNETH es un continuo en la investigación de FRASER; *vid.*, así, FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, p. 38. La misma en otro momento reprocha que HONNETH subordine la teoría social a la psicología moral: *vid.* “Una deformación ..., *op. cit.*, p. 159. Más adelante, en el mismo trabajo, apunta que hay injusticias (como la desigualdad de hombres y mujeres) que se entienden mejor en el terreno social como formas de subordinación enraizadas en el orden de estatus que está imbricado con su estructura económica, en vez de en el terreno psicológico como violaciones de la identidad personal (*op. cit.*, p. 164). O, en fin, podemos concluir recordando a la citada autora en “Heterosexismo ..., *op. cit.*, p. 125, cuando señala que la falta de reconocimiento “es una relación social institucionalizada y no un estado psicológico”.

dominantes para poder ser considerado actor en condiciones de paridad participativa en la interacción social, y la negación de tal posición necesariamente tiene que incidir en el nivel de realización del individuo, en un nivel de psicología individual o personal, debido al sufrimiento que causa saberse no reconocido como actor en condiciones de paridad participativa por tener cualidades que son valoradas como deficientes con arreglo a los valores culturales institucionalizados. Nos parece que la pretendida superficialidad del modelo de estatus en cuanto que sus efectos o señales se proyectan sólo en el plano de las relaciones sociales y no se inmiscuyen en el de la psicología interpersonal, sólo es aparente, pues, en última instancia las consecuencias del reconocimiento erróneo van a terminar filtrándose o penetrando en el plano de las vivencias psíquicas del sujeto, no quedándose meramente en lo social o institucional<sup>492</sup>.

Pero, en segundo lugar, debemos preguntarnos si acaso es conveniente que no haya esa penetración psicológica de la teoría del reconocimiento. La lucha por el reconocimiento en cualquiera de los niveles en que ésta se plantea, encuentra su fuerza motora en el golpe psicológico o la conmoción psicológica que el desprecio provoca al individuo. Antes ya reprodujimos esta reflexión de HONNETH, pero es preciso hacerlo una vez más: “toda reacción negativa de sentimiento que penetra con la experiencia de un desprecio de las pretensiones de reconocimiento contiene en sí de nuevo la posibilidad de que al sujeto concernido se le manifieste la injusticia que se le hace y se convierta en motivo de resistencia política”<sup>493</sup>. Dado que el individuo se comporta de acuerdo a un patrón de observación de las conductas de los otros significativos, de las cuales extrae para sí expectativas de reconocimiento, la falta de reconocimiento cuando debería haberlo recibido impacta en el sujeto causándole rechazo y vergüenza hacia sus propias cualidades, que ahora ve como socialmente disvaliosas. En este estado de acción y reacción, casi catártico, la lucha por el reconocimiento merecido y no recibido, esto es, la reconquista de ese reconocimiento se inicia en el plano psicológico. AMELUNG, que defiende la concepción del honor como bien jurídico-penal bajo la influencia del reconocimiento, describe ese proceso psicológico señalando que la muestra de desprecio que representa un insulto pone en cuestión las habilidades del sujeto, debido a lo cual la

---

<sup>492</sup> Es más, la propia FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, p. 38, admite que el modelo de estatus podría tener esos efectos psicológicos, si bien precisa que, aún en tal caso, el reconocimiento erróneo no depende de los mismos.

<sup>493</sup> HONNETH, A.: *La lucha* ..., *op. cit.*, p. 169.



confianza que tiene en sí mismo para afrontar esa situación y cualquier otra que se plantee en el futuro se resquebraja, sufriendo finalmente un sentimiento de humillación y vergüenza<sup>494</sup>.

Por ello, en conclusión, encontramos adecuado el marco teórico del reconocimiento de HONNETH como teoría normativa que arranca de elementos precientíficos, pues al ser más amplio y tener una vocación más general, aborda el problema del reconocimiento en los dos órdenes en que los puede tener, y de hecho tiene, proyección: el psicológico-individual y el social. La experiencia moral que supone la ausencia de reconocimiento o la experimentación del desprecio cuando las reclamaciones de identidad son ignoradas, constituye un elemento precientífico completamente imprescindible no sólo para la elaboración de una teoría social y moral, sino también para la construcción de una concepción del honor conectado con el reconocimiento, como es nuestro objetivo<sup>495</sup>.

Por último, la vocación general del modelo de HONNETH se refleja en otro aspecto. Con acierto apunta HONNETH que el pretendido alejamiento de FRASER de la psicología interpersonal estrecha el ámbito de aplicación de su modelo de estatus a las circunstancias históricas y sociales. Se convierte, entonces, en un modelo exclusivamente concebido para luchar contra determinadas exclusiones políticas y a favor de determinados movimientos sociales (como el movimiento feminista o por los derechos del colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, a los que la autora ha dedicado un considerable número de trabajos monográficos), mientras que la teoría del reconocimiento de HONNETH prescinde de esa sujeción histórica para “responder a un problema inmanente a la teoría y no una respuesta a tendencias actuales de desarrollo social”<sup>496</sup>.

---

<sup>494</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrebegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 32 a 34. Más ampliamente sobre esta teoría, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2.

<sup>495</sup> También alaban la influencia en la obra de HONNETH de las ciencias de la psicología y el psicoanálisis, HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.: “Conversación con Axel Honneth”, HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011, p. 44.

<sup>496</sup> *Vid.*, así, HONNETH, A.: “Redistribución ...”, *op. cit.*, p. 101.

Volviendo a la noción de reconocimiento de la tradición *hegeliana*, HONNETH sostiene que existen tres clases de reconocimiento que se desarrollan en tres órdenes o entornos distintos. Cada una de estas *relaciones de reconocimiento intersubjetivo* puede quebrarse si el reconocimiento está ausente y se produce una *falta de reconocimiento*, ocasionándose tres clases de *desprecio* que se proyectan sobre distintas capas espirituales del individuo. *Una de esas clases de desprecio creemos que refleja bien lo que puede constituir un ataque al honor.*

Inicialmente nos encontramos con la relación de reconocimiento más básica, original y primigenia que se entabla entre unas personas y otras, y entre las personas consigo mismas cuando experimentan la inclinación emocional derivada de ver sus necesidades, deseos, sensaciones, intenciones y afectos validados, satisfechos y correspondidos. Esta clase de reconocimiento surge en el ámbito afectivo del amor, como diría HEGEL. Hablamos ahora de la “capa de la integridad corporal de una persona” y por lo mismo, el desprecio en este primer nivel tan elemental se manifiesta a través de las formas más salvajes de deshumanización de las relaciones interpersonales como la disposición del cuerpo ajeno contra la voluntad del titular, por ejemplo, en forma de violación, tortura o tráfico de personas. HONNETH ha estudiado con atención esta forma de desprecio y la ha orientado a un fenómeno que fue teorizado originalmente por LUKÁCS: la “reificación”, aquel “proceso cognitivo por el cual algo que en sí no posee condiciones de cosa, es considerado como cosa”. HONNETH reconduce la reificación hacia la teoría del reconocimiento y la define como una negación de la humanidad, como el “olvido del reconocimiento”<sup>497</sup>. El desprecio en este nivel se correspondería con la violación o retirada violenta de las posibilidades de libre disposición del propio cuerpo, con los intentos de apoderarse del cuerpo de otra persona contra su voluntad, ante los que la víctima se siente indefensa, lesionándose la confianza que fue aprendida en el amor y en la capacidad de coordinación autónoma del cuerpo<sup>498</sup>. Al mismo tiempo, las fórmulas del “olvido del reconocimiento” y de la

---

<sup>497</sup> “Perder la capacidad de entender las manifestaciones de la conducta de otras personas directamente como requerimientos a reaccionar por parte de nosotros”, como consecuencia de “dejarnos gobernar por un sistema de convicciones o ideología reificante que impone una negación posterior del reconocimiento original”. *Vid.*, así, HONNETH, A.: *Reificación. Un estudio en la Teoría del Reconocimiento*, Katz, Frankfurt am Main, 2005, pp. 24, 91, 136 y 137. Sobre el desprecio que se produce en este primer nivel, el mismo también en *La lucha ...*, op. cit., pp. 161 y 162, y en *Crítica ...*, op. cit., p. 322.

<sup>498</sup> Para circunscribir el primer nivel de reconocimiento a la dignidad y alejarlo del honor, puede ser interesante el voto particular del magistrado LEGUINA VILLA a la Sentencia del Tribunal

negación de la humanidad, evocan otra célebre fórmula acuñada por KANT según la cual “el hombre es un fin en sí mismo” (“*Zweck an sich selbst*”) y no puede ser considerado como un medio para alcanzar un objetivo ulterior<sup>499</sup>, dado que en tal caso habría sido cosificado, esto es, se habría dado tratamiento de cosa a algo que, en principio, no posee condiciones de cosa, sino cualidades humanas, como sucede, no sólo en los supuestos en que se dispone del cuerpo ajeno contra la voluntad del titular, sino también cuando la persona es patrimonializada como objeto de contratos patrimoniales, cuando es tratada en el ámbito laboral como “mero factor de producción” o “mera fuerza de trabajo”, o cuando es tratada como “mero instrumento de diversión y entretenimiento”<sup>500</sup>. Además, el ser humano pierde todo reconocimiento existencial o elemental y ve atacada su dignidad como consecuencia de estos actos, cualquiera que sea la intención del autor de los mismos, no siendo precisa una intención de humillación o desprecio, cualquiera que sea la voluntad de la víctima<sup>501</sup> y con independencia de si la víctima experimenta o no el sentimiento de ser tratada como si no tuviera dignidad<sup>502</sup>. Si objetivamente se menoscaba el respeto debido a la condición humana, habrá cosificación de la persona, instrumentalización, reificación, en definitiva; en nuestra terminología, estará ausente el reconocimiento en su primer nivel.

Todavía queremos hacer una precisión sobre la ausencia de reconocimiento en este primer nivel. Sucede que en el marco de la teoría del reconocimiento encontramos un argumento útil en contra de aquellas teorías que en la definición del concepto de bien jurídico honor establecen una estrecha conexión entre el honor y la dignidad, hasta el punto de que llegan a identificarlos, como sucede con las teorías estrictamente normativas o estrictamente jurídicas que analizamos en la doctrina penal española<sup>503</sup>.

---

Constitucional 120/1990, de 27 de junio, en el que sostenía que “la dignidad humana podía entenderse como un derecho a que nadie que no sea uno mismo decida e imponga coactivamente lo que haya de hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de muerte”.

<sup>499</sup> KANT, E.: *Crítica de la razón práctica* (traducción de MIÑANA Y VILLAGRASA, E. y GARCÍA MORENTE, M.), 4ª ed., Salamanca, Sígueme, 1998, pp. 111 y 162; el mismo en *Principios Metafísicos del Derecho* (nota preliminar de IZQUIERDO HERNÁNDEZ, J. L.), 2ª ed., Editorial Américal, Buenos Aires, 1974, p. 31.

<sup>500</sup> Esos últimos son supuestos aportados por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad ...*, op. cit., p. 97, después de un estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional en la que se recurre a la fórmula de la “no-instrumentalización”

<sup>501</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 113 y 114.

<sup>502</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 116 (2012), p. 76.

<sup>503</sup> El caso paradigmático es VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., p. 246. Más extensamente *supra* Capítulo V.1.3.3.

Debe rechazarse tal identidad entre honor y dignidad pues no toda acción que ataca al honor lesiona también la dignidad. Ciertamente, la dignidad no admite grados y es igual para todos, empero los ataques a la dignidad, esto es, las violaciones de la dignidad del otro sí son graduables y admiten grados<sup>504</sup>. El ataque a la dignidad es más grave, más profundo, se dirige al núcleo de la existencia, de la esencia de la persona, porque supone una negación de la humanidad del otro que se convierte en víctima de la reificación. Cuando se ataca la dignidad de una persona por tratarla como una cosa, obviando sus cualidades humanas, se olvida el reconocimiento previo que el ser humano merece, simplemente, como tal ser humano. Esto sucede en los más crueles crímenes, como el tráfico de seres humanos, la violación o la tortura, en los que se priva al individuo contra su voluntad de la libre disposición y dominio de su cuerpo. Es cierto que el ataque al honor también es una negación del reconocimiento del individuo y en este sentido, puede hablarse también de un ataque a la dignidad, pero tan sólo en un grado indirecto o mediato, no en vano la “dignidad forma una capa profunda situada detrás de los bienes esenciales de la persona”<sup>505</sup>; esto advertido, no es menos cierto que en el caso de una agresión contra el honor, desde la perspectiva del reconocimiento el ataque se dirige contra un reconocimiento construido en un nivel más alto, no tan elemental como la humanidad o la individualidad, sino una negación de la persona como portadora de cualidades y particularidades valiosas para la comunidad y la praxis común. En este caso se aprecia un ataque contra el honor; en aquellos, un genuino ataque contra la dignidad<sup>506</sup>.

El segundo nivel donde se entablan relaciones intersubjetivas de las que deriva reconocimiento posee menos atención para nosotros. En este ámbito, el individuo que ha sido previamente reconocido como persona, ahora es reconocido como miembro de la comunidad de derecho, con lo que ello conlleva de disposición plena de facultades jurídicas. Cuando se niega el reconocimiento jurídico que todo individuo merece como persona jurídica moralmente imputable y se ignora su condición de sujeto jurídicamente

---

<sup>504</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho penal y dignidad ..., *op. cit.*, pp. 19 a 21.

<sup>505</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho penal y dignidad ..., *op. cit.*, p. 20.

<sup>506</sup> Siguiendo las investigaciones de TAYLOR, también ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases ..., *op. cit.*, p. 9, advierte que desde la revolución burguesa y capitalista, el honor y la dignidad comenzaron caminos de desarrollo paralelos, derivando el honor hacia la reputación y la autoestima, y la dignidad hacia el reconocimiento de lo específicamente humano.

Más adelante proporcionaremos otros argumentos adicionales, de carácter jurídico, en la misma línea contraria a la identificación del honor y la dignidad.

responsable, se le sustraen los derechos que le corresponden y se le aparta como miembro pleno de la comunidad, con el consiguiente efecto de la exclusión social. Como sostiene HONNETH, los ejemplos típicos de este desprecio consistente en la desposesión de derechos son los casos individuales de engaño y de fraude individual, así como el caso de poner en desventaja jurídica a grupos enteros<sup>507</sup>.

Existe una tercera clase de reconocimiento que reciben los individuos como resultado de las relaciones con los otros miembros de la comunidad. Precisamente en este ámbito es donde HONNETH, la doctrina penalista defensora de la construcción del bien jurídico honor en el marco de la teoría del reconocimiento y nosotros mismos, entendemos que tiene cabida el honor, como producto de las relaciones de reconocimiento.

El reconocimiento en este tercer nivel se obtiene por el individuo cuando éste ve valoradas por la comunidad las cualidades, facultades, habilidades o especificidades que lo definen más característicamente, esto es, cuando recibe la aceptación o apreciación por la sociedad de esos rasgos definatorios. Teniendo en cuenta estas consideraciones, parece claro que el reconocimiento a que nos referimos es fruto de las relaciones intersubjetivas que se entablan en el entorno social, en el más amplio sentido de la palabra: las relaciones sociales cotidianas de las que toma parte toda persona en el entorno profesional, político, cultural, lúdico y afectivo-social. De especial trascendencia es el ámbito profesional ya que, retomando también consideraciones típicamente *marxistas* y *hegelianas*, la estructura del reconocimiento mantiene una estrecha relación con la organización y valoración social del trabajo en el bien entendido de que la aportación social que representa el trabajo de un individuo determina en alto grado la apreciación social del mismo<sup>508</sup>. De esta forma, cuando el individuo recibe este reconocimiento o valoración social interpreta que su modo personal de vida es aprobado socialmente en los diversos contextos, lo que le reafirma como miembro del grupo social en igual posición que los otros significativos; por la misma razón pero en sentido inverso, cuando este modo de vida es despreciado o minusvalorado, el sujeto recibe el mensaje de que ese modo de conducción no se ajusta

---

<sup>507</sup> HONNETH, A.: *Crítica ...*, op. cit., p. 322; y el mismo en *Reconocimiento ...*, op. cit., pp. 26 y 27, y *La lucha ...*, op. cit., pp. 162 y 163

<sup>508</sup> HONNETH, A.: *La sociedad ...*, op. cit., pp. 141 y 143.

a los patrones sociales dominantes, por lo que no alcanzará la aprobación social ni el reconocimiento. La forma de mostrar ese rechazo o desprecio hacia un modo de vida particular es, típicamente, el ataque al honor, la *injuria* en el sentido lato del término. Cuando una persona ataca el honor de otra despreciando o descalificando sus cualidades definitorias, vulnera el *honor* entendido como *la legítima expectativa de reconocimiento social que el sujeto merece en atención a las facultades y especificidades que integran su identidad*.

La obtención del reconocimiento social y la consiguiente confirmación del honor del sujeto le otorgan la ansiada posición de *actor en condiciones de paridad participativa en el entorno social*, condición indispensable advertida por todos los teóricos del reconocimiento para que el individuo pueda acceder a la aprobación social de los rasgos que definen su identidad. Desde una perspectiva filosófica, hay que mencionar en este sentido a FRASER, cuyo “modelo de estatus” requiere dos condiciones o presupuestos: *paridad participativa* y pluralismo de valores<sup>509</sup>. También el propio HONNETH señala que la lucha por el reconocimiento aspira a convertir al individuo en un miembro de pleno derecho de la comunidad, *en condiciones de igualdad* respecto de los otros significativos<sup>510</sup>.

En la ciencia jurídica los penalistas alemanas han concedido atención preferente a la necesidad de la posición en igualdad de condiciones. Así, SCHÖBLER advertía que existían dos clases de reconocimiento, siendo una de ellas el reconocimiento de la condición de ser humano y de *participante libre e igual en un entorno de relaciones comunicativas* y con independencia de sus circunstancias culturales, religiosas o éticas<sup>511</sup>. Con terminología distinta se refiere AMELUNG al mismo elemento cuando sostiene que el respeto del honor garantiza al individuo la posición de “*válido interlocutor*” en el “*entorno comunicativo*”, posición que es trascendental para que pueda ejercer libremente sus libertades de comunicación con otros. En este sentido, la concepción de AMELUNG es muy sugerente en tanto que concibe el respeto del honor y su protección como un presupuesto para la comunicación interpersonal (“*Ehre als Kommunikationsvoraussetzung*”), la cual, a su vez, habilita el establecimiento de

<sup>509</sup> FRASER, N.: “La justicia ..., *op. cit.*, pp. 37 y 38.

<sup>510</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>511</sup> SCHÖBLER, F.: *Anerkennung ...*, *op. cit.*, p. 78.

relaciones intersubjetivas de las que emerge el reconocimiento social; por lo anterior cataloga acertadamente al honor como un presupuesto para que el individuo sea aceptado como “válido interlocutor en el entorno comunicativo” (“*ebenbürtige Kommunikationspartner*”)<sup>512</sup>. Por eso se comprende bien que cuando se niega el reconocimiento social al sujeto y se ataca su honor, se modifica el “entorno comunicativo” en su contra<sup>513</sup>; en otras palabras, se le sitúa en posición de desventaja, “en dificultades de cara a las posibilidades de “establecimiento de contactos sociales”, como defiende TESAURO entre los penalistas italianos<sup>514</sup>. Y, por último, vimos que en la doctrina penalista española no puede hablarse *sensu stricto* de una línea doctrinal que responda, como en otros países, a la teoría del reconocimiento, pero sí constatamos que algunas propuestas se aproximaban. Así, las concepciones estrictamente normativas concedían relevancia al hecho de que, protegiéndose el honor, el sujeto podía participar en la interacción social desde una posición igualitaria en relación con los otros miembros de la comunidad para adoptar sus decisiones vitales sobre el modo de conducción personal, como suscribían ÁLVAREZ GARCÍA<sup>515</sup> y, conjuntamente, CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO<sup>516</sup>.

El desprecio que se produce en el orden social a través del ataque injurioso o deshonoroso que niega el reconocimiento o apreciación social y rompe las relaciones de solidaridad, está cargado de significado para el sujeto *despreciado o no reconocido*, de un modo tal que conecta la dimensión social y la dimensión individual o íntima del ser humano. El individuo entiende que su forma singular de vida y su modo de conducción son poco valiosos o presentan insuficiencias, enjuiciados desde la perspectiva de los valores sociales dominantes, por lo que no puede atribuir valor social a sus capacidades ni recibir el reconocimiento de la exhortación recíproca. A raíz de esto, asume que la comunidad no atribuye significación positiva a su modo de vivir porque lo desvalora, sufriendo así una pérdida de autoestima personal y de la oportunidad de poder

---

<sup>512</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., pp. 21 y 31.

<sup>513</sup> AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 32.

<sup>514</sup> TESAURO, A.: *La diffamazione come reato debole e incerto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 19. TESAURO es el (casi) único representante de las teorías del reconocimiento como marco conceptual del bien jurídico honor en la doctrina italiana. Para un estudio más detallado de su aportación, *vid. supra* Capítulo IV.4.1.

<sup>515</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 43, 44 y 49.

<sup>516</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 37 a 39.

entenderse como un ente estimado en sus capacidades y cualidades particulares. De esta forma se hacen visibles las consecuencias sobre la psicología personal que produce el ataque al honor generado por una falta de reconocimiento: el desprecio social penetra en la psicología del sujeto y afecta a la capa más personal e íntima de su reconocimiento, a la proyección interna del honor; y al ser consciente de la injusticia cometida sobre sí mismo, experimenta un rechazo, acompañado de sentimientos de humillación y vergüenza, que le preparan para la resistencia<sup>517</sup>.

Este proceso destructivo de la autoestima personal daña seriamente la confianza del sujeto en sí mismo, en sus habilidades y facultades, aquellas que le presentan ante la sociedad como un individuo único con una identidad determinada. Consecuencia de esa pérdida de autoestima y de ese ataque a su derecho al honor, el individuo adopta una posición en desventaja en el entorno comunicativo que afectará negativamente, también, a su situación como interlocutor en condiciones de paridad equitativas desde la que ejercer su derecho a la libertad de expresión. La ausencia de reconocimiento que supone un ataque al honor provoca al sujeto inseguridad para expresarse en las próximas ocasiones, de forma que no participará en las relaciones sociales, sufriendo marginación y desprecio. Precisamente, proteger el honor castigando las negaciones del reconocimiento sirve para que los individuos se hallen en posición de expresar su opinión sin miedo a sufrir faltas de reconocimiento. Si bien nuestra propuesta trata de revitalizar el honor y devolverle la posición que merece en el entramado de derechos y libertades, no pretendemos hacerlo degradando a otros derechos y libertades colindantes; por contrario, el debido respeto del honor garantiza el correcto ejercicio de la libertad de expresión, que sólo puede desplegarse en condiciones normales si los sujetos tienen garantías de que el ordenamiento tutelaré su derecho al honor arbitrando los mecanismos para que las expectativas de reconocimiento social se verifiquen. Pensamos, con DWORKIN, que “el derecho a la libertad de expresión deriva de la idea de la dignidad de la persona humana y de su derecho a un trato que no desmerezca de esa dignidad. Un hombre a quien se le impide o dificulta la comunicación libre con los demás es tratado indignamente, vejado en su auténtica condición, pues el hombre es un

---

<sup>517</sup> Sobre los efectos psicológicos del desprecio social ya nos pronunciamos anteriormente, partiendo de las reflexiones de HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., p. 169, y el mismo en *La sociedad ...*, p. 138; tomamos también como referencia los estudios de AMELUNG, K.: *Die Ehre...*, op. cit., pp. 32 a 34. Vid., así, *supra* Capítulo V.1.4.1.3 y 1.4.2.1.



ser comunicativo, a quien no se le puede callar, contra su voluntad, condenándolo al aislamiento y al empobrecimiento espiritual”<sup>518</sup>. Negando el reconocimiento limitamos el futuro ejercicio de la libertad de expresión y atacamos la dignidad de las personas por vía doble: por ataque al honor y por restricción de la libertad de expresión, ambos derechos integrantes del contenido esencial de la dignidad.

#### 1.4.2.2 Marco jurídico

En la introducción de estas páginas dedicadas a la propuesta de bien jurídico honor adelantamos que encuadrada la concepción del honor en una línea filosófica como la teoría del reconocimiento, debíamos continuar delimitando nuestro campo de estudio con reflexiones estrictamente jurídicas. Lo que hemos denominado marco jurídico es, por consiguiente, el intento de dotar al honor de un soporte jurídico en el contexto de los derechos y libertades. Particularmente, debemos reflexionar en primer lugar acerca de la vinculación del honor y la dignidad, fundamento del orden político y de la paz social, según reza la Constitución en el art. 10.1. Sobre este particular, corresponde abordar un debate que se ha planteado repetidamente en la doctrina, sobre todo en la española, en relación con ciertas propuestas configuradoras del honor como la representación o proyección inmediata de la dignidad humana. Y, en segundo lugar, es preciso también estudiar cómo el libre desarrollo de la personalidad, que también es fundamento del orden político y de la paz social, así como los valores superiores del ordenamiento, libertad, igualdad y pluralismo (artículo 1.1 de la Constitución), influyen en nuestra concepción del bien jurídico honor.

##### 1.4.2.2.1 Honor y dignidad

El honor en tanto que derecho fundamental deriva de la dignidad humana. En otra parte de este trabajo ya abordamos la “conexión genética” entre la dignidad y los derechos fundamentales, aceptada unánimemente por la doctrina y proclamada por la jurisprudencia<sup>519</sup>. El Tribunal Constitucional reconoce esa posición jerárquicamente idéntica entre todos los derechos fundamentales cuando afirma que “la dignidad de la

---

<sup>518</sup> DWORKIN, R: *Los derechos en serio* (traducción de GUSTAVINO, M.), Ariel, Barcelona, 2012, p. 295.

<sup>519</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo V.1.2.

persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1)” (STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 8º). Los derechos fundamentales son “derivación de la dignidad de la persona” (STC/207/1996, de 16 de diciembre, f.j.3º), “plasmación singular del principio de dignidad” (STC 281/2006, de 9 de octubre, f.j.3º), “proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona” (STC 194/1994, de 23 de junio, f.j.4º), la “traducción normativa de la dignidad” (STC 136/2006, de 8 de mayo, f.j.6º) y están “en íntima conexión con ella” (STC 49/2001, de 26 de febrero, f.j.5º).

En el Derecho constitucional la vinculación entre la dignidad y los derechos que le son inherentes, todos en la misma medida, está ampliamente estudiada y se halla rodeada de un sólido consenso. Los derechos inviolables e inherentes son una *realización* y *manifestación* de la dignidad, todos en proporción idéntica y sin protagonismos específicos. Los derechos fundamentales materializan el contenido de la dignidad y funcionan como “vehículos para su plena realización”, y la forma en que dan forma a la dignidad es sirviéndole de contenido: ella se nutre de ellos, “a modo de piezas de un gran puzzle, formando una unidad compleja”<sup>520</sup>. En virtud de un principio de garantía dinámica, los derechos fundamentales inherentes a la persona sirven a la *realización dinámica de la inspiración primitiva y estática* que es en origen la dignidad<sup>521</sup>. De manera clarificadora afirma GARCÍA HERRERA que la dignidad se hace visible a través de los derechos inviolables adheridos a ella [a la dignidad] por la inherencia, por su relación inmediata e inescindible”<sup>522</sup>. Insistiendo aún más, aclara SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA que los derechos fundamentales son proyección inmediata, positiva y vital de la dignidad de la persona, a la que están ligados, “constituyendo el núcleo básico, ineludible e irrenunciable del status jurídico del individuo”<sup>523</sup>. Por ello, la dignidad se realiza y se implementa a través del

---

<sup>520</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 47; la misma en “Reflexiones ..., op. cit., p. 1355.

<sup>521</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios ..., op. cit., p. 102; también así ROMEO CASABONA, C. Mª.: *El Derecho ...*, op. cit., p. 46.

<sup>522</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios ..., op. cit., pp. 102 y 103.

<sup>523</sup> SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J.: “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32 (1991), p. 78; el mismo también en “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 71 (enero-marzo, 1991), p. 88.

reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales<sup>524</sup>. En fin, “la dignidad es *razón de ser, fin y límite* de los derechos”<sup>525</sup>.

Advertido lo anterior, debemos profundizar en la relación concreta entre el derecho fundamental que a nosotros nos interesa, el honor, y la dignidad. El honor deriva de la dignidad humana, como los demás derechos fundamentales y en la misma medida que ellos. El honor es una proyección o representación de la dignidad humana y un ataque al honor supone una vulneración indirecta o mediata la dignidad. La célebre definición del honor por parte de DE CUPIS como “la dignidad personal reflejada en la consideración de terceros y en el sentimiento de la persona misma”<sup>526</sup>, pone bien de manifiesto la estrecha relación entre el honor y la dignidad. También en otro momento hemos constatado que las distintas concepciones del bien jurídico honor parten de la conexión entre el honor y la dignidad, consideración que permitió hablar del proceso de socialización del honor y de su atribución por extensión a todos los seres humanos<sup>527</sup>. Basta con recordar esta declaración jurisprudencial para ilustrar este extremo: “la dignidad [es el] rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor” (STC 51/1989, de 22 de febrero, f.j.2º y STC 57/1994, de 28 de febrero, f.j.4º)”.

Sin embargo, aceptada la consideración de la dignidad como fuente de la que emana el honor, debemos centrarnos en una cuestión que ha ocupado a la doctrina penalista española a raíz de ciertas propuestas que planteaban una diferente intelección de las relaciones entre el honor y la dignidad, que pivotaba sobre una especial vinculación del honor y la dignidad, con un lazo más intenso que el que une a cualquier derecho fundamental con la dignidad humana. A las teorías estrictamente normativas hay que reconocerles el mérito de haber sido, sin duda, las que más han influido en la redacción legal del tipo penal de las injurias, en la medida en que dicha tipificación alude explícitamente al ataque a la dignidad. El sector doctrinal que proponía una orientación estrictamente normativa dejó su sello en la obra legislativa de un modo innegable; así, antes de la aprobación del Código Penal de 1995, ya se habían publicado

<sup>524</sup> OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad ...*, op. cit., p. 418.

<sup>525</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad ...*, op. cit., p. 81; OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad ...*, op. cit., p. 464.

<sup>526</sup> DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, A. Guiffré, Milán, 1959, p. 93.

<sup>527</sup> *Vid. supra* Capítulo V.1.2.

los trabajos de algunos de los representantes de este sector que miraban en la dirección señalada. VIVES ANTÓN había formulado originalmente su teoría de la identificación del honor y la dignidad partiendo de la base de que el honor tiene encomendado el papel de *tutelar de modo general y abstracto la dignidad misma*, que es la esencia del honor y determina su contenido, proyectándose en sus dos manifestaciones básicas: fama y autoestima<sup>528</sup>. También CARMONA SALGADO había defendido la conveniencia de modificar los tipos penales de las modalidades de injurias contenidas en el antiguo art. 458; así, propuso, en primer lugar, que las injurias graves consistentes en la imputación de un delito no perseguible de oficio pasaran al ámbito de la calumnia, para que esta figura recogiera ya la imputación de todo tipo de delitos; en segundo lugar, planteaba la necesidad de suprimir las injurias dependientes del “estado de dignidad de la víctima”, pues ello atentaba contra el art. 10 de la norma fundamental que reconocía la dignidad como un derecho predicable de todas las personas por igual; y, finalmente y en lo que a nosotros ahora más nos interesa, sugería concentrar el núcleo del tipo penal de las injurias en la dignidad, como esencia del bien jurídico honor protegido en los delitos contra el honor, permitiendo la modulación o la graduación de la gravedad del concreto ataque injurioso en atención a “las circunstancias del hecho y las personas”<sup>529</sup>, en lo que suponía un claro guiño a la fórmula de la “determinación circunstancial” de las tesis normativas. En fin, se pretende defender así una concepción del honor normativa que no albergue, en esta fase de *conceptuación o definición* del honor, criterios sociales y que, por el contrario, lleve hasta su máxima expresión la dignidad, fundamento de los anteriores y que es la misma para todos.

---

<sup>528</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 246. Esta propuesta ya fue estudiada antes. Para un examen más detallado, *vid. supra* Capítulo V.1.3.3.

La proximidad entre el honor y la dignidad también ha sido apuntada por el administrativista GONZÁLEZ PÉREZ. J.: *La dignidad ...*, *op. cit.*, pp. 102 y 107, quien sitúa al honor en una posición destacada frente a otros derechos fundamentales en tanto que es el “más vinculado a la dignidad de la persona”, por lo que a partir de una concepción amplia del honor puede defenderse que las lesiones de la dignidad que no sean catalogadas como lesiones de otros derechos inherentes a ella, podrían reconducirse a un atentado contra el honor para que no queden impunes

<sup>529</sup> CARMONA SALGADO, C.: “El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 41 (1990), pp. 268 y 269. Algunas de esas afirmaciones ya habían sido postuladas también desde otros sectores doctrinales. Así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, pp. 143 y 144; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, *op. cit.*, p. 316; JAÉN VALLEJO, M.: Libertad ..., *op. cit.*, 154. Tras la intervención del legislador penal de 1995, se admite con carácter general los avances logrados, sin perjuicio de que aun queden aristas por limar; *vid.*, así, FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, *op. cit.*, p. 145, nota al pie nº 36, y las referencias bibliográficas citadas por esta profesora.

Sólo en la siguiente fase, en la de la *justificación de las injerencias* del ordenamiento en el honor, tendría sentido hablar de criterios sociales y, de esta forma, en atención a las circunstancias personales del agredido o a las circunstancias fácticas (es decir, el entorno) del supuesto de hecho, se valoraría la gravedad de los ataques al honor, castigándose algunos de ellos y justificándose otros.

La teoría normativa de VIVES ANTÓN, que fue la primera que acogió la citada identidad, respira una evidente inspiración americana. En Estados Unidos, la ausencia de reconocimiento constitucional del derecho a la reputación (como se estableció, entre otras, por la Sentencia *Siebert v. Guiley*, de 1991: “ausencia de toda protección constitucional del interés a la reputación”<sup>530</sup>), ha sido cubierta por el Tribunal Supremo mediante una (casi) identificación de la reputación y la dignidad<sup>531</sup>. VIVES ANTÓN cita expresamente la Sentencia en el caso *Rosenblatt vs. Baer* de 1966, reproducida después en *Gertz vs. Robert Welch Inc*, de 1974, en la que el Tribunal Supremo advertía que “el derecho individual a la protección del propio buen nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de “cualquier sistema decente de libertad ordenada”<sup>532</sup>. Estos pronunciamientos jurisprudenciales han encontrado eco en la doctrina estadounidense, que con frecuencia identifica también dignidad y honor, señalando que acciones judiciales por difamación viene a proteger la dignidad del ofendido<sup>533</sup>.

Sin duda estos pronunciamientos jurisprudenciales han influido en la concepción normativa de VIVES ANTÓN. Sin embargo, estas opiniones que pueden tener cabida en el modelo estadounidense no son extrapolables al sistema de derechos y libertades español<sup>534</sup>. Nosotros creemos que la pretendida coincidencia, identidad o, en fin,

---

<sup>530</sup> *Siebert v. Guiley*, de 1991: “... on the lack of any constitutional protection for the interest in reputation”.

<sup>531</sup> Más ampliamente, *vid. supra* Capítulo IV.6.1.2.

<sup>532</sup> *Rosenblatt v. Baer*, de 1966: “The right of a man to the protection of his own reputation from unjustified invasion and wrongful hurt reflects no more than our basic concept of the essential dignity and worth of every human being—a concept at the root of any decent system of ordered liberty”.

<sup>533</sup> *Vid.*, entre otros, WALDRON, J.: “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, *Harvard Law Review*, 123 (2010), p. 1613; HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance: an Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, *Boston University Law Review*, December, 1998, p. 1339.

<sup>534</sup> Constituye un error importar soluciones extranjeras y pretender incorporarlas al sistema jurídico español sin tener presentes los distintos postulados o principios de base. En fin, como sostiene PANTALEÓN PRIETO, F.: “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley: Revista jurídica*

estrecha relación entre honor y dignidad, tal que el honor tutela de forma general y abstracta la dignidad, no puede sostenerse. La dignidad y el honor no coinciden, sino que el honor deriva o emana de la dignidad. Nuestra concepción del honor enmarcado en la teoría del reconocimiento también conduce a rechazar esa identidad entre honor y dignidad, como hemos reflejado. El ataque a la dignidad es algo distinto, y *cualitativamente* más grave que el ataque al honor<sup>535</sup>. Las investigaciones sobre la reificación ofrecían una base adecuada para descartar dicha equiparación del honor y la dignidad, en tanto que la dignidad podía identificarse con el reconocimiento existencial y más elemental del ser humano, mientras que el honor se situaba en el orden social como el reconocimiento de las cualidades y particularidades de las personas<sup>536</sup>.

Más allá de los argumentos filosóficos que ofrecimos, también desde una perspectiva jurídica debe rechazarse la propuesta de las teorías estrictamente jurídicas o normativas. Ya dijimos que la dignidad es algo inabarcable e inaprensible; todos los intentos de definirla están, probablemente, condenados al fracaso si se ansía la precisión y la concreción. Por el contrario, si nos conformamos con algo más genérico y aproximativo, quizá nos sea suficiente hablar de la dignidad como “aquella característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad - independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida- que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes”<sup>537</sup>. Con una definición de dignidad como la suministrada, bien expresiva e indicativa de su grandeza, hacer corresponder dignidad y honor sólo conllevaría a una “degradación” injustificable de la primera al identificarla con el segundo, que no es más (ni menos) que un derecho fundamental emanado de ella<sup>538</sup>. Desde la otra perspectiva en juego, la del honor, podría criticarse que dicha identificación lo eleva a una posición tan preferente como injustificable, pues si bien es

---

*española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4033 (1996), p. 3, “las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos”.

<sup>535</sup> Dice HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., p. 161, que “entre el desdén ordinario que se vincula con la privación de los derechos fundamentales y la humillación sutil, que se vincula con la alusión a un fracaso de una persona, hay una diferencia categorial ...”.

<sup>536</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo V.1.4.1.3 y 1.4.2.1.

<sup>537</sup> ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad ...*, op. cit., p. 30.

<sup>538</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 915 y ss. Más claramente la misma autora sostiene en “Bases ...”, op. cit., pp. 12 y 13, que el honor es una “falta de reconocimiento cualitativamente diversa, *menor*, que la atinente a la dignidad, con la que presenta [...], una diferencia categorial”.

cierto que el honor es un bien jurídico fundamental, no lo es menos que la reputación o autoestima en que se concreta no pueden ser elevadas a un nivel tan alto como el que corresponde a la dignidad. En esta línea suscribimos la opinión de FERNÁNDEZ PALMA cuando apunta que la identidad dignidad/honor provoca una total perturbación a la hora de dotar de contenido al art. 10.1 de la Constitución. Teniendo en cuenta que (a) un ataque al honor es un ataque inmediato a la dignidad, que (b) las dos materializaciones mínimas de la dignidad son la fama y el autoestima, y que (c) la dignidad es el fundamento del orden político, nos vemos en la obligación de concluir que (d) la fama y el autoestima son fundamento del orden político, afirmación que no encaja de ningún modo con el entramado constitucional y que concede una posición injustificadamente privilegiada al honor<sup>539</sup>.

No hay una inmediatez especial entre dignidad y el honor o si la hay, es de la misma intensidad que con los otros derechos fundamentales<sup>540</sup>. No existe una vinculación especial entre el honor y la dignidad más allá de la que caracteriza a todo derecho humano y derecho fundamental con la dignidad. Los derechos humanos y fundamentales son inviolables, lo que es tanto como reconocer que por su naturaleza no pueden separarse de la dignidad. Resultaría por ello exagerado entender que una injuria, por ofensiva, desproporcionada, falsa e innecesaria que sea, lesiona más directamente la dignidad de la persona que una tortura, que trata al individuo sin el respeto que merece en cuanto ser humano, lo cosifica y lo degrada a un simple medio o instrumento. Por el contrario, la dignidad se ve tan amenazada y lesionada en un delito contra el honor como en otras ocasiones en que se lesionan bienes jurídicos ligados a la dignidad, pues en todos estos casos existe una “*ligazón de inherencia* entre la dignidad y los derechos inviolables”<sup>541</sup>. Dado que la dignidad es el núcleo o germen de los derechos inherentes de la persona, entiende GIMBERNAT ORDEIG que no sólo las injurias (como ataques

---

<sup>539</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 100 y 101. En otro trabajo FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones ..., op. cit., p. 1353 y 1354 y nota al pie nº 141, advierte del peligro de un exacerbamiento del derecho al honor al identificarlo con la dignidad de la persona, convirtiéndolo, como a la dignidad, en clave de bóveda del sistema axiológico constitucional.

<sup>540</sup> De esta opinión son QUINTERO OLIVARES, F. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., op. cit., p. 477.

<sup>541</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 99; MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., op. cit., p. 683; FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., op. cit., p. 430; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 37; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995, *Cuadernos de derecho Judicial*, 1 (1998), p. 308. Ya aludimos a estas críticas contra la identidad entre honor y dignidad cuando examinamos las concepciones estrictamente normativas y las valoraciones que la doctrina había formulado sobre ellas; *vid.*, así, *supra* Capítulo IV.1.3.3.

al honor), sino también el homicidio (ataque a la vida), la tortura (ataque a la integridad física e, incluso, a la vida), la violación (ataque a la indemnidad sexual) o la detención ilegal (ataque a la libertad), protegerían, en última instancia, la dignidad<sup>542</sup>. Y si algún derecho tuviera que acomodarse más a la esencia de la dignidad de la persona, ése podría ser el derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la Constitución por ser ésta la inviolabilidad de la personalidad humana, el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre<sup>543</sup>. De hecho, “el art. 15 apunta a comportamientos que afectan a la esencia misma de la persona, a lo específicamente humano”, es decir, a la dignidad, que “es atacada directamente por los tratos degradantes que menoscaban gravemente la integridad moral”, como apunta ALONSO ÁLAMO<sup>544</sup>.

Finalmente, queremos indicar otro inconveniente a que conduce inexorablemente la identidad dignidad-honor, conforme a las concepciones estrictamente normativas o jurídicas. Si mantenemos esa identificación hasta el último momento y con todas sus consecuencias, del mismo modo que se acepta que en la segunda fase (la de la *justificación social de las injerencias en el derecho*) el honor conoce gradaciones y diferencias en atención a la determinación circunstancial, podría concluirse que la dignidad también las conoce. Así, habría sujetos que por sus circunstancias, en un caso concreto, podrían sufrir ataques sociales a su dignidad que no serían tales porque, por sus circunstancias nuevamente, su dignidad admitiría injerencias. Llegamos de esta forma a un resultado que contraviene los más elementales postulados filosóficos y jurídicos de cualquier Estado de derecho. Esta conclusión no se aviene bien con la idea de que la dignidad es igual para todos, está por encima de todos los derechos y “no admite grados” porque por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona, con la dignidad que ello

---

<sup>542</sup> Vid., así, GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Contra el delito de difamación”, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos Penales*, Tecnos Madrid, 1999, pp. 73 y 74.

<sup>543</sup> CARBONELL MATEU, J. C y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I (arts. 1 a 233)*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 895. Pese a la importancia de este derecho fundamental, a su destacada posición sistemática y a su teórica vinculación con la dignidad, los referidos autores concluyen que la dignidad no es respecto de este derecho fundamental mayor fundamento que de otros.

<sup>544</sup> Vid., ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 914 y ss.



comporta<sup>545</sup>; dicho más gráficamente: la dignidad está en la base de los derechos, que emanan de ella. Todas las personas tienen y merecen la misma dignidad, esa que surge por ostentar la condición de ser humano, que se configura antes que todo y que no admite variaciones ni en su *conceptuación* ni en su *concreción social*, por eso podemos afirmar que un vil criminal tiene derecho a que se respete su dignidad y a ser tratado dignamente, pero no tiene derecho a disfrutar de su libertad durante un tiempo y sin que por ello tal privación de libertad suponga aceptar que tiene menos dignidad o que sólo se está respetando el contenido esencial de la misma; su dignidad se ha mantenido indemne pero uno de los derechos a través de los cuales se materializa, la libertad ambulatoria, se ha restringido. Por la misma razón pero a la inversa, cualquier restricción de un derecho fundamental de los que dotan de contenido a la dignidad, como no se identifican con ella, no deja al individuo que la padece en un estado de indignidad<sup>546</sup>. Así, volvemos a discrepar de VIVES ANTÓN cuando sostiene que la imposición de una pena criminal al infractor de las normas garantiza el respeto *sólo* del “contenido esencial” de la dignidad (infiriéndose de ello que se deja de respetar otra parte de la misma)<sup>547</sup>, pues nosotros entendemos que incluso a ese sujeto debe respetársele toda su dignidad, que le acompaña a donde quiera que vaya en una proporción constante: la máxima, por supuesto. Así mismo, lo anteriormente afirmado, que la dignidad no admite grado, tampoco es representa un obstáculo para añadir que la violación de la dignidad del otro sí es graduable<sup>548</sup>, dado que existen ataques más graves o genuinos que otros (así, la tortura es una taque más directo y frontal contra la dignidad que el ataque al honor, en el que la agresión a la dignidad es de segundo nivel y en el bien entendido de que, en cierto modo, todo ataque contra un derecho humano fundamental es una lesión mediata de la dignidad humana).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional también rechaza una eventual graduación conceptual de la dignidad de modo contundente: “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre -

---

<sup>545</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y dignidad ...”, *op. cit.*, p. 19; GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La dignidad ...*, *op. cit.*, p. 25; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad ...*, *op. cit.*, p. 31; OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad ...*, *op. cit.*, p. 463.

<sup>546</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, f. j. 4º: “... de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad”.

<sup>547</sup> *Vid.*, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 315.

<sup>548</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y dignidad ...”, *op. cit.*, pp. 19 y 23.

también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria”<sup>549</sup>. La diferencia entre un ciudadano normal y uno que ha delinquido es que los derechos fundamentales a través de los cuales esa dignidad se expresa, pueden sufrir restricciones y, de hecho, las sufren, pero la dignidad se mantiene intacta porque es universal e igual para todos y en cualquier situación. Esta es, por lo demás, la postura que mantiene el supremo intérprete de la Constitución, declarando que la dignidad es “un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”<sup>550</sup>.

En base a todas estas consideraciones entendemos que la referencia a la *dignidad* que efectúa el art. 208 del Código Penal cuando tipifica las acciones injuriosas, es completamente perturbadora pues conduce a trasladar una imagen equivocada según la cual el honor es especial expresión o representación de la dignidad. A esa confusión también ha colaborado por omisión la jurisprudencia constitucional que en ocasiones ha utilizado el concepto de dignidad como equivalente al de honor y con un significado polivalente<sup>551</sup>. Todo lo más, podría alegarse que un ataque al honor, en la medida en que éste (como los demás derechos fundamentales) deriva de la dignidad, supone una agresión contra la dignidad que explicaría la alusión del citado precepto a esta última. Sin embargo, siguiendo esta tesis, no podríamos por menos que sorprendernos al constatar que los ataques a la integridad moral del art. 173 del texto punitivo (derivada, más incluso, de la dignidad que el honor) no tienen ninguna repercusión sobre la dignidad, pues tal disposición no la menciona como bien jurídico merecedor de protección. Constatado lo anterior, parece comprensible la necesaria supresión de la referencia a la dignidad del precepto arriba indicada, quedando el tipo penal de la injuria redactado de la siguiente forma: “*es injuria la acción o expresión que lesiona la fama o la propia estimación de una persona*”.

---

<sup>549</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, f. j. 4º.

<sup>550</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, f. j. 4º.

<sup>551</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *La dignidad* ..., op. cit., pp. 131 y ss; ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y dignidad ...”, op. cit., p. 17.

#### 1.4.2.2.2 Honor e igualdad

Hemos propuesto que el *honor* sea interpretado en el marco de la *teoría del reconocimiento*, como la *legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica y en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, a partir del cual (del reconocimiento) pueda el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo*. Una propuesta como esta, además, parte de una evidente vinculación entre el honor y la dignidad, en el bien entendido de que el honor es un derecho que *corresponde a todo ciudadano por su condición de ser humano y que junto a los otros derechos, con los que guarda una relación simétrica de subordinación o derivación respecto de la dignidad, contribuye a dotar de contenido a la dignidad y realizarla dinámicamente*. Lo anterior no implica, por el contrario, que el honor se identifique con la dignidad ni constituya una proyección privilegiada de la misma, pues la dignidad, como lo “específicamente humano”, se corresponde con un reconocimiento de la persona previo al honor, más “elemental”, vinculado con el nivel “existencial” y más primario del ser humano<sup>552</sup>.

Así pues, tras las precisiones realizadas antes en relación con la dignidad, corresponde ahora hacer lo propio con otros valores superiores del ordenamiento jurídico, tales como la igualdad y el pluralismo (art. 1 de la norma fundamental), y con el libre desarrollo de la personalidad, fundamento, también como la dignidad, del orden político y de la paz social (art. 10.1). Con tales valores en el horizonte nuestra propuesta empieza a dirigir su vista hacia las corrientes normativas. A nuestro juicio, resulta ineludible tratar de construir el bien jurídico honor desde una perspectiva *normativa* que sea respetuosa, al propio tiempo, con el principio de igualdad en el sentido de reconocer el derecho al honor a todas las personas y en la misma medida (nos unimos al aplauso general por haberse superado trasnochadas concepciones aristocráticas o meritocráticas,

---

<sup>552</sup> HONNETH, A.: *Reificación ...*, op. cit., p. 81, nota al pie nº 19; ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 913 a 915.

en su versión tradicional<sup>553</sup>) y con el principio del pluralismo, garantizando la posibilidad que asiste a toda persona de elegir su modo de vida, cualquiera que éste sea, en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Dicho en otras palabras: en el cometido de elaborar un concepto de honor no caben criterios fácticos ni sociales (léase, tanto comportamientos libres de defectos de la personalidad o tachas de inmoralidad, como actuaciones conformes al modelo de vida que se desprende de la norma básica o ajustadas al rol o a los deberes sociales de la persona) como guías para determinar la extensión o el contenido del honor, pues de lo contrario estaríamos rompiendo tanto el mandato constitucional de igualdad: no todos los sujetos tendrían el mismo honor, como el de pluralismo: si la cantidad de honor de que se dispone depende de cuánto nos ajustemos a valores sociales o éticos, incluso a parámetros constitucionales, condicionaríamos o limitaríamos nuestra libertad para elegir una opción de vida u otra, con el consiguiente menoscabo del derecho al libre desarrollo de la personalidad, obligándonos a seguir las pautas dominantes y cayendo así en un peligroso e inaceptable determinismo ético, incluso aunque se disfrace de “modo de vida inserto en el marco constitucional”, pues la Constitución no protege ni impone orden ético alguno<sup>554</sup>. He ahí, de hecho, una de sus grandezas: la promoción del derecho a la diferencia y la protección y “visibilidad” de las minorías.

Por lo dicho anteriormente, debemos mostrar nuestro rechazo hacia las concepciones normativo-fácticas o mixtas por cuanto, creemos, conculcan el mandato constitucional de igualdad. Está fuera de toda duda que el mandato constitucional de igualdad se circunscribe a los supuestos de hecho en los que haya identidad de razón; bajo este prisma, creemos que debe apreciarse tal identidad, o igualdad entre las personas, sin mayores matices, cuando se trata de atribuir el derecho al honor a todos los individuos que son iguales en dignidad (sean cuales sean sus circunstancias personales -sexo, raza, posición social, orientación sexual, creencias, etc-). Por ello se rompe el principio de igualdad al admitir diferenciaciones en el reconocimiento del honor de cada sujeto<sup>555</sup>. Desaparece la igualdad cuando se acepta que, en abstracto y *a*

---

<sup>553</sup> Insistimos en esta cláusula “versión tradicional” porque, como luego explicaremos, creemos que de manera encubierta, se da entrada a una nueva meritocracia en el honor bajo el falso debate del honor aparente vs. honor real.

<sup>554</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ..., *op. cit.*, p. 309, nota al pie nº 23.

<sup>555</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 245. También de estas opiniones son ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 40; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, pp. 34, 870

*priori*, todos los individuos tienen derecho al honor pero no a la misma cantidad, siguiéndose de ello que algunos sujetos afrontarán su vida diaria y participarán en el entorno comunicativo con un honor mermado (aunque nunca pueda llegar a ser inexistente) como consecuencia de los más diversos motivos, todos ellos vinculados a criterios que destilan un moralismo más o menos evidente<sup>556</sup>. O lo que es lo mismo y más gráficamente: cada individuo “sale por la mañana de su casa” con honor, pero en distintas proporciones en función de supuestos defectos de la personalidad (ALONSO ÁLAMO) o de una actuación alejada de los valores y del modo de vida derivado de la Constitución (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), pero en ambos casos, defectos o actuaciones que lo estigmatizan y lo marcan socialmente; defectos también que pudieron suceder hace mucho tiempo, pero que desde entonces vienen causando una reducción del derecho al honor del sujeto en cuestión, que se enfrenta a la sociedad en una situación desigual y, por consiguiente, discriminatoria<sup>557</sup>. Por tanto, se pretende afirmar la influencia del principio de igualdad en la construcción del bien jurídico honor pero se omite que dicha presencia sólo se siente en un primer momento del proceso de formación, pues en un segundo estadio se acude presto a los valores éticos y sociales, por lo que nosotros entendemos que tal y como entraron aquéllos, sale la igualdad.

Los defensores de las teorías mixtas coinciden en atribuir el honor a todos los ciudadanos porque, en tanto es un derecho emanado de la dignidad, cualquier individuo es titular del honor; pero a continuación proceden a justificar las diferencia de trato que ofrece el ordenamiento jurídico amparándose en criterios discriminatorios: “lo socialmente esperado”, referencia que puede concretarse en indefinidos valores sociales y morales (QUINTANO RIPOLLÉS, RODRÍGUEZ DEVESA, JAÉN VALLEJO), un “proceder libre de faltas de integridad o graves defectos de la personalidad” (ALONSO ÁLAMO), el “cumplimiento de los deberes y roles sociales” (BERNAL DEL CASTILLO y LÓPEZ PEREGRÍN). Todos estos métodos remiten, en última instancia,

---

37 y 38; MORALES PRATS, F.: “Adecuación ...”, *op. cit.*, p. 681, nota al pie nº 51. Ya antes estudiamos con mayor detenimiento estas críticas, con las que estamos de acuerdo: *vid.*, así, *supra* Capítulo V.1.3.2.

<sup>556</sup> Advierten del peligro de estas concepciones moralizantes LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 35; ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho...*, *op. cit.*, p. 100; MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, *op. cit.*, p. 34, nota al pie nº 30.

<sup>557</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, *op. cit.*, pp. 68, 69 y 200, critica de las dos principales tesis mixtas su recurso a “matices fácticos con virtualidad discriminatoria” -ALONSO ÁLAMO- y “criterios de impronta social y fáctica que hacen que el concepto de honor devenga inmanejable” -BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE-.

a códigos éticos, morales, sociales y jurídicos que parecen tan indubitados e incontestables que ni siquiera se concretan<sup>558</sup>, desde los que se decide la proporción de honor que los ciudadanos tienen derecho a reclamar en atención a la sujeción de su comportamiento a dichos patrones, en función de los méritos o deméritos contraídos con los propios actos<sup>559</sup>. Estos códigos son profundamente discriminatorios. En estas condiciones, decae nuestra pretensión de que los ciudadanos tomen parte en el entorno comunicativo en condiciones de paridad participativa.

#### 1.4.2.2.3 Honor y pluralismo

Se observa, pues, cómo la ruptura del principio de igualdad viene acompañada de un cierto moralismo en cuanto que todas estas concepciones admiten la subordinación de las expectativas de protección del honor del individuo al grado de respeto por su conducta de los valores ético-sociales dominantes, esto es, al sometimiento a un determinado código ético, moral, social o jurídico y en tal situación la dictadura de “lo socialmente esperado” se convierte en un lastre insoportable. Por el contrario, si tenemos presente que siguiendo el ideal kantiano de dignidad, ésta se halla menos asociada con cierta concepción particular de la vida buena que con la capacidad de considerar y adoptar para uno mismo alguna opinión u otra, esto es, la capacidad de cada quien para determinar por sí mismo su idea de la vida buena<sup>560</sup>, y si consideramos que por orden del principio de pluralismo ni el Estado ni el derecho pueden imponer un determinado orden ético sino que deben ser neutralmente éticos, es decir, han de abstenerse de intervenir en determinadas cuestiones éticas (consideraciones sobre qué es vida buena o vida malograda)<sup>561</sup>, ¿quién decide, entonces, cuáles son esos valores éticos, morales o sociales dominantes a los que acogernos?; o desde otra perspectiva ¿quién determina esos indeterminados “defectos de la personalidad o faltas de

---

<sup>558</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 39; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 38; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 158, nota al pie nº 67.

<sup>559</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 229; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 37.

<sup>560</sup> TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo ...*, op. cit., p. 86.

<sup>561</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, op. cit., p. 217; el mismo en *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of law and Democracy* (traducción al inglés de REHG, W.), Massachusetts Institute of Technology Press, Massachusetts, 1992, p. 309.

integridad?<sup>562</sup> Nosotros contestamos: bajo el disfraz de lo “socialmente esperado” y de los “valores socialmente dominantes”, se impone encubiertamente un dirigismo ético y moralista hasta el punto de que, siguiendo a LAURENZO COPELLO, “se llega así a un estado de cosas en el que el ordenamiento jurídico acaba por imponer a los ciudadanos un determinado orden ético-social bajo la amenaza de perder, al menos en parte, su derecho a ser respetado por los demás, resultado que es difícil de compatibilizar con el principio de igualdad, y con otros valores esenciales del ordenamiento, como el pluralismo ideológico y el libre desarrollo de la personalidad”<sup>563</sup>. Además, ¿qué garantiza que los valores triunfadores sean respetuosos con las posibilidades de elección del propio plan de vida y del modo de conducción libremente elegido por el individuo? Más allá del respeto a la ley, a los derechos humanos y a la dignidad, ¿desde qué pretendida superioridad moral se puede decidir que una conducta, por el mero hecho de no ajustarse a los cánones de lo social y culturalmente dominante, no es lo “socialmente esperado”, o es “una falta de integridad o un defecto de la personalidad” o incumple “el rol social”?

Esos códigos valorativos a que se refieren algunos autores, formados por pautas sociales, éticas y morales de comportamiento, reunidas en torno a difusas fórmulas tales como “lo socialmente esperado”, “el rol social”, “los valores sociales dominantes” o “los comportamientos socialmente disvaliosos”, carecen de legitimidad, o por lo menos esta legitimidad nunca ha sido aclarada. El Derecho debe alejarse de esos códigos de dudosa legitimidad. A las normas y al ordenamiento jurídico sólo les deben importar aquellas conductas que entran en el entorno de referencia o de atención de las propias normas precisamente porque encierran un desvalor suficientemente intenso como para merecer el reproche penal. No olvidemos que el Código Penal sólo reacciona frente a las conductas más socialmente indeseables, por mandato de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio*. Creemos que el Derecho penal excedería de sus posibilidades y atribuciones si también pretendiera transmitir el mensaje de que ciertas conductas que no entrañan la gravedad suficiente para merecer reproche penal, sí

---

<sup>562</sup> Estas cláusulas son, ciertamente, muy indeterminadas. Apuntan como nosotros esta dificultad de la propuesta de ALONSO ÁLAMO, también FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., op. cit., p. 158, nota al pie nº 67; LAURENZO COPELLO, P.: *Los Delitos* ..., op. cit., pp. 32 y 35.

<sup>563</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los Delitos* ..., op. cit., pp. 35 y 36; en la misma dirección ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho*..., op. cit., p. 100; MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ..., op. cit., p. 34, nota al pie nº 30.

deberían recibir reproche social y estigmatización por no ajustarse al modelo de vida socialmente adecuado por ser el predominantemente aceptado. En tal contexto, los modelos de vida minoritarios, con prácticas marginales y desprotegidas, no sólo tienen que lograr el reconocimiento social y comunitario a nivel “de la calle” y el reconocimiento “institucional” de las autoridades públicas, sino que además tienen que luchar contra el estigma que imponen indirectamente o escondidamente las normas penales.

Es preciso, por lo tanto, tutelar al máximo nivel la libertad de elección de cada uno del modelo de vida y del estilo de vida que se quiera, libremente, sin cortapisas, en consonancia con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto de quien se trate. Nos preguntamos, si el Estado entiende que una conducta no entraña desvalor suficiente como para ser castigada penalmente ¿por qué vamos a permitir que una opción de vida que no entraña contrariedad con la norma, que es el único límite que en una sociedad pluralista y tolerante debe valorarse, tenga que cargar con el lastre del estigma social y del reproche social de soportar impunemente ofensas e injurias contra su honor sólo por apartarse de los cánones y modelos de vida socialmente aceptados y dominantes?<sup>564</sup>. En nuestras relaciones personales podemos, en atención a nuestros valores humanos y consideraciones ideológicas e idiosincráticas, comportarnos del modo que queramos con estas personas que han optado por un modelo de vida no dominante y diferente al nuestro, por ejemplo, no teniendo ninguna relación o no apoyando internamente su actitud; pero más allá del círculo estrictamente privado donde gobiernan nuestras ideas y convicciones personales y morales, en el ámbito público manda el principio de igualdad, de respeto, de libertad, de pluralismo y tolerancia. Es clave, en este punto, separar entre la valoración personal y social que nos merezca una determinada conducta o comportamiento, y la protección jurídica que debe concederse a cualquier actitud que sea, en última instancia, respetuosa con la dignidad, los derechos humanos y la ley. Como dice DWORKIN, “una sociedad liberal es aquella que como sociedad no adopta ninguna opción sustantiva particular acerca de los fines de vida”<sup>565</sup>. Ni un borracho, ni una prostituta, ni un homosexual, ni un drogadicto, ni un loco ni nadie que no sigue el

---

<sup>564</sup> En similares términos se pregunta FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, p. 427, cómo puede ser un sujeto parcialmente privado de su pretensión jurídica de respeto por haber realizado una conducta no prohibida, o por no efectuar una que no está mandada.

<sup>565</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012), p. 13.



camino socialmente dominante, deben tolerar que se invoque a aquella circunstancia personal diferenciadora para perjudicar su posición como interlocutor en condiciones de absoluta igualdad en el entorno comunicativo, pues es evidente que tales calificativos son idóneos para perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado<sup>566</sup>. Las diferencias personales que se hacen presenten en los planes de vida y las identidades individuales deben ser garantizadas, mientras que las diferencias sociales que se desencadenan de tales diferencias personales, como discriminaciones o desprotecciones (como la que supone tener derecho a una protección disminuida del honor personal) deben ser removidas o compensadas por el Estado<sup>567</sup>, que ha de adoptar un papel de compromiso activo interviniendo con todos los instrumentos a su alcance. El Estado no puede esconderse detrás del parapeto de “él mismo lo ha elegido, se apartó del camino socialmente valioso”, porque entonces vulneraría el mandato constitucional de igualdad y no discriminación, de remoción de las barreras para que la igualdad de elección y decisión sean efectivas, el mandato de no intervención ni interferencia en las cuestiones estrictamente privadas e íntimas. Las diferencias que construyen las identidades individuales, que son legítimas y respetuosas con la dignidad, los derechos humanos y la ley, deben ser garantizadas en virtud del principio de igualdad, y por tanto no pueden estar gravadas con adicionales consecuencias negativas, como una menor tutela del honor asociada a una determinada diferencia por cuanto ello supone un obstáculo para que se verifique o materialice la expectativa de reconocimiento social del individuo. Lo contrario, la penalización de una actitud que no se ajusta a lo socialmente esperado o a lo socialmente dominante, supone vincular la valoración social y la valoración jurídica de un comportamiento, lo que implica una vuelta a las concepciones del honor presas de las consideraciones fácticas y discriminatorias<sup>568</sup>.

---

<sup>566</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 303 y 304. Además, como recuerda GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.: “Sobre el paternalismo”, GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 30, “la experiencia de que disponemos nos permite suponer que la adicción [al alcohol], por sí misma no impide el desarrollo de una vida relativamente normal. Todos conocemos alcohólicos que desempeñan razonablemente su trabajo e incluso ocupan puestos de gran responsabilidad”. Y estas mismas declaraciones se pueden extender al homosexual, a quien sufre depresiones o episodios de trastorno psíquico o a quien sufre una adicción moderada a ciertas drogas.

<sup>567</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., p. 907. Se hace eco de esta distinción y la suscribe, GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., pp. 83 y 84.

<sup>568</sup> Por ello no estamos de acuerdo con las tesis de FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 200 a 202, que después de construir con acierto la vertiente de la autoestima desligándola de consideraciones fácticas, yerra en relación con la reputación al otorgar protección jurídica sólo a aquella consideración social que se ajuste al comportamiento del individuo y con ello, admite la desprotección

La persona ha de tener la máxima libertad a su alcance para elegir el modo de vida que desee, con el único límite del respeto a la dignidad, los derechos humanos y a la ley, ya que ciertamente el derecho debe establecer el marco de la acción general dentro de la cual el individuo puede desenvolverse y los límites que éste no puede traspasar<sup>569</sup>, y que son para nosotros la *dignidad*, los *derechos humanos* y el *respeto a la ley*; ni siquiera es admisible el marco de una vida conforme a los parámetros constitucionales (como defiende BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), por más que sea preferible a indeterminados códigos éticos, porque existen modelos y opciones vitales legítimos más allá y fuera del marco constitucional. Nuestra democracia no es militante y se puede defender, convencer y movilizar a la gente a favor de un modelo distinto al de nuestra Constitución; suscribimos aquí las palabras del poeta austriaco FRIED: “la democracia militante / entierra la Constitución. La defensa de la Constitución / entierra la democracia”<sup>570</sup>. El marco de referencia son, pues, la *dignidad*, los *derechos humanos* y el *respeto a la ley*:

- a) La *dignidad*, porque el art. 10.1 puede ser leído no sólo en clave de derechos, sino también en clave de deberes, y en este sentido existe un deber de respetar la

---

jurídica de la reputación del sujeto cuando su actitud no se avenga bien con lo socialmente esperado, vinculando indefectiblemente la valoración social y la valoración jurídica, conexión de la que la profesora cree que hay que huir.

<sup>569</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)”, GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 49.

<sup>570</sup> Poema de FRIED tomado de HÄBERLE, P. y LÓPEZ BOFILL, H.: *Poesía y derecho constitucional: Una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis, Barcelona, 2004, p. 48.

Particularmente en relación con la concepción normativo-fáctica de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, queremos referir una observación adicional. Hay que conceder a las tesis de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE el acierto de otorgar un protagonismo desconocido hasta ahora a conceptos que habrán de jugar un papel fundamental en la construcción de la concepción del honor y que, sin embargo, habían estado completamente ausentes, ni siquiera recurriendo a ellos de una forma retórica. Se observa que el *pluralismo* y el *libre desarrollo de la personalidad* son dos elementos fundamentales en la propuesta que analizamos, con arreglo a la siguiente secuencia argumental: en cumplimiento del valor superior del pluralismo, el Estado no debe imponer un orden ético pues tal proceder público vulneraría las posibilidades de ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. Es cierto, no obstante, que a continuación esta teoría incurre en una contradicción apuntada por FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., op. cit., p. 95. Se asegura que se quiere permitir el más amplio ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual puede conducir a diversos modelos de vida, todos ellos aceptados por el ordenamiento salvo los que sean jurídicamente contrarios a sus normas y valores, pero acto seguido, se condiciona el libre desarrollo de la personalidad (que pretendíamos que fuera máximo) al integrar su contenido con las relaciones de reconocimiento social que entabla el individuo, a su participación social; esta sucesión nos obliga a cuestionarnos ¿por qué los modelos de vida que hayan apostado por un escasa participación social, en uso de su libre desarrollo de la personalidad, deben recibir o disfrutar de un “goce disminuido del derecho al honor”?

dignidad ajena, lo que implica reconocer que los demás son fines en sí mismos, no susceptibles de instrumentalización<sup>571</sup>. El *respeto a los derechos humanos* también constituye un límite a la libertad de acción y al libre desarrollo de la personalidad, por lo que cualquier conducta que menoscabe tales derechos será una fuente de deshonor que el Estado no debe tolerar. Ningún derecho, tampoco el honor, es absoluto, de modo que el ejercicio y disfrute del honor orientado hacia la plena realización del libre desarrollo de la personalidad ha de ser compatible con el disfrute de otros derechos, particularmente la libertad de expresión. Por lo demás, que mencionemos como límites los derechos humanos y no los derechos fundamentales es consecuencia de la posición que adoptamos en el debate habido en sede del bien jurídico en torno a la determinación del verdadero marco donde deben ser definidos los bienes jurídicos<sup>572</sup>. Si los bienes jurídicos deben definirse (positivamente) en el marco referencial de los derechos humanos, este marco también es una fuente de limitaciones (negativas) que deben ser atendidas cuando definimos los bienes jurídicos<sup>573</sup>. En fin, en el marco de referencia de los derechos humanos fundamentamos positivamente el bien jurídico honor y delimitamos negativamente las conductas que no pueden estar amparadas en el ejercicio de este derecho.

- b) El *respeto a la ley y al ordenamiento jurídico* es otro límite del libre desarrollo de la personalidad y de nuestra libertad para definir un proyecto de vida. Así pues, frente al deshonor que surge de un comportamiento propio que contraría la ley, el Estado nada puede hacer desde la perspectiva de la tutela del honor. A favor de este límite encontramos la doctrina jurisprudencial que terminantemente ha establecido tal postura en la Sentencia del Tribunal Constitucional 50/1983: “El recurso se fundamenta, por último, en la hipotética lesión del derecho al honor (art. 18.1 de la C.E.). Es obvio, sin embargo, que este derecho no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión las conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos

---

<sup>571</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: “El libre desarrollo ..., *op. cit.*, pp. 54 y 55.

<sup>572</sup> *Supra* Capítulo V.1.1.4.

<sup>573</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Fundamentación ..., *op. cit.*, p. 11.

procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”<sup>574</sup>. Efectivamente, el deshonor que nace de actos contrarios al ordenamiento jurídico no puede ser protegido porque la realización de comportamientos antijurídicos no puede aumentar las expectativas de reconocimiento de su autor, sino que, por el contrario, ha de tener una incidencia negativa sobre su honor<sup>575</sup>.

Advertido lo anterior, si hemos aceptado circunscribir o acotar nuestra concepción con el límite del “respeto a la ley” es para dotarla de mayor materialidad o tangibilidad, pero no puede negarse que la plena realización de la dignidad humana y la plena realización de los derechos humanos, son ideales muy superiores al respeto a la ley. Desde una perspectiva, podríamos decir, *conservadora*, parece claro que la libertad de acción en que consiste el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad orientado a la autorrealización personal es una libertad jurídica y, por consiguiente, sus límites vienen impuestos por el propio ordenamiento<sup>576</sup>; pero desde una perspectiva más *utópica* o menos pegada al estricto tenor de la ley, debemos suscribir las opiniones de GARCÍA HERRERA cuando critica que en la redacción del art. 10.1 se igualara la dignidad y el respeto a la ley como fundamentos del orden político y de la paz social, revistiéndoles del mismo rango, pues con tal operación se ponían las bases que autorizaban una “lectura reductiva que persiguiera recortar la novedad del orden social sancionado y reafirmar una democracia identificada inmediatamente y sin más requisitos con la legalidad”<sup>577</sup>. La dignidad y los derechos humanos

---

<sup>574</sup> STC 50/1983, de 14 de junio, f. j. 3º.

Refiriéndonos al deshonor que nace de los propios actos por ser actos contrarios a derecho, quizá deberíamos valorar la posibilidad de incorporar la conducta punible del ordenamiento austriaco consistente en reprochar una acción penal ya resuelta judicialmente (§ 113 StGB, “*Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung*”), que ya estudiamos con más detalle; *vid.*, así, *supra* Capítulo IV.2.3.4.2. En este caso, aunque admitimos que lo que se reprocha es un delito, y por tanto un comportamiento contrario al ordenamiento jurídico (que era nuestro único límite), tal recordatorio, si se refiere a hechos lejanos en el tiempo y resulta innecesario para el objeto de la conversación, podría causar una lesión del honor en tanto imposibilita la recuperación y consolidación de un prestigio que en el pasado se perdió. También llaman la atención sobre esta opción que debe considerarse CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 42 y 43

<sup>575</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, op. cit., p. 312; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 201

<sup>576</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: “El libre desarrollo ...”, op. cit., p. 56.

<sup>577</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº Extra 2 (1979; ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978), p. 107.

inviolables no pueden ser equiparados al respeto a la ley ya que los derechos humanos representan límites al accionar mayoritario que se expresa a través de la ley, de donde se extrae que la propia ley debe respetar los derechos humanos. La actuación de legislador e incluso de la mayoría constituyente sólo puede moverse dentro de los límites normativos marcados por los derechos humanos<sup>578</sup>.

#### 1.4.2.2.4 Honor y libre desarrollo de la personalidad

Así pues, con los límites referidos (dignidad, derechos humanos y ley), insistimos en que debe protegerse la libertad de individuo para que en el amplio marco de opciones vitales que permite y ofrece un sistema abierto y pluralista, el individuo pueda elegir aquel camino y aquellas decisiones vitales que estime más adecuadas para autorrealizarse y materializar así su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Pero del mismo modo que hemos criticado en otro momento la vinculación hasta el punto de identificar el honor con la dignidad, también se critica de nuestra postura y de otras semejantes (LAURENZO COPELLO, FERNÁNDEZ PALMA, MORALES PRATS y QUINTERO OLIVARES) que acaso podríamos estar cayendo en un error similar, sustituyendo la dignidad por nuevo faro o guía: el libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que la propuesta resultaría inútil, argumentan, por cuanto el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho fundamental ni puede definir el bien jurídico honor, dado que es sólo una *ratio*, un fin último, de los derechos fundamentales, pero nunca un bien jurídico determinado<sup>579</sup>. Por lo expuesto, FUENTES OSSORIO propone una alternativa cercana a la nuestra que apuesta abiertamente por introducir nuevos parámetros definidores del bien jurídico honor, no como apoyo o referentes, sino como contenido o corazón mismo del bien jurídico. FUENTES OSSORIO plantea originalmente, como ya tuvimos ocasión de analizar, que el honor se tutele frente a conductas que por sus características objetivas “sean capaces, *ex ante*, de atacar la dignidad, afectando de forma concreta a la libertad de decisión y actuación, mediante agresiones a la reputación o autoestima”; tal concepción convierte a la libertad de decisión y de actuación en objeto de tutela, a la fama-honorabilidad y a la autoestima en elementos normativos que delimitan típicamente las acciones penalmente relevantes y al

---

<sup>578</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo* ..., op. cit., pp. 47 y 48.

<sup>579</sup> FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., op. cit., pp. 433 y 434.

honor en un bien jurídico intermedio cuya protección se subordina al bien jurídico libertad en la medida en que el honor sólo es tutelado frente a aquellas conductas que lesionan, además, la libertad de acción y decisión<sup>580</sup>. Aun cuando tal propuesta se puede entender como coherente dentro de sus propios planteamientos, porque aspira a separarse del supuesto error de elevar la libertad de decisión o el libre desarrollo de la personalidad a la categoría de bienes jurídicos encubiertos, resulta, sin embargo, problemática. En primer lugar, es técnicamente compleja desde el momento en que introduce una relación de subordinación entre dos bienes jurídicos, que complica, a su vez, el resto de elementos típicos, hasta el punto de requerir la afectación de la reputación y la autoestima, así como, adicionalmente, de la libertad de acción y decisión. Y en segundo lugar, sistemáticamente no tiene cabida en el derecho positivo vigente puesto que al convertir los delitos contra el honor en formas específicas de ataques contra la libertad de decisión y actuación, deberían los primeros regularse en el Título VI del Código Penal, en un capítulo específico<sup>581</sup>.

Pero creemos que el interesante y loable esfuerzo de FUENTES OSSORIO para conceptualizar el bien jurídico honor como un bien jurídico autónomo y no identificado con el libre desarrollo de la personalidad no es necesario porque la crítica que él dirige contra algunas concepciones, entre las que con matices se mantiene la nuestra, responde a dos motivaciones: por una parte, debemos explicar en mejor medida qué papel juega el libre desarrollo de la personalidad, demostrando que no es el bien jurídico protegido; y por otra, debemos asumir que nuestra propuesta de un bien jurídico honor desde la perspectiva normativa conlleva, necesariamente, reproches a una falta de materialidad, de concreción, como si, acaso, lo que protegieramos fuera, al final, algo tan amplio como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad. Ambas dudas son infundadas, desde nuestro punto de vista, e intentaremos reflejar porqué.

En cuanto a la primera objeción, conviene que aclaremos que nuestra propuesta no eleva el libre desarrollo de la personalidad a la categoría de bien jurídico protegido en los delitos contra el honor. Lógicamente el libre desarrollo de la personalidad

<sup>580</sup> FUENTES OSSORIO, J. L.: "El bien ..., *op. cit.*, pp. 440 y 441.

<sup>581</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, pp. 34 y 35, sostiene que sólo de *lege data* puede contemplarse esta elaboración doctrinal que vincula la conducta injuriosa o calumniosa a un ataque contra la libertad de decisión y actuación. El propio FUENTES OSSORIO, J. L.: "El bien ..., *op. cit.*, pp. 439, admite que no tiene cabida en la legislación vigente.

desempeña un papel importante en la configuración del honor, como ya nos ocupamos de reflejar. Además, como recuerda VIVES ANTÓN: “sólo puede hablarse de libre desarrollo de la personalidad allí donde el individuo ejercita sus propias opciones sin perder la autoestima ni el aprecio de la personalidad”<sup>582</sup>. Pero que el libre desarrollo de la personalidad ayude a definir el bien jurídico honor y delimite las conductas típicas que lesionan este bien jurídico, no significa que igualemos el honor al libre desarrollo de la personalidad, como tampoco significa que subordinemos el honor al libre desarrollo de la personalidad (ni a la dignidad, ni a la libertad de acción-decisión-actuación), aunque ciertamente la agresión al honor suponga una restricción del libre desarrollo de la personalidad, del mismo modo que la garantía del honor contribuye a hacer efectivo el libre desarrollo de la personalidad; por lo demás, en cualesquiera de estos casos la relación que se entabla en nuestra concepción entre el libre desarrollo de la personalidad y el honor no es mayor ni de diferente grado a la que existe entre cualquier bien jurídico lesionado por una conducta y la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de los que ese bien jurídico emana. Así, proteger el libre desarrollo de la personalidad es clave para, por ejemplo, tutelar el derecho fundamental a la libertad de expresión, del mismo modo que si se lesiona este derecho se ataca también el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad misma; y aun aceptando esto nunca concluiríamos que igualamos la libertad de expresión al libre desarrollo de la personalidad ni a la dignidad.

Una vez más, no identificamos el bien jurídico honor con el libre desarrollo de la personalidad, como podría entender FUENTES OSSORIO<sup>583</sup>, ya que el bien jurídico honor es, y ahora conectamos con la segunda observación, la *legítima expectativa de reconocimiento que se ve lesionada por aquellas expresiones o actitudes que anulan la presencia de este reconocimiento en la medida en que desvaloran las decisiones vitales tomadas por el ciudadano en el marco de su libre desarrollo de la personalidad y al amparo del principio de pluralismo*. El bien jurídico honor no se iguala con el libre desarrollo de la personalidad ni se confunde con él, sino que es la *pretensión de respeto*

---

<sup>582</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., op. cit., p. 247; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., op. cit., p. 38; CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades ..., op. cit., p. 22.

<sup>583</sup> FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., op. cit., pp. 433 y 434.

(LAURENZO COPELLO) o la *expectativa de reconocimiento* (creemos nosotros)<sup>584</sup>. Es un bien jurídico ciertamente normativo, previo a las realidades fácticas y positivas de la fama y la autoestima, pero en absoluto tan etéreo o indeterminado como para identificarlo con el libre desarrollo de la personalidad. El esfuerzo por abandonar las concepciones fácticas o normativo-fácticas ciertamente está acompañado, debemos asumirlo, de una cierta espiritualización y abstracción del bien jurídico en la medida en que trasladamos la atención desde los elementos fácticos de la fama y autoestima a un momento previo: al momento de libre actuación de la voluntad conforme a las opciones vitales de cada uno<sup>585</sup>. Buscamos una fundamentación pre-positiva del bien jurídico honor. El concepto de honor, como defendemos desde una concepción normativa, debe descansar en un juicio normativo, previo a la constatación meramente fáctica<sup>586</sup> de la buena o mala reputación del ciudadano y su conciencia del propio valor. El concepto de honor se determina en una fase anterior: en *las posibilidades o en el proceso de acceso a la legítima o merecida expectativa de reconocimiento*.

Concluimos ya estas reflexiones retomando la meta de delimitar, desde una perspectiva jurídica, nuestra concepción del bien jurídico honor. Como esperamos haber reflejado en las páginas precedentes al tratar la vinculación del honor con la dignidad, así como con los valores de la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo, el incumplimiento del principio de igualdad que atribuíamos a las concepciones mixtas o normativo-fácticas dejaba a la luz otras debilidades de estas concepciones que al someter la mayor o menor protección del honor del individuo a su disciplinado y obediente cumplimiento de lo que “socialmente se espera de él”, se apartan del pluralismo y dificultan el libre desarrollo de la personalidad. Tradicionalmente se focalizaba la atención en la construcción de una concepción del honor compatible con el valor superior de la igualdad, objetivo tan loable y tan

---

<sup>584</sup> Aquí nuestra defensa no se refiere a las tesis de FERNÁNDEZ PALMA ni a las de MORALES PRTAS y QUINTERO OLIVARES, porque creemos que incurren en contradicción cuando admiten que las expresiones deshonrosas que se ajusten a la verdad no son típicas, con lo que quiebra el principio de igualdad y esconden una intelección del principio de pluralismo poco ambiciosa. Ya tratamos estos problemas anteriormente, al estudiar el marco filosófico de nuestra propuesta (*vid. supra* Capítulo V.1.4.2.1), y lo haremos a continuación, nuevamente (*infra* Capítulo V.1.4.2.3.2).

<sup>585</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 38; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., p. 247.

<sup>586</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., p. 41; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 38; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 38; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 155 a 162.



comprensible como inacabada e incompleta ha resultado la tarea; pero los derechos fundamentales, en nuestro caso el derecho al honor, no sólo resultan del valor superior de la igualdad, sino también del pluralismo político, “lo cual ofrece apoyo para una concepción integral y dinámica del contenido de la dignidad”<sup>587</sup>. Por esta razón, frente a aquellas líneas tradicionales, nosotros asumimos como objetivo formular una concepción del honor que de una vez por todas sea completamente coherente con una decidida defensa del valor del libre desarrollo de la personalidad y del pluralismo de planes de vida y de los modos de conducción que ello implica. Estimamos que son varias las propuestas que se han preocupado sinceramente de integrar estos valores en la concepción del honor, pero creemos que el objetivo buscado no se ha logrado aún. Falta valor para hacer saltar definitivamente todas las barreras que han encorsetado esas concepciones. Es el caso, por un lado, de las construcciones extrañas enmarcadas en la teoría del reconocimiento y las relaciones intersubjetivas de reconocimiento, y, por otro, en la doctrina penalista española, de las elaboraciones doctrinales de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, CARDENAL MURILLO y GONZÁLEZ DE MURILLO, FERNÁNDEZ PALMA, MORALES PRATS y QUINTERO OLIVARES, FUENTES OSSORIO y LAURENZO COPELLO<sup>588</sup>. Todas ellas representan avances decisivos en esta dirección, aunque presentan ciertas debilidades que hemos ido desgranando en las páginas precedentes y seguiremos haciendo a continuación<sup>589</sup>.

Debemos lograr un concepto de honor en el que se lea, como su ADN inscrito, la plena realización del libre desarrollo de la personalidad; un concepto de honor que permita ejercer de modo casi absoluto (porque ningún derecho es absoluto) el libre desarrollo de la personalidad, si más sujeción que el respeto a la dignidad, a los derechos humanos y a la ley. El libre desarrollo de la personalidad, podría decirse, debe operar como faro o guía de esta concepción que debe orientarse a su plena realización,

---

<sup>587</sup> GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad ...*, op. cit., pp. 97 y 98.

<sup>588</sup> Para un estudio de ellas, *vid. supra* Capítulo V.1.3.

<sup>589</sup> Así, de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ya citamos críticamente su restricción del canon de enjuiciamiento de las relaciones sociales de reconocimiento del individuo a “los valores constitucionales”. Igualmente es censurable en las tesis de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, así como en las de CARDENAL MURILLO y GONZÁLEZ DE MURILLO, MORALES PRATS y QUINTERO OLIVARES, y FERNÁNDEZ PALMA, como luego estudiaremos, la sujeción de la tutela jurídica del honor al comportamiento real del ofendido y a la verdad de las imputaciones. De la tesis de FUENTES OSSORIO, como ya examinaremos, resulta cuestionable la propia construcción del honor como un bien jurídico subordinado a la libertad de decisión y actuación. Finalmente, estimamos favorablemente en su conjunto la concepción de LAURENZO COPELLO, sin perjuicio de algunos aspectos puntuales en los que disentimos, y reflejaremos cuando corresponda.

pues, no en vano, los derechos fundamentales, y entre ellos el honor, derivados de la dignidad, “reconocen facultades referentes a ámbitos vitales del individuo en su propia libertad, relaciones sociales o participación política, imprescindibles para su desarrollo como persona”<sup>590</sup>, lo que no significa igualar o identificar el honor con el libre desarrollo de la personalidad. La afirmación de la dignidad humana como principio supremo del ordenamiento y su realización a través de los derechos fundamentales, se orientan a la consecución del libre desarrollo de la personalidad, de tal forma que lo importante de los derechos fundamentales, su “fundamentalidad” tiene su fuente en “su relación, determinada ideológicamente, o teóricamente, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana”, para asegurar precisamente, el desarrollo en libertad de la persona<sup>591</sup>.

En definitiva, buscamos una concepción que quiera explotar hasta sus máximas posibilidades y se oriente hacia la efectividad plena (a) del *libre desarrollo de la personalidad* porque es la “quintaesencia del ser persona”<sup>592</sup>; y (b) del *pluralismo* porque así lo impone nuestra confianza en un Estado constitucional en el que han de coexistir múltiples planes de vida o perspectivas de la trascendencia y en el que está proscrita la imposición de un pensamiento único para todas las personas<sup>593</sup>; y (c) de la *igualdad*, en tanto que derivado de la *dignidad* predicable de todas las personas el honor es un atributo que debe reconocerse a todo sujeto cualquiera que sea el camino vital elegido y por mucho que se aparte (con ciertas limitaciones: respeto a la dignidad, los derechos humanos y la ley) de supuestos códigos o estándares de lo socialmente esperado. La realización personal del individuo, tanto en su acción singular y su plan de vida, como en su acción en los grupos, sólo es posible desde una concepción del honor imbuida del respeto de los valores del libre desarrollo de la personalidad, del pluralismo y la igualdad. “Si los derechos constituyen el aspecto estático de la dignidad de la persona” y “el libre desarrollo de la personalidad constituye el aspecto dinámico de los mismos”, entonces la dignidad sólo puede realizarse en la medida en que el individuo “ponga en marcha” el libre desarrollo de la personalidad”, como cualidad que le es

---

<sup>590</sup> SOLÁZABAL ECHEVERRÍA, J. J.: “Algunas cuestiones ..., *op. cit.*, pp. 87 y 88.

<sup>591</sup> SOLÁZABAL ECHEVERRÍA, J. J.: “Algunas cuestiones ..., *op. cit.*, pp. 77 y 106.

<sup>592</sup> GARCÍA HERRERA, M.: “Principios ..., *op. cit.*, p. 106.

<sup>593</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo* ..., *op. cit.*, p. 59.

intrínseca<sup>594</sup>. De esta forma, nuestra propuesta procura maximizar las posibilidades de realización del libre desarrollo de la personalidad, en la medida en que este principio constitucional es la constatación dinámica y el reflejo, como también la dignidad, de los derechos fundamentales.

El honor se conecta con los valores fundamentales enumerados, pero ni se identifica con ninguno de ellos ni buscando semejantes *hermanos* pretendemos convertir el honor en un derecho de especial importancia o jerarquía en el entramado constitucional de los derechos fundamentales. El objetivo es otro: explicar la vinculación del honor con tales valores a fin de liberarlo de las cargas que le endosaban otras concepciones: a) vinculándolo a la igualdad y a la dignidad anulamos viejas concepciones de honor estamental y aristocrático; b) conectándolo con el pluralismo desterramos la opresión de ciertos códigos sociales, éticos, morales y jurídicos; c) ligando el honor al libre desarrollo de la personalidad proclamamos la importancia de un espacio libre de intromisiones deshonrosas en el que el ciudadano pueda elegir el camino vital que le dirija hacia la autorrealización.

#### 1.4.2.3 Marco jurídico-penal

Finalmente llegamos al estadio de nuestro proceso de argumentación en que debemos dotar de contenido jurídico el bien jurídico honor. Hemos formulado hasta ahora el honor a partir de un armazón de consideraciones filosóficas enmarcadas en la teoría del reconocimiento, como la *legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica y en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, a partir del cual (del reconocimiento) pueda el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo.*

En un segundo nivel hemos añadido ciertas matizaciones de tipo jurídico, derivadas de los postulados básicos de todo Estado de derecho, en virtud de las cuales *esa expectativa de reconocimiento es merecida por todo ser humano en atención a su status de persona dotada de dignidad en idéntica proporción que cualquier otra*

---

<sup>594</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: "El libre desarrollo ..., *op. cit.*, pp. 47, 52 y 53.

*persona, con lo que la expectativa de reconocimiento derivada de la dignidad se reconoce a todos los ciudadanos por igual en virtud del principio de igualdad. El contenido de dicha expectativa se refiere, eminentemente, al proyecto de vida que el ciudadano ha elegido; es decir, lo que debe ser reconocido es el camino vital emprendido por el ciudadano en el que hace efectivas sus propias decisiones sobre lo que entiende como vida buena y su perspectiva de autorrealización, materializando así dinámicamente la dignidad de la que es titular a través del libre desarrollo de su personalidad. Ese reconocimiento del modo personal de vida por el que el ciudadano ha optado libre y legítimamente es merecido en el sentido de que todo ciudadano merece ser reconocido como sujeto libre, racional y maduro para tomar las decisiones que estime oportunas para la puesta en práctica y el despliegue de su proyecto vital, cualquiera que éste sea, como obliga un cumplimiento escrupuloso y riguroso del principio de pluralismo, que se opone a cualquier imposición, directa o encubierta, de limitaciones a las decisiones fundamentales individuales.*

*De acuerdo con lo anterior, se garantiza el honor y el reconocimiento deja de ser expectativa para convertirse en realidad cuando los miembros de la comunidad respetan a los otros significativos y las decisiones vitales que definen su modo personal de conducción. El juego entrecruzado de los valores fundamentales de la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y el pluralismo, que gobiernan una comunidad jurídicamente organizada bajo la forma de un Estado de derecho, impone que deba denegarse el reconocimiento a quien incurra en deshonor en virtud de aquellos actos propios contrarios a la dignidad, a los derechos humanos y a la ley. Por ello, se produce un ataque al honor del individuo, destruyendo la legítima y merecida expectativa de reconocimiento a que aspiraba, cuando sin traspasar los límites mencionados (dignidad, derechos humanos y ley) y respetando los límites de convivencia de una sociedad pluralista, el camino vital emprendido en virtud de su derecho al libre desarrollo de la personalidad recibe el desprecio comunitario.*

Para determinar en qué casos puede hablarse de un ataque al honor como ausencia del reconocimiento que la comunidad debía otorgar merecidamente al ciudadano, es preciso traspasar la definición filosófica y jurídica del honor y dotarlo de la especificidad unívoca propia de un bien jurídico-penal.

1.4.2.3.1 *Objeto de tutela (legítima expectativa de reconocimiento) y elementos normativos (fama y autoestima)*

Para dotar de concreción al bien jurídico honor y profundizar más allá de las vinculaciones establecidas con la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y el pluralismo, hay que buscar nociones que en la medida de lo posible sean, como diría MUSCO, aferrables y perceptibles con el intelecto, inteligibles y que no decaigan por una excesiva espiritualización<sup>595</sup>, de modo que sea posible recurrir a ellas como valores o ideas referenciales para definir desde una perspectiva jurídico-penal los objetos de tutela en que se materializa el bien jurídico honor, éste sí de perfiles normativos en tanto que *legítima expectativa de reconocimiento*. En este sentido, debe rechazarse la especificación o materialización del honor a través de la dignidad dado que ello sería demasiado amplio e indeterminado. El honor, como parcela de la órbita de la dignidad<sup>596</sup>, ha de ser algo más preciso y definirse con mayor concreción que un ataque a la dignidad, pues de lo contrario, como hemos reflejado repetidamente en esta investigación, casi cualquier ataque a la dignidad vendría a castigarse penalmente por la vía de los delitos contra el honor.

Otra alternativa ha sido el recurso a las dos vertientes asociadas al bien jurídico honor, fama y autoestima, concebidas como materialización mínima de la dignidad, en unas ocasiones, y como componentes del bien jurídico honor, en otras. De esta forma, los delitos contra el honor constituirían ataques contra el bien jurídico honor, concretado en sus materializaciones básicas, que se elevan a la categoría de objeto de tutela: fama y autoestima. En cuanto a la primera opción, efectivamente, se ha sostenido que estos dos elementos representan la concreción o materialización mínima de la dignidad<sup>597</sup>; si bien no es esta una opción que compartimos<sup>598</sup>, al menos tiene la virtud de distinguir un campo específico y alternativo que eluda definir la lesión del honor como un simple ataque de la dignidad.

---

<sup>595</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, op. cit., pp. 127 a 130.

<sup>596</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 170.

<sup>597</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 245 y 246; el mismo en “Delitos ...”, op. cit., pp. 314 y 315, y en “Libertad de expresión e información: límites penales”, AA.VV.: *El derecho a la información. Teoría y práctica (presentación de RAMÍREZ, M.)*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, p. 113

<sup>598</sup> Nuestras críticas a esta concepción, *supra* Capítulo V.1.4.2.2.1.

La segunda tesis consiste en la individualización de cada uno de estos elementos dotándoles de un soporte fáctico<sup>599</sup>, siendo así que la autoestima vendría a ser el sentimiento o conciencia del propio valer, mientras la reputación o fama se definiría como el juicio que la comunidad proyecta sobre un individuo en atención a sus cualidades y virtudes. Sin embargo, se trataba de un camino en absoluto expedito de obstáculos, a nuestro juicio. Por una parte, la intelección de la autoestima como el sentimiento del propio valer nos desliza hacia el inestable campo de los sentimientos, que introducen inseguridad e incertidumbre y que son ideas imposibles de abarcar completamente dado que sólo pueden ser comprendidos (y ni siquiera totalmente) proyectando la experiencia propia sobre la experiencia de otro, que por más parecida que sea, será siempre distinta. Estas circunstancias hacen de los sentimientos un objeto no susceptible de protección directa por las normas jurídicas<sup>600</sup>. Y, por otra parte, identificando el bien jurídico honor con la fama y la autoestima, que han de ser definidos necesariamente por referencia a circunstancias fácticas, se conculca el principio de igualdad en la definición del bien jurídico honor<sup>601</sup>. La autonomía de la fama y de la autoestima no deriva, en definitiva, ni de ser las materializaciones mínimas de la dignidad ni de representar momentos fácticos de valoración interna y externa del individuo.

Ante la imposibilidad de definir en términos fácticos o de constatación fáctica ni la fama ni la autoestima sin romper el principio de igualdad, porque lo contrario nos retrotraería a trasnochadas concepciones fácticas, las teorías normativo-fácticas lograron definir la autoestima conforme a criterios normativos y, por consiguiente, igualitarios, prescindiendo de valoraciones fácticas, al vincularla de un modo u otro con la dignidad, como el respeto consustancial a la dignidad humana, o el valor ético y social fundado en la dignidad humana, o las relaciones mutuas de reconocimiento<sup>602</sup>, entre otras acepciones. También entre las teorías jurídico-constitucionalmente orientadas encontramos loables esfuerzos por ofrecer una definición estrictamente normativa de la

---

<sup>599</sup> Así, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 31 y 32.

<sup>600</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: "Sentimientos ...", op. cit., pp. 72 a 74.

<sup>601</sup> Así, entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 37; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 36 y 37; FUENTES OSSORIO, J. L.: "El bien ...", op. cit., pp. 440.

<sup>602</sup> Así, respectivamente, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 154; ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección ...", op. cit., pp. 140 y 141; BERDUGO FÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Revisión ...", op. cit., p. 310.

autoestima: así, se entiende por tal el “status” jurídico o respeto mínimo brindado por la norma fundamental al individuo como ser libre, racional e igual, dentro del cual éste puede ejercer el pleno desarrollo de la personalidad al margen de imputaciones discriminatorias que irrumpen en ese espacio, y sea cual fuere el propio comportamiento del individuo<sup>603</sup>. El problema se trasladó, en todas estas propuestas, al momento de definición de la fama o reputación, que terminó siendo presa, en última instancia, de las vinculaciones fácticas (de las que acertadamente se había prescindido al caracterizar la autoestima), en la medida en que subordinaban la protección jurídica de la reputación al comportamiento individual, que había de confrontarse con la realidad<sup>604</sup>; de lo anterior se desprende que la imputaciones de hechos, actitudes o conductas deshonrosas pero verdaderas serían atípicas porque, ciertamente, se ajustaban a la realidad de los hechos, ignorando la obstaculización que ello supone para el sujeto en cuanto al acceso al reconocimiento social a que como miembro de una comunidad tiene derecho.

Pero que la fama y la autoestima no puedan ser elevadas a la categoría de objetos de tutela como componentes del bien jurídico honor, no significa que debemos prescindir de ellos, porque, al menos, sí puede decirse que son representaciones socio-culturales previamente dadas al legislador, a las que además ya ha recurrido para describir penalmente las conductas lesivas del honor, por lo que en cierto modo le vinculan<sup>605</sup> desde una perspectiva o un criterio histórico; al propio tiempo, poseen cierta tangibilidad como para aproximar el entendimiento general del ciudadano a la idea de honor. De modo que fama y autoestima pueden resultarnos de utilidad para delimitar y acotar el *bien jurídico honor* definido desde una perspectiva normativa como la *legítima expectativa de reconocimiento a que toda persona tiene derecho*, sin que tales elementos se identifiquen con el bien jurídico propiamente dicho, con lo que evitamos las debilidades de las concepciones anteriormente analizadas. Fama y autoestima sirven como elementos para la selección de los comportamientos relevantes para el Derecho

---

<sup>603</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 165 a 170. Parecidamente, vinculando el honor a la dignidad y al principio de igualdad, de tal forma que el honor es dinámicamente igual para todos, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., pp. 528 y 529.

<sup>604</sup> En este error incurren, a nuestro juicio, entre otros, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 154; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, op. cit., pp. 142 y 143; BERDUGO FÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, op. cit., pp. 311 a 313; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 200 a 202; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., pp. 542 y 543. Nos detendremos con más detalle en esta cuestión *infra* Capítulo V.1.4.2.3.2.2.

<sup>605</sup> MUSCO, E.: *Bene ...*, op. cit., pp. 127 a 130.

penal, sin influir en la configuración del resultado típico y sin ser el objeto realmente protegido. La *fama y la autoestima se constituyen en parámetros o elementos normativos que delimitan el ámbito típico protegido*, es decir, que circunscriben el ámbito de la conducta típica revelando al juzgador cuáles son los modos típicamente reprobables de ataque penalmente relevante<sup>606</sup>. Como tales elementos normativos del tipo objetivo, los conceptos de fama y autoestima serán elaborados por el juez a partir de un juicio valorativo previo fundado en las ideas socialmente dominantes sobre lo que se entiende por fama y autoestima; desde esta perspectiva, son *elementos normativos socio-culturales* pues para su comprensión se necesita un complemento de carácter social-cultural general<sup>607</sup>.

De tal forma que *se respeta el honor cuando se facilita que dicho proceso de acceso a la legítima expectativa de reconocimiento tiene lugar sin obstáculos ni impedimentos ni perturbaciones extrañas injustificadas (como expresiones o imputaciones deshonrosas), cualquiera que sea el modo personal de conducción y cualesquiera que sean las decisiones vitales libremente adoptadas por el individuo, dentro de un marco pluralista que no atiende a ningún código ético, social, moral ni jurídico y que sólo está sujeto a estrictas limitaciones (ya definidas)*<sup>608</sup>. Y, por lo mismo, aquellas conductas que sean aptas para (a) *lesionar el derecho a la legítima expectativa de reconocimiento procedente de la comunidad y proyectado (el reconocimiento) sobre el proyecto vital que el ciudadano ha elegido libremente en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el amplio marco de opciones vitales consentido por el principio de pluralismo, (b) atentando contra su fama y/o autoestima*, constituyen delitos contra el honor<sup>609</sup>. En ocasiones es más fácil

---

<sup>606</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: "Delitos ..., *op. cit.*, p. 324; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 38 y 40. También en esta dirección FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ..., op. cit.*, pp. 163 y 166; FUENTES OSSORIO, J. L.: "El bien ..., *op. cit.*, pp. 440 y 449; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Título ..., *op. cit.*, p. 1612.

<sup>607</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 156; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBEL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 196 y 197.

<sup>608</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 38 y 39; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ..., op. cit.*, p. 38; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ..., op. cit.*, pp. 162 a 164, 167 y 200.

<sup>609</sup> En tanto que defendemos el honor como la *verificación, realización o consumación de la legítima expectativa de reconocimiento*, debemos constatar la cercanía de nuestra postura con la de LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 38, 40 y 41, para quien la protección por vía penal del honor aspira a preservar *el respeto o consideración social con independencia de las elecciones vitales*, para lo cual es preciso proteger el espacio específico de libertad para elegir el modo personal de conducción de la



entender el concepto de honor cuando advertimos su lesión su violación, su reflejo negativo. Así, *si el honor se aproxima al reconocimiento, el ataque al honor sería la ausencia de reconocimiento, el desprecio inherente a un ataque deshonoroso que comporta una lesión de la autoestima y/o de la fama.*

La *aptitud objetiva* o *idoneidad* de las imputaciones deshonorosas para lesionar el acceso a la legítima expectativa de reconocimiento debe referirse o apuntar a la fama y a la autoestima, pero con las precisiones que hemos efectuado ya en varias ocasiones en torno a la no consideración de estos elementos como meras constataciones fácticas de la fama y la autoestima de la que creen gozar los individuos, sino lo que se entiende, con carácter general y objetivo, como fama y autoestima. Ya señalamos anteriormente que los sentimientos no pueden convertirse, en sí mismos, en objeto de protección jurídico-penal. Para recurrir al sentimiento de autoestima como elemento normativo que ayude a delimitar las conductas típicas por atentar contra la legítima expectativa de reconocimiento, es preciso objetivar ese sentimiento, dado que de lo contrario, como se ha reprochado tradicionalmente a las concepciones fácticas, el Derecho penal entraría en el espinoso campo de los impulsos, las emociones, la subjetividad, provocando resultados caóticos si aspirase a proteger la injustificadamente alta autoestima de personas orgullosas y la igualmente infundada propia estima de quienes tienen un bajo concepto de sí mismos<sup>610</sup>. Para evitar esos efectos indeseables propone con razón ALONSO ÁLAMO tomar como referencia “la idea-pensamiento de la propia estimación, haciendo de la autoestima un objeto cognitivo, y entendiendo que para la presencia del delito, no sería preciso que el sujeto experimente, exprese, sentimiento de pérdida de estima sino que sería suficiente con que se acredite que la acción es objetivamente apropiada para vulnerar lo que se entiende por propia estimación de acuerdo con módulos generales, objetivos, externos”<sup>611</sup>.

---

vida castigando aquellos comentarios que *ex ante* sean idóneos para restringir esa libertad influyendo negativamente sobre la valoración social (fama) o la propia valoración de otra persona (autoestima)

<sup>610</sup> Vid., entre otros, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 822 y 823.

<sup>611</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos ..., *op. cit.*”, p. 62. En sentido parecido, sostiene LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 41, que el punto de referencia para medir el carácter injurioso de una imputación no debe localizarse en las condiciones personales de la víctima, sino en los “parámetros generales que permiten considerar ofensiva una expresión o juicio de valor para cualquier ciudadano”. También así QUINTERO OLLIVARES, G.: “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, VIVES ANTÓN, T. S. y MANZANARES, J. L. (dirs.): *Estudios de derecho judicial* (ejemplar

En otros ordenamientos jurídicos estatales, se escuchan también llamadas a la elevación del sentimiento hasta la categoría del pensamiento, definido por lo que la opinión común entiende por tal. En Italia proponía MANZINI someter el sentimiento de la dignidad personal por el tamiz de la “opinión común”, tesis que se opone, por consiguiente, a la consideración como objeto de la lesión del honor concreto o del decoro concreto del ofendido (*su honor, su decoro*)<sup>612</sup>. De modo similar en Francia BEIGNIER apunta que la referencia para determinar la existencia de un ataque al honor no deben ser las circunstancias personales y subjetivas del ofendido, sino la “*opinio honoris*”, un estándar medio en el que todos los ciudadanos están censados y están escritos<sup>613</sup>. El recurso a las consideraciones medias nos conduce inevitablemente, y como última referencia desde la perspectiva de derecho comparado, al criterio manejado en el derecho inglés del “*right-thinking persons generally*”, conforme al cual la idoneidad de una imputación injuriosa o difamatoria para lesionar la idea-pensamiento de autoestima o fama del sujeto se decidiría desde la consideración que tuviera que la sociedad en su conjunto representada o concretada en el juicio de una persona razonable, de una persona media o razonablemente normal<sup>614</sup>.

Estamos de acuerdo con estos planteamientos. Creemos, efectivamente, que la utilidad de la fama y la autoestima como elementos normativos exige objetivar estos conceptos. Hay que abandonar el campo de los sentimientos personales pues no se trata de tutelar las condiciones personales del sujeto, su sentimiento de propia valía, su grado de seguimiento de un código ético o su reputación efectiva<sup>615</sup>. Por el contrario, hemos

---

dedicado a los Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial; número 2), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 171 y 172.

<sup>612</sup> MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, 5ª edizione, Utet, Torino, 1985, p. 507; SPASARI, M.: *Sintesi de uno studio sui delitti contro l'onore*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1961, p. 4; ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale (I)*, 15ª edizione, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 2008, p. 210; MESSINA, S.: *Teoria Generale dei Delitti contro l'onore*, Libreris Recherche Editrice, Roma, 1953, p. 400; JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria e diffamazione*, Utet, Torino, 1953, p. 93; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti contro l'onore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, p. 44.

<sup>613</sup> BEIGNIER, B.: *L'honneur et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995, p. 160; VOUIN, R.: *Droit penal special*, 5ª edition, Dalloz, París, 1983, p. 317.

<sup>614</sup> Es el test del entendimiento razonable (“*reasonable understanding*”) o de la persona media (“*average person*”) o razonablemente normal (“*ordinary reasonable person*”). *Vid.*, así, SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012, pp. 4-9 y 4-10. En la medida en que se juzga desde la perspectiva ideal de un “ciudadano medio”, también encaja aquí el planteamiento de LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 28.

<sup>615</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 41.

de extraer del sentimiento la idea de lo que realmente quiere protegerse, una idea en la que se halle contenido el pensamiento general que sobre ese sentimiento tiene la opinión común; así, habremos hecho del sentimiento un objeto cognitivo; habremos materializado el sentimiento. Se trata, en definitiva, de tomar distancia respecto del sentimiento concreto de autoestima y el juicio concreto de reputación, y crear o desarrollar “ideas-pensamiento” de la reputación y la autoestima que se alcen sobre las constataciones meramente fácticas de una y otra. Lesiona el honor la conducta que *objetivamente* puede ser *idónea* o *apta* para lesionar el honor, aunque no lo haya hecho. No cabe duda que es la lesión del honor personal lo que inicia el proceso judicial, pero una vez producida, el daño debe medirse desde la perspectiva general, atendiendo a circunstancias objetivas, y aceptando, a continuación, que la lesión del honor es la lesión de lo que socialmente representa el honor<sup>616</sup>. Así, la imputación en una reunión de corte marcadamente religiosa y conservadora, de la práctica de relaciones homosexuales por una persona, será un ataque punible al honor por cuanto constituye una manifestación *apta* para lesionar la dignidad de este sujeto. Valorando desde la generalidad y la objetividad, la imputación de alcoholico en una reunión de trabajo, ante compañeros y la cúpula directiva de la empresa, es idónea para retirar el reconocimiento que el sujeto merece. Por el contrario, si la imputación de homosexual se produce en una asociación que se reúne semanalmente para celebrar debates y coloquios sobre la defensa de los derechos de las personas del colectivo LGBT, o si la imputación de alcoholico tiene lugar en el contexto de una sesión de alcoholicos anónimos para superar la adicción, tales expresiones no serán objetivamente aptas para lesionar el honor de aquellos a quienes van dirigidas porque teniendo en cuenta las circunstancias generales y objetivas, el ideal de autoestima y el ideal de reputación, convertidos en pensamientos u objetos cognitivos, materializados, no se ven afectados negativamente<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup> Podría decirse, con HEGEL, G. W. F.: *El Sistema de la Eticidad* (edición preparada por NEGRO PAVÓN, D. y traducción de GONZÁLEZ-HONOTORIA, L.), Editora Nacional, Madrid, 1982, p. 170, que “la lesión personal en el sistema real se convierte en esta abstracción determinada de la lesión”, de forma que hay que “suprimir la determineidad” y acceder “a la idea, en sentido platónico; a lo universal”.

<sup>617</sup> Las referencias a la aptitud abstracta o a la idoneidad *ex ante* de las conductas deshonrosas para menoscabar el honor, atentando contra la fama y/o autoestima del sujeto, serán retomadas más adelante cuando analicemos la estructura de los delitos contra el honor desde la perspectiva de la lesión o el peligro para el bien jurídico.

Resta por aclarar una última cuestión en torno a la fama y la autoestima. Como hemos afirmado, la acción injuriosa será típica si es apta o idónea para lesionar el honor, definido a través de dos elementos normativos, cuales son la fama y la autoestima; es decir, la conducta injuriosa puede lesionar (a) la fama, (b) la autoestima, y (c) la fama y la autoestima. Es importante aclarar que si bien nuestro concepto de honor como legítima expectativa de reconocimiento podría conducir a pensar que el elemento normativo autoestima sucumbe ante el de fama, con el que se vendría a identificar el honor, tal deducción es equivocada. Ciertamente, tal y como nosotros concebimos esa expectativa de reconocimiento, creemos que en muchos casos la lesión de la fama y la lesión de la autoestima concurrirán conjuntamente, una acompañará a la otra y serán consecuencia la una de la otra recíprocamente, siendo difícil separar la parte del honor que se ha lesionado en forma de autoestima y la parte lesionada en forma de fama. Observamos en otro momento anterior, remitiéndonos a las investigaciones de HONNETH y AMELUNG, que la ausencia de reconocimiento del individuo en las relaciones sociales le provocaba internamente unos sentimientos de humillación y vergüenza, a los que les seguía un estado de indignación y rechazo que causaba, en última instancia, una resistencia al desprecio<sup>618</sup>.

En el sentido que acabamos de describir, la lesión de la fama y la autoestima se conectan temporalmente y quedan trenzadas por un hilo de continuidad, pero no se confunden ni se funden en un solo objeto<sup>619</sup>. Estimamos que así sucederá en la inmensa mayoría de las ocasiones, pero como quiera que la psicología individual es inabarcable,

---

<sup>618</sup> *Supra* Capítulo V.3.1.

<sup>619</sup> Con estas reflexiones pretendemos superar las críticas que ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos ..., *op.cit.*, PP. 77 Y 78, nota al pie nº 74, dirige a las propuestas (paradigmáticamente, la de LAURENZO COPPELLO) que aproximan, e incluso confunden, en “una especie de estima social o comunitaria” las dos vertientes del honor.

MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 297, también aprecia esa relación de continuidad cuando señala que el aspecto subjetivo del honor (autoestima) deriva del aspecto objetivo (reputación) y que de esta situación objetiva surge la pretensión de respeto de la reputación. Finalmente, también CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, *op. cit.*, p. 830, QUINTERO OLIVARES, G.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 174, y FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, *op. cit.*, p. 129, aun distinguiendo ambos componentes del honor (fama y autoestima) apuntan su evidente interconexión, así como la preferencia de la vertiente externa en calidad de objeto tutelado en última instancia en atención al apartado segundo del art. 208, que considera punibles sólo las injurias que “sean tenidas en el concepto público por graves”, supeditando la autoestima al juicio público que es la reputación. E incluso en otra publicación, la misma CARMONA SALGADO, C.: “Calumnias ..., *op. cit.*, pp. 35, opina que habría sido preferible que el legislador exigiera la lesión conjunta de la fama y la autoestima, y no alternativa, pues la tipificación existente que posibilita una lesión alternativa de la fama o la autoestima puede introducir subjetivismo y la protección de sentimientos personales (*op. cit.*, p. 136).

no queremos cerrar la posibilidad a que una persona entienda vulnerado su honor por parte de una conducta ofensiva que haya lesionado su autoestima (teniendo presente, no obstante, que a continuación dicho ataque se enjuiciará desde la perspectiva de las circunstancias generales, objetivas y de la idea-pensamiento que socialmente se maneje de la autoestima), pero no su fama o reputación (nuevamente a partir de la idea-pensamiento de fama o reputación). O igualmente al contrario, supuesto que sí nos parece plausible: que una acción injuriosa sea apta para lesionar la expectativa de reconocimiento del individuo, concretada en su fama o reputación, objetivada como idea-pensamiento, pero no su propia estima, también materializada, por tratarse de una persona dotada de una personalidad fuerte y resistente a tales ataques pero que, como cualquier persona, puede ver injustamente desacreditada su consideración social en el entorno comunicativo donde no recibiría el reconocimiento que merece.

Por todas las razones expuestas, proponemos una redacción alternativa del tipo penal de la injuria. En otro momento de la investigación ya argumentamos a favor de la supresión de la referencia a la lesión del término “dignidad” por la confusión que introducía en torno a una identificación o igualación del honor y la dignidad<sup>620</sup>. Ahora postulamos otro cambio, éste relativo a la referencia a la fama o la autoestima del sujeto a través del adjetivo posesivo “su”, por cuanto éste puede conducir equivocadamente a pensar que el objeto de protección del honor se concreta y se materializa en el sentimiento personal de autoestima del sujeto y en la constatación fáctica del juicio comunitario de su fama o reputación, en lugar de, como debería entenderse, la idea-pensamiento de fama y la idea-pensamiento de autoestima. Es cierto, no obstante, que la exigencia de gravedad, valorada desde la perspectiva del concepto público, que impone el apartado segundo del artículo 208 (“*solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*”), ya introduce un correctivo importante sobre los intentos desviados de una subjetivización de la fama y la autoestima. Pero creemos, al propio tiempo, que este correctivo consta en la ley penal precisamente para esquivar el problema a que aludíamos, lo que manifiesta la posibilidad de incurrir en el mismo, si bien es cierto que también viene a cubrir otros objetivos: a) advertir, a través de la cláusula “*sean tenidas en el concepto público por graves*”, que los ataques de escasa entidad o envergadura no

---

<sup>620</sup> Vid., así, *supra* Capítulo V.1.4.2.2.1.

pueden elevarse a la categoría de delito, en virtud de los principios de mínima intervención del legislador penal y de *ultima ratio* del Derecho penal, y b) la necesidad de atender a las circunstancias concurrentes, a través de la cláusula “*por su naturaleza, efectos y circunstancias*”, para valorar la gravedad del ataque, poniendo el foco de atención sobre la siempre reconocida circunstancialidad de los delitos contra el honor<sup>621</sup>.

De esta forma, estimamos acertado proponer una reforma del artículo 208, desde la perspectiva de *lege data*, orientada por los objetivos de simplificación y claridad, que deje el precepto en los siguientes términos: “1. *Es injuria la acción o expresión que lesiona la fama y/o autoestima. 2. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*”.

#### 1.4.2.3.2 *Honor real vs. honor aparente*

En la tesis que sostenemos del honor como la *legítima o merecida expectativa de reconocimiento*, existe otro elemento que debe ser analizado y cuyo estudio nos adentrará en un sugerente debate en el que hemos de tomar posición dado que ello contribuirá a definir todavía con más precisión nuestra concepción del honor como el reconocimiento al que, *auténticamente*, todo ciudadano tiene derecho. Nos referimos al adjetivo “*merecido*”, que no significa realmente obtenido, conquistado o ganado por los propios actos, sino merecido en el sentido de obligadamente derivado (a) de la condición de ser humano que debe ser concedida como miembro de pleno derecho de la comunidad jurídica, y (b) de la aprobación o aceptación social de las cualidades y particularidades que definen su identidad individual, aquella por la que libremente se ha decantado para realizar el proyecto vital que, también libremente, ha elegido.

---

<sup>621</sup> Circunstancialidad advertida, entre mucho otros, por CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 389; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual ...*, op. cit., p. 237; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 304; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 235; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 266 y 267; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, op. cit., p. 310.

Jurisprudencialmente, se ha constatado la circunstancialidad de los delitos contra el honor, entre otras, en SSTC 185/1989, 171/1990, 223/1992, 170/1994, 76/1995, 176/1995, 180/1999, 112/2000 y 49/2001.

Nuestra postura favorable a la protección del honor de manera igualitaria para todos los ciudadanos, cualesquiera que sean sus condiciones personales -raza, sexo, orientación sexual, creencias- y sociales, y cualquiera que sea el proyecto de vida elegido por ellos dentro del amplísimo espectro de proyectos y modos de conducción que una sociedad pluralista está obligada a ofrecer y a tutelar, posee implicaciones en un debate recurrente en la doctrina penalista dedicada al estudio del bien jurídico honor. Hablamos de la polémica sobre el honor aparente y el honor real. Sintetizando, podemos decir que la tutela del honor real o merecido implica que “todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, sean las que sean, no lesionan en sentido jurídico el honor y, por tanto, son atípicas”; frente a ello, la protección del honor aparente (o formal) supone que “cualquier hecho que menoscabe la fama de un sujeto, sea o no objetivamente verdadero, jurídicamente lesiona el honor”<sup>622</sup> y es típica.

Se ha extendido la idea en un amplio sector de la doctrina de que defender la protección de un honor aparente conduce a una injusticia que el ordenamiento no puede tolerar en tanto supondría otorgar protección a quien no la merece, a quien no ha hecho nada por ganársela, a quien no se ha cuidado diariamente de proteger su honor<sup>623</sup>. Ha alcanzado notable eco la creencia de que la protección del honor aparente era propia de concepciones calderonianas del honor y de sociedades de tiempos pasados por lo que era preciso “desterrarlo del panorama normativo”. A tales efectos, las reflexiones de FERNÁNDEZ PALMA representan una aportación ilustrativa. Defiende que con los nuevos Estados democráticos, el ordenamiento debe garantizar la facultad de decidir el propio proyecto vital, la libertad de conformar el comportamiento de acuerdo con las propias ideas, intereses o metas, pero ello implica, al mismo tiempo, el gravamen a cargo del ciudadano de responsabilizarse con la línea de conducta elegida, descartándose la protección judicial de la “apariencia”: al tiempo se otorga al individuo

---

<sup>622</sup> MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 34 y 35. Añade que del concepto de honor que protege el ordenamiento y del espacio concedido al instituto de la prueba de la verdad, podríamos establecer una división bipartita de los modelos legales: el sistema de la protección del honor real es propio del ordenamiento jurídico alemán, que otorga a la *exceptio veritatis*, por lo general, plena capacidad exonerante; en el otro lado encontramos el sistema latino, en el que suele incluirse la regulación española y para el que la prueba de la verdad no tiene dicha capacidad exonerante y se orienta más a la tutela del honor aparente. A estos efectos, conviene retomar el estudio desde la perspectiva del derecho comparado que efectuamos anteriormente, así como las conclusiones en torno a los modelos de regímenes jurídicos que encontramos en atención al espacio otorgado a la *exceptio veritatis* en cada ordenamiento. *Vid.*, así, *supra* Capítulo IV.7.3.

<sup>623</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

plena autonomía para elegir el proyecto vital, se le carga con la responsabilización de su propia actuación. Mientras en los Estados en los que se impone una conciencia ética y moral juridificada cabe proteger la apariencia de acomodo del comportamiento a los dictados de la moral dominante pues de lo contrario el sujeto sabe que perderá su buena reputación<sup>624</sup>. Sin embargo, esta tacha al honor aparente es falsa pues parte de la máxima de que el honor es un premio que se gana, se obtiene, por el que se lucha, por lo que si no se trabaja por él, el ordenamiento está en posición de validar el arrebato o la sustracción el honor a los individuos deshonorosos emprendido por la comunidad. Si por el contrario, se defiende un concepto normativo del honor, fuera de esos axiomas morales indiscutibles, pero que nosotros sí cuestionamos, es perfectamente posible y justo preferir que el ordenamiento proteja el honor aparente. Analicemos con más detenimiento el enfrentamiento doctrinal y expongamos nuestro punto de vista.

En el sector favorable a la tutela exclusivamente del honor real o merecido encontramos a numerosos defensores que critican que el tipo de las injurias al no permitir la prueba de la verdad en las imputaciones de hechos deshonorosos viene a proteger simplemente un honor aparente que ignora la realidad de los comportamientos personales, los cuales deben ser valorados en la medida en que pueden representar una fuente de deshonor que el Estado debería atender por ser comportamientos socialmente disvaliosos. Cuando se analizan estas situaciones en las que se imputa a alguien una conducta no delictiva, pero socialmente poco valorada, o desvalorada, o, en fin, socialmente no integrada/aceptada con plena normalidad, algunos autores guiados por un principio que podría resumirse en la máxima alemana “las verdades no ofenden”, señalan que no puede hablarse de ataque al honor. JAÉN VALLEJO es tajante a este respecto: “si alguien llama a otro borracho, prostituta, o drogadicto, siendo verdad que el sujeto pasivo se corresponde con tales descripciones, éste no podrá reclamar la protección jurídico-penal del honor, porque el ordenamiento no puede proteger un honor inmerecido” y porque “no hay razón para que el Estado proteja un honor sólo aparente”<sup>625</sup>. Esas actitudes no se ajustan a los códigos de lo socialmente esperado ni de lo éticamente debido y, como explica gráficamente LÓPEZ PEREGRÍN, “consumen

---

<sup>624</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 185 a 187; la misma en FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones ...”, op. cit., p. 1354, nota al pie nº 142.

<sup>625</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 155; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 188.



una parte del honor de su autor, disminuyendo, por tanto, el posible objeto de ataque”<sup>626</sup>. No hay, pues, razones para la protección del honor aparente, o, como dice BACIGALUPO ZAPATER, la protección del honor aparente e inmerecido “no parece en modo alguno justificado”<sup>627</sup>.

Las verdades no ofenden, ni lesionan el honor, ni lesionan la dignidad, como afirma BERNAL DEL CASTILLO: el Derecho no puede amparar “una reputación moral, aparente falsa e incompatible con su fundamento, que es la dignidad de la persona, aquella que se integra por el mérito adquirido por su comportamiento real. [...] En los tipos penales que contemplen esta dignidad [la dignidad moral] se debe proteger únicamente frente a las imputaciones deshonorosas falsas, puesto que las verdaderas no lesionan la dignidad moral”<sup>628</sup>. No lesionan la dignidad moral, o, a lo sumo, atacan una dignidad ficticia y una consideración social errónea, de forma que una información veraz no es un ataque al honor porque no hay honor que proteger<sup>629</sup>. Y las verdades no lesionan el honor, precisamente, porque el honor está fundado en la verdad y no en las apariencias falsas de la mejor reputación que la que uno merece, y la verdad no está limitada por el honor<sup>630</sup>.

Proclaman estos autores que lo contrario, la protección del honor cuando no es merecido porque con sus propios actos el sujeto ha perdido su derecho a la pretensión de respeto, sería hipócrita dado que, argumenta CARMONA SALGADO, sólo podemos recibir amparo del Ordenamiento jurídico cuando somos legítimos titulares de un derecho, por ello, continúa la autora, si no somos titulares del honor porque por nuestros comportamientos nos hemos separado de los valores mínimos y esenciales de una comunidad democrática, si “no hemos sido capaces de cuidarlo y protegerlo a diario”, también hemos perdido el derecho a reclamar de la maquinaria jurídica su tutela; esta

---

<sup>626</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 88.

<sup>627</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: “¿Necesita el Derecho penal español un delito de indiscreción?”, *Poder Judicial*, 15 (septiembre, 1989), p. 24.

<sup>628</sup> BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor...*, op. cit., p. 75.

<sup>629</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 53 y 54. De forma parecida, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 154.

<sup>630</sup> SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 25 y 26; el mismo en SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción ...”, op. cit., p. 57. En términos similares, señala MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 83 y 160, que la divulgación de hechos verdaderos rara vez puede considerarse lesiva del honor, razón por la cual la verdad vendría a exonerar siempre de cualquier responsabilidad por difamación.

protección queda reservada a quienes “día a día se comprometen a custodiarlo [el honor] y preservarlo incólume frente al resto de los ciudadanos”, “comportándose de manera respetuosa con los valores éticos y las normas imperantes” en la sociedad<sup>631</sup>.

La protección del honor real es defendida también como consecuencia derivada del respeto escrupuloso del principio de igualdad. Si el principio de igualdad exige tratar por igual los casos iguales, obliga a lo mismo respecto de los casos diferentes: ofrecerlos un tratamiento diverso. Por ello, alegan FERNÁNDEZ PALMA y JAÉN VALLEJO, entre otros, no puede admitirse conceder la misma tutela del honor de quien se dice que es un borracho, cuando efectivamente lo es, que a quien se acusa de lo mismo, no correspondiéndose tal calificativo con la realidad<sup>632</sup>. Proceder en sentido contrario vendría a dar sostenimiento a una protección estatal de la hipocresía de proteger una mera apariencia del honor, un *statu quo*, con independencia de si es merecido o inmerecido, como defienden CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, así como O'CALLAGHAN MUÑOZ<sup>633</sup>. En fin, tanto como la igualdad prohíbe que unas personas puedan tener más honor que otras, impone también que, a fin de hacer posible la vida en sociedad, sólo se tutele la consideración social merecida, basada en relaciones de reconocimiento fundadas, y no la reputación que no responde al comportamiento real y contrastado del individuo en la vida<sup>634</sup>.

Piénsese en quien injuria a una persona imputándole el hecho de consumir excesivamente alcohol y ser un borracho. Los autores defensores acérrimos del honor real dicen que si la persona ha decidido dirigir su vida de un modo socialmente no valioso ingiriendo grandes cantidades de alcohol, no puede pretender que el ordenamiento les garantice su honor del mismo modo que si hubieran optado por llevar

---

<sup>631</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 34. Muy ilustrativa es la pregunta en tono retórico de la propia CARMONA SALGADO con la que muestra su rechazo a la tutela de una especie de honor aparente: “¿cómo requerir de la maquinaria jurídica una efectiva protección del honor, presuntamente vulnerado por otro, si, de antemano, uno mismo es incapaz –o a lo peor, le es indiferente, de cuidarlo y protegerlo a diario? Seamos, pues, sensatos y honestos con la sociedad en general y con nosotros en particular” (op. cit., p. 33).

<sup>632</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 152; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 188. Así también OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, julio-septiembre (2006), p. 98.

<sup>633</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 54; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 53 y 54.

<sup>634</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, op. cit., pp. 142 y 143; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, op. cit., pp. 311 y 312; el mismo en *Honor ...*, op. cit., p. 57; QUINTERO OLLIVARES, G.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 174 y 175.

una vida de consumo moderado de alcohol; él solo ha elegido una vida al margen de los cánones sociales y debe aceptar la imputación de hechos ciertos aunque le ofendan porque, siguiendo la estela del derecho alemán, “las verdades no ofenden”. Y lo mismo debería afirmarse de un homosexual: si la persona es homosexual y se le imputa la práctica de relaciones sexuales homosexuales, dirán que no cabe alegar protección del honor cuando lo imputado es una verdad. Y siguiendo esta estela, idénticamente habría que concluir con calificativos como “leproso”, o “negro”, o “sudaca” o “enfermo de SIDA”, o “enamorado de su hermana” (que se asocia a prácticas incestuosas), o “loco-esquizofrénico-pirado-maníaco compulsivo”. Pues bien, estamos en contra de estas opiniones. ¿Quién es la autoridad -qué sociedad o qué grupo dominante- puede atreverse a alzarse por encima de mi libertad vital de elección del propio camino y del libre desarrollo de la personalidad para decirme que mis actos, no prohibidos por el ordenamiento jurídico ni contrarios a los derechos humanos, son deshonorosos y por tanto disminuyen la cantidad de honor que poseo y debilitan mi derecho a exigir respeto a mi honor? No cabe duda de que calificar a alguien de alcohólico u homosexual en según qué ámbitos (en la mayoría) es profundamente injurioso y lesivo de su honor, y sin embargo, si fueran calificativos ciertos, sólo cabría cerrar las puertas de la justicia a las víctimas ofendidas

A todos aquellos autores, con razón, les llama ÁLVAREZ GARCÍA “apósteles de la verdad”, argumentando que sus teorías conducen a una” realidad de investigadores, de delatores, de curiosos de la vida ajena, con sus correspondientes chantajistas y buscadores de dinero fácil”<sup>635</sup>. MUÑOZ LORENTE también advierte que la línea interpretativa dominante consiente que se pueda imputar cualquier hecho injurioso objetivamente verdadero y, concluye gráficamente proclamando “¡queda abierta la veda!”<sup>636</sup>. ÁLVAREZ GARCÍA y MUÑOZ LORENTE coinciden a la hora de apuntar la razón de haber configurado los delitos contra el honor desde esa perspectiva inmisericorde con el honor aparente, alegando dos buenas razones: en primer lugar, que la regulación se hizo pensando más en los medios de comunicación de masas y los personajes públicos, situándonos en un entorno en el que quizá es comprensible que prevalezca la verdad pensando en el interés público, dando a entender que si se piensa

---

<sup>635</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., p. 101.

<sup>636</sup> MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 43 y 44.

en la aplicación de estos tipos penales a relaciones entre privados y ciudadanos cualesquiera quizá la verdad no pueda ser una carta que pueda invocarse sin atender a otras consideraciones; en segundo lugar, por “el deseo de imitar lo alemán, lo centroeuropeo, olvidando que en nuestro país, y en algún otro, la verdad nunca ha gozado, porque socialmente no se quiere, del peso adquirido en aquéllos países”<sup>637</sup>. Radicalmente en contra de atender a la veracidad o falsedad de lo imputado, y prefiriendo el criterio de la idoneidad de la imputación para lesionar el derecho del individuo a acceder a un reconocimiento o valoración social en atención al modo de vida o al proyecto vital libremente elegido en uso de su libre desarrollo de la personalidad, se muestra LAURENZO COPELLO: si el honor protege el acceso igualitario de los ciudadanos al respeto social es indiferente que lo imputado sea cierto o falso, que coincida o no con la realidad<sup>638</sup>. Con otras palabras, sostiene parecidamente RODRÍGUEZ DEVESA que dado que lo que se protege no es el grado de dignidad alcanzado por el sujeto sino “el mutuo respeto imprescindible para la convivencia”, la verdad o falsedad de la imputación es irrelevante<sup>639</sup>.

Nosotros coincidimos con las últimas reflexiones y entendemos que toda imputación que pueda tener un efecto sobre la reputación (real o aparente) y/o la autoestima, podrá dañar la libertad de actuación. Es precisamente en este punto de la investigación (honor aparente vs. el honor real) donde algunas de las concepciones que veníamos aplaudiendo pierden nuestro apoyo. A pesar de los aciertos de CARDENAL MURILLO y GONZÁLEZ DE MURILLO procurando un concepto normativo de honor que pone el foco en el proceso de acceso reconocimiento social, debemos reprochar su defensa de un concepto de honor real conforme al cual prevalece la verdad de las imputaciones por encima del carácter deshonroso de las mismas, lo que trae a la arena nuevamente resultados discriminatorios<sup>640</sup>. A pesar del notable esfuerzo de

---

<sup>637</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho ...*, op. cit., p. 100, nota al pie n° 164; MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 34 y 35.

La fuerza exonerante de responsabilidad criminal por ataque contra el honor atribuida a la verdad también encuentra un campo abonado en el derecho angloamericano, como ha mostrado, entre otros, MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 83 y 160, que se muestra contrario a la protección del honor aparente, por ser arcaico.

<sup>638</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 42 y 43.

<sup>639</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. Mª. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 244.

<sup>640</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 41 y 42. Y ello a pesar de que previamente habían afirmado que la protección del honor no podía depender de que fuera merecido o no merecido (op. cit., p. 37) y que la veracidad de lo afirmado es

configuración del honor como un bien jurídico plenamente integrado en el sistema axiológico de los derechos y libertades que edifica la Constitución, la propuesta de FERNÁNDEZ PALMA<sup>641</sup>, así como la de MORALES PRATS y QUINERO OLIVARES<sup>642</sup>, se desmorona con su defensa del honor merecido, discriminatorio y no pluralista, a los pies de los principios de igualdad y pluralismo. Y por último, el meritorio logro de introducir en el debate de la doctrina penalista española las relaciones de reconocimiento, obra de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, queda ensombrecido con la tutela sólo de las relaciones de reconocimiento *fundadas* desde la perspectiva del respeto y ajuste al orden de valores constitucionales, de corto alcance<sup>643</sup>.

La clave, creemos nosotros, está en desterrar esta terminología “honor aparente vs. honor real” y en no resignarnos a aceptar la pretendida superioridad moral de la protección del honor real. No hay un debate entre honor real y honor aparente, sino que el debate es entre una concepción de honor y otra, igual de reales las dos<sup>644</sup>. La cuestión de la terminología resulta en ocasiones tan absorbente que nos hace perder el horizonte y olvidar el verdadero objetivo de alcanzar una construcción teórica respetuosa con las máximas de nuestro ordenamiento y, a la par, operativa en el terreno de la práctica. Desde esta perspectiva, lo que nosotros proponemos es proteger al ciudadano de aquellas afirmaciones que sean *aptas o idóneas* para ocasionar el desprecio del grupo social o de la comunidad hacia el modo de vida que ha decidido elegir libremente conforme a su libre desarrollo de la personalidad y a su autonomía personal, sufriendo, a causa de ese desprecio o marginación, una merma de sus posibilidades de interacción social, y con independencia de la veracidad o falsedad de las afirmaciones injuriosas, dado que tanto las verdaderas como las falsas son igualmente aptas para amenazar el honor entendido como legítima expectativa de reconocimiento<sup>645</sup>. Recordemos que el honor como expectativa de reconocimiento viene a ser la *carta de presentación del*

---

irrelevante porque lo que caracteriza a las acciones injuriosas es su ofensividad objetiva (*op. cit.*, p. 67).. También LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 38, cree que la apuesta por el honor merecido termina neutralizando los efectos positivos de la concepción de CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, situada *ab initio* en el terreno normativo.

<sup>641</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, *op. cit.*, pp. 185 a 187.

<sup>642</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, *op. cit.*, pp. 529, 542 y 543.

<sup>643</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, *op. cit.*, pp. 311 y 312.

<sup>644</sup> Dice, en este sentido, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 39, que en el debate sobre el honor aparente y el honor merecido, hay que seguir una tercera vía.

<sup>645</sup> Más tarde trataremos sobre las consecuencias que la protección del honor aparente y la irrelevancia de la veracidad de las afirmaciones, tienen sobre el instrumento de la *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor.

*sujeto ante la comunidad; en otras palabras, el respeto del honor es un presupuesto para participación en condiciones de paridad participativa en las interacciones sociales*<sup>646</sup>. Desde esta perspectiva, cualquier imputación que difame al individuo, rebajando o degradando de categoría la posición desde la que el individuo participa en el entorno comunitativo, ha de ser tachada de injuriosa, con independencia de la veracidad o falsedad de lo afirmado.

La referida *idoneidad o aptitud abstracta* se mediría desde las consideraciones generales y objetivas, contrastando el ataque real al honor con la idea-pensamiento objetivada de fama y autoestima, y juzgando los resultados desde la perspectiva del estándar común del ciudadano medio. Si a eso se le quiere llamar honor real u honor aparente, es secundario. De hecho, aun cuando esta opción parece acercarse al honor aparente, podría hacerlo al honor real desde este otro punto de vista: a) frente a las afirmaciones ofensivas falsas, no cabe duda de su condición de injuriosas en la medida en que sucumben ante el filtro de la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad. Claramente, por tanto, se está protegiendo el *honor real atacado*; b) frente a afirmaciones ofensivas verdaderas (esto es, aquéllas que sí superarían la prueba de la verdad y, siguiendo las tesis estrictas del honor real, deberían quedar impunes), habrá lesión del honor si fueran *aptas objetivamente* (a la luz de las circunstancias) para afectar negativamente las posibilidades de participación del individuo en el entorno comunicativo. En este caso se protege el *honor realmente susceptible de ser atacado*.

*La restricción de la tutela jurídica del honor a lo que se denomina honor real, entendida como aquella protección que se otorga contrastando las imputaciones con el comportamiento individual, constituye una limitación infundada de la que se derivan consecuencias jurídicas discriminatorias para aquellas personas que han optado por modos de conducción personal que, aun siendo respetuosos con la dignidad, los derechos humanos y la ley, no gozan de la simpatía social generalizada (por asociarse a hábitos no plenamente integrados -homosexuales- o por asociarse a discapacidades físicas total o parcialmente incapacitantes -personas con discapacidad física o enfermos mentales-) o son abiertamente desvalorados (alcohólicos, drogadictos),*

---

<sup>646</sup> Califica el honor como “presupuesto para la comunicación con otros y consigo mismo”, AMELUNG, K.: *Die Ehre ...*, op. cit., p. 38: “... *Ehre als Voraussetzung der Kommunikation mit anderen und mit sich selbst.*”

*padeciendo, por el contrario, hostilidad o desprecio (lo que MANZINI denomina “antipatía attuosa”)<sup>647</sup>. Estas personas, que llevan un camino vital resultado de sus decisiones legítimamente adoptadas dentro del marco de su autonomía personal, no tienen por qué soportar la impunidad de imputaciones claramente deshonrosas que les expulsan de una posición en condiciones de paridad participativa desde la que puedan tomar parte en el entorno comunicativo, lo que conlleva directamente la negación del reconocimiento a que aspiraban, en tanto que tenían una legítima expectativa, como miembros de pleno derecho de la comunidad jurídica.*

1.4.2.3.2.1 *Excursus*. Los enemigos de la “sociedad pluralista del reconocimiento”: el honor real, el derecho absoluto a la verdad y los “parias del honor”

Nuestra opinión favorable a la protección del honor frente a ataques susceptible, aptos o idóneos de lesionar la el reconocimiento del ciudadano, destruyendo su legítima expectativa, conectan una vez más con reflexiones que ya formulamos atrás cuando examinamos la vinculación del honor y el pluralismo. Expondremos nuestras opiniones retomando las iniciales reflexiones de FERNÁNDEZ PALMA sobre la inclinación de las comunidades jurídicamente más atrasadas y estatalistas a proteger la apariencia del honor, frente a la preferencia de las sociedades abiertas por la tutela del honor real en el bien entendido de que el reconocimiento del derecho a la autonomía individual para elegir el proyecto vital debe conjugarse con el deber de responsabilizarse de la propia actuación o comportamiento. Pues bien, en primer lugar, cabe preguntarnos de dónde sale esa supuesta obligación de responsabilizarnos de la conducta. Mejor dicho: podemos aceptar que esto es así, pero no se entiende que esta responsabilización sea más propia de los Estados pluralistas antes que de los monistas; o por qué la responsabilización acompaña a la protección del honor real y no al honor formal. En fin, posiblemente el punto clave de la justificación de por qué los comportamientos deshonrosos de uno mismo no le ofenden si le son reprochados no queda explicado y se pasa por encima del sin mayor detenimiento.

---

<sup>647</sup> MANZINI, V.: *Trattato ...*, op. cit., p. 623.

En el decidido apoyo de FERNÁNDEZ PALMA a una concepción del honor edificada sobre el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad, hay más buena voluntad que hechos consumados. Creemos que cuando se propone el objetivo de levantar una concepción del honor compatible con el valor del pluralismo en toda su extensión, no lo consigue. Ella entiende, y tiene razón, que el Estado asume su propia pluralidad sin alinearse con una concreta tendencia política o cultural, y acepta como natural la convivencia de distintos grupos o subgrupos animados por intereses o ideologías diversas, dentro del marco de respeto a la Constitución y a la ley; en fin, así entendido, el pluralismo constitucional cerraría el paso a inspiraciones sociopolíticas dogmáticas tendentes a instaurar una opción vinculante en cualquier ámbito de la comunidad. En teoría, la intelección del pluralismo es correcta; donde se produce la falla es al llevarlo a la práctica, incurriendo en varios errores de apreciación o falsedades. Primeramente, en tanto el Estado autoriza ciertos ataques al honor de personas que han optado libremente por modos de vida apartados de lo socialmente esperado, pero conformes a Derecho igualmente, so pretexto de la tutela del (mal) llamado honor real se disponen los medios coactivos del Estado (el Derecho penal) al servicio de una determinada concepción social y moral de la vida, socavando completamente el fundamento del pluralismo que el Estado debe proteger, y la libertad y el libre desarrollo de la personalidad que asisten a todo ciudadano. En segundo lugar, entiende la profesora que garantizado así el pluralismo se respetan las minorías<sup>648</sup>, lo cual es falso. Las minorías quedan desprotegidas y desfavorecidas porque por elegir un modelo de vida alternativo al mayoritario, recibirán menos protección de su honor por parte de las autoridades. Y, por último, tampoco es cierto que con arreglo a este modelo el Estado cumpla su labor de activo protector de los derechos fundamentales frente a la lesión de terceros<sup>649</sup>, porque, precisamente, hemos visto que se despreocupa del honor de quienes han optado por modelos de vida respetuosos con la ley, la dignidad y los derechos humanos, pero apartados del modelo socialmente dominante. Siendo así, el Estado está interfiriendo de modo innegable en el ámbito de poder de la persona en la medida en que dificulta y obstaculiza su libre ejercicio<sup>650</sup> mediante la imposición de condiciones amenazantes (si te comportas del modo “a” tendrás que soportar lesiones de tu honor no reparables ni accionables); cuando la libertad se ejerce bajo condiciones o

---

<sup>648</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., op. cit., p. 96.

<sup>649</sup> Así lo cree FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., op. cit., p. 123.

<sup>650</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito* ..., op. cit., p. 124.



amenazas, falta la libertad y si esto sucede, entonces difícilmente puede hablarse del derecho al libre desarrollo de la personalidad, sencillamente porque ese desarrollo no es libre y la libertad que se le concede al hombre es ficticia<sup>651</sup>.

Pero, ante todo, nuestra crítica principal a las tesis de los “apóstoles de la verdad”, es otra. No es cierto que en los Estados modernos se garantice sin condiciones la libertad de elección del proyecto vital cuando se protege lo que se ha venido en (mal) llamarse honor real, pues en tal caso se está transmitiendo el mensaje de que la elección de ciertos modos de vida que no contravienen las leyes ni la dignidad ni los derechos humanos, lleva parejas ciertas represalias por parte del Estado que se arroga la facultad de poder dispensar una protección mermada del honor, arrebatando “legítimamente” al ciudadano una porción de este derecho, lo cual, por otra parte, violenta el principio de legalidad en tanto que se trata de la restricción de un derecho (el honor) no prevista en la ley penal o administrativa alguna<sup>652</sup>.

Comentábamos antes que los defensores del honor real considerarían hipócrita proteger una mera ficción de honor; nosotros vemos la hipocresía desde otra perspectiva y para nosotros el mensaje hipócrita dirigido por el Estado (supuestamente protector de la libertad de elección dentro de los marcos legales y del respeto del modelo de vida libremente elegido por cada uno dentro de los límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad) a los ciudadanos, sería el siguiente: “si optas por apartarte del camino socialmente valioso y dominante, atente a las consecuencias”. Es decir, se observa que de manera indirecta y menos visible, pero sumamente efectiva, el Estado termina imponiendo a los ciudadanos una moral y un estilo de vida, anulando su libertad para tomar estas decisiones, en tanto les anuncia que ciertos proyectos vitales estarán desprotegidos frente a las eventuales agresiones contra el honor, por lo que conviene acogerse a los modelos de vida mayoritarios: conviene no ser un borracho, aunque no vulnera ningún principio jurídico, conviene no ser homosexual, aunque no sea contrario a ninguna norma jurídica, conviene no ser un loco, aunque sea una enfermedad mental

---

<sup>651</sup> GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.: “Sobre el paternalismo”, GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995, p. 12.

<sup>652</sup> FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 420 y 427; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ..., op. cit.*, pp. 41 y 42.

sin ninguna relevancia a efectos jurídicos. Tanto conviene que de no seguir este camino estatalmente marcado la consecuencia es la desprotección del honor. Si quieren beneficiarse de las ventajas, entonces los ciudadanos deben resignarse a situarse dentro del abanico de opciones previamente establecido y que permanece como incuestionable<sup>653</sup>. Así sólo se consigue condenar a quienes han adoptado un modo de vida diferente del reflejado en los cánones sociales dominantes a sufrir “justificada y merecidamente” el desprecio social por su desviación<sup>654</sup>.

Estamos en contra de esa hipocresía. En el marco pluralista y con las limitaciones descritas, cualquier conducta es permitida y merece exactamente la misma consideración y la misma protección por parte de las autoridades porque los derechos humanos imponen un régimen universal de protección que es compatible, en su propia esencia, con el pluralismo moral<sup>655</sup>. Socialmente puede desvalorarse, y de hecho se desvalora, a quien bebe en exceso (por ello quien no es borracho no admitirá que se le llame de tal modo, pues le ofende), pero penalmente es una conducta inocua porque no atenta contra ningún derecho humano, de modo que mientras así sea, llamar a alguien borracho es injurioso, tanto si las circunstancias personales y el camino vital de alguien le han conducido a serlo como si no es borracho, y el Estado debe castigar penalmente a quien impute tal condición por cuanto es apta para impedir al ciudadano el acceso al legítimo reconocimiento social que como miembro de la comunidad jurídica le corresponde. Así, *reconocimiento, pluralismo y libre elección de vida* confluyen: condenando una ofensa particular a un ciudadano, devolvemos al sujeto a la posición de *paridad participativa en el entorno comunicativo*, le rehabilitamos en el reconocimiento que merece, transmitimos la repudia social que merece cualquier ataque contra la elección individual del modo o plan de vida respetuoso de la dignidad, los derechos humanos y la ley, con lo que restablecemos las reglas de civilidad que sirven para mantener el orden social<sup>656</sup>; de esta forma, el sujeto recupera su *auto-respeto*, la confianza en sí mismo que había quedado quebrada en tanto el Estado no le protegía, y al propio tiempo, el *respeto recíproco* que le deben los demás que lo *reconocen* como un *otro en igualdad de condiciones*.

<sup>653</sup> DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia ..., *op. cit.*, p. 468.

<sup>654</sup> *Vid.*, así también, LAURENZO COPELLO, P.: *Delitos ...*, *op. cit.*, p. 43, nota al pie nº 90.

<sup>655</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>656</sup> POST, R. C.: “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”, 74 *California Law Review*, May, 1986, pp. 707 y ss.

Si aceptáramos las teorías opuestas, partidarias de la tutela del honor real en un contexto sólo pretendidamente pluralista, estaríamos volviendo a concepciones meritocráticas del pasado, pero contempladas desde una nueva perspectiva, aparentemente más moderna y más democrática, pero igualmente injusta, discriminatoria e hipócrita, que al venir envuelta en “igualdad”, “merecimiento” y “justicia” e “imparcialidad” penetra sin levantar sospechas ni hacer ruido. Del honor plutocrático y meritocrático pasaríamos al honor del elitismo moral definido en un contexto o marco social de enfrentamiento entre “grupo mayoritario privilegiado-elitista moral” y “grupo minoritario oprimido-paria del honor”. La teórica del movimiento feminista YOUNG expresa con acierto esta realidad de conflicto a través de un párrafo que transcribimos íntegramente:

*“La perspectiva de las personas privilegiadas, sus experiencias y criterios particulares, se construye como normal y neutral. Si la experiencia de algunos grupos difiere de esta experiencia neutral, o si no se ajusta a estos criterios, su diferencia se construye como desviación e inferioridad. De este modo, no sólo la experiencia y valores de las personas oprimidas son ignorados y silenciados, sino que estas personas pasan a ser desaventajadas a causa de su identidad situada. [...] El ideal de imparcialidad legitima la toma de decisiones jerárquica y permite que el punto de vista de las personas privilegiadas aparezca como universal”<sup>657</sup>.*

El grupo social mayoritario, que ha elevado sus conductas y sus valores a la categoría de modelo social y cultural dominante, se arroga el derecho para, más allá de las normas del ordenamiento jurídico que imponen el respeto a la propia ley, a la dignidad humana y a los derechos que le son inherentes, definir qué conductas merecen, sin embargo, reproche social y la consiguiente degradación del honor de quienes las realizan. Este grupo se situaría en la cúspide de la pirámide, tanto porque ellos conceden el honor y lo distribuyen como porque ellos lo reciben, dado que han premiado los patrones sociales que ellos mismos practican para que sean los receptores de los honores, con exclusión de los demás. ¡Sólo faltaba! Sus concepciones morales son las buenas, ellos son la élite moral, y reparten carnet de ciudadano bueno y honorable y quienes se apartan de esos cánones sociales y culturales, aun manteniéndose en el respeto a la dignidad, a los derechos humanos y a la ley, están relegados en escalones

---

<sup>657</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., p. 198.

más bajos de la pirámide. Representan la cultura mayoritaria que llega a fundirse con la cultura política general y dicta los parámetros del discurso de autoentendimiento<sup>658</sup>. Otra vez YOUNG acierta al indicar que “la asimilación siempre implica incorporarse al juego cuando éste está ya empezado, después de que las reglas y criterios han sido ya establecidos, y teniendo que examinarnos de acuerdo con esas reglas y criterios. En la estrategia de asimilación, los grupos privilegiados definen implícitamente los criterios de acuerdo a los cuales se va a medir todo”<sup>659</sup>, bajo la forma de códigos sociales, comportamientos socialmente esperados, conductas socialmente valiosas o productivas. Este cierto elitismo moral pretende venderse como un universalismo que concede a todos iguales derechos, cuando en verdad atribuye más derechos a determinadas identidades al tiempo que, indirectamente, desvaloriza otras identidades, que sufren la exclusión, la sujeción y la persecución<sup>660</sup>.

En esa escala, los desposeídos, los “parias del honor” no sólo tienen que luchar contra los modelos sociales y culturales dominantes que los estigmatizan y los orillan, emprendiendo su propia “lucha por el reconocimiento”, sino que además deben hacerlo desde una posición retrasada y en desventaja, alejados de un estatus de paridad participativa en el entorno comunicativo, pues los ataques al honor que “legítimamente” pueden sufrir porque ellos se los han “buscado con sus actos deshonorosos” les apartan de la ansiada posición igualitaria respecto de los demás en el entorno comunicativo. Los “parias del honor” no pueden ni deben hacer otra cosa que aceptar y asimilar el modelo social y el plan de vida impuesto por las élites morales, que son las únicas y auténticas titulares de la verdad y son las legitimadas para establecer/definir los términos y el alcance del pluralismo<sup>661</sup>.

Lo que hemos descrito se parece peligrosamente a una versión moderna de los nobles y los campesinos en el sistema feudal. Surge entre los ciudadanos una “comunidad excluyente”, en el sentido que ilustra McNAMARA, y también DE LUCAS MARTÍN, que concede carta de naturaleza a una determinada moralidad

---

<sup>658</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, op. cit., pp. 125 y 126.

<sup>659</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, op. cit., p. 277.

<sup>660</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 905 a 908.

<sup>661</sup> DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia ...”, op. cit., pp. 467 y 468.

pública y traza los contornos de exclusión<sup>662</sup>. Por el contrario, estamos convencidos de que el Estado no puede tomar sus decisiones conforme a un sistema normativo que llevan profundamente arraigados los patrones sociales y culturales dominantes, herederos de tiempos pasados, quizá en parte liberados de las cargas más arcaicas y discriminatorias, pero nunca libre de todo prejuicio y completamente virginal; es triste pero cierto que “una sociedad puede establecer criterios de distribución del honor que pueden ser desiguales y, por lo tanto, contrarios a los criterios derivados de la dignidad”<sup>663</sup>. Y no se trata de criticar esto pues la evolución social y la liberación de prejuicios y viejas ataduras es un complejo proceso social que requiere tiempo, no en vano estamos hablando casi de una “opresión estructural” infiltrada y reproducida sistemáticamente en las instituciones económicas, políticas y culturales<sup>664</sup>; sencillamente pretendemos poner de manifiesto que decidiendo la tutela del honor con arreglo al sistema mayoritario, al modelo “socialmente esperado”, al reflejado en la Constitución, estamos recurriendo a un sistema determinado que, por definición, excluye otros sistemas y modelos alternativos, pero no por ellos merecedores de reproche legal. Por el contrario, es preciso consolidar una “comunidad inclusiva” que respeta a todos los ciudadanos sin excluir a ninguno<sup>665</sup>. También puede hablarse de la necesidad de un “espacio público heterogéneo” en el que las personas aparezcan con sus diferencias reconocidas y aceptadas por el resto<sup>666</sup>. Una comunidad, en definitiva, en la que por imperativo del pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad se tengan en cuenta todas las opciones existentes al mismo tiempo<sup>667</sup>.

El inaceptable modelo de sociedad a que conduce la protección del honor real, abandonando a su suerte a los “parias del honor”, concede carta de naturaleza a un honor que responde a concepciones de elitismo moralizante y que carece de toda legitimidad porque nada, ni siquiera el supuesto *derecho a la verdad*, justifica tales

---

<sup>662</sup> McNAMARA, L.: “Bigotry, Community and the (In)visibility of Moral Exclusion: homosexuality and the capacity to defame”, *Media and Arts Law Review*, vol. 6, 2001, pp. 274 y ss; DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia ...”, *op. cit.*, p. 458.

<sup>663</sup> PÉREZ TRIVIÑO, J. L.: “La noción de dignidad y algunos conceptos afines”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1010.

<sup>664</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, *op. cit.*, pp. 74 y 75.

<sup>665</sup> McNAMARA, L.: “Bigotry...”, *op. cit.*, pp. 274 y ss. Ya examinamos con más atención en nuestra investigación la propuesta de esta autor, *supra* Capítulo IV.6.1.2.1.

<sup>666</sup> YOUNG, I. M.: *La justicia ...*, *op. cit.*, p. 202.

<sup>667</sup> FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ...”, *op. cit.*, p. 415, nota al pie nº 34.

concepciones<sup>668</sup>. Y es que en ciertas ocasiones el reconocimiento social del individuo está enfrentado a la verdad y a la tutela del honor real y, en tales casos, debe prevalecer aquel sobre éstos. Nos oponemos a la máxima germana “la verdad no ofende” o “las verdades nunca son injurias” (“*Wahrheiten an sich nie beleidigen*”). No hay una única concepción del honor indisolublemente unida a la verdad, pues en tal caso quien hubiera realizado algún comportamiento deshonoroso estaría destinado a no volver a tener honor, a poder ser injuriado infinitamente en el futuro y a no poder retomar un camino para la recuperación del honor. En este punto debe decirse bien claro que no existe un derecho absoluto a la verdad, ni tampoco es absoluto el derecho a decir libremente verdades ya que ese derecho a la libre expresión de verdades también puede limitarse cuando otros derechos y bienes jurídicos se hallan en juego y están amenazados<sup>669</sup>. Lo contrario, que la verdad borra la injuria, supondría atribuirle a ésta efectos curativos de los que carece; no es cierto que la verdad pueda con todo y esté por encima de todo; lo cierto es que aunque sea verdad, se ha injuriado, el dolor permanece. Hay verdades que ofenden porque duelen y si se castiga la injuria es precisamente porque se pretende castigar el sufrimiento provocado a otro. No en vano, etimológicamente, en alemán, la figura delictiva de la injuria -“*Beleidigung*”- procede del verbo “*leiden*”, que es sufrir o padecer. Se castiga a quien injuria (“*Beleidigter*”) porque hace sufrir a otro. Hay que desterrar, por lo tanto, el principio de “las verdades no ofenden” porque es ciego a la realidad e, incluso, porque es incompasivo y cruel. Hay que acabar con la “tiranía de la verdad” y con el “monstruo del derecho a la verdad”<sup>670</sup>. Cuando se alza como interés digno de protección el derecho a la verdad damos los primeros pasos de una pendiente resbaladiza que puede terminar en subordinar el interés del individuo al interés de la colectividad, olvidando que el delito contra el honor aspira a proteger a quien ha sufrido

<sup>668</sup> OSORIO ITURMENDI, L.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites a la libertad de expresión e información”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 663, rechaza la elevación del derecho a la verdad como título habilitante para cualquier ataque ofensivo alegando que “el interés social de que se conozca una verdad deshonorosa es contrario a la honra personal que es una de las exigencias de la propia individualidad”. Aunque nos movemos por esas lindes, creemos que estos comentarios se apuntan peligrosamente al ámbito objetivo o material del derecho a la intimidad, y no es conveniente, pues no es preciso recurrir a la intimidad (que sería lo que obstaculiza la divulgación de una verdad deshonorosa) para criticar la impunidad de las informaciones verdaderas deshonorosas, sino que basta con acudir a su contenido infamante para considerarlas típicas.

<sup>669</sup> ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen des Medienstrafrechts*, Orac, Wien, 1992, pp. 22 a 24: “*es gibt nicht ein absolutes Recht auf Wahrheit*”.

<sup>670</sup> Declaraciones contundentes en este sentido también se encuentran en la doctrina española: GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 36, “en la injuria, no se aceptaba, ni se puede aceptar nunca, la prueba de la verdad de las desvaloraciones o insultos”.

un ataque contra sus expectativas de reconocimiento social, y en su lugar protegemos otros bienes jurídicos. Paradigmática en este sentido es la propuesta de JACKOBS, la cual no suscribimos, que no tutela el honor en sí mismo considerado sino sólo en tanto sirve aun interés público superior; postura, por lo demás, coherente con sus tesis funcionalistas sobre el bien jurídico. El penalista alemán entiende que hay que proteger a la sociedad de las imputaciones falsas que quiebran la vigencia de la norma y falsean el proceso de transmisión de informaciones<sup>671</sup>. Su derecho a la verdad de las imputaciones y al correcto funcionamiento del sistema de transmisión de informaciones borra del mapa al individuo y sus intereses. El individuo se subordina al sistema (petrificado en esos códigos sociales, éticos, morales y jurídicos) tanto como el bien jurídico honor a cualquier otro bien jurídico.

Concluyendo: si nos creemos de verdad el mandato del pluralismo, si “nos tomamos en serio el pluralismo” como dice DE LUCAS MARTÍN<sup>672</sup>, que se opone al pensamiento único e impone la aceptación de una multiplicidad de planes de vida<sup>673</sup>, hemos de reaccionar frente a todo lo que representa ese sistema y esa concepción de honor. No cabe duda de que en la lucha por el reconocimiento es tarea de los ciudadanos explicar razonadamente los motivos que les han conducido a una determinada opción vital. Los individuos y los grupos que integran toman partido en una *lucha duradera por el reconocimiento*, en la que compiten con la fuerza simbólica de sus argumentos y de su *semántica colectiva*, para lograr que la comunidad les incluya, *les reconozca* como miembros de pleno derecho<sup>674</sup>. Pero del mismo modo que esta lucha concierne a los ciudadanos, no debe el Estado oponer ningún obstáculo a esta lucha por el reconocimiento de las minorías. Como señala NINO, “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado y los demás individuos no deben interferir en esa elección o

---

<sup>671</sup> JAKOBS, G.: “Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes”, VOLGER, T. (coord.): *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Duncker und Humblot, 1985, p. 636; más ampliamente sobre esta propuesta, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.2.2. En contra de este planteamiento se posiciona también CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 48.

<sup>672</sup> Esta es una preocupación constante en el conjunto de la obra de este autor, como se observa algunos de sus trabajos. *Vid.*, así, DE LUCAS MARTÍN, J.: “La(s) Sociedad(es) Multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VI (2001), p. 90; el mismo en “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 160; “Sobre el papel del Derecho y el Contrato Político en el Proyecto Multicultural”, *Isonimia*, 19 (octubre 2003), p. 52; y “La democracia ...”, *op. cit.*, p. 463.

<sup>673</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 49.

<sup>674</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 106 y 107.

adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”<sup>675</sup>. La protección del honor real que responde al modelo de vida mayoritario es un obstáculo al ejercicio de la autonomía individual y a la lucha por el reconocimiento, máxime cuando lo que pretendemos es, siguiendo a FERRAJOLI, garantizar

*“la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales [en nuestro caso, el honor] cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones [...], la defensa de los débiles mediante reglas de juego iguales para todos, la dignidad de la persona [...] y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad. Es precisamente la garantía de estos derechos fundamentales la que hace aceptable para todos, incluida la minoría [...], al derecho penal y al mismo principio mayoritario”<sup>676</sup>.*

En conclusión, frente a esa frase pomposa de “no hay razón para que el Estado proteja un honor sólo aparente e inmerecido”, nosotros creemos que “no hay razón para que el Estado proteja el honor sólo de quienes optan por un modelo de vida socialmente esperado y no el honor de quienes optan por otro modelo alternativo de vida, aun siendo éste igualmente respetuoso con la dignidad, los derechos humanos y el Derecho”. Lo contrario sería de un dirigismo estatal insoportable y asfixiante. Si nos creemos la igualdad, nos la creemos de verdad, y no hay auténtica igualdad cuando la elección de un camino legítimo y conforme a las normas viene acompañado de gravámenes y estigmas sociales contra los que el Derecho y el Estado se quedan de brazos cruzados, cierran la puerta y apagan la luz.

## **2. SUJETOS PASIVOS**

Aparentemente, la cuestión de la titularidad del derecho al honor se podría resolver rápidamente si nos limitásemos a pensar que el honor, derivado de la dignidad de la persona y consistente en la pretensión individual al respeto de la comunidad hacia las decisiones vitales adoptadas por cada uno en ejercicio de su derecho al libre

---

<sup>675</sup> NINO, C.S.: *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 204.

<sup>676</sup> FERRAJOLI, L.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 335y 336.



desarrollo de la personalidad, es predicable *solamente* de las personas físicas vivas. Sin embargo, como en casi todo, las apariencias engañan, siendo así que la discusión en torno a la titularidad del derecho al honor permanece instalada en la doctrina y la jurisprudencia, tan viva como en tiempos pretéritos, tratando de cubrir el silencio existente sobre este particular en la Constitución, en el Código Penal y en la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, un silencio que autoriza a la doctrina a interpretar la cuestión y ofrecer sus soluciones<sup>677</sup>.

A continuación, a fin de esbozar un examen del estado de la cuestión, abordaremos, en primer lugar, la discusión sobre el honor de los menores de edad, los sujetos inimputables y los fallecidos, de manera breve y sucinta dado que en este punto no existe actualmente ya debate. A continuación nos adentraremos en la cuestión sobre el honor de las personas jurídicas que presenta un panorama más sombrío.

## **2.1 MENORES DE EDAD, SUJETOS INIMPUTABLES Y FALLECIDOS**

Creemos que es un debate superado por el estado actual de la doctrina y la jurisprudencia el relativo a la titularidad del honor por los *menores de edad e inimputables*. Para defender una posición favorable a la extensión del honor a los menores de edad y a los sujetos inimputables, como los enfermos mentales, basta con recordar la conexión entre el honor y la dignidad de la persona; ya se sostenga un concepto normativo-fáctico, ya sea estrictamente normativo o constitucionalmente orientado, esto es, con cualquiera de las concepciones constitucionales del honor, es claro que los menores de edad y las personas inimputables poseen una dignidad que les hace, por la misma razón, titulares del honor y les convierte en eventuales víctimas de delitos contra el honor. Ninguna consideración atinente a supuestas mermas de la capacidad de los inimputables de relacionarse socialmente con normalidad ni a la falta de madurez que podría derivar de la minoría de edad de los menores de edad, pueden esconder el superior argumento de la dignidad de unos y otros sujetos en virtud del cual

---

<sup>677</sup> SALVADOR CODERCH, P.: "El concepto de difamación en sentido estricto", SALVADOR CORDECH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990, p. 217; VIDAL MARÍN, T.: "Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional", *InDret*, 1 (2007), pp. 4 y 5.

todas las personas son titulares de este bien jurídico con independencia de la aptitud que tengan para percibir el contenido deshonroso de una imputación<sup>678</sup>.

La cuestión sobre la eventual titularidad del honor por los *difuntos* o *personas fallecidas* ha estado rodeada de escaso debate en la doctrina penalista española. Haciendo suyos los argumentos de la doctrina clásica alemana, QUINTANO RIPOLLÉS rechazaba que los difuntos pudieran ser titulares del derecho al honor ya que el honor es patrimonio de la personalidad y ésta se extingue con la muerte. A lo sumo, añadía el autor, lo que puede verse protegido en delitos como el de injurias y calumnias a los difuntos o el de profanación de cadáveres, es la memoria de los muertos, para cuya protección se concede legitimación, en calidad de sujetos pasivos, a los familiares o herederos en las injurias y calumnias contra el difunto, y a la comunidad respecto del delito de profanación de cadáveres, aceptando aquí una subjetividad pasivo comunitaria dado que, además, la persecución es pública en este caso<sup>679</sup>. DÍAZ PALOS prefiere hablar, con arreglo a la regulación vigente entonces (Código Penal de 1944), de “legitimación activa por defecto de la persona ofendida”, que por haber fallecido no puede ejercer la acción en el plazo dado, traspasándose la titularidad de la misma al heredero y a los parientes; régimen legal que le permite afirmar a este autor que los difuntos no pueden considerarse sujetos pasivos de los delitos contra el honor (ni injurias ni calumnias)<sup>680</sup>. Y del mismo modo lo entienden RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ en tanto conciben el honor como un derecho inseparable de la personalidad por lo que se extingue con ella, de manera que verdaderamente las ofensas atacan la memoria de los difuntos y deben ser perseguidas por sus herederos y parientes pues es su honor el que está en juego<sup>681</sup>.

Civilistas como O'CALLAGHAN MUÑOZ ofrecen una solución de este problema coherente con la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al

---

<sup>678</sup> Vid., entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS. A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1237 a 1239; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 76 y 77; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 100 y 101; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., pp. 827 y 832.

<sup>679</sup> QUINTANO RIPOLLÉS. A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1239 a 1241.

<sup>680</sup> DÍAZ PALOS, F.: “Injurias”, ..., op. cit., p. 631; el mismo en “Calumnia”, op. cit., p. 587.

<sup>681</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 230; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., 268; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 101 y 102; MORETÓN TORQUERO, M.<sup>a</sup> A.: *Delitos ...*, op. cit., p. 13.

Honor. Parte el magistrado de la consideración del honor como derecho de la personalidad y, por tanto, fallecida la persona, desaparece su personalidad y con ella decae la pretensión de protección del derecho fundamental al honor. Lo anterior no significa, empero, que los fallecidos puedan ser impunemente atacados en su dignidad y consideración. Para tales casos, la ley autoriza a los familiares próximos o a la persona que el fallecido hubiera designado, en calidad de “fiduciario”, a defender los intereses perdurables del difunto más allá de la extinción de su capacidad jurídica<sup>682</sup>. Dicho de otro modo: debe rechazarse que el honor, vinculado a la dignidad y a la libertad personal, pueda concederse a los difuntos o que pueda trasladarse su titularidad a los herederos del fallecido, sin perjuicio de que éstos puedan hacer uso de la facultad concedida *ex lege* (Exposición de Motivos y arts. 4 a 6 de la Ley Orgánica 1/1982) de reclamar la protección de la *memoria* del fallecido como prolongación de su personalidad, pero que ya constituye un bien jurídico distinto del honor<sup>683</sup>.

El paso del *honor de los vivos* a la *memoria o recuerdo de los fallecidos*, como objeto de protección por los delitos contra el honor, también ha sido apuntado por el Tribunal Constitucional, que declaró que “el dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, fundamento jurídico 3º) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no extiende a

---

<sup>682</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 72 a 74; el mismo en “Derecho ..., op. cit., pp. 568 y 569; SALVADOR CODERCH, P.: “El concepto de difamación en sentido estricto”, SALVADOR CORDECH, P. (dir.): *El mercado ...*, op. cit., p. 202.

<sup>683</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 101 y 102; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 57; MORETÓN TORQUERO, M<sup>a</sup>. A.: *Delitos ...*, op. cit., p. 13.

Conviene insistir en que la acción que concede la ley a los herederos del fallecido tiene por fin la tutela de la *memoria* del fallecido, pero no de su *honor*. Por ello no estamos de acuerdo con CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La Protección del Honor, la Intimidación y la Propia Imagen en Internet*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 57, cuando argumenta que la doctrina del Tribunal Supremo avala la protección del honor por la vía del art. 4 de la LO 1/1982, extrayendo tal conclusión de este extracto jurisprudencial (STS 741/2004, de 14 de julio, f. j. 1º): “también tutela la Ley Orgánica 1/1982, pues, su memoria “*post mortem*” debe ser respetada”. También sostiene HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *El honor, la intimidad y la propia imagen como derechos fundamentales. Su protección civil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2009, p. 188, que la Ley y la doctrina del Tribunal Constitucional transmiten el patrimonio moral en que consiste el derecho subjetivo al honor a los descendientes del fallecido. Creemos que la citada sentencia confirma que el art. 4 de la LO 1/1982 protege la memoria “*post mortem*” del fallecido, pero no su honor. Así mismo, también debemos negar esa supuesta atribución *ex lege* del honor del fallecido a sus descendientes, tal y como hemos reflejado anteriormente y como acredita la jurisprudencia del tribunal Constitucional, de acuerdo con la interpretación doctrinal ampliamente mayoritaria.

la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados”<sup>684</sup>.

## 2.2 PERSONAS JURÍDICAS

Es en relación con las personas jurídicas y colectivos cuando se plantea el debate, que viene de lejos<sup>685</sup> y que todavía permanece abierto, sobre la titularidad del honor habida cuenta que respecto de las personas físicas individualmente consideradas no hay dudas en torno a la atribución del honor a todo individuo vivo. Pero, como decimos, el asunto del honor de las personas jurídicas representa un foco de debate y discusión dentro de la doctrina, a cuya claridad no ha ayudado precisamente la jurisprudencia de los Tribunales pues ha mantenido una evolución poco constante<sup>686</sup> con fallos que rompían con la línea interpretativa precedente. Comenzaremos estudiando las opiniones doctrinales y decisiones jurisprudenciales contrarias al reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas, y nos referiremos, a continuación, a los argumentos favorables a dicha extensión. Concluiremos con una toma de posición.

### 2.1.1 El honor es valor referible sólo a las personas físicas

Una afirmación como la de la rúbrica de este apartado deriva fundamentalmente de la lógica y comprensible consideración del derecho al honor como un derecho de la personalidad. Yendo más lejos, suele clasificarse este derecho como integrante de un mismo grupo o conjunto dentro de la categoría de los derechos de la personalidad: “esfera espiritual de la persona”<sup>687</sup>, “esfera moral de la persona”<sup>688</sup> o “integridad moral

---

<sup>684</sup> STC 51/2008, de 14 de abril, f. j. 6°.

<sup>685</sup> En la doctrina clásica española, ya lo advertía SAINZ CANTERO, J. A.: “El contenido sustancial del delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal*, 1957, p. 103 y nota al pie nº 53.

<sup>686</sup> Habla de “línea jurisprudencial incierta” FELIU REY, M. I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 23. Parecidamente, entre otros, PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos ..., *op. cit.*”, p. 417; CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, *Derecho Privado y Constitución*, 10 (septiembre-diciembre, 1996), p. 100: ausencia de un criterio firme y “línea interpretativa fluctuante”.

<sup>687</sup> CLAVERIA GOSÁLBEZ, L-H.: “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, AA.VV: *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 106.

<sup>688</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L., SÁNCHEZ REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., *et al*: *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen segundo, Personas*, Dykinson, 4ª ed., Madrid, 2004, p. 62.

y esfera reservada de la persona”, incluso, por definición negativa, “esfera no material”<sup>689</sup>; todas ellas comprensivas del derecho al nombre, a la protección de datos, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la identidad personal o pseudónimo o del derecho moral de autor, y en todos los casos, por oposición a la esfera corporal o física de la persona (que encierra el derecho a la vida, a la integridad física y los trasplantes de órganos).

Esta categoría debe su origen a la labor desarrollada por ilustres civilistas, tanto de la doctrina española como extranjera. Así, De CASTRO afirma que los derechos de la personalidad aluden, sencillamente, a los valores del hombre como persona<sup>690</sup>. Son los que conceden un poder a las persona para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades. CASTÁN TOBEÑAS, por su parte, sostiene que son los derechos que protegen los bienes de la persona o bienes personales, como la vida, el nombre o el honor. En la doctrina extranjera encontramos igualmente definiciones útiles; por ejemplo, OTTO von GIERKE (uno de los primeros defensores y teóricos de estos derechos) los conceptúa como los derechos que garantizan a la persona un señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad. Y de una forma un tanto más genérica se refiere a ellos De CUPIS como los derechos que tienen por objeto los modos de ser, físicos o morales, de la persona<sup>691</sup>.

Cualidades físicas y morales, modos de ser, bienes personales ... todos ellos son conceptos que se circunscriben estrictamente a la persona física y que permitirían fundamentar la sola atribución del derecho al honor a las personas físicas. En definitiva, todo se reconduce a una idea o valor que, como llevamos viendo desde el inicio de esta

<sup>689</sup> MALAQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “Los llamados derechos de la personalidad”, MALAQUER DE MOTES BERNET, C. J. (coord.): *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 92.

<sup>690</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen XXII, 4 (1959), p. 1237.

<sup>691</sup> Todas estas definiciones proceden de CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Teoría general de los llamados derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952 (julio-agosto), pp. 6 y ss.

Las aportaciones de la doctrina civil sobre esta cuestión son casi infinitas, pero por la temática de esta investigación y los límites de su extensión, no podemos tratarlas aquí. Para conocer mejor en términos generales la categoría de los derechos de la personalidad, entre muchos otros, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 14ª ed., 2008, pp. 162 y ss; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 5ª ed., 2004, pp. 249 y ss; LACRUZ BERDEJO, J. L., SÁNCHEZ REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., *et al: Elementos ...*, op. cit., pp. 51 y ss.

investigación, condiciona una u otra forma de entender el concepto de honor: la dignidad personal. Aquellos penalistas y civilistas que vinculan estrechamente el honor y la dignidad, hasta el punto de identificarlos, rechazan la posibilidad de reconocer a las personas jurídicas el derecho al honor, *stricto sensu*. Este sector doctrinal da por cierto el siguiente silogismo: si se entiende que el honor es la más especial forma de representación de la dignidad, que lo es de la persona, y se acepta que las personas jurídicas no tienen dignidad, sólo resta por concluir que el honor no puede ser detentado por ellas.

Existen diversos pronunciamientos jurisprudenciales que dan cobertura a estas tesis. Sin duda, el más significativo y contundente se dictó al hilo de las declaraciones efectuadas por un militar en una entrevista en las que atribuía a “una gran parte de los jueces” la capacidad de nunca hacer justicia. Por tales afirmaciones fue condenado por delito de injurias, pero en respuesta al recurso de amparo interpuesto por esta persona, el Tribunal Constitucional rechazó tal solución por entender que ninguna expresión puede atentar contra el honor de una clase determinada del Estado, sencillamente, porque carece de él. El Alto Tribunal (STC 107/1988) entendía que *“es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública”*<sup>692</sup>. En conclusión, aunque las opiniones del recurrente eran

---

<sup>692</sup> STC 107/1988, de 8 de junio, f. j. 2º. La idea de que “el honor es un valor referible a las personas individualmente consideradas” se repitió en diversas Sentencias del Tribunal Supremo, cercanas por fecha al pronunciamiento del Tribunal Constitucional al que nos hemos referido: SSTS (Sala 1º) de 24 de octubre de 1988, de 27 de enero de 1989, de 9 de febrero, de 23 de febrero, de 12 de mayo y de 5 de octubre de 1989, como ha recogido FELIU REY, M. I.: *¿Tienen honor ...*, op. cit., p. 23; también ARAGÓN REYES, M.: “El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma*, 1 (1990), p. 14; el mismo en “El 920

lesivas para el prestigio de la judicatura, no iban, sin embargo, dirigidas a personas individualmente consideradas (era, por consiguiente, una crítica *despersonalizada*<sup>693</sup>) y afectaban a un bien jurídico, cual es el prestigio o autoridad moral, que en su colisión con la libertad de expresión, decae.

En la misma línea de este pronunciamiento, que no ha sido único ni aislado, existen otros. En términos muy ilustrativos se expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional 51/1989 declarando que “*no puede confundirse el derecho al honor, garantizado también como derecho fundamental por el art. 18.1 de la Constitución, y que tiene un significado personalista referible a personas individualmente consideradas, con los valores de dignidad, reputación o autoridad moral de las instituciones públicas y clases del Estado, los cuales, sin mengua de su protección penal, gozan frente a la libertad de expresión de un nivel de garantía menor y más débil que el que corresponde al honor de las personas de relevancia pública*”<sup>694</sup>. Más adelante en la misma línea lo dirían también la STC 121/1989, en idénticos términos<sup>695</sup>, y la STC 105/1990<sup>696</sup>, si bien, reconociendo toda la verdad, no representan ni la postura mantenida durante mayor tiempo ni la actualmente acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional. No obstante, respecto de estos pronunciamientos es importante señalar ahora, aunque más adelante lo estudiaremos con mayor detalle, que las conclusiones que extraigamos deberían ser parciales, pues todos estos asuntos tenían como sujeto pasivo de la lesión del honor a clases del Estado (Administración de Justicia y Arma de Caballería), por lo que quizá es prematuro o precipitado concluir que tales pronunciamientos reforzaban la negativa a la extensión del honor a las personas jurídicas en general.

---

derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información”, *Revista jurídica de la Universidad Autónoma*, 1 (1990), pp. 1505 y ss.

<sup>693</sup> CARMONA SALGADO, C.: “El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1990, nº 41, pp. 265 y 266.

<sup>694</sup> STC 51/1989, de 22 de febrero, f. j. 2º. Esta distinción entre honor para las personas físicas y dignidad, reputación o autoridad moral, es calificada por GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J. M. a: “El derecho al honor en las personas jurídicas”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, pp. 656 y 657, como “un *obiter dicta* no especialmente feliz” en tanto se acepta que el honor en su vertiente objetiva es sinónimo de buena reputación.

<sup>695</sup> STC 121/1989, de 3 de julio, f. j. 2º.

<sup>696</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, f. j. 3º: “ciertamente los preceptos del Código Penal conceden una amplia protección a la buena fama y honor de las personas y a la dignidad de las instituciones”.

Sea como fuere y aun cuando no hay acuerdo en torno a la conveniencia de extrapolar las conclusiones de esos pronunciamientos del Tribunal Constitucional (seguidos por otros del Tribunal Supremo más contundentes -Sentencias de 1989, 1992 y 1993- los cuales, por otra parte, se apartan drásticamente de la doctrina de este Tribunal favorable al reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas), como luego podremos comprobar, un sector de la doctrina se apoya en declaraciones como la antes transcrita relativa al “significado personalista del honor, referible a personas individualmente consideradas” de la célebre STC 107/1988 para sostener que el derecho al honor sólo corresponde a las personas físicas por tener un significado enteramente personalista, en el sentido de estar referido a la persona individual, a la individualidad, a la personalidad<sup>697</sup>, y que siendo la dignidad en términos constitucionales el sustrato del honor, resulta difícil, dice VIVES ANTÓN, admitir que las personas jurídicas puedan tener tal dignidad y que, por tanto, puedan ser sujetos pasivos del delito de injurias<sup>698</sup>. El que la dignidad de la persona constituya el contenido esencial del derecho al honor, excluye del marco constitucional del derecho al honor a las personas jurídicas<sup>699</sup>. A partir de un concepto de honor como equivalente a la dignidad, resulta difícil la traslación de este bien jurídico a las personas jurídicas y a las colectividades que sí que gozan de crédito, prestigio y reputación social, en tanto que disponen de un patrimonio moral y económico susceptible de ser jurídicamente tutelado<sup>700</sup>.

---

<sup>697</sup> De esta opinión es, por ejemplo, ESTRADA ALONSO, E.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, *Poder Judicial*, nº especial XIII (Jornadas nacionales sobre libertad de expresión y medios de comunicación), 1990, pp. 103 y 104; CARMONA SALGADO, C.: “El significado ...”, *op. cit.*, p. 264. Es un “derecho personalísimo”, sostiene PECES-BARBA, G.: “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (Ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978) (1979), p. 44; DÍEZ-PICAZO, L. M<sup>a</sup>.: *Sistema de derecho fundamentales*, 3<sup>a</sup> ed., Civitas, Navarra, 2008, pp. 310 y 311; SANTAOLALLA LÓPEZ F.: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración”, *Revista de Administración Pública*, 128 (mayo-agosto, 1992), pp. 203 y 204; BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 145 y nota al pie nº 11; OSORIO ITURMENDI, L.: “Los derechos ...”, *op. cit.*, p. 663.

<sup>698</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 325. El mismo en “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 268. En la misma línea, como sucedía también en la definición del bien jurídico, por considerar que el honor, entendido como dignidad de la persona, sólo puede ser concebido como un atributo de las personas naturales, se sitúan SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>699</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>700</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, *op. cit.*, p. 827.



También los autores que, en el marco de las teorías normativas, fundamentaban el honor en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, se ven obligados a rechazar la titularidad del honor: titulares de un bien jurídico como el propuesto sólo lo pueden ser las personas físicas ya que las personas jurídicas ni están “abocadas existencialmente a las mismas posibilidades de desarrollo que una persona física” ni les son predicables o atribuibles valores, cualidades o rasgos por razón de su dignidad humana<sup>701</sup>.

Los autores que rechazan la posibilidad que estamos comentando sí admiten que existen otros intereses jurídicos dignos de protección a favor de las personas jurídicas, que no deben confundirse con el honor individual, pero merecen tutela jurídico-penal frente a las informaciones que los menoscaben. No hay problema en atender estas necesidades de las personas jurídicas siempre y cuando se reconozca que, en última instancia, se está tutelando *algo distinto al honor de la persona individual*, como el prestigio social o empresarial, la competencia leal y la defensa frente al descrédito<sup>702</sup>. La conexión entre dignidad y honor excluye la atribución de este bien jurídico a las personas jurídicas, sin perjuicio de que deba protegerse el honor de los miembros individuales de dicho grupo<sup>703</sup>.

Es más, aunque entre los penalistas, quienes defienden con más ímpetu la exclusiva titularidad del honor por las personas físicas son los partidarios de las tesis normativas (algo comprensible, por otra parte), no faltan representantes de las otras líneas doctrinales que muestra su rechazo. Así, entre los autores partidarios de las concepciones normativo-fácticas, JAÉN VALLEJO se posiciona tajante al respecto: “siguiendo un concepto personal de honor, es claro que éste no se puede extender a las personas jurídicas”<sup>704</sup>); otros transmiten sus dudas, como sucede con ALONSO

---

<sup>701</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit, p. 80. La extensión del honor a las personas jurídicas que la jurisprudencia ha terminado por aceptar, así como la titularidad excepcional atribuida por el Código Penal a ciertas personas jurídicas (como el ejército o las Cortes Generales), exigiría, a juicio de los citados autores (*op. cit.*, pp. 80 y 81), una decisión legislativa previa.

<sup>702</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit, p. 81.

<sup>703</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit, pp. 127 y 128.

<sup>704</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 166. Parecidamente QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 331.

ÁLAMO, para quien las personas jurídicas podrían, todo lo más, tener un honor externo-objetivo susceptible de ser menoscabado por expresiones o imputaciones de terceros<sup>705</sup>. Del mismo modo, defensores de las abandonadas teorías fácticas, como SAINZ CANTERO, rechazan la atribución de honor a las personas jurídicas, salvo que por disposición legal expresa así se decida, con el argumento conocido de que la titularidad del honor exige una “personalidad fisiopsíquica e idoneidad para adquirir méritos o deméritos individuales”<sup>706</sup> que sólo son dables en las personas físicas.

En la doctrina civilista también hay autores que se manifiestan en contra de la titularidad por las personas jurídicas del derecho al honor. Contundente es la defensa de la concepción personalista del honor de O'CALLAGHAN MUÑOZ, sin duda heredera de su fuerte inspiración civilista en la que penetró con fuerza la teoría de los derechos de la personalidad de DE CUPIS. La Constitución reconoce el derecho al honor como un derecho fundamental del ciudadano como ser humano<sup>707</sup>. El honor es por tanto un atributo referible solamente a personas físicas, lo que no es óbice para admitir que las personas jurídicas puedan verse lesionadas en su buena fama, reputación o dignidad, en cuyo caso la persona jurídica estará legitimada, en atención a su personalidad jurídica, su capacidad de obrar y su capacidad procesal, a exigir indemnización por los daños materiales y morales que se le hayan causado con apoyo legal en el artículo 1.902 del Código Civil<sup>708</sup>.

---

<sup>705</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación ..., *op. cit.*, pp. 919 y 920. Esta profesora admite, sin embargo, la dificultad de extraer tal conclusión a partir del redactado legal del art. 208 que emplea el término dignidad para acotar el ataque al honor, a pesar de ser la dignidad un atributo netamente personalista que no se puede predicar de las personas jurídicas. *Vid.*, así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y Dignidad Humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 12 (2011), pp. 27 y 33.

<sup>706</sup> SAINZ CANTERO, J. A.: “El contenido ..., *op. cit.*, p. 105.

<sup>707</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 70; el mismo en “Derecho al honor, intimidad y propia imagen”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 567; ÁLVAREZ GARCÍA, F.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 48, nota al pie nº 76; MARTÍN MORALES, R.: *El derecho ...*, *op. cit.*, pp. 46 y 47. También recomiendan esta vía a las personas jurídicas para reclamar la restitución de su prestigio a través de un proceso declarativo ordinario, BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho ...*, *op. cit.*, pp. 146 y 147; ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2 (1989), pp. 463 y 464.

<sup>708</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 71; siguen esta línea, entre otros, PIQUERAS BAUTISTA, R.: “El derecho al honor y las instituciones públicas”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 731.

### 2.1.2 El honor puede predicarse también de las personas jurídicas

A modo de apunte, antes de entrar a valorar los argumentos doctrinales y jurisprudenciales favorables a reconocer el derecho al honor también a las personas jurídicas, conviene detenernos en una idea previa: el honor es un derecho fundamental, por lo que cabe preguntarse ¿las personas jurídicas pueden disfrutar de derechos fundamentales? Aunque en nuestro ordenamiento no existe una cláusula tan explícita como el art. 19.3 de la Ley fundamental de Bonn cuyo tenor dispone que “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que según su esencia les sean aplicables”<sup>709</sup>, no puede por ello descartarse tal posibilidad (de hecho, basta con comprobar que algunos derechos son especialmente referibles -por su contenido y esencia- a las personas jurídicas<sup>710</sup>); antes al contrario, debe procederse cautelosamente derecho por derecho dado que “la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y cada uno de ellos”, como afirma el Tribunal Constitucional<sup>711</sup>. A partir de este examen pormenorizado, podremos observar cómo es posible, a juicio de algunos autores, que las personas jurídicas ostenten derechos fundamentales y, concretamente, el derecho al honor. Las afirmaciones anteriores, en conclusión, no hacen sino dar la razón al Alto Tribunal cuando sostiene que “el referido problema de la capacidad de derechos fundamentales es de difícil planteamiento y de difícil solución”<sup>712</sup>.

---

<sup>709</sup> Esta circunstancia es apuntada generalmente por la doctrina; *vid.*, entre otros, CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35 (1992), p. 73; DÍEZ-PICAZO, L. M.ª: *Sistema ...*, op. cit., p. 141. También LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 125 (mayo-agosto, 1991), pp. 557 a 573, y especialmente, p. 567, quien un interesante estudio de la influencia de la jurisprudencia alemana sobre la jurisprudencia constitucional española en sede de personas jurídicas; DÍAZ LEMA, J.M.: “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, *Revista de Administración Pública*, 120 (septiembre-diciembre, 1989), pp. 113 a 116. En el ámbito concreto del honor de las personas jurídicas, ha atendido al modelo alemán VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ..., op. cit., p. 5.

<sup>710</sup> Así sucede, por ejemplo, con el art. 27.6 CE que prevé la creación de centros docentes por personas jurídicas, el art. 28.1 CE relativo al derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organismos sindicales, o, en fin, el art. 29.1 CE sobre el derecho de petición individual y colectiva.

<sup>711</sup> STC 19/1983, de 14 de marzo, f.j.2º. Es necesario ese proceder casuístico ya que, como observa GÓMEZ MONTORO, A. J.: “La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas”, AA.VV: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 104, a diferencia de la persona individual, la persona jurídica ve limitada la titularidad de derecho por su capacidad jurídica y por la naturaleza del derecho. También así ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor ..., op. cit., pp. 468.

<sup>712</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, f. j. 1º.

Así, a falta de dicha mención expresa de la titularidad de derechos por las personas jurídicas, la fundamentación de tal opción teórica sigue varios cauces:

- a) Siguiendo a CARRILLO, debemos tener en cuenta que en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho, el sistema social no sólo se articula desde la variable del individuo como sujeto de derechos y obligaciones, sino que también se expresa a través de grupos de diversa naturaleza en los que el sujeto pueda integrarse<sup>713</sup>. En esta dirección apunta también la jurisprudencia constitucional, señalando que “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”<sup>714</sup>. En este sentido, por tanto, se comprendería que un colectivo pudiera recurrir por violación de los derechos para cuya defensa ha sido constituida dicha persona jurídica<sup>715</sup>. Una declaración que bien podría justificarse en el mandato del art. 9.2 de la norma fundamental de promoción a cargo de los poderes públicos de las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los *grupos* en que se integra sean reales y efectivas, en la que sin embargo, el Tribunal Constitucional no acertó al fundamentar las valoraciones reproducidas<sup>716</sup>.
- b) Por otra parte, ofrece una vía de justificación de la titularidad por las personas jurídicas de los derechos fundamentales explorada, entre otros, por CRUZ VILLALÓN, el artículo 162.b) de la Constitución española, en cuya virtud toda

---

<sup>713</sup> CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 92; también Díez-PICAZO, L. M<sup>a</sup>: *Sistema ..., op. cit.*, p. 142.

<sup>714</sup> STC 64/1988, de 12 de abril, f. j. 1<sup>o</sup>. Estos pronunciamientos jurisprudenciales encajan perfectamente con la concepción de la persona jurídica de ALBADALEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil Común y Foral. Introducción y Parte General (volumen primero)*, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 366 a 369, como ficción jurídica que adapta la forma de “organización humana encaminada a la consecución de un fin de la que el Derecho acepta como miembro de la Comunidad otorgándole capacidad jurídica”.

<sup>715</sup> DÍAZ LEMA, J. M.: “¿Tienen derechos ..., *op. cit.*, p. 94; SOLÁZABAL ECHEVERRÍA, J. J.: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 71 (Enero-marzo, 1991), p. 95.

<sup>716</sup> LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “La doctrina ..., *op. cit.*, p. 564; CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 92; LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 24.

persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo [...] estará legitimada para interponer recurso de amparo. Si bien no implica la admisión, *eo ipso*, de las personas jurídicas como entes titulares de derechos fundamentales, al menos sí puede ser entendido como “un principio de apertura de los derechos fundamentales hacia estas personas”<sup>717</sup> o como una forma de “legitimación en defensa de y sólo de derechos fundamentales”<sup>718</sup>.

A partir de los argumentos expuestos, y, ante todo, aceptando que la vida en la sociedad actual es inconcebible sin las personas jurídicas, las cuales son entidades con una existencia derivada de la legalidad del Estado, sujetos activos en derecho a los que se les otorgan facultades, se les reconocen capacidades y se les atribuyen obligaciones<sup>719</sup>, y que intervienen íntegramente en el tráfico jurídico como actores participantes en los intercambios, un sector de la doctrina concluye que las personas jurídicas (y los grupos o entes sin personalidad jurídica) ostentan derechos fundamentales con el único límite de que éstos por su naturaleza sean ejercitables por las personas colectivas o, al menos, que sean necesarios para la protección de su existencia o identidad y, por tanto, para el libre desarrollo de su actividad. En palabras del propio Tribunal Constitucional: “en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas”<sup>720</sup>.

---

<sup>717</sup> CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones ..., *op. cit.*, p. 73; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “La doctrina ..., *op. cit.*, pp. 570 y 571. Y “abierta la vía procesal para que éstas [las personas jurídicas] acudan al Tribunal Constitucional, era inevitable que se planteara también la cuestión material, es decir, su capacidad para ser titulares de derechos fundamentales”. *Vid.*, así, GÓMEZ MONTORO, A. J.: “La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas”, AA.VV.: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 389; LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “La doctrina ..., *op. cit.*, pp. 568 a 573.

<sup>718</sup> DÍAZ LEMA, J. M.: “¿Tienen derechos ..., *op. cit.*, pp. 92 y 94.

<sup>719</sup> CARBONELL MATEU, J. C.: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, CARBONELL MATEU, J. C. (coord.), GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), ORTS BERENGUER, E. (coord.), *et al*: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 309.

<sup>720</sup> STC 13/1989, de 26 de enero, f.j.2º.

Sentado lo anterior, podemos centrarnos ahora en el derecho al honor. Ya indicamos más arriba que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo sobre esta cuestión han atravesado diferentes fases. En efecto, a la que antes nos referimos es la que generalmente se considera como fase intermedia de la doctrina del Alto Tribunal, que antecedió y precedió a otras etapas en las que estos tribunales reconocieron sin dificultades el honor a las personas jurídicas. De esta forma, en una primera fase, desde los años treinta hasta la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988, antes estudiada, se mantuvo que el honor debía entenderse en un doble sentido: honor individual y honor de las personas jurídicas, o lo que es lo mismo, no existía una única acepción de honor como honor espiritual, sino que también debía atenderse al honor mercantil, al honor comercial, o al honor profesional<sup>721</sup>. En la Sentencia de 31 de marzo de 1930, el Tribunal Supremo extendió la protección civil del honor a una personas jurídica, aunque como protección del crédito, afirmando que “tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio como a la de los humanos el honor”<sup>722</sup>. Paradigmático fue el pronunciamiento de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962 en el que establecido literalmente que “la tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.)”. Esta argumentación fue constante hasta bien entrada la segunda mitad de los años ochenta, aunque ya a principios de esta década podíamos encontrar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que abonaba la tesis extensiva del honor a las personas jurídicas: el Auto del Tribunal Constitucional 106/1980, de 26 de noviembre, en el que se indicó que “el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación en que el honor consiste puede ser patrimonio no sólo de personas individualmente consideras, sino también de personas jurídicas”.

---

<sup>721</sup> Sobre el honor profesional y su integración por vía jurisprudencial en el más amplio concepto del honor, ROVIRA SUEIRO, M. E.: “Derecho ..., *op. cit.*, pp. 635 a 645. Que la protección del derecho al honor abarca las múltiples facetas del mismo, es recordado por RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996, pp. 110 y 111.

ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ..., *op. cit.*, p. 14, enumera diversos pronunciamientos en los que se acoge la tesis de la titularidad del derecho al honor por las personas jurídicas durante este largo periodo: STS de 31 de marzo de 1930, STS de 25 de junio de 1945, STS de 7 de febrero de 1962, Auto del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 2 de mayo de 1980, STS de 23 de marzo de 1987, STS de 22 de octubre de 1987, STS de 24 de enero de 1988, STS de 30 de marzo de 1988 y STS de 18 de julio de 1988. 722 LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección* ..., *op. cit.*, p. 137.

A continuación comenzaría una breve etapa expresiva de un criterio variable del Tribunal Constitucional (seguido por el Tribunal Supremo), que a juicio de un sector doctrinal supondría la confirmación de las tesis de restricción del derecho al honor a las personas físicas por tener un significado enteramente personalista, referido a la persona individual (sector al que ya nos hemos referido y del que es exponente la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988<sup>723</sup>). Sin embargo, hay otros que se muestran cautos ante la notable dificultad de extraer conclusiones generales de aquellas decisiones jurisprudenciales y optan por la prudencia en la medida en que sólo pueden extraerse conclusiones sobre la titularidad del derecho honor por las personas jurídicas en el reducido ámbito de aplicación de las personas jurídico-públicas y de las clases determinadas del Estado. Efectivamente, tiene bastante eco entre ciertos autores la idea de que en las sentencias de esta corta etapa jurisprudencial no se estaba negando con carácter general la titularidad de este derecho a la personas jurídicas, sino que únicamente se afirmaba que las instituciones públicas o poderes del Estado (jueces, secretarios judiciales y el Arma de Caballería) han de soportar mayores intromisiones en su derecho a la fama o prestigio en pro del ejercicio de la libertad de expresión en el marco de un discurso público<sup>724</sup>. De manera concisa lo expresa RODRÍGUEZ GUTIÁN, cuyas palabras reproducimos: “sólo se genera tal contradicción [creer que en tres resoluciones el Tribunal Constitucional niega el honor a las personas jurídicas y que en otras tres resoluciones inmediatamente posteriores, lo afirma], si la doctrina del Tribunal Constitucional es interpretada de forma errónea [...], es decir, si se entiende que ha excluido la protección del honor a las personas jurídicas a partir de 1988”<sup>725</sup>. La

---

<sup>723</sup> Vid. *supra* Capítulo V.2.2.1.

<sup>724</sup> Encontramos en este sector doctrinal LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 143; SALVADOR CORDECH, P.: “El concepto ...”, op. cit., p. 217.

<sup>725</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., p. 305. Por su parte, ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ...”, op. cit., p. 15, critica que el Tribunal Supremo, siguiendo la línea del Tribunal Constitucional pero, ante todo, yendo más allá de lo que la STC 107/1988 le autorizaba, estableció provisionalmente una doctrina reacia al reconocimiento del honor a todas las personas jurídicas, a través de las SSTs de 24 de octubre de 1988, de 27 de enero de 1989, de 9 de febrero de 1989 y de 12 de mayo de 1989.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 309 a 311, tampoco está completamente de acuerdo con que la expresión “el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas”, de la STC 107/1988, excluya a las personas jurídicas; podría ser, propone ella, que la cláusula “persona individualmente considerada” se interpretara como la exigencia de una lesión concreta e individual, y no genérica o impersonal; así entendido, las personas jurídicas sí pueden quedar comprendidas en este concepto de “personas individualmente consideradas” ya que poseen una individualidad derivada de la constancia del nombre comercial, el domicilio social, los órganos de representación.

misma autora defiende un argumento adicional para desacreditar la tesis del cierre del honor a las personas jurídicas que un sector doctrinal atribuye a la STC 197/1988: en su sentencia, la condición de persona jurídico-pública o de clase determinada del Estado del recurrente ocupa una posición secundaria y relegada frente al asunto auténticamente importante, que es el ejercicio legítimo de la libertad de expresión cuando versa sobre asuntos de interés público, de tal forma que las reflexiones del Tribunal sobre el sujeto pasivo del delito contra el honor representan un “mero añadido” argumental para reforzar la conclusión a la que quiere llegar: la preferencia de la libertad de expresión<sup>726</sup>.

---

Por nuestra parte, sin pretender restar valor al esfuerzo de RODRÍGUEZ GUITIÁN por hacer ver que el Tribunal Constitucional nunca restringió el honor a las personas jurídicas en general, sino que los pronunciamientos que han dado pie a pensar que así lo hizo tenían un ámbito de aplicación reducido, sólo referible a las personas jurídico-públicas y clases determinadas del Estado, consideramos que este último argumento sobre la expresión “personas individualmente consideradas” no puede ser interpretado del modo que propone para integrar forzosamente a las personas jurídicas. Alega que con semejante afirmación el Tribunal se refería realmente a lesiones concretas y precisas, y no a personas individuales físicas (*op. cit.*, p. 310). No estamos de acuerdo. Para apoyar su argumento, en primer lugar, nos enfrentamos al problema de que desconocemos, como ella también, la verdadera voluntad de los magistrados, por tanto no sabemos *lo que realmente quisieron decir*, sino sólo *lo que realmente dijeron*: “personas individualmente consideradas”, expresión que, *a priori*, parece estar pensada para personas físicas individuales. Pero además debemos considerar otra cuestión: en la ulterior STC 121/1989, f. j. 2º, afirma el Tribunal que las declaraciones enjuiciadas no “hacen referencia a hechos concretos, ni tampoco a personas individualmente consideradas”. Si se nos permite a nosotros también interpretar la voluntad de los magistrados, diremos que, por un lado, la expresión “hechos concretos” alude a imputaciones o conductas que provocan lesiones concretas, precisas y determinadas, mientras que la expresión “personas individualmente consideradas” se refiere a personas físicas individuales. Lo anterior echa por tierra la posibilidad de que la expresión “personas individualmente consideradas” aludiera a lesión concreta y singular, algo predicable también de personas jurídicas, pues para designar tal lesión ya tenía a su disposición el Tribunal la cláusula “hechos concretos”. Por el contrario, creemos que la expresión “personas individualmente consideradas” sí que alude a personas físicas individuales y, por tanto, el Tribunal sí pretendía excluir a las personas jurídicas. A partir de ahí, se podrá alegar que, efectivamente, años más tarde cambiaría su doctrina a favor de la titularidad del honor por las personas jurídicas o que la STC 121/1989 sólo era aplicable a las personas jurídico-públicas, pero lo que no puede aceptarse es que ni siquiera en la propia STC 121/1989 pretendía dejar fuera a las personas jurídicas. Finalmente, existe un último argumento para reforzar la idea de que la voluntad del Tribunal era, efectivamente, excluir a las personas jurídico-públicas de la titularidad del honor mediante la expresión “personas individualmente consideradas”, que las dejaba evidentemente fuera de este ámbito: sucede que la frase “personas individualmente consideradas” fue acuñada por la STC 107/1988, y que la STC 121/1989 no sólo la mantiene sino que la precisa distinguiendo, como hemos reflejado, entre “hechos concretos” y “personas individualmente consideradas”. Ello significa que el Tribunal *se ratifica en lo que dijo*, de donde se puede deducir que *realmente quiso decirlo así*; más aun si tenemos en cuenta que de los seis magistrados que dictaron ambas sentencias, cuatro trabajaron en las dos ponencias (Francisco Rubio Llorente, Antonio Truyol Serra, Eugenio Díaz Eimil, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer), por lo que *resulta difícil de creer que participando en las dos sentencias no quisieran decir lo que realmente dijeron*, que no es otra cosa que aludir con “personas individualmente consideradas” a las personas físicas individuales. Si los magistrados hubieran sido otros podríamos creer que los que trabajaron en la segunda ponencia no sabían realmente lo que quisieron decir los que escribieron la primera, pero siendo casi exactamente los mismos, tal posibilidad debe ser necesariamente rechazada.

<sup>726</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 308. De otra opinión es CARMONA SALGADO, C.: “El significado ...”, *op. cit.*, pp. 265 y 266, quien opina que el carácter justificante de la 930



Prueba del criterio poco constante es que sólo un año después, el 28 de abril de 1989, dictó una sentencia la Sala 1º del Tribunal Supremo en la que declaró que “no cabe duda del derecho a la protección del honor que ostentan, dentro de las características de su personalidad, las personas jurídicas”. Sentencia a la que le siguieron otros pronunciamientos en la misma línea: SSTS de 28 de abril de 1989, de 5 de diciembre de 1989, de 15 de abril de 1992, de 9 de diciembre de 1993, de 5 de abril de 1994 y de 30 de noviembre de 1995.

Finalmente, la doctrina del Tribunal Constitucional volvió a tomar parte en este debate y eliminó cualquier atisbo de duda en torno a la eventual existencia de una corriente interpretativa que restringiera el derecho al honor exclusivamente al ámbito de las personas físicas<sup>727</sup>. Ahora sí la postura del Tribunal Constitucional sobre la cuestión quedaría firmemente consolidada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, que concede el amparo a una persona jurídica privada (empresa de construcción), denegado previamente por la Audiencia Provincial de Barcelona, por la publicación por una revista de información falsa no comprobada<sup>728</sup>; un supuesto, consiguientemente, de honor de personas jurídico-privadas. En esta ocasión, el supremo intérprete tuvo presentes varias consideraciones:

- a) en primer lugar, en relación con la titularidad de derechos fundamentales por las personas jurídicas, estableció que “es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de

---

libertad de expresión y su prevalencia deben determinarse, necesariamente, en concordancia con el sujeto lesionado y con “su estatus y condición públicas”.

<sup>727</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., p. 305. Efectivamente, es común la consideración de esta Sentencia del Tribunal Constitucional como el punto de partida de una línea jurisprudencial más decidida y firme a favor de la titularidad del honor por las personas jurídico-privadas; *vid.*, así, VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ...”, op. cit., p.13.

<sup>728</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre.

Podría mencionarse también el famoso caso de Violeta Friedman quien recurrió en amparo al Tribunal Constitucional por vulneración de su derecho al honor como miembro del pueblo judío ante las declaraciones xenófobas, racistas y antisemitas de un ex-jefe de las S.S. En lo que a nosotros respecta ahora, esta sentencia (STC 214/1991, de 11 de noviembre) admitió una consideración importante en tanto moduló sensiblemente el rígido carácter personalista que venía atribuyéndose al honor. La doctrina se ha pronunciado sobre las implicaciones de dicho pronunciamiento, siendo mayoritarias las voces que reconocen su importancia por cuanto representa un claro apoyo a la opción de la titularidad del honor por las personas jurídicas: *vid.*, así, ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ...”, op. cit., p. 16; ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor ...”, op. cit., p. 476; también así VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ...”, op. cit., pp. 12 y 13. Por nuestra parte, sin negar el valor de esta sentencia en relación con el asunto que examinamos, entendemos que no debe confundirse el ámbito subjetivo al que se refiere, que no son las personas jurídicas, sino los colectivos o entes sin personalidad jurídica, y por esta razón estudiaremos este caso jurisprudencial, sus efectos y consecuencias sobre la titularidad del honor por entes sin personalidad jurídica más adelante.

derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas”; así como que “si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines”<sup>729</sup>;

- b) admitida la extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, restaba por tratar sobre el honor de estas entendidas, y a este respecto sentenció que “este derecho fundamental [honor] se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art. 10.1 C.E [Constitución Española]. Pero ello no obsta para que normativamente se sitúe en el contexto del art. 18 de la C.E [Constitución Española]”. Por ello, no puede aceptarse que los “ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”<sup>730</sup>.

Sobre estas bases el Alto Tribunal llegó a la solución de que “*aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas*”, concluyendo que “*el significado del derecho al honor ni puede ni debe*

---

<sup>729</sup> Con estas reflexiones, observa VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ..., *op. cit.*, p. 14 y 15, que el Tribunal Constitucional completa el proceso de atribución de honor a las personas jurídicas a través de una evolución secuenciada en tres fases: primero, se reconocen a las personas jurídicas los derechos fundamentales que explícitamente la norma fundamental les concede; a continuación, se les reconocen también aquellos derechos fundamentales que sean imprescindibles para los fines para cuya defensa fue creada la persona jurídica; y finalmente, se les otorgan también aquellos otros derechos fundamentales complementarios para la consecución de tales fines.

<sup>730</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre, f. j. 5º. Téngase en cuenta que en la STC 183/1995, de 11 de diciembre, el Tribunal Constitucional adoptó la misma solución (“el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”; STC 183/1995, de 11 de diciembre, f. j. 2º) y acogió los mismos argumentos que fueron expresados en la precedente STC 139/1995, por ello en esta última nos hemos centrado.

*excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, de forma que “la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”*<sup>731</sup>.

Este planteamiento jurisprudencial claro, elocuente y alejado de titubeos y contradicciones es apoyado ampliamente por la doctrina. Así, RODRÍGUEZ GUTIÁN concede a esta sentencia el honor de ser el pronunciamiento que inauguró la senda argumental a favor del reconocimiento del honor a las personas jurídicas admitiendo, por primera vez y con carácter general, que el honor es un derecho del que también disfrutaban las personas jurídicas, en dimensión objetiva, en tanto que imprescindible para la realización de sus propósitos y para, en última instancia, la salvaguarda de su identidad moral<sup>732</sup>. Porque, efectivamente, no se trata sólo de la protección de estas personas jurídicas frente a los daños de naturaleza patrimonial que puedan sufrir como consecuencia de la divulgación de informaciones falsas que la hagan desmerecer en la consideración social, sino también de la merecida tutela que deben recibir estas entidades que han sufrido una lesión que afecta negativamente a la percepción que el entorno social tiene sobre su actividad, sus fines<sup>733</sup>, su propia esencia. Precisamente, la promoción y consecución de los fines propios de la personas jurídica, para cuya defensa fue creada la organización, es lo que permite hablar de unos intereses ideales y patrimoniales propios de la persona jurídica y distintos de las personas físicas que integran esa entidad y que posibilitan hablar de un honor de la persona jurídica separable del honor de sus miembros. Desde este punto de vista, algunos sostienen que el honor es “*conditio sine qua non* de la existencia de la persona jurídica y de la realización de sus actividades”<sup>734</sup>.

Es más, incluso el propio Tribunal parece ser consciente de la trascendencia de este pronunciamiento marcando un hito en la doctrina jurisprudencial sobre el derecho

---

<sup>731</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre, f. j. 5º.

<sup>732</sup> RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 304 y 305.

<sup>733</sup> CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ...”, op. cit., p. 112.

<sup>734</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 160, 165 y 166; para llegar a esta conclusión LÓPEZ PEREGRÍN retoma su concepción normativo-fáctica del honor, basada en las relaciones de reconocimiento, y sostiene que si el honor se vincula a estas relaciones a fin de permitir la existencia en sociedad de las personas físicas, tal argumento será también predicable respecto de las personas jurídicas que precisarán de buen crédito y fama para desarrollar sus fines en sociedad

al honor de las personas jurídicas, y así llega a declarar que la interpretación objetivista que se había iniciado algún tiempo atrás (SSTC 51/1989, 121/1989 y 214/1991), en el sentido de asimilar la dimensión objetiva del honor, esto es, la consideración social o reputación, al honor, era precisamente la interpretación jurisprudencial “que con la presente Sentencia queremos reforzar y ampliar”<sup>735</sup>. Yendo más allá del propio valor que reconoce el Tribunal Constitucional, ARAGÓN REYES considera que esta sentencia posee un significado “crucial” porque no sólo refuerza y amplía la interpretación objetivista, sino que viene a resolver, definitivamente y en sentido positivo, la discusión sobre la titularidad del honor por las personas jurídicas<sup>736</sup>.

Son muchos los autores que afirman que en la actualidad ya no hay duda de que las personas jurídicas tienen derecho al honor, protegido constitucionalmente por el art. 18.1 de la norma fundamental<sup>737</sup>. Es una realidad jurídico-positiva incuestionable, que, además, nos aproxima a la posición compartida por los ordenamientos jurídicos de

---

<sup>735</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre, f. j. 5º.

<sup>736</sup> ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ...”, *op. cit.*, p. 24; también VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ...”, *op. cit.*, p. 14; CAMPOS PAVÓN, D.: “La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas”, *La ley*, 4 (1996), p. 1259.

FERRER RIBA, J.: “Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor”, *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (1996), p. 150, destaca de esta sentencia: a) la primacía de la persona humana en cuanto a la titularidad de derechos fundamentales; b) el carácter derivado de su atribución a las personas jurídicas en función de la idoneidad de algunos derechos para ser ejercitados colectivamente.

<sup>737</sup> Encontramos a constitucionalistas, entre otros, CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ...”, *op. cit.*, pp. 98 y 99; ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ...”, *op. cit.*, pp. 25 a 27; VIDAL MARÍN, T.: “Derecho ...”, *op. cit.*, pp. 6 y 7; CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La Protección ...*, *op. cit.*, p. 66. Hay, igualmente, civilistas como SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar?* ..., *op. cit.*, pp. 40 y 41; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, *op. cit.*, pp. 107 y 113 a 116; ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor ...”, *op. cit.*, pp. 479 y 480; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (coord.): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 67 y 68; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho ...*, *op. cit.*, p. 68.

Entre los penalistas podemos citar a QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, *op. cit.*, pp. 1230 a 1234, quien con la única excepción de las colectividades inorgánicas, es decir, imprecisas y carentes de personalidad jurídica, acepta para las demás personas jurídicas su condición de sujetos pasivos en los delitos contra el honor ya que no siendo el componente subjetivo-sentimental del honor el único ni el prevalente en su contenido, sino que es prioritaria la dimensión social del mismo, no puede denegarse la existencia de honor en las personas jurídicas colectivas. También, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.<sup>a</sup> y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 230; DÍAZ PALOS, F.: “Injurias”, *op. cit.*, p. 631; GRANADOS PÉREZ, C.: “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dir.): *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, p. 141; LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio ...*, *op. cit.*, pp. 104 y 106; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 166.

nuestro entorno, desde la perspectiva de derecho comparado (alemán e inglés)<sup>738</sup>. Esto advertido, todos entienden que debe distinguirse según la clase de persona jurídica a que nos refiramos, encontrándose dos niveles:

- a) consenso general respecto a la titularidad del honor por las personas jurídico-privadas, tanto de sustrato personal como real, desde la consideración de la sustantividad propia del derecho a la reputación social de una empresa o entidad<sup>739</sup>;
- b) y consenso, nuevamente, en cuanto a la ausencia de honor en las clases determinadas de Estado y personas jurídico-públicas. En este caso, la negativa a admitir que las personas jurídico-públicas son titulares de derechos fundamentales procede, “con buena lógica, de la propia génesis de los derechos fundamentales, que históricamente surgieron como derecho de la personalidad”<sup>740</sup> y como un medio de garantía frente a los actos del poder público, de modo que su admisión conduciría a la contradicción de que podrían ser sujetos activos y sujetos pasivos de los derechos<sup>741</sup>.

---

<sup>738</sup> ARAGÓN REYES, M.: “El derecho ..., *op. cit.*, p. 27; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158.

<sup>739</sup> CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 115; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, p. 160.

<sup>740</sup> DÍAZ LEMA, J. M.: “¿Tienen derechos ..., *op. cit.*, p. 117; PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos ..., *op. cit.*, p. 418; Díez-PICAZO, L. M<sup>a</sup>.: *Sistema ...*, *op. cit.*, p. 143.

En este punto, no podemos por menos que recordar el cambio de criterio legislativo adoptado en relación con el antiguo Código Penal de 1944 que disponía en su art. 463, párrafo 3º que “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de parte ofendida, salvo cuando la ofensa se dirija contra la autoridad pública, corporaciones o clases determinadas del Estado, y lo dispuesto en el capítulo VII del título II de este Libro”. Esta disposición que ya no está vigente, ha tenido, no obstante, un largo recorrido en la legislación punitiva española, con origen en el Código de 1848, como recuerda SAINZ CANTERO, J. A.: “El contenido sustancial del delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal*, 1957, p. 103.

Rechaza, sin embargo, la negación absoluta y apriorística de derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas LASAGABASTER HERRARTE, I.: “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (De los derechos y deberes fundamentales)*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 673 y 674, advirtiendo que el parámetro definitorio ha de ser no la naturaleza de la persona, sino únicamente la del derecho, pues a él es al que se refiere la cláusula “*Ihr wesen nach*” del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn.

<sup>741</sup> CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones ..., *op. cit.*, p. 78. El mismo autor analiza el origen de los derechos fundamentales y su evolución en “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (enero-abril, 1989), pp. 35 a 62. Es más, respecto de las personas jurídico-públicas parece haber también acuerdo en torno a la negativa de su titularidad de derechos fundamentales, en general (y no sólo del honor), salvo en ciertos casos excepciones, expresamente autorizados por la jurisprudencia constitucional; *vid.*, así, DÍAZ LEMA, J. M.: “¿Tienen derechos ..., *op. cit.*, p. 117.

Establecido lo anterior, aún dentro del acuerdo mayoritario sobre la restricción del derecho al honor a las personas jurídicas-públicas, encontramos algunas voces en contra de tal postura. LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, pp. 171 a 174, señala que existen muchos entes jurídico-públicos respecto de los cuales puede predicarse su personalidad jurídica, no reduciéndose a ser simples

### 2.3 GRUPOS Y ENTES SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

Antes de concluir con este análisis descriptivo del estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia en relación con las personas jurídico-privadas y jurídico-públicas, conviene detenernos en el espinoso asunto del honor de los colectivos o entes sin personalidad jurídica. Esta es una cuestión abierta, en profundo cambio y que atrae la atención de la doctrina. Se trata en esta ocasión de debatir sobre la existencia de una vertiente colectiva del honor en virtud de la cual pueda reconocerse legitimación a quienes formen parte de ese colectivo para reaccionar o reclamar tutela jurídica frente a expresiones que lesionen el honor del mismo. Así entendido, la aceptación de esta tesis convertiría el honor en tales casos en un bien jurídico colectivo.

Sobre este particular, el consenso ampliamente mayoritario se sitúa de parte de los que rechazan la atribución de honor a los colectivos. Los grupos o colectivos sin personalidad jurídica, sin una organización clara y determinada no pueden ser considerados titulares del bien jurídico honor ni, por consiguiente, sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Dada su indeterminación e inconcreción, no se constituyen en una unidad mínimamente determinada que permita proyectar la imagen de un honor propio del colectivo y distinto del de sus miembros. La única posibilidad, por tanto, que se entendería viable para reaccionar frente a ataques a un colectivo sería la de la demostración de que las ofensas pudieran entenderse dirigidas contra algún o algunos miembros concretos, determinados e identificables del colectivo, de forma que el ataque no fuera tan genérico y difuso, sino que se dirigiera contra un grupo de personas dentro del colectivo más limitado; en tal supuesto, la ofensa al colectivo habría trascendido a sus miembros, auténticos titulares del bien jurídico honor. En fin, se ataca al colectivo, pero puede admitirse la vulneración del honor de algunos de sus miembros, convirtiéndose ese honor individual y personalista en objeto de protección

---

órganos o partes de órganos pertenecientes al Estado, de modo que poseen intereses propios, distintos de las personas que los integran, y necesitan derechos fundamentales, entre ellos el honor, para desarrollar sus tareas y cumplir con los fines para los que fueron creados. Va más lejos todavía y sostiene que también respecto de órganos de la Administración sin personalidad jurídica es visible la existencia de una organización que contribuye a la formación de una voluntad unitaria, con fines propios, condiciones suficientes para reconocerles honor. Contraria esta opinión, como hemos señalado, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., p. 315, que entiende que las clases determinadas del Estado son u órganos o partes de órganos pertenecientes a una persona jurídica determinada: el Estado.

jurisdiccional<sup>742</sup>. Siguiendo a LÓPEZ PEREGRÍN, en las injurias bajo denominación colectiva, al tratarse de imputaciones o juicio de valor dirigidos a colectivos no organizados, la reclamación de la tutela penal del honor corresponde a los miembros individuales del colectivo que han de probar que la denominación genérica colectiva les afectó individualmente<sup>743</sup>.

A pesar de la dirección tomada por un sector ampliamente mayoritario, el supuesto paradigmático en el que abordó el Tribunal Constitucional esta cuestión, se adoptó una solución que puede interpretarse como contraria a la posición doctrinal descrita. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional 214/1991, de 11 de noviembre. La recurrente acudía en amparo ante el Tribunal Constitucional por las declaraciones realizadas por un ex jefe de las Waffen S. S. en las que cuestionaba que hubieran existido cámaras de gas y hornos crematorios en los campos de concentración nazis (“dudo mucho que las cámaras de gas existieran alguna vez”), a raíz de lo cual acusaba a los judíos de querer “ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos; si no tienen enemigos, los inventan”. La recurrente era Violeta Friedman, que alegaba que las citadas declaraciones habían lesionado su honor. Las distintas instancias jurisdiccionales (Juzgado de Primera Instancia, Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, Sala Primera del Tribunal Supremo) fueron denegando las peticiones de la recurrente alegando que las declaraciones formuladas, por hirientes que

---

<sup>742</sup> Vid., entre otros, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 161; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad ...*, op. cit., p. 70; SALVADOR CODERCH, P.: “El concepto ...”, op. cit., pp. 205 y 206; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., 1996, p. 275; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 298. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1230 y 1231, las llamas “colectividades inorgánicas, imprecisas y carentes de personalidad jurídica”, de modo que el ataque contra ellas dirigido pierde eficacia real

<sup>743</sup> Vid., entre otros, LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 177 a 179. A continuación, esta profesora expone las soluciones que ofrece la doctrina alemana para probar la afectación del honor de los miembros del colectivo que ha sido injuriado a través de una denominación colectiva y para que éstos puedan reclamar a título individual: a) que del contexto se deduzca que el ataque iba dirigido a alguien concreto a pesar de la referencia genérica; b) que efectivamente el ataque se dirigiera contra todos los miembros del colectivo, en cuyo caso podrán alegar violación de su honor si, entre otros criterios, el grupo ofendido estaba suficientemente delimitado por ser un círculo restringido de personas y si la imputación es precisa y permite apuntar o designar a un grupo concreto y determinado; c) que el ataque se dirigiera a una parte indeterminada del grupo o colectivo, de forma que al no concretar a quién se refiere, la sospecha se extiende a todos los miembros, caso en el que asiste legitimación a los individuos que integran el grupo aludido siempre que sea un grupo restringido y claramente determinado (por ejemplo, la afirmación “un ministro del Consejo de Gobierno ha cometido tráfico de influencias”, faculta a todos los ministros a interponer querrela por vulneración del honor) (op. cit., pp. 180 a 185). También estudia estas modalidades diversas de alusión a través de injurias bajo denominación genérica a personas concretas dentro de un grupo RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 233 a 236, con referencias expresas a la doctrina alemana.

resultaran para grupos y colectivos, entraban en el ámbito objetivo de la libertad de expresión, y que la actora no tenía legitimación para reclamar protección del derecho al honor por cuanto en tales afirmaciones “ni se le nombraba ni aludía personalmente, sin cuyo requisito de determinación de la persona no cabe la protección que concede la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, ni la misma podía arrogarse la defensa de una etnia, raza o pueblo”.

El Tribunal Constitucional sostiene, por el contrario, un parecer distinto en cada una de estas cuestiones. Primeramente, reconoce legitimación a la recurrente porque en ella concurre el “interés legítimo” que autoriza a interponer recurso de amparo en virtud del art. 162. 1. b) de la Constitución, y, “dado que los entes sin personalidad jurídica carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, debe entenderse que el art. 162.1 b) atribuye la legitimación activa a todos y cada uno de los tales miembros para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos”<sup>744</sup>.

Respecto de la segunda cuestión (la vulneración del derecho al honor a causa de afirmaciones ofensivas dirigidas contra un colectivo), que es la que más nos interesa en estos momentos, el Tribunal Constitucional aprecia violación del derecho al honor de la recurrente mediante la introducción de una apreciación trascendental en su doctrina sobre el significado personalista del honor<sup>745</sup>: siendo cierto que la Constitución reconoce el honor como un valor referible a la persona, lo anterior no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar necesariamente perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, por dos motivos: a) “es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un

---

<sup>744</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 3º.

<sup>745</sup> Se trata de la interpretación jurisprudencial a que venimos refiriéndonos en las últimas páginas, establecida tras las SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989, y conforme a la cual no era apropiado hablar de honor de las instituciones, personas jurídico-públicas o clases determinadas del Estado, siendo “más correcto desde el punto de vista constitucional emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas físicas” (STC 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 6º).



determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos, dentro de la colectividad”; y b) lo contrario sería “tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluidas las de substrato personalista, y admitir, en todos los supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa”<sup>746</sup>. En este contexto no tiene otra solución el Tribunal Constitucional que admitir que las declaraciones proferidas por el ofensor “poseen una connotación racista y antisemita”, fueron “efectuadas en descrédito y menosprecio de las propias víctimas”, constituyen “un atentado al honor de la actora y al de todas aquellas personas que, como ella y su familia, estuvieron internadas en los campos nazis de concentración”<sup>747</sup> y, por consiguiente, debe admitirse la reclamación para “el restablecimiento del derecho al honor de la colectividad judía”<sup>748</sup>.

La STC 214/1991 y la titularidad del derecho por las colectividades y entes sin personalidad jurídica abren un nuevo foco de problemas en sede de titulares del bien jurídico honor, relativo al discurso extremo y el discurso del odio (con el caso especial del negacionismo y el revisionismo del holocausto judío, pero que también podría orientarse al discurso difamador machista y sexista, racista u homófobo), que representan los ejemplos más evidentes de difamaciones y ofensas dirigidas a un pueblo, a un colectivo, a una raza, en fin, a entes sin personalidad jurídica que podrían reclamar la tutela de su derecho al honor colectivo. Precisamente, al hilo de esta “dimensión colectiva” nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 de noviembre, en la que el Tribunal denegó el amparo solicitado por el director y editor del tebeo "Hitler=SS" que habían sido condenados, en instancias judiciales previas, como autores de un delito de injurias contra el pueblo judío, representado en el proceso judicial por dos asociaciones que agrupaban a deportados de los campos de concentración nazis. Alegaban los recurrentes que en uso de su libertad de expresión y libertad ideológicas, constitucionalmente consagradas en el art. 20 de la norma fundamental, pretendían a través del tebeo ridiculizar y satirizar el lenguaje y los

---

<sup>746</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 6º.

<sup>747</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 8º.

<sup>748</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre, f. j. 6º.

grafismos habituales que emplean los defensores de las teorías negacionistas. El Tribunal Constitucional estableció, por el contrario, que “lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto, muchos de los cuales - la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer”. Una publicación de tales características atentaba contra el honor del pueblo judío, considerando el honor en su dimensión colectiva, y si se ataca al pueblo judío a título colectivo, parece justo que “pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano”. De esta forma, el Tribunal Constitucional venía a admitir junto a la titularidad individual del honor por la persona física, la titularidad colectiva del derecho al honor por la persona física concebida también “como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso”<sup>749</sup>.

Los pronunciamientos jurisprudenciales estudiados han dado lugar a dos líneas interpretativas. Una primera sostiene que el Tribunal Constitucional avala la atribución del honor como atributo a las colectividades y, por lo tanto, de un derecho colectivo al honor. Los colectivos son titulares del derecho al honor, el cual corresponde a cada una de las personas que lo integran, que están legitimadas para reclamar la protección constitucional del mismo<sup>750</sup>. Alejados de estos casos concretos, la aceptación del honor como un bien jurídico colectivo se fundamentaría, conforme a la propuesta de ALONSO ÁLAMO, invocando cómo el devenir histórico ha motivado que el honor, un interés eminentemente individual, ha adquirido una “dimensión colectiva” en el plano social, se ha “colectivizado”, elevándose sobre el interés individual al honor de los

---

<sup>749</sup> STC 176/1995, de 11 de noviembre, f. j. 3º.

<sup>750</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Honor, intimidación y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, AA.VV: *Honor, intimidación y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 164; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho ...”, *op. cit.*, pp. 70 y 71; SUÁREZ ESPINO, Mª. L.: “Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *InDret*, 2 (2008), p. 6; CALLEJÓN CARRIÓN, S.: *El derecho al honor: el honor como objeto del proceso civil de amparo especial*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, p. 105; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 303.

miembros del colectivo en atención a sus perfiles propios y a su función o utilidad social<sup>751</sup>. Tal explicación no esconde que en los bienes jurídicos colectivos así fundamentados, como sucede con el bien jurídico colectivo honor, existe un sustrato personalista o una referencia a intereses individuales (el honor de los miembros del colectivo), pero estima que ello no es óbice para sostener que el interés colectivo, el honor colectivo del grupo o la colectividad, ha terminado desconectándose de esa base personalista para, una vez alcanzado un perfil propio, terminar reconociéndose al colectivo en respuesta a exigencias de la realidad en orden a mantener una convivencia pacífica<sup>752</sup>.

La segunda corriente doctrinal interpreta las sentencias antes examinadas de un modo que la aproxima a las tesis contrarias al honor de colectivos en cuanto tales, como entidades distintas de la mera aglomeración de sus miembros. Entiende este grupo de autores que el Tribunal Constitucional admite la existencia de ataques impersonales y generalizados a un colectivo, quedando facultados todos sus miembros para reclamar la protección del honor individual de cada uno de ellos, de donde se extrae que lo realmente menoscabado es el honor como bien jurídico individual ofendido a través de un ataque colectivo<sup>753</sup>.

Efectivamente, los argumentos de esta segunda línea interpretativa de la doctrina jurisprudencial conectan con la tesis mayoritaria según la cual los colectivos no pueden

---

<sup>751</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, 32 (julio, 2013), pp. 23 a 41, especialmente pp. 18, 30, 31, 35 y 39. La “función o utilidad social” es el criterio fundamentador de la distinción entre bienes jurídicos colectivos e individuales que propone SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 213. Esta profesora, sin embargo, precisa acto seguido que tal función social sólo puede describirse en relación con cada ámbito y bien jurídico concreto, lo que da ocasión a ALONSO ÁLAMO, como acabamos de indicar, a defender una concepción colectiva del bien jurídico honor a partir de la función social del honor de un colectivo, diferenciada de la función que el honor cumple respecto de cada individuo concreto.

<sup>752</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho ...”, *op. cit.*, pp. 36 y 38. También este argumento constituye un reproche indirecto a la tesis de SOTO NAVARRO, S.: *La protección ...*, *op. cit.*, p. 213, que argumenta que en ocasiones se predica el carácter colectivo de ciertos bienes jurídicos cuando, realmente, son bienes jurídicos que se pueden descomponer y que encuentran su esencia en una pluralidad de intereses individuales. Remata su posición afirmando que sólo son bienes jurídicos colectivos aquellos que no son divisibles en bienes jurídicos individuales (*op. cit.*, p. 213), planteamiento conforme al cual, ciertamente, la autora descartaría la concepción de un bien jurídico colectivo honor.

<sup>753</sup> GARCÍA MATA, F. y GUTIÉRREZ CELMA, G.: “Comentario a la STC 11.11.91”, *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, Tomo XI-3º (1991), pp. 171 y 172; VERA SANTOS, J. M.: *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 27.

ser víctimas de un ataque al honor, en primer lugar, por falta de subjetividad jurídica (no ostentan los elementos esenciales para ser identificados e individualizados como sujetos autónomos y diversos de sus miembros)<sup>754</sup> y, en segundo lugar, por los problemas procesales que derivan de la admisión de la difamación de grupos y que el ordenamiento jurídico estatal no está preparado para afrontar satisfactoriamente<sup>755</sup>. Entre los problemas procesales aludidos, CARRILLO LÓPEZ rechaza especialmente la aceptación por el Tribunal Constitucional de la legitimación activa derivada de la pertenencia a grupos étnicos sin una mínima estructura organizativa ni unos principios fundacionales, lo cual supone una ampliación indiscriminada de dicha legitimación<sup>756</sup>. SANTAOLALLA LÓPEZ, por su parte, critica la laxitud o falta de rigor con que el Tribunal Constitucional apreció vulneración del honor individual en la referida sentencia a partir de ataques contra un pueblo o colectivo, admitiendo una simple

---

<sup>754</sup> Un detallado estudio de esta circunstancia es realizado por RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., pp. 228 y 235.

<sup>755</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., p. 236 a 253, menciona y estudia los siguientes problemas procesales en el orden civil: legitimación, el concepto de responsabilidad civil y reparación del daño, el principio de relatividad de la cosa juzgada y el principio de contradicción; también LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 174 y ss. Para LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ...”, op. cit., pp. 37 a 39, el verdadero nudo gordiano de los derechos colectivos reside en la solución al problema de la representación del grupo o colectivo ya que sin representación auténtica o legítima del colectivo, dotado de un cierto grado de organización, no cabe hablar de derechos del colectivo. En la misma dirección, PECES BARBA, G.: “Los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 73 y 74. En la doctrina estadounidense también se insiste en el trascendental problema de la necesidad de una estructura organizativa (“organizational structure”): vid., así, WELLMAN, C. H.: “Liberalism, Communitarism, and Group Rights”, *Law and Philosophy*, 18 (1999), p. 23, y en las dificultades para satisfacer las pretensiones de todo un grupo de personas que pueda sentirse ofendido por declaraciones injuriosas, como reflejan DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: “§ 531. Defaming the plaintiff by defaming a group”, *Dobb’s Law of Torts*, 2012 (August), p. 1.

Dicho esto, también es interesante apuntar que tal debilidad o problema no debería suponer un obstáculo insuperable pues de lo contrario, como observa POLELLE, M. J.: “Racial and ethnic group defamation: a speech-friendly proposal”, *Boston College Third World Law Journal*, 23 (Spring, 2003), pp. 233 y 234, se transmite el “perverso mensaje” de cuanto más general es una ofensa, por cruel, descarnada e injuriosa que sea, más difícil de imputar a su autor un delito contra el honor resultará dado que podrá escudarse en la dificultad de decidir quién es la víctima concreta de sus ataques. En la misma línea, rechazar las injurias colectivas ante el temor de una avalancha de reclamaciones de todos los afectados por las afirmaciones difamatorias si bien es una posibilidad, no es más que una especulación, como revela el estudio estadístico del mismo autor en los Estados Unidos (op. cit., 242).

<sup>756</sup> CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ...”, op. cit., p. 109. Sobre estas cuestiones ya nos hemos pronunciado con anterioridad en nuestro trabajo DE PABLO SERRANO, A.: “El bien jurídico y otros problemas del delito de negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP). “Crónica de una muerte anunciada”, ANITUA, G. I., SKULJ, A. I., RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y ZAPICO BARBEITO, M. (coords.): *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2012, pp. 157 a 177; advertimos, no obstante, que en las próximas páginas introduciremos matizaciones importantes a las tesis que mantuvimos entonces.

repercusión en el honor individual o una “represión demasiado indirecta”, con el consiguiente riesgo para la libertad de expresión<sup>757</sup>.

## **2.4 TOMA DE POSICIÓN**

### **2.4.1 Menores de edad, sujetos inimputables y fallecidos**

Nuestra posición en relación con la condición de los menores de edad y de los sujetos inimputables como sujetos pasivos de los delitos contra el honor coincide plenamente con la que defienden unánimemente la doctrina y la jurisprudencia sobre este particular. La interpretación del bien jurídico en el contexto teórico de las tesis del reconocimiento permite entender que los menores de edad y los sujetos inimputables son titulares del bien jurídico honor y, como tales, pueden ser víctimas de delitos contra el honor. La incapacidad personal para accionar en nombre propio no es óbice para admitir que las injurias contra ellos dirigidas lesionan, igual que respecto de cualquier otra persona, su legítima expectativa de reconocimiento. Más concretamente, la evidente vinculación del honor con la dignidad impone que tales personas tengan un honor que puede ser menoscabado con independencia de su mayor o menor capacidad para percibir el contenido difamatorio de las afirmaciones o acciones injuriosas, porque el honor es un atributo del ser humano que corresponde a toda persona por constituirse en agente moral de actuación.

En relación con la titularidad del bien jurídico honor por parte de fallecidos, la doctrina y la jurisprudencia han arribado a un punto consolidado en el estado de la cuestión que nosotros también compartimos. Las personas fallecidas no son titulares del honor dado que es un valor personalísimo intrínsecamente unido a la personalidad humana, de modo que los difuntos no pueden ser ofendidos en su honor ya que carecen de él. Esto advertido, al igual que sucederá con las personas jurídicas, negar el honor a los fallecidos no implica que puedan ser insultados impunemente, sino que existen otros intereses jurídicos menoscabados que también merecen tutela, sin necesidad de invocar una artificiosa vulneración del honor. Por ello, la Ley Orgánica 1/1982 ofrece el cauce legal adecuado para salvaguardar la *memoria* del fallecido como bien jurídico que

---

<sup>757</sup> SANTAOLALLA LÓPEZ F.: “Jurisprudencia ..., *op. cit.*, pp. 2036 a 208.

permanece tras la extinción de la personalidad humana con la muerte y que debe ser respetada; el art. 4.2 de la citada norma autoriza al cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento a ejercer las acciones judiciales correspondientes (art. 4.2). Y si la ofensa contra la memoria del fallecido fuera de tal intensidad que, juzgadas las circunstancias del caso concreto, representase un ataque contra el honor de sus familiares, éstos podrían accionar en nombre propio para defender su honor en calidad de sujetos pasivos de un delito contra el honor de los arts. 205 y siguientes del Código Penal, calificándose la acción injuriosa como pluriofensiva por lesionar la memoria del difunto y el honor de familiares vivos.

#### **2.4.2 Personas jurídicas**

La concepción del bien jurídico honor que defendemos es incompatible con la tesis que atribuye el bien jurídico honor a las personas jurídicas. La intelección del honor en el marco de la teoría del reconocimiento no deja espacio a la titularidad del bien jurídico por personas distintas de los individuos, pues éstos son los únicos *agentes morales* o *unidades morales* que tienen la facultad de reconocer al otro como ser amado, como sujetos de derechos y obligaciones y como ser social dotado de cualidades valiosas (las tres formas de reconocimiento hegeliano) y de sentir el efecto del desprecio manifestado en la retirada violenta de las posibilidades de libre disposición del propio cuerpo, en la desposesión o privación de sus derechos y en la no valoración social de sus cualidades (las tres formas del desprecio *hegeliano*)<sup>758</sup>.

Por lo mismo, los vínculos evidentes en nuestra formulación entre el honor y la dignidad representan un obstáculo insalvable para la consideración de las personas jurídicas como sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Efectivamente, en la medida en que construimos un concepto de honor directamente relacionado (que no equiparado) con la dignidad humana, no puede aceptarse que dicho honor pueda ser

---

<sup>758</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op. cit., pp. 161 y ss.

Sobre la cualidad de agente moral del ciudadano, que sólo él ostenta, *vid.* JAÚREGUI, G.: "Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible", ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 63; DE LUCAS MARTÍN, J.: "La democracia ...", op. cit., p. 461; FREEMAN, M.: "Are there collective Human Rights?", *Political Studies*, XLIII (1995), p. 25.

disfrutado por las personas jurídicas. Las personas jurídicas, por supuesto, han de gozar de todos los derechos necesarios para su pleno desenvolvimiento en sociedad desde el momento en que se han creado conforme a la legalidad vigente y la ley les ha reconocido personalidad y capacidad jurídicas. Mas no puede seguirse de ello que las personas jurídicas tengan *dignidad*, en el sentido clásico y filosófico del término. No es de recibo aprovechar la inseguridad conceptual que persigue a la dignidad para adosarle adjetivos que la completen (como dignidad social), la maticen y den abrigo a opciones teóricas difícilmente justificables. La dignidad lo es del hombre (“*Menschwürde*”) y es, por tanto, *dignidad de la persona* (“*Pesonwürde*”).

Sentado lo anterior, creemos que debe rechazarse la extensión del derecho fundamental del art. 18.1 CE a las personas jurídicas. Si se piensa que el honor deriva de la dignidad de la persona y que es el derecho que le permite a ésta exigir una pretensión de respeto hacia la opción vital por la que se haya decantado, pues el desprecio y la desvaloración que pudiera sufrir por no ajustarse a las pautas socialmente dominantes incidiría negativamente en sus posibilidades de interacción social y en la propia estimación que tuviera de sí misma, debe concluirse que el honor es un atributo exclusivo de las personas físicas. Ahora bien, si se quiere, se puede decir que las personas jurídicas sí ostentan un “honor aproximado”, pero en este caso habremos malgastado en vano todo el trabajo efectuado anteriormente para elaborar un concepto sostenible y comprensible del honor. De poco habrían servido las reflexiones precedentes y los debates suscitados en torno al concepto de honor, si cuando nos trasladamos al ámbito de las personas jurídicas, cunde la imprecisión y terminamos admitiendo que las personas jurídicas tienen un honor aproximado. El concepto de honor es uno, el que se sostenga, pero en cualquier caso tiene por sustrato la dignidad de la persona. “Dignidad de la persona no puede querer decir otra cosa que dignidad del ser humano”<sup>759</sup>.

Algunos autores entienden que aunque es difícil atribuir un honor subjetivo a las personas jurídicas, como sentimiento de propia estimación, no lo es tanto si hablamos del honor objetivo como reputación o consideración social; ejemplo de esta tesis es RODRÍGUEZ GUTIÁN, quien parte, como referencia, de la célebre definición de DE

---

<sup>759</sup> ROBLES MORCHÓN, G.: “El libre desarrollo ..., op. cit., p. 48.

CUPIS del honor como “dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros, o pública opinión, y en el sentimiento de la persona misma”, y advertido el desdoblamiento que sugiere esta definición, admite que el aspecto subjetivo del honor no puede predicarse de las personas jurídicas pues carecen de él, pero al propio tiempo sostiene firmemente que sí ostentan las personas jurídicas el derecho fundamental al honor en su faceta objetiva<sup>760</sup>; aceptado lo anterior, es lícito concluir que un ataque al honor en sentido objetivo podría perjudicar a la persona jurídica al cuestionar su predisposición para presentarse en su propio ámbito socioprofesional o mercantil, o en cualquier otra dimensión social (política, cultural, deportiva, asistencial), por ejemplo, como sujeto habilitado para prestar un servicio en buenas condiciones<sup>761</sup>. La dimensión objetiva del honor de la que se hace titulares a las personas jurídicas suele igualarse al valor del prestigio profesional de la entidad de acuerdo con la siguiente secuencia argumental: el prestigio es una de las facetas o de los componentes del honor - las personas jurídicas pueden ver injustamente atacado su prestigio - *ergo* las personas jurídicas tienen honor. A estas reflexiones suelen añadir, como matiz, que no siempre toda expresión que dañe el prestigio de una persona jurídica representará también una vulneración de su honor, sino sólo cuando las afirmaciones difamatorias hayan traspasado los límites de la crítica profesional causando un auténtico desmerecimiento social<sup>762</sup>.

Ese es básicamente el discurso argumental que se invoca por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia defensoras de las tesis de la titularidad del honor por las personas jurídicas. Nosotros no lo compartimos, admitiendo nuestra minoritaria posición crítica. Afirmar que las personas jurídicas tienen honor porque poseen la vertiente objetiva del mismo es tanto como igualar la parte al todo y por ello creer que se tiene el todo. Se ignora abiertamente que las personas jurídicas carecen de la otra vertiente del honor que constituye, con la misma intensidad, que la reputación, el núcleo esencial del bien jurídico honor y que sólo asiste a las personas físicas: una capacidad de autoestima a nivel interno que puede ser violada y que es personalísima, ligada a la

---

<sup>760</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, *op. cit.*, pp. 105 a 107.

<sup>761</sup> CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 92; SALVADOR CODERCH, P.: “El concepto ...”, *op. cit.*, p. 215.

<sup>762</sup> Así, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, *op. cit.*, pp. 110 a 113; SALVADOR CODERCH, P.: “El concepto ...”, *op. cit.*, p. 236; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho ...”, *op. cit.*, pp. 60 y 61.



dignidad y condición personal de todo sujeto<sup>763</sup>. Lo que diferencia a las personas físicas de las personas jurídicas en cuanto a la titularidad del honor es que la persona física es titular del honor y de todas sus facetas, por lo que puede ser ofendida en cualquier de ellas; sin embargo, la persona jurídica sólo es titular de un faceta o rasgo, el prestigio profesional, y la titularidad del derecho o la pretensión de respeto de esa faceta no puede convertirla en titular del derecho al honor en plenitud, automáticamente, por extensión. Para ser susceptible de sufrir un atentado al honor se han de poseer ambas facetas o vertientes del mismo, aun cuando el ataque se pueda dirigir en el caso concreto a una sola de ellas.

A continuación se nos reprocha que cuando se habla del honor de las personas jurídicas, se da más que por sentado que hablamos de un honor de características distintas o especiales respecto del honor de las personas físicas; que no se puede igualar ni se quiere igualar, sino que es honor de la persona jurídica en el ámbito y finalidad legal y estatutaria para la que ha sido creada<sup>764</sup>; que obviamente el contenido del bien jurídico honor no será el mismo para personas físicas y jurídicas dada su naturaleza diversa<sup>765</sup>. Sorprende que llegados a este punto, en que se ellos mismos afirman las diferencias entre las personas físicas y las jurídicas, el distinto substrato y el diverso contenido de honor de que gozan y disfrutan, afirmen acto seguido que, aun con estas cautelas, el honor también puede predicarse de las personas jurídicas. Si tiene características distintas, si no puede igualarse, si no tiene el mismo contenido, entonces no es honor. El honor de las personas jurídicas ya no es el honor de las personas físicas, no es honor en sentido estricto<sup>766</sup>; es algo distinto que se mueve dentro de unos límites más restringidos. Y por otra parte, no vamos a detenernos nuevamente en las críticas que tradicionalmente se han formulado contra las concepciones fácticas que vinculaban el honor a un solo dato de la realidad: estima personal o valoración social, y que son perfectamente extrapolables a la discusión actual por cuanto las tesis extensivas del

---

<sup>763</sup> MOLINER NAVARRO, R.: "El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información", DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (coord.): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 44.

<sup>764</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 167; SALVADOR CODERCH, P.: "El concepto ..., op. cit., pp. 214 y 215.

<sup>765</sup> RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: *El derecho ...*, op. cit., p. 107.

<sup>766</sup> *Vid.*, entre otros, PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 391.

honor a las personas jurídicas reducen este bien jurídico a un solo dato de la realidad social de las personas jurídicas: su buena fama, su reputación<sup>767</sup>. En ambos casos, el problema era el mismo: reducir el honor a una sólo de estas vertientes conducía a injusticias. Pues bien, decir que las personas jurídicas tienen derecho al honor en tanto tienen una reputación social susceptible de ser menoscabada, es un argumento incompleto, insuficiente y, por tanto, insatisfactorio<sup>768</sup>.

Pero llegados a este punto (las personas jurídicas no tienen honor), no podemos frenar aquí, ya que no hay duda de que tienen algo digno de protección, pero que no es honor y cuya protección no se deriva del art. 18.1 CE. Y es en este punto donde estoy de acuerdo con muchos autores que reconocen que las personas jurídicas deben recibir protección frente a los ataques que sufran contra su consideración social, reputación o prestigio, sin entender, lógicamente, que estas realidades son componentes del honor, sino que son objetos dignos de protección independientes del honor. La jurisprudencia constitucional también lo admite así, advirtiendo que la divulgación de hechos concernientes a una entidad pueden difamarla o hacerle desmerecer en la consideración ajena<sup>769</sup>. Estos bienes jurídicos existen y hay que protegerlos, por justicia y por utilidad social. Ahora bien, lo que no procede es extender el honor a las personas jurídicas desnaturalizando su esencia, sólo en base a razones de utilidad procesal, pues éste es un buen argumento que puede servir como guía de las actuaciones político-legislativas, pero no justifica desvirtuar conceptos firmemente asentados, como el honor, ya se entienda éste, como antes dije, desde la perspectiva normativo- fáctica o desde la estrictamente normativa, pero en cualquier caso, como un bien eminentemente personalista<sup>770</sup>.

---

<sup>767</sup> Si bien entendemos que se vean obligados a esta reducción conceptual dado que, evidentemente, las personas jurídicas no pueden ser titulares de ese otro componente del honor, la autoestima, típica y específicamente humano.

<sup>768</sup> Así, por ejemplo, SALVADOR CORDECH entiende que las personas jurídicas tienen honor porque, en una pluralidad de dimensiones sociales, pueden sufrir ataques que las hieran profundamente: SALVADOR CORDECH, P.: "El concepto ..., *op. cit.*, p. 217.

<sup>769</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre, f. j. 5º,

<sup>770</sup> Este parecer se desprende también de las palabras de LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 128. También así MOLINER NAVARRO, R.: "El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información", DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (coord.): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 43y 48.

Las opciones que se barajan para ofrecer la merecida protección a las realidades mencionadas anteriormente, son varias. MOLINER NAVARRO propone que la tutela de la reputación de las personas jurídicas se aparte de los procedimientos diseñados para la protección de la personalidad humana y se reconduzca hacia los mecanismos que prohíben la competencia desleal<sup>771</sup>. Otra vía planteada por la doctrina, destacadamente por O'CALLAGHAN MUÑOZ, y la jurisprudencia ha sido el recurso al art. 1902 del Código Civil para que la persona jurídica sea indemnizada por el daño sufrido: “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”<sup>772</sup>.

Desde el Derecho penal nos parece interesante la propuesta de CARMONA SALGADO, quien aboga por modificar la rúbrica del título X del libro II del CP, para hacerla más amplia y comprensiva, quedando así: “de los delitos contra el honor de las personas físicas y la dignidad y el prestigio de las personas jurídicas e instituciones”<sup>773</sup>. De esta forma, el prestigio o reconocimiento social de las personas jurídicas tendría protección por una norma de rango legal (ley orgánica) y sería tutelable ante la jurisdicción penal. Podría reprocharse, sin embargo, que con esta opción el prestigio de las personas jurídicas tendría una protección menguante (como, por otra parte, admitió el Tribunal Constitucional en las Sentencias 107/1988 y 51/1989, por nosotros ya comentadas), y decaería siempre frente a la libertad de expresión, por ejemplo, de los medios de comunicación, pues ésta última tiene rango de derecho fundamental y, por tanto, prevalecería en todo caso. Aunque frente a ello también podría oponerse, por una parte, que las libertades del art. 20 CE desarrollan en nuestra sociedad democrática un papel destacado en orden a la formación de una opinión pública libre, instruida y plural, y por otra, que si en la ponderación de los derechos en conflicto se observa que la libertad en cuestión se ha ejercido cumpliendo todos los requisitos (información de interés público, condición pública de la persona afectada y veracidad), no habría problemas en aceptar que (a) si la libertad de expresión e información se ha ejercido

---

<sup>771</sup> MOLINER NAVARRO, R.: “El derecho ..., *op. cit.*, p. 43, nota al pie nº 54.

<sup>772</sup> En la doctrina, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad* ..., *op. cit.*, . 70; FELIU REY, M. I.: *¿Tienen honor* ..., *op. cit.*, pp. 9 y 10; ÁLVAREZ GARCÍA, F.: *El derecho* ..., *op. cit.*, p. 48, nota al pie nº 76; BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho* ..., *op. cit.*, pp. 146 y 147. En la jurisprudencia, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1989.

<sup>773</sup> CARMONA SALGADO, C.: “El significado ..., *op. cit.*, págs. 265 y 275. Si bien nosotros eludiríamos cualquier referencia a la *dignidad* de las personas jurídicas pues es polémica desde un punto de vista teórico o dogmático

dentro de los límites constitucionales, entonces debe prevalecer sobre el reconocimiento social de la persona jurídica, pues en tal estaría desarrollando, en su plenitud, la tarea de garantía institucional que tiene asignada (de hecho, lo mismo sucede con el honor de las personas físicas que decae, aun cuando es un derecho fundamental, al entrar en conflicto con las libertades del art. 20 CE si éstas se han ejercido dentro de los límites); y (b) si tales libertades se hubieran ejercido traspasando los límites que impone la norma fundamental y la jurisprudencia constitucional, tendrá preferencia el prestigio profesional de la persona jurídica sobre la libertad de expresión e información pues ésta última habrá perdido la protección reforzada que merece como derecho fundamental al ejercerse más allá de su contenido esencial. Ello conecta con la idea de que si las libertades comunicativas se han ejercido dentro de los límites, prevalecerán en la ponderación que se haga, ya sea con el derecho al honor, como derecho fundamental y por tanto del mismo rango, ya sea con el derecho al prestigio profesional de las personas jurídicas, como derecho de creación legal. Lo anterior no significa otorgarle una posición preferente, sino la simple admisión de que si se ejerce dentro de sus límites entonces debe prevalecer sobre otros derechos (honor o prestigio profesional) cuya tutela se reclama más allá de sus límites.

### **2.4.3 Grupos y entes sin personalidad jurídica. El honor de los colectivos**

Los estudios que han tratado sobre la titularidad del honor por grupos o colectivos rechazan generalmente tal atribución. Esta actitud contraria al reconocimiento del honor como un bien jurídico colectivo ha germinado paralelamente a la extensión de una posición reacia de la doctrina mayoritaria a la existencia de bienes jurídicos colectivos, correspondientes a grupos. Sin embargo, esta última línea de pensamiento ha encontrado paulatinamente apoyos, aceptando los bienes jurídicos colectivos de los que serían titulares los individuos como miembros de un colectivo. Es cierto, advertido lo anterior, que estas nuevas orientaciones doctrinales apenas han tenido reflejo en la temática particular del honor de los colectivos, respecto a la cual todavía la posición ampliamente dominante se decanta por el rechazo. Teniendo presentes estas direcciones doctrinales alternativas, nos proponemos analizar la polémica de la atribución del honor a grupos y colectivos como un bien jurídico colectivo. Así pues, debemos resolver la cuestión que nos ocupa de forma sucesiva, atendiendo primeramente al debate de los bienes jurídicos colectivos. Advertimos en 950

este instante que no lo hacemos con ánimo de zanjar la cuestión ni de ofrecer una perspectiva exhaustiva del estado de la cuestión, pues tales metas se apartan de las posibilidades y las limitaciones de esta investigación; el propósito que asumimos es el de superar razonadamente las dificultades que un sector de la doctrina encuentra a la hora de reconocer la existencia de bienes jurídicos colectivos. Concluida esa primera fase de estudio en que defenderemos una posición favorable a la admisión de bienes jurídico colectivos, procederemos con la discusión del honor de los grupos y colectivos, en la que también suscribiremos la tesis de la aceptación.

Sin entrar todavía en cuestiones como la definición y configuración de cada bien jurídico colectivo concreto, el disenso se palpa en la fundamentación de la existencia de bienes jurídicos colectivos, distintos e independientes de los bienes jurídicos individuales. La reductibilidad, reconducción o funcionalización de los bienes jurídicos colectivos a bienes jurídicos individuales representa la tesis más poderosa en contra de la aceptación de los primeros. Así, algunos autores proponen como punto de referencia el individuo y desde él entienden posible detectar todos los intereses jurídicos necesarios para garantizar su desarrollo y arbitrar los mecanismos para su protección, sin necesidad de recurrir a la figura de los bienes jurídicos colectivos. La cuestión clave, pues, es en qué medida la lesión de intereses de titularidad común repercute en el bienestar y las posibilidades del individuo, desplazando el acento de la comunidad y el grupo al individuo. El principal representante de esta línea de pensamiento es HASSEMER con su teoría personalista del bien jurídico, quien entiende que los bienes colectivos no son sino una proyección del bien individual, que su existencia surge o emana de un bien individual previo y que sólo son relevantes y merecedores de consideración si sirven para el desarrollo personal del individuo<sup>774</sup>. Es decir, los bienes

---

<sup>774</sup> HASSEMER, W.: "Lineamientos ..., *op. cit.*, p. 281; el mismo en *Persona* ..., *op. cit.*, p. 68.

No obstante, un procedimiento de arriba a abajo como el empleado por HASSEMER para concluir que en la base de los bienes jurídicos colectivos se hallan realmente bienes jurídicos, también puede utilizarse para sostener la tesis contraria. En este sentido, HARTMAN recurre a la "teoría de la fuerza de los valores" conforme a la cual los valores inferiores (bienes jurídicos individuales) serían fundamento de los superiores (bienes jurídicos colectivos), participarían de su dignidad, les comunicarían su razón de ser; los primeros son los más fuertes, los que se derivan naturalmente de la realidad y por su existencia autónoma e independiente, por su propia fuerza justificativa, merecerían la mayor protección. De esta forma, sólo existirían los valores superiores (bienes jurídicos colectivos) en cuanto derivaran claramente de los valores inferiores (bienes jurídicos individuales), sólo cuando éstos segundos fueran su esencia en atención a una "relación de inferencia inequívoca" y no cuando no pudiera rastrearse el origen o fundamento de los valores superiores en los inferiores; esto es, no cuando los inferiores sustentaran a

colectivos encuentran su origen en los individuales; no tienen autonomía propia, sino que deben su existencia a otros bienes, a los individuales, que son los primarios; en fin, tienen una existencia por derivación, por comunicación. En la misma línea, STRATENWERTH apunta que los bienes jurídicos universales, que se funcionalizan a partir del individuo, no son sino presupuestos para la satisfacción de necesidades individuales<sup>775</sup>. Y como último ejemplo de este parecer, defiende GRECO que “no está permitido “postular un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual”<sup>776</sup>.

Sin embargo, entendemos que el problema que a los autores mencionados preocupa no debería conducir inexorablemente a la actitud de negar la existencia de bienes jurídicos colectivos; todo lo más, obliga al legislador y al estudioso del derecho a realizar un auténtico esfuerzo intelectual en la fundamentación autónoma del bien jurídico colectivo. No se puede admitir la justificación de los bienes jurídicos colectivos mediante artificios o ficciones tras las que no hay más que una lesión de bienes jurídicos individuales a gran escala, porque la mera existencia de un interés que afecta a “amplias capas de la población” no impone que deba ser un interés amparado por el Derecho penal ya que quizá la perturbación que su lesión provoca a cada ciudadano particular es leve<sup>777</sup>. Hay acuerdo, y nosotros nos adherimos a él, en que debe lucharse contra los “bienes jurídicos colectivos aparentes”, así como contra cierta pereza argumentativa del legislador que una vez advierte la necesidad de un tipo delictivo, da forma forzosamente a un bien jurídico colectivo que pone en su base; en ambos casos quebraría el fundamental principio de intervención mínima del legislador penal<sup>778</sup>. Estos son los

---

los superiores de un modo meramente accidental y no esencial. Teoría citada por HEFENDEHL, R.: “El bien ..., *op. cit.*, pp. 187 y 188.

<sup>775</sup> STRATENWERTH, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007, p. 366.

<sup>776</sup> Recogido por ROXIN, C.: “El bien ..., *op. cit.*, p. 11.

<sup>777</sup> MIR PUIG, S.: “Bien ..., *op. cit.*, p. 212; HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto” (traducción de SALAZAR ORTUÑO, E.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002), pp. 2 y 3; SOTO NAVARRO, S.: *La protección ...*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>778</sup> Entre otros, HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho ..., *op. cit.*, p. 9; el mismo en “El bien ..., *op. cit.*, p. 191; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta..., *op. cit.*, pp. 913 y 914; ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ..., *op. cit.*, p. 32.

llamados “bienes jurídicos colectivos aparentes”, contra los que se manifiestan algunos autores. Resulta crucial, por lo tanto, pulir bien la figura del bien jurídico colectivo, eliminando lo accesorio, que distrae, para que sobresalga la esencia del bien jurídico protegible y ésta sea, sin dudas, la correspondiente a un bien jurídico colectivo.

La afirmación de los bienes jurídicos colectivos genera también otro rechazo relacionado con la subordinación de los derechos individuales o subjetivos a los derechos colectivos. Este asunto es especialmente evidente cuando se trata de resolver un eventual conflicto entre un determinado derecho subjetivo y un derecho colectivo; precisamente, en el caso que nos ocupa, el habitual conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor reproduciría el temor a que nos referimos: se alega que la proclamación del honor correspondiente a un colectivo podría suponer una reducción excesiva de la libertad de expresión e información. Sin embargo, creemos que es un temor infundado tanto en el caso concreto que recibe la atención de nuestra investigación, como en otros más generales. La existencia de un derecho colectivo y su atribución a una pluralidad de personas no convierte al interés jurídico protegido por ese derecho en automáticamente prioritario sobre los derechos subjetivos que colisionen con él. Los derechos subjetivos y los derechos colectivos tienen una misma jerarquía, o, dicho de otro modo, no existe entre ellos una relación jerárquica<sup>779</sup> y, por consiguiente, los conflictos que puedan plantearse deberán resolverse conforme a las reglas típicas de ponderación aplicadas al caso concreto, sin que quepa suponer la superioridad apriorística de ninguno de los derechos enfrentados, de tal modo que, como sostiene WELLMAN, dado un caso concreto, el derecho colectivo debe ser rigurosamente contrapuesto, valorado o sopesado (“*weighed*”) a la luz de la importancia de la libertad individual que pudiera restringir<sup>780</sup>. Por lo anterior, el debate filosófico que quepa plantear sobre la primacía del individuo o de la comunidad no debe influir en la solución que adoptemos sobre la colisión entre un derecho subjetivo (libertad de expresión) y un derecho colectivo (derecho al honor)<sup>781</sup>. Tal planteamiento lleva

---

<sup>779</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., pp. 57 y 137; ESCUDERO ALDAY, R.: “Los derechos colectivos. Frente al disparate y la barbarie”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 175.

<sup>780</sup> WELLMAN, C. H.: “Liberalism ...”, op. cit., p. 14.

<sup>781</sup> Advierten en general de este problema, entre otros, KYMLICKA, W.: *Ciudadanía ...*, op. cit., pp. 74 a 76; CONTRERAS, F. J.: “Derechos colectivos, libertad individual y mitología multiculturalista en Will Kymlicka”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 137 a 139; FERRAJOLI, L.: *Universalismo de los derechos fundamentales y*

implícito el rechazo por nuestra parte de toda pretendida preferencia o prevalencia ordinal de los derechos colectivos tal y como derivaría de un mal entendido colectivismo que se derrama destructivamente sobre los derechos subjetivos e individuales. Del mismo modo, en el extremo contrario, habría que rechazar una supuesta preferencia de los derechos subjetivos en caso de conflicto con los derechos colectivos<sup>782</sup>.

Conectado con el problema anterior, surge otro referido a las dificultades para articular el régimen de ejercicio y de defensa jurídica del bien jurídico colectivo, una vez se constata su menoscabo. No podemos negar que tal cuestión se enfrenta a determinados obstáculos, tales como la estructura de la conducta típica o el régimen de legitimación procesal para accionar por lesión del derecho colectivo, pero estas dificultades, aun ciertas, no pueden servir como soporte para negar la existencia de un bien jurídico, como podría ser el honor colectivo, ya que las cuestiones accesorias no condicionan la esencia del debate<sup>783</sup>. Desde nuestro punto de vista, tales problemas han de representar, por el contrario, un revulsivo para que limemos las aristas que dificultan el pleno ejercicio de un bien jurídico que ciertamente existe, por más que el ordenamiento todavía no haya previsto los mecanismos para ejercitarlo

---

*multiculturalismo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 122 (mayo-agosto 2012), p. 1140; LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ..., *op. cit.*, pp. 39 y 40; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo* ..., *op. cit.*, p. 74; este autor señala con contundencia más adelante (*op. cit.*, 133) que los derechos colectivos no desempeñan un rol contrario a los principios típicamente liberales de autonomía, de inviolabilidad y de dignidad de la persona, ni imponen un plan de vida independiente de los deseos de las personas, ni desconocen los intereses de las personas subordinándolos a los intereses de un ente moral superior, ni, finalmente, implican determinismo de clase alguna.

Mantiene el mismo punto de vista en el ámbito concreto del honor colectivo de grupos, ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ..., *op. cit.*, pp. 26 y 37.

<sup>782</sup> Como la que defiende ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 207, para el caso de que existan buenas razones para que el enfrentamiento de derechos sea resuelto tanto a favor del derecho subjetivo como del derecho colectivo.

<sup>783</sup> JAÚREGUI, G.: “Derechos individuales *versus* derechos colectivos: una realidad inescindible”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 58, apunta aquí que los derechos morales colectivos, como pudiera ser el honor colectivo, están rodeados de especiales dificultades para su reconocimiento, a diferencia de otros derechos colectivos legales, esto es, reconocidos por el derecho positivo. Advierte el mismo problema LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 111 y 112, aunque añade acto seguido que las dificultades práctica y teóricas a que se enfrentan los derechos colectivos morales son similares a las que afectan a los derechos individuales morales; unos y otros son, en fin, derechos morales no reconocidos por las leyes positivas (*op. cit.*, pp. 112 y 130). En fin, estas complicaciones no pueden oscurecer una evidencia a juicio de este autor: “parecerá bien o mal que se afirmen estos derechos morales [colectivos], pero la realidad está ahí y no puede negarse” (*op. cit.*, p. 114).



adecuadamente<sup>784</sup>. La existencia del bien jurídico es anterior a la previsión de los sistemas de garantía, máxime cuanto entendemos, como nosotros hacemos, que los bienes jurídicos deben fundamentarse discursivamente en el marco referencial de los derechos humanos. En consecuencia, no puede negarse ni impedirse la existencia de un derecho colectivo sólo porque no se acierte a la hora de arbitrar mecanismos de garantía. Recordemos que “los procesos judiciales que se instituyan como garantes de su vigencia [de los derechos] son instrumentos auxiliares que ostentan un papel secundario de la naturaleza del derecho”<sup>785</sup>. El reto consiste en abrir la mente del jurista y del juez a fin de proponer nuevas fórmulas alternativas a las concebidas originariamente para la tutela y disfrute de los derechos subjetivos, ya que es palpable que los derechos colectivos no encuentran encaje en los modelos y en los patrones individualistas arbitrados por el legislador. Lo que reclamamos no es distinto a otros retos que el legislador penal ha tenido que afrontar en anteriores momentos históricos: se trata de un esfuerzo de sensibilidad guiado por el principio de tolerancia y de tutela de los derechos fundamentales. Al fin y al cabo, como reflexiona FORNASARI, la democracia es, ni más ni menos, que el compromiso político de encontrar un nivel adecuado de compatibilidad entre las premisas consolidadas de la civilización y la integración de modelos culturales<sup>786</sup>.

Se pregunta HABERMAS, por su parte, situando el debate en su punto crucial, si una teoría de los derechos individualista puede colmar las pretensiones de justicia de las luchas por el reconocimiento en las que se articulan y afirman identidades colectivas<sup>787</sup>. Nosotros creemos que no es posible y que esa teoría de los derechos debe remover sus cimientos para dar cabida a nuevos instrumentos que hagan posible alcanzar estos ideales de justicia porque existen determinadas situaciones de injusticia caracterizadas por la negación o la falta de reconocimiento de identidades colectivas,

---

<sup>784</sup> Además, dificultades en la configuración, por ejemplo, de la legitimación pública para plantear una acción procesal también se han suscitado en relación con derechos como el de asociación, educación, huelga, y no por ello se han desistido de su reconocimiento y tutela, como recuerda RODRÍGUEZ PALOP, M<sup>a</sup>. E.: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid, 2011, p. 117. En el mismo sentido, FREEMAN, M.: “Are there collective Human Rights?”, *op. cit.*, p. 34.

<sup>785</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>786</sup> Así, FORNASARI, G.: “Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo”, *La Magistratura* (2010), p. 41.

<sup>787</sup> HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, *op. cit.*, p. 189; el mismo en HABERMAS, J.: “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State” (traducción de WEBER NICHOLSEN, S.), GUTMANN, A. (ed.): *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton University Press, New Jersey, 1994, p. 107.

que deben ser corregidas. Deviene impostergable, en este sentido, revisar los conceptos tradicionales que han estado invariablemente vinculados a los derechos subjetivos, pues sus categorías y sus sistemas de garantía son inútiles para los derechos colectivos. Chocaríamos contra un muro infranqueable de frustraciones si pretendiéramos emplear las garantías previstas para los derechos subjetivos a los derechos colectivos, duplicándolos automáticamente y condenando indefectiblemente a los derechos colectivos a su inexistencia efectiva<sup>788</sup>.

Así pues, “calma y buena letra” es lo que podría recomendarse en la tarea de construcción y justificación de bienes jurídicos colectivos. Actitud rigurosa que no se opone, afortunadamente, a la constatación de partida de la existencia de bienes jurídicos colectivos en la realidad social. El entorno social, cultural, político y jurídico en el que el individuo se desarrolla se compone de numerosos intereses jurídicos individuales, pero también de otros tantos colectivos, y estos están repartidos tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio, siendo esto hasta tal punto así que no se puede concebir en la actualidad un Estado sin bienes jurídicos colectivos<sup>789</sup>. No sólo los bienes jurídicos individuales, sino también los colectivos constituyen una condición necesaria para la convivencia social pacífica y armónica, y para la satisfacción de las necesidades de igualdad y libertad material de todos los agentes sociales<sup>790</sup>. Todos cuantos intervienen en el entorno social (personas individuales, personas jurídicas, grupos y colectivos) deben tomar parte y ocupar su posición honestamente, asumiendo su responsabilidad en el complejo entramado de la solidaridad social, rechazando prevalencias apriorísticas de los derechos subjetivos, que conducirían a un individualismo egoísta y miope, pero repudiando igualmente la preferencia del derecho colectivo, opción que nos acercaría peligrosamente a un colectivismo totalizador. Estas reflexiones conectan, en definitiva, con la consideración de que la realidad de una persona sólo es posible desde la yuxtaposición o atención conjunta a sus planos individual y social, esto es, que además de una vida individual, hay una vida colectiva distinta de la individual aunque no absolutamente separada. Es la sociabilidad del ser

---

<sup>788</sup> GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., pp. 105 y 106.

<sup>789</sup> HEFENDEHL, R.: “El bien ...”, op. cit., p. 182; LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ...”, op. cit., p. 44; el mismo en *¿Hay derechos ...*, op. cit., pp. 34 y 119 a 121.

<sup>790</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pp. 196 y 197.

humano. “El hombre solamente es hombre entre los hombres”<sup>791</sup>. Acertadamente señala LÓPEZ CALERA que “el individuo no se expresa sólo en primera persona, por el “yo”, [...]; el ser humano habla en la forma del plural “nosotros”, “vosotros” o “ellos”, porque existe no sólo como individuo sino como parte de un sujeto plural”<sup>792</sup>. Se trata de que el individuo disfrute en plenitud de la libertad y la igualdad que le corresponden en tanto que individuo y en tanto que miembro de los grupos de los que forme parte, como se deduce del art. 9.2 de la Constitución<sup>793</sup>.

Aceptado lo anterior, ¿cuál es la clave para la justificación de la existencia de bienes jurídicos colectivos, derechos colectivos y derechos humanos colectivos? No radica, como pudiera pensarse *a priori*, en la titularidad de tales derechos. Tal posibilidad conduciría a la necesaria negación de la existencia de derechos humanos colectivos ya que, por una parte, sólo las personas físicas individuales pueden ser titulares de derechos humanos, y, por otra, los entes colectivos podrían ser titulares de cualesquiera tipos de derechos, pero no de derechos humanos<sup>794</sup>. Sin embargo, como decimos, la titularidad no es el criterio decisivo en tanto que no es exclusiva ni determinadamente lo que propicia el surgimiento de un derecho colectivo: la titularidad compartida o colectiva es una consecuencia, pero no el fundamento de los derechos colectivos ni de los bienes jurídicos colectivos<sup>795</sup>. Aun verificándose la titularidad compartida de un derecho o bien, debemos profundizar y encontrar todavía una mejor razón para ampliar el catálogo de derechos individuales hasta nuevos derechos colectivos.

---

<sup>791</sup> FICHTE, J. G.: *Fundamento ...*, op. cit., p. 36.

<sup>792</sup> El componente social del ser humano es un tópico habitual de la doctrina. *Vid.*, así, entre muchos otros, LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ...”, *op. cit.*, p. 41; el mismo en *¿Hay derechos ...*, op. cit., pp. 158 y ss; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 135; PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta...”, *op. cit.*, p. 907; HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho ...”, *op. cit.*, p. 6; SAUQUILLO, J.: “Totem y tabú de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 305 y 306; WELLMAN, C. H.: “Liberalism ...”, *op. cit.*, p. 25..

<sup>793</sup> Así también PECES-BARBA, G.: “Reflexiones ...”, *op. cit.*, p. 43; CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones ...”, *op.cit.*, p. 76.

<sup>794</sup> PÉREZ LUÑO, A-E.: *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 233 y 237.

<sup>795</sup> Así, entre otros, SOTO NAVARRO, S.: *La protección ...*, op. cit., p. 195; ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ...”, *op.cit.*, pp. 30 y 31; DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 158 y 159. También relativiza la importancia del criterio de la titularidad de los derechos RODRÍGUEZ PALOP, M<sup>a</sup>. E.: *Claves ...*, op.cit., pp. 116 y 117, si bien lo hace a costa de complicar el debate mediante la introducción de parámetros adicionales a la titularidad, como son el objeto de protección y las condiciones de su ejercicio.

Y llegados a este punto, observamos que la justificación de la existencia de bienes jurídicos colectivos, derechos colectivos y derechos humanos colectivos depende de la acreditación de una dimensión distinta a la que se atribuye a los derechos subjetivos, que haga emerger una función o utilidad del derecho o del interés jurídico diversa a la que se reconoce a ese bien o interés cuando es contemplado desde el prisma del derecho subjetivo e individual. En efecto, suele admitirse, por lo general, que la clave de los bienes colectivos y de los derechos colectivos pasa por la existencia de una dimensión propia y distinta, que ponga en valor la necesidad de su existencia y de su tutela jurídica<sup>796</sup>. Se evidencia esa dimensión colectiva cada vez que presenciamos cómo las ideas y los deseos de las colectividades no coinciden con las ideas y los deseos de sus miembros<sup>797</sup>.

Aplicando las últimas consideraciones al tema que nos ocupa, el bien jurídico colectivo honor, creemos que es factible hablar del honor de colectivos o grupos<sup>798</sup>. La concepción del honor que hemos defendido en páginas precedentes, vinculada al legítimo reconocimiento del individuo no sólo hace posible defender la existencia del honor de ciertos colectivos, sino que es una consecuencia innegable. De la ubicación del honor en el marco de la teoría del reconocimiento se desprende una necesaria dimensión colectiva del honor en tanto que igual de importante que el reconocimiento individual, es el reconocimiento de los grupos de los que forma parte el sujeto. Podría decirse que siguiendo la teoría de los tres niveles o relaciones de reconocimiento que propone HONNETH a partir de las aportaciones *hegelianas*, la primera forma de ausencia de reconocimiento representa un desprecio con efectos sobre el honor individual, mientras que en la segunda y en la tercera, la falta de reconocimiento produce efectos a un nivel

---

<sup>796</sup> Así, entre otros, SOTO NAVARRO, S.: *La protección ...*, op.cit., p. 231; ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ...”, op.cit., pp. 23 a 41, especialmente pp. 18, 30, 31, 35 y 39; GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo ...*, op. cit., p. 104. Cuando se aprecia esa dimensión colectiva y esos fines propios, estamos ante una buena razón, como dice DE LUCAS, J.: “Sobre algunas dificultades ...”, op.cit., p. 159, para ampliar el abanico de herramientas jurídicas cuyo primer y más acabado producto son los derechos humanos individuales, a los derechos humanos colectivos.

<sup>797</sup> LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ...”, op.cit., p. 37; en el mismo sentido apunta JAÚREGUI, G.: “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 56, que “los derechos colectivos implican la existencia de un sujeto colectivo en el que los fines y los intereses en juego son ya algo más que los de cada individuo”.

<sup>798</sup> A favor de un derecho al honor de los grupos y colectivos, entre otros, ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ...”, op.cit., pp. 28 y ss; PECES BARBA, G.: “Los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 75.

superior, comprometiendo el honor colectivo. En la relación de reconocimiento que se produce en el amor se hayan involucrados los individuos en el marco de una relación primaria, mientras que en las relaciones de reconocimiento jurídico y de reconocimiento o valoración social, la experiencia individual está abierta a una generalización social<sup>799</sup>. De aquí surgen las dos dimensiones del honor que a nosotros nos interesan: individual y colectiva.

El pleno reconocimiento del individuo entraña la aceptación positiva, la valoración de sus cualidades personales, tales como sus habilidades y capacidades, así como de otras consideraciones relativas a su etnia, su raza, su sexo o su orientación sexual; en definitiva, todas las especificidades que dan forma a su identidad única individual y que lo convierten en miembro de un ente mayor, porque el auténtico reconocimiento pasa, no por la renuncia a la individualidad, sino por “encontrar la humanidad en y a través de los diferentes rasgos específicos que caracterizan la vida de una persona y “traducen su humanidad abstractamente universal en una humanidad concreta”<sup>800</sup>. Ahora en términos *hegelianos*, la unidad que es la *individualidad* es el resultado de dos momentos sucesivos y que se necesitan: el momento de la *particularidad* y el momento de la *universidad*<sup>801</sup>. La aceptación positiva de los rasgos a que antes nos referíamos es imprescindible para el pleno reconocimiento del individuo, de su individualidad. Si no se respetan estas circunstancias, el individuo no puede realizarse, *no es reconocido y no puede ser*<sup>802</sup>. Cuando alguien pronuncia expresiones que ofenden a ciertas personas por su pertenencia a una raza, etnia, a uno de los sexos o a unas de las orientaciones sexuales, niega el *reconocimiento del otro como un igual* en el *entorno comunicativo* e injustamente lo sitúa en una *posición de desventaja* desde la que ejercer sus legítimos derechos, anulando el requisito previo de la *paridad participativa*. Tales discursos niegan la condición básica e indispensable de la sociedad democrática, la igualdad del otro, y provocan un *menosprecio* con repercusiones en el

---

<sup>799</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op.cit., p. 196.

<sup>800</sup> DE LUCAS MARTÍN, J.: “La(s) Sociedad(es) ...”, op.cit., p. 86. Diría HEGEL que el plano superior de la *eticidad* se alcanza no negando o renunciando a lo subjetivo, sino mediante la “sublimación de lo subjetivo”; vid., así, LÓPEZ CALERA, N.: *Hegel y los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1971, p. 46.

<sup>801</sup> HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (edición ILTING, K. H. y DÍAZ, C.), Libertarias/Prodhufo, Madrid, 1993, pp. 104 a 110.

<sup>802</sup> “No soy nada si no se me reconoce”, dice BERLIN, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1993, p. XXXXXXX.

plano de los derechos, ya que se niegan facultades jurídicas que asisten a los miembros de estos colectivos como miembros de un comunidad política y jurídica, y en el plano de los valores, todavía más importante, en tanto que se transmite el mensaje de que la forma singular de vida y el modo de conducción del individuo se consideran menos valiosos o presentan insuficiencias, lo cual deja sin eficacia al principio de pluralismo. Estamos nuevamente ante dos de las modalidades de *desprecio* (desposesión y deshonor) correspondiente a dos *relaciones de reconocimiento* (reconocimiento jurídico y reconocimiento social), tal y como las describía HONNETH. El reconocimiento jurídico y el reconocimiento o valoración social constituyen los ámbitos por antonomasia de lesión o desprecio del honor colectivo: en estos casos, las experiencias personales de menosprecio pueden representarse e interpretarse como algo por lo que otros sujetos también pueden ser concernidos<sup>803</sup>.

En este contexto la lucha por el reconocimiento trasciende al individuo y se convierte en una lucha social por el reconocimiento. La invocación de un honor colectivo no sólo vendría a sancionar la discriminación injusta que han sufrido esas personas individualmente consideradas, sino que restablece la igualdad de sus grupos para una participación equitativa en el entramado comunicativo: se protege la presencia política en condiciones de igualdad, el “*empowerment*”<sup>804</sup> de los grupos y colectivos vulnerables y victimizados. De esta forma, se observa cómo el derecho individual al honor se “colectiviza” y adquiere un perfil propio, naciendo un interés supraindividual y colectivo, que tiene una conexión con el bien jurídico individual pero se proyecta más

---

<sup>803</sup> HONNETH, A.: *La lucha ...*, op.cit., pp. 163 y ss, y 196.

En la doctrina estadounidense podemos encontrar una tesis similar, si bien es preciso hacer una interpretación “imaginativa”. En el sentido de HONNETH, asignamos al reconocimiento jurídico el significado de aceptación de un individuo en tanto que miembro de la comunidad jurídico-política, dotado de derechos y obligaciones, y al reconocimiento social el de aprobación comunitaria de las características definitorias de la identidad individual. Siendo esto así, creemos que alude a las mismas realidades WALDRON, J.: “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, *Harvard Law Review*, 123 (2010), pp. 1607 y 1613, cuando invoca la “dignidad cívica” (“*civic dignity*”) como objeto de protección en acciones por difamación colectiva. La “dignidad cívica” del miembro de un colectivo victimizado sería, buscando la semejanza con la terminología de HONNETH, el reconocimiento que se concede a la persona cuando se la considera miembro de pleno derecho de la sociedad, sujeto jurídico y cívico, *ciudadano*, así como el reconocimiento que se le otorga cuando se aprueban y aceptan las características o particularidades que los igualan a los demás como miembros de la sociedad: *vid.*, así, el mismo en *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Massachusetts, 2012, p. 106.

<sup>804</sup> DE LUCAS, J.: “Sobre algunas dificultades ...”, op.cit., pp. 165 y 166. Parecidamente sostiene FREEMAN, M.: “Are there collective Human Rights?”, op.cit., pp. 32 y 33, que frente a las injustas actitudes hostiles contra los grupos, corresponde invocar y restablecer la dignidad de los grupos, situando el foco de atención en las relaciones igualitarias entre ellos.

allá<sup>805</sup>. Esta dimensión colectiva del honor de los referidos grupos (aunque podría haber otros y, de hecho, en tanto la lucha por el reconocimiento es una dinámica que camina con la historia, habrá sin duda futuros colectivos victimizados que irán naciendo de la dinámica de su propio “proceso vital”<sup>806</sup>) resulta profundamente lesionada con determinados discursos extremos y de odio (como el discurso sexista, xenófobo y racista o de odio racial, homófobo y negacionista) que, profiriéndose en ejercicio de la libertad de expresión, traspasan sus límites e invaden lesivamente el contenido esencial de la dimensión colectiva del honor y provocan efectos psicológicos que penetran, al igual que las injurias individuales contra particulares, en la conciencia del individuo<sup>807</sup>. Es difícil no estar de acuerdo en la ofensividad intrínseca y objetiva que estos discursos extremos y de odio presentan sobre las legítimas demandas de reconocimiento de los grupos. El discurso del odio en sus diversas manifestaciones constituye un quebrantamiento de la obligación que recae sobre toda persona de reconocer a los otros como seres humanos y ciudadanos iguales, golpeando profundamente a los sujetos individuales y a la sociedad en su conjunto<sup>808</sup>.

La dimensión colectiva del honor (y de otros derechos y bienes jurídicos), no puede ser obviada ni su importancia relativizada. Llegados a un cierto nivel, el conflicto o la colisión de derechos ya no es una cuestión estrictamente individual, sino que

---

<sup>805</sup> El papel que desempeña este “vínculo a un bien personal” podría trasladarnos, dentro de los bienes jurídicos colectivos o universales, al espectro específico de los bienes jurídicos intermedios, según MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997, p. 24.

<sup>806</sup> LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos ...*, op.cit., pp. 148 a 154.

<sup>807</sup> En la doctrina americana se ha avanzado notablemente sobre la teorización de este problema desde la publicación de una fundamental obra (MATSUDA, M. J.: *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment (New Perspectives on Law, Culture & Society)*, Westview Press, Colorado, 1993) que marcó el inicio de la conocida como “teoría de la crítica racial” (“*Critical Race Theory*”). Sobre los efectos traumáticos del desprecio, desde la perspectiva de las ofensas contra un individuo por su condición de miembro de un colectivo vulnerable, WALDRON, J.: *The Hate ...*, op. cit., pp. 106 y 107.

<sup>808</sup> RAO, N.: “Three Concepts ...”, op. cit., p. 251. Y como advierte con preocupación DE LUCAS MARTÍN, J.: “Sobre reconocimiento, derechos y Democracia”, AA.VV.: *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* (volumen III), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 369 a 392, especialmente pp. 382 y ss, estas formas de menosprecio pueden a la fractura y a la división sociales y a la marginación, pueden representar el germen de reacciones violentas nacidas de la indignación insoportable por parte de ciertos colectivos, tal y como sucedió en los disturbios que se produjeron en el otoño de 2005 en Francia en los suburbios de París (la “*revuelta de la banlieue*”). También RAO, N.: “Three Concepts ...”, op. cit., p. 251, recuerda cómo el Tribunal Supremo de Canadá señaló en *R. v. Keegstra* (1990) que el discurso del odio agredía en primer lugar el sentimiento individual de dignidad y los cimientos de comunión entre los ciudadanos y los grupos, y en segundo lugar, podía conducir a la discriminación y a la violencia contra los individuos y los grupos señalados por esos discursos.

intervienen consideraciones adicionales que sitúan el enfrentamiento en una dimensión colectiva que involucra al grupo, en su dimensión unitaria y no como un mero agregado de individuos<sup>809</sup>. Un grupo social surge de la puesta en común de una serie de afinidades y particularidades que no son valoradas o reconocidas; en este grupo, a partir del común pegamento de una *semántica colectiva*, en términos de HONNETH, las experiencias personales se socializan, se ponen al servicio de la causa social que las asume como patrimonio común. El perfil o función propia del honor colectivo entronca entonces con la lucha que emprende el grupo o colectivo para que se reconozcan las particularidades que lo definen, esto es, para que sean normalizadas y valoradas positivamente en el entorno. Una lucha que se remonta a la noche de los tiempos, ya que tales circunstancias específicas han sido históricamente ignoradas, a la vez que se negaba la igualdad y reconocimiento que estos colectivos merecían: los miembros de estos colectivos, ya fueran mujeres, negros, extranjeros u homosexuales, no eran reconocidos como iguales, eran despreciados y humillados y contra ellos se ejercía la discriminación, la dominación, e incluso la persecución hasta la aniquilación<sup>810</sup>. Viene de atrás y perdura todavía en nuestros días: es fácilmente constatable, por desgracia, que la igualdad de los miembros de minorías victimizadas no es una realidad garantizada ni conquistada<sup>811</sup>.

Ante la situación de estos grupos que debido a sus diferencias se han visto tradicionalmente impedidos para participar en el espacio público, en el entorno comunicativo, en condiciones de paridad equitativa, DE LUCAS MARTÍN propone que el reconocimiento de derechos colectivos, más allá de los clásicos derechos individuales de la tradición liberal, puede ser un instrumento imprescindible para lograr, allí donde no ha bastado con medidas de discriminación positiva o acción afirmativa, la integración de estas personas<sup>812</sup>. Así, lo que empezaba siendo un problema de reconocimiento individual, se convierte en una cuestión de reconocimiento de grupos y de justicia de grupos que participan en una dinámica de conflicto por acceder al poder.

---

<sup>809</sup> Dice WELLMAN, C. H.: "Liberalism ..., *op.cit.*, p. 25, que infravaloraríamos los conflictos de grupos si los redujéramos a meras colisiones de derechos individuales.

<sup>810</sup> DE LUCAS MARTÍN, J. F.: "Dignidad y naturaleza humana. "Alles et retours" del discurso iusnaturalista", *Mètode*, 67 (otoño 2010), p. 72.

<sup>811</sup> Así lo refleja en el ámbito de los sociedad estadounidense, WALDRON, J.: "Dignity ..., *op. cit.*, p. 1617.

<sup>812</sup> FREEMAN, M.: "Are there collective Human Rights?", *op.cit.*, p. 33; también así DE LUCAS MARTÍN, J.: "La(s) Sociedad(es) ..., *op.cit.*, p. 81.



El honor, un bien jurídico históricamente individual, alcanza por obra del desarrollo histórico en el que el reconocimiento funciona como motor, una dimensión colectiva, que complementa la dimensión originariamente individual del bien jurídico honor<sup>813</sup>.

Con las reflexiones anteriores pretendíamos reflejar ese fluir continuo entre los derechos individuales y los derechos colectivos que se entrecruzan, se retroalimentan y congenian hasta encajar como piezas de un puzzle. Se necesitan y se complementan, tanto con carácter general, como particularmente en el supuesto que nos atañe del bien jurídico honor: el honor colectivo protege el honor individual, al tiempo que el reconocimiento individual no es posible sin el reconocimiento colectivo. Así, todo queda engarzado por un “sentido de la vida colectiva, vivencias comunes, proyectos comunes en determinados grupos, cuya negación es no sólo la negación de una realidad objetiva valiosa, la realidad de un grupo concreto, sino también la negación de derechos individuales fundamentales”<sup>814</sup>. La individualidad lo impregna todo, pero no de modo exclusivo o excluyente, como podría sugerir un liberalismo individualista, sino en el más puro sentido *hegeliano* como una “individualidad situada o encarnada”, como una subjetividad situada necesariamente en la vida, en la naturaleza, y en un medio de prácticas e instituciones sociales<sup>815</sup>. Y en grupos y en colectivos. Así, las experiencias individuales quedan amalgamadas en una semántica colectiva, retomando la importancia histórica que ha tenido el recurso al lenguaje colectivo como mecanismo o instrumento de reconocimiento originario.

Hemos rechazado con anterioridad que el honor pudiera predicarse de las personas jurídicas porque en ese caso el ataque se dirigía contra una ficción jurídica desprovista de dignidad, que es el sustrato del derecho fundamental al honor. La aceptación, ahora, de un honor de los grupos o colectivos en nada contradice o resta fuerza a aquellas reflexiones, creemos. No cabe duda de que las empresas, las

---

<sup>813</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ...”, *op.cit.*, pp. 28 y 35. Sobre la dinámica del conflicto de grupos (“*the dynamics of group conflict*”), WELLMAN, C. H.: “Liberalism. ...”, *op.cit.*, p. 24; RAO, N.: “Three Concepts ...”, *op.cit.*, p. 246.

La complementariedad del bien colectivo con el bien personal es un aspecto típico de los bienes jurídicos intermedios. Así lo apunta MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes ...*, *op.cit.*, pp. 31 a 33.

<sup>814</sup> LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos ...*, *op.cit.*, p. 113. Así también HABERMAS, J.: *La inclusión ...*, *op.cit.*, p. 209.

<sup>815</sup> TAYLOR, C.: *Hegel y la sociedad moderna* (traducción de UTRILLA, J. J.), Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 258 y 259.

asociaciones y los sindicatos pueden sufrir ataques contra su fama o reputación que no han de quedar impunes, pero la vía de impugnación no puede ser por vulneración del honor ya que nuestra concepción del mismo, y prácticamente cuantas se sostienen, vinculan el honor a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, valores de los que carecen las personas jurídicas. Sin embargo, no sucede lo mismo con los colectivos o grupos. Es un punto de partida incontrovertible que un grupo no posee dignidad como tal, que no puede hablarse propiamente de la dignidad, por ejemplo, del colectivo “mujeres”, “negros”, “extranjeros”, “judíos” u “homosexuales”. No obstante, tampoco albergamos duda cuando defendemos que al atacar a las mujeres o a los homosexuales con discursos ofensivos e insultantes, se está atacando a esas mujeres y homosexuales que existen por sí mismos, sin necesidad de atribución de personalidad *ex lege*: existen y tienen derechos porque son seres humanos dotados de dignidad. La dignidad, pues, permanece como sustrato fuente del honor de esas mujeres y de esos homosexuales que se ven injuriados por ciertos discursos. Igual que la ofensa al honor de una mujer o un homosexual supone una lesión mediata de la dignidad, la ofensa dirigida contra las mujeres o los homosexuales constituye una discriminación colectiva sobre un grupo concreto y determinado que repercute mediatamente en la dignidad de los miembros<sup>816</sup>. Precisamente la plena protección de la dignidad de estos individuos se logra mediante el reconocimiento de derechos del colectivo del que forma parte<sup>817</sup>. Existe un *leit motiv*, una línea continua desde el honor de las mujeres o los homosexuales individualmente considerados hasta el honor del colectivo de las mujeres, judíos y de los homosexuales (y otros), una línea que, por el contrario, se rompe si hablamos de las personas jurídicas en el momento en que entra en juego esa ficción o artificio jurídico que es el reconocimiento de personalidad jurídica a una entidad por mandato de la ley<sup>818</sup>. Siguiendo esta argumentación, el bien jurídico colectivo honor, el honor del colectivo, favorece la dignidad de sus miembros gracias al vínculo entre el

---

<sup>816</sup> Siendo así, una solución desde el derecho positivo a la técnica de tutela legal de este bien jurídico colectivo podría ser la de sumar a la prohibición típica el peligro para el bien jurídico individual, como sucede con los bienes jurídicos intermedios, protegiéndose simultáneamente el bien jurídico individual y el bien jurídico colectivo. Así, MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes ...*, op.cit., p. 26. En relación con los bienes jurídicos colectivos, ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ...”, op.cit., p. 37, admite que esta técnica mixta de tutela (adhesión a la acción peligrosa para el bien jurídico colectivo del peligro adicional para el bien jurídico individual), podría ser una solución que debiera barajarse.

<sup>817</sup> JAÚREGUI, G.: “Derechos ...”, op.cit., pp. 49, 50 y 60.

<sup>818</sup> Podríamos trazar un paralelismo entre la “línea continua” a la que hemos aludido y el rasgo característico de los bienes jurídicos intermedios consistente en que el interés atacado, que ha de estar presente tanto en la esfera comunitaria como en la esfera personal, sea homogéneo o se halle en la “misma línea de ataque”, como apunta MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes ...*, op.cit., pp. 30 y 31.

bien jurídico colectivo honor y el bien jurídico individual honor. Y es importante precisar que no se trata de un ataque dirigido a la dignidad del grupo o del colectivo, pues la dignidad es un concepto eminentemente individual o personal, por lo que su atribución a un colectivo resulta sumamente perturbadora. Desde esta perspectiva, no estamos de acuerdo con aquellas propuestas, como la del autor estadounidense WALDRON, que invocan la dignidad del colectivo (“*people’s dignity*”) para justificar el castigo penal de las difamaciones colectivas<sup>819</sup>. Aunque apoyamos estos esfuerzos porque persiguen el mismo objetivo que nosotros, creemos que es posible defender la criminalización del discurso extremo y del discurso del odio recurriendo al bien jurídico honor, en su dimensión colectiva, sin modificar la esencia de la dignidad, que es un atributo individual.

Y aún cabría argumentar, a raíz de lo anterior, que al final venimos a proteger el honor de los individuos del grupo y que no hay sino una lesión generalizada de “hombres individuales”. Tal idea es sólo parcialmente correcta: es evidente que para hablar de un honor colectivo es preciso que exista antes un honor individual en tanto que los colectivos no existen sin individuos. Es naturalmente cierto e innegable que los derechos colectivos encuentran su punto de partida y razón de ser en el único agente moral que de verdad existe: el individuo, como indica JAÚREGUI<sup>820</sup>; igual de cierto que, siguiendo a PÉREZ LUÑO, “titular de todo derecho es sólo y necesariamente la persona individual”<sup>821</sup>; y que, en fin como estima HÄBERLE, “los derechos humanos deben permanecer reservados exclusivamente a la persona humana”<sup>822</sup>. Ahora bien, esta

---

<sup>819</sup> WALDRON, J.: *The Harm ...*, op. cit., p. 105. Por ello, si bien anteriormente procurábamos proponer una interpretación compatible de sus tesis y las nuestras, asimilando el término de “dignidad cívica” a los de reconocimiento jurídico y reconocimiento o valoración social, hemos de concluir que dicho intento resulta infructuoso pues la línea dominante de este autor pasa por situar como interés jurídicamente protegido detrás de la criminalización del discurso del odio la dignidad y no el honor, tal y como se observa cuando sostiene que frente a acciones por difamación individual que reaccionan frente a las ofensas, las leyes penales por difamación colectiva lo hacen frente a los estados de “indignidad” (“*indignity*”) que causan.

<sup>820</sup> JAÚREGUI, G.: “Derechos ...”, *op.cit.*, p. 63. También DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia ...”, *op.cit.*, p. 461.

<sup>821</sup> PÉREZ LUÑO, A-E.: “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 262 y 263; el mismo en *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 233.

<sup>822</sup> HÄBERLE, P.: “Rectas y rodeos, caminos de ida y vuelta en la dogmática alemana de los derechos humanos -un esbozo-. La Programática de los Derechos Humanos” (traducción de LLOREDO ALIX, L.), CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 695.

titularidad individual originaria y primigenia no puede ser utilizada como argumento “guillotina” contra los derechos colectivos en el sentido de un precipitado veredicto de inexistencia de sujetos colectivos puros, empleando el individualismo como argumento arrojadizo y como una barrera insuperable para los derechos colectivos<sup>823</sup>. Todo se vuelve así asfixiante y casi claustrofóbico, por circular.

Desde nuestro punto de vista, es posible seguir manteniendo el substrato personalista o individualista de los derechos humanos, que conecta en última instancia con la dignidad, y defender al propio tiempo la existencia de derechos colectivos y bienes jurídicos colectivos. Con los grupos y colectivos indeterminados el agente moral “individuo” sigue estando en la base. Los derechos colectivos tienen siempre una base individual<sup>824</sup>, sin que ello sea óbice para mantener el carácter colectivo de tal derecho. Es esa base individual, que está latente, la que hace posible hablar de un derecho colectivo, base a la que PÉREZ LUÑO llama “dimensión deontológica”<sup>825</sup> y que nosotros también creemos que puede buscarse y rastrearse hasta encontrarse en los derechos colectivos y en los bienes jurídicos colectivos<sup>826</sup>. En nuestra propuesta de elevación imaginaria hasta el honor colectivo, entendemos que es posible mantener que “en el principio era el individuo y al final está o debe estar el individuo”<sup>827</sup> y, por medio, está el grupo. El honor de base individual-deontológica emerge de nuevo, reaparece. Individual o colectivamente, los ataques contra el honor terminan incidiendo en el honor del sujeto y en su dignidad<sup>828</sup>. Por el contrario, cuando se borra la base individual, como sucede con las personas jurídicas, en las que el origen y el punto de partida es la propia entidad y no las personas, decae el derecho humano al honor porque desaparece toda huella de la base personalista o individual, sin perjuicio de que podamos reconocer por vía legislativa expresa otra pretensión de respeto que no necesite dicha base personalista o individual. La quiebra de la atribución de honor a las

---

<sup>823</sup> DE LUCAS, J.: “Sobre algunas dificultades ..., *op.cit.*, p. 160. En la misma línea dice LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos ...*, *op.cit.*, pp. 10 y 13, clama contra un “individualismo feroz” que se impone como una ideología hegemónica que “no permite muchas alegrías en torno a los derechos colectivos”.

<sup>824</sup> PECES BARBA, G.: “Los derechos ..., *op.cit.*, p. 70.

<sup>825</sup> PÉREZ LUÑO, A-E.: “Diez tesis ..., *op.cit.*, p. 264; el mismo en *La tercera generación ...*, *op.cit.*, p. 235.

<sup>826</sup> Así también ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes ..., *op.cit.*, p. 27.

<sup>827</sup> LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos ...*, *op.cit.*, p. 107. En esta línea también sostiene WALDRON, J.: “Dignity ..., *op. cit.*, p. 1609, que en el fondo de la preocupación permanece el individuo como sostiene

<sup>828</sup> WALDRON, J.: “Dignity ..., *op. cit.*, p. 1610.

personas jurídicas se produce cuando se hacer pasar por agente moral a una entidad ficticia, extremo que a nuestro juicio no puede admitirse.

El surgimiento de una dimensión colectiva del honor puede observarse en que la defensa del honor del colectivo puede exigir medidas que no satisfagan a todos sus miembros; siguiendo el concepto de “sociable insocialidad” de LÓPEZ CALERA, los desencuentros (“insocialidad”) son consustanciales a la vida y han de ser integrados y normalizados en la vida social (hacerlos “sociables”): no siempre los deseos e ideas del colectivo se corresponden con los deseos e ideas de sus miembros, ya que dentro de un colectivo existen distintas voluntades<sup>829</sup>. Precisamente eso muestra que existe un colectivo más allá de los individuos y que éstos no disponen unilateralmente de los bienes del colectivo, como el honor. En este punto se distinguen claramente una dimensión individual y otra colectiva. Teniendo presente esa dimensión colectiva propia, que apunta a un bien jurídico colectivo determinado, se traspasaría la barrera teórica invisible según la cual en realidad no hay sino meras lesiones generalizadas o amplias de bienes jurídicos individuales. Si hay un bien jurídico colectivo con una función o dimensión propia, entonces la lesión es también colectiva y no un mero agregado de ataques individuales. Por la misma razón, que expresiones ofensivas contra un colectivo no supongan un ataque al honor para uno de los miembros no implica que no lo sean para el honor de otros de los miembros, porque *lo que se vulnera es el honor en su dimensión colectiva o “colectivizado”* y no el honor individual. Y en todo caso, aunque haya miembros del grupo que puedan no sentirse ofendidos por las expresiones, será característico el riesgo potencial de lesión para una pluralidad de víctimas<sup>830</sup>.

Por último, la concepción del honor como un bien jurídico que puede ser vislumbrado desde una perspectiva colectiva se aviene bien con la jurisprudencia constitucional, circunstancia que refuerza nuestra posición. La doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 176/1995, de 11 de noviembre, que ya hemos comentado, ofrece el perfecto soporte jurisprudencial a tesis del honor de grupos y

<sup>829</sup> LÓPEZ CALERA, N.: “Sobre los derechos ..., *op.cit.*, p. 42. Que los desencuentros sociales son consustanciales a la vida social, lo comparte también DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia ..., *op.cit.*, p. 464, resignándose a reconocer que en una sociedad de diversidad profunda, el consenso absoluto es inalcanzable y el conflicto ineliminable.

<sup>830</sup> Esta circunstancia (riesgo potencial de lesión para una pluralidad de víctima) aproxima una vez más el honor colectivo a la categoría de bien jurídico intermedio, en el sentido propuesto por MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes* ..., *op.cit.*, pp. 33 y 34.

colectivos. Entendiendo que la personas no sólo pueden ser ofendidas en su honor como individuos independientes, sino también como miembros de grupos humanos, incluso sin personalidad jurídica, pero con una neta personalidad derivada de otros rasgos determinantes de su cohesión, como el histórico, sociológico, étnico, religioso, o de orientación sexual. El Alto Tribunal concluyó entonces que si se atacaba el honor de un grupo en su dimensión colectiva, también podía impetrarse su defensa en esa misma dimensión colectiva<sup>831</sup>.

### 3. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

#### 3.1 ESTRUCTURA DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Pretendemos a continuación perfilar las características de los delitos contra el honor en dos aspectos que son de común aplicación tanto a la injuria como a la calumnia. Los delitos se clasifican en alguna de las siguientes categorías, que se mueven en dos planos diferentes: delito de mera actividad – delito de resultado, por una parte, y delito de lesión – delito de peligro, por otra. Aunque se afirma que cada una de estas clasificaciones tiene efectos y aplicación en dos momentos dogmáticos distintos, así la de “mera actividad-resultado” en la tipicidad, en tanto que se valoran particularidades del comportamiento que es materia de prohibición, y la de “lesión-peligro” en la antijuridicidad material, dado que se trata de definir el grado o nivel de afectación u ofensa al bien jurídico que es la esencia del juicio de la antijuridicidad<sup>832</sup>, no es menos cierto también que ambas clasificaciones pueden analizarse en el plano de la tipicidad si entendemos que la primera distingue, ciertamente, entre modalidades típicas de acción (u omisión), algo que es puramente relativo a la tipicidad, y la segunda se centra en el grado de afectación del bien jurídico que es necesario para entender consumado el tipo penal, lo que nos mantiene en la categoría de la tipicidad<sup>833</sup>. Es más, la distinción puede

---

<sup>831</sup> Este paralelismo entre el ataque colectivo y la defensa colectiva también es apuntado por la doctrina estadounidense. *Vid.*, así, FREEMAN, M.: “Are there collective Human Rights?”, *op.cit.*, p. 32.

<sup>832</sup> Así, entre otros, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 262 y 305; ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pp. 152 a 154.

<sup>833</sup> Así, ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, Comares, Granada, 2013, pp. 99 y 102; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición adaptada a la reforma de 2010 del Código Penal, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010, pp. 212, 215 y 216; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho* 968

ser abordada sin referencias a las categorías dogmáticas si a lo que se atiende es a la “estructura del delito”; así, la distinción “actividad-resultado” incidiría sobre la estructura externa del delito, mientras la de “lesión-peligro” atendería al perjuicio inherente a la conducta, es decir, a la ofensa del bien jurídico tutelado<sup>834</sup>.

### 3.1.1 Delitos contra el honor como delitos de lesión

Los delitos se pueden clasificar, desde un punto de vista estructural, como *delitos de lesión y delitos de peligro*. En los delitos de lesión el tipo penal se consuma con la destrucción o el menoscabo (valorativo) del bien jurídico; por su parte, en los delitos de peligro no es precisa dicha destrucción o lesión efectiva, sino que basta con que la acción ponga en peligro el bien jurídico por tratarse de un comportamiento que podría lesionarlo<sup>835</sup>.

Aquí es donde se libra el debate fundamental en la doctrina especializada sobre la ubicación de los delitos contra el honor. A partir de esa distinción básica entre efectiva lesión o menoscabo del bien jurídico y simple puesta en peligro, se dice de manera escueta que los delitos contra el honor serían delitos de lesión en tanto suponen la efectiva lesión del bien jurídico honor<sup>836</sup>. Entre quienes han estudiado más detenidamente el bien jurídico de estos delitos, podemos encontrar diversas formas de apoyar las tesis favorables a la catalogación como delitos de lesión, dependiendo de cuál sea la concepción de bien jurídico honor que hayan defendido. Así, *en primer lugar*, en

---

*Penal. Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 306 a 308 y 312 a 314. En la doctrina extranjera, este parece ser el criterio que sigue STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 125 a 128.

<sup>834</sup> Vid., ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General* (traducción directa del italiano por DEL ROSAL, J. y TORÍO LÓPEZ, A.), Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A.), Buenos Aires, 1960, p. 194.

<sup>835</sup> Vid., entre otros, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2006, p. 208; BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBEL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006, p. 192; ROMEO CASABONA, C. Mª., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 99; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 313.

<sup>836</sup> LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 301; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 305 y 306; ROMEO CASABONA, C. Mª., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 99; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995, *Cuadernos de derecho Judicial*, 1 (1998), pp. 310 y 311. Así también MACIÁ GÓMEZ, R.: “Los diferentes conceptos del delito de injuria”, *Revista General de Derecho Penal*, 10 (2008), pp. 29 a 31.

el sector de las *concepciones mixtas, normativo fácticas o participativas*, BUSTOS RAMÍREZ califica los delitos contra el honor como delitos de lesión considerando que se menoscaba el honor cuando se obstaculiza el desarrollo participativo del individuo en las relaciones sociales, y en este caso, la afectación típica del honor debe alcanzar el grado de lesión, no bastando la puesta en peligro<sup>837</sup>; también LÓPEZ PEREGRÍN entiende que la injuria menoscaba efectivamente el honor en tanto que lesiona la pretensión de respeto derivada del valor real que atesora<sup>838</sup>. *En segundo lugar*, el sector que propugna un *concepto normativo* de bien jurídico también sostiene la configuración de estos de delitos como delitos de lesión; así, estima LAURENZO COPELLO que los delitos contra el honor se consuman con la lesión del bien jurídico en el sentido de que cualquier acción idónea para perturbar la expectativa o pretensión de respeto del sujeto y obstaculizar el espacio en el que el individuo decide en libertad su proyecto de vida, ya es apta para lesionar el honor<sup>839</sup>. *En tercer lugar*, entre las *propuestas jurídico-constitucionalmente orientadas* del derecho fundamental honor también hay defensores de la figura del delito de lesión. Para QUINTERO OLIVARES la misma conducta ofensiva lesiona ya el derecho al respeto en que consiste el honor, frente a lo cual se impone la necesidad de reaccionar penalmente, cualesquiera que sean los efectos que se proyecten sobre el sentimiento de autoestima de la víctima o sus consideraciones de prestigio<sup>840</sup>. Y FERNÁNDEZ PALMA, por su parte, afirma que la imputación de hechos falsos o la manifestación de opiniones que objetivamente impliquen (sean susceptibles de causar) menosprecio y conlleven una inmerecida pérdida de la consideración ajena, restan al perjudicado capacidad de interacción social, y dicha disminución de posibilidades de relación, aun sin llegar al punto de destruir por completo la capacidad relacional, ya es lesión del bien jurídico honor pues se ha

---

<sup>837</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual ...*, op. cit., pp. 165 y 170.

<sup>838</sup> LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 196. Sosteniendo un concepto similar de honor como honor real o merecido, se manifiesta a favor de la consideración de lesión CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 126 y 127.

<sup>839</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 48 a 50. Por su parte, FUENTES OSSORIO, J. L.: “El bien ..., op. cit., p. 442, que en su concepto de bien jurídico honor iba más allá en la vinculación del honor con la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, hasta el punto de de convertir en objeto de tutela la libertad de acción y decisión, situando el honor en la misma línea de ataque pero en la posición de bien jurídico intermedio, también apuesta por la calificación de delito de lesión en tanto que se requiere la lesión efectiva de dicha libertad.

<sup>840</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del derecho Penal*, 4ª edición, Aranzadi. Navarra, 2010, p. 335. De forma parecida MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., op. cit., pp. 679 y 680.



obstaculizado el acceso del individuo al reconocimiento social que le correspondería por su propio comportamiento<sup>841</sup>.

Por el contrario, hay un grupo de autores que concibe los delitos contra el honor como delitos de peligro, es decir, entienden que el tipo penal se consuma con la mera puesta en peligro. La calificación como delitos de peligro suele sostenerse sobre un argumento: basta con la mera puesta en peligro del honor para cubrir las exigencias típicas del delito, con independencia de que la fama y/o autoestima del sujeto se vean efectivamente lesionadas. QUERALT JIMÉNEZ entiende que estamos ante un *delito de peligro concreto* en el que la evidencia de la producción de un peligro sobre el honor constituye el resultado típico; rechaza, además, que pueda tratarse de un delito de lesión si se tiene en consideración que siendo el honor un bien no físico, resulta imposible exigir su alteración perceptible sensorialmente; así mismo, dado que muchas imputaciones supuestamente ofensivas resultan nimias desde la perspectiva del concepto público y por tanto no llegan a lesionar efectivamente el bien jurídico, la preferencia por la estructura de peligro del bien jurídico permite castigar todas aquellas imputaciones que, en otro caso, quedarían en fases imperfectas de ejecución de delitos de resultado<sup>842</sup>. También hablan de peligro concreto para el bien jurídico honor CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, alegando que la consumación del tipo no exige la lesión o acaecimiento de perjuicio real en la fama del ofendido o vulneración efectiva de su sentimiento subjetivo del honor, sino la mera puesta en peligro<sup>843</sup>.

No hay, por el contrario, adhesiones a la configuración de los delitos contra el honor como delitos de peligro abstracto, que serían aquellos en los que se constata en el caso concreto la concurrencia de una conducta peligrosa *ex ante*, pero no se exige ni la producción de un peligro concreto, ni siquiera la presencia de un objeto típico en el radio de posible eficacia de la conducta<sup>844</sup>, circunstancias que les hacen inadecuados desde la perspectiva de la estructura de la acción injuriosa. Existe, a lo sumo, una

<sup>841</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 129, 130, 162, 163 y 202.

<sup>842</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 327 y 333.

<sup>843</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 97 a 99. El peligro habrá de catalogarse como concreto porque el tipo penal establece una relación de inmediatez entre la acción y el bien jurídico.

<sup>844</sup> MENDOZA BUERGO, B.: “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2ª época, 2009), p. 67.

posición intermedia y un tanto peculiar: CASTIÑERA PALAU señala que, siguiendo el tenor literal del artículo 208, el Código exige la lesión efectiva o menoscabo de la fama y el mero atentado de la autoestima<sup>845</sup>, dando a entender que sería un delito de lesión el ataque al honor mediante la lesión de la fama y un delito de peligro el ataque al honor a través de un atentado contra la autoestima.

Pero aún en la categoría de delitos de peligro abstracto existe otra alternativa por la que se han decantado algunos autores. Se trata de los *delitos de peligro hipotético*, introducidos en la doctrina española por TORÍO LÓPEZ a partir de la categoría de los delitos de peligro abstracto-concreto (“*abstrakt-konkrete (potentielle) Gefährdungsdelik*”) desarrollada por SCHRÖDER en Alemania. Los delitos de peligro hipotético se caracterizan porque, más allá de requerirse una acción apta para producir un peligro del bien jurídico, se introduce por vía interpretativa como elemento del tipo el que la acción sea positivamente peligrosa, es decir, que haya un peligro posible (hipotético) para el bien jurídico<sup>846</sup>. Precisamente TORÍO LÓPEZ considera que los delitos de injurias constituyen un ejemplo paradigmático de delitos de peligro hipotético en tanto que la acción injuriosa debe ser apta para lesionar el honor del ofendido, pero sin necesidad de que efectivamente llegue a menoscabarlo<sup>847</sup>. Se cumple en las injurias, como en general para el resto de delitos de peligro hipotético, que se adhiere al desvalor *real* de la acción, porque la acción es objetivamente peligrosa, un desvalor *potencial* de resultado, porque existe posibilidad de que se produzca el resultado peligroso<sup>848</sup>. Se muestra también partidaria de esta calificación ALONSO ÁLAMO, que señala que basta con que el honor sea puesto en peligro, sin necesidad de ser lesionado, si bien

---

<sup>845</sup> CASTIÑERA PALAU, M<sup>a</sup>. T.: “Delitos contra el honor”, SILVA SÁNCHEZ, J-M<sup>a</sup>.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2<sup>a</sup> edición, Atelier, Barcelona, 2009, p. 155.

<sup>846</sup> TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34 (Fasc. II y III, 1981), pp. 828, 831 y 838.

A favor de la autonomía categorial de los delitos de peligro hipotético o de aptitud abstracta, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., et al (coords.): *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 467 a 472. En contra de esta categoría que introduce por vía interpretativa en el tipo penal la probabilidad de la producción de un peligro para el bien jurídico, CEREZO MIR, J.: “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10 (2<sup>a</sup> época, 2002), pp. 67 y 68.

<sup>847</sup> TORÍO LÓPEZ, A.: “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39 (Fasc(Mes 1, 1986), p. 44.

<sup>848</sup> TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos ..., *op. cit.*”, p. 844.

debe tratarse de un peligro *real*, esto es, un peligro revestido de la cualidad de *posible* para el bien jurídico<sup>849</sup>.

El debate que estamos reflejando en la doctrina española se reproduce en similares términos en la doctrina penalista extranjera, tal y como constatamos en el capítulo dedicado al estudio de los delitos contra el honor desde la perspectiva del derecho comparado. Conviene recordar algunas de aquellas ideas en la medida en que puedan resultar de ayuda para adoptar un posicionamiento sobre la cuestión. En el modelo germano<sup>850</sup> la posición doctrinal ampliamente mayoritaria se decanta por la consideración de los delitos contra el honor como delitos de peligro abstracto (“*abstraktes Gefährungsdelikt*”); así, en los delitos de difamación y calumnia previstos en el Código penal alemán basta con la mera idoneidad de las afirmaciones para producir un resultado de desprecio sin que sea preciso que dicho resultado acontezca<sup>851</sup>. De idéntico modo, se califica la difamación regulada en el texto punitivo austriaco<sup>852</sup> como delito de peligro abstracto porque basta con la idoneidad o capacidad abstracta de la acusación para desprestigiar a la víctima, esto es, que la acusación comporte la posibilidad de desprestigiar<sup>853</sup>; la misma calificación de delito de peligro abstracto se

---

<sup>849</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, *op. cit.*, pp. 143 y 144, y nota al pie nº 63. En similares términos, refiriéndose a un peligro potencial, MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, *op. cit.*, p. 35 y nota al pie nº 44.

<sup>850</sup> Para más detalle, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.4.

<sup>851</sup> Respecto a la difamación, *vid.* LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, pp. 1395 y 1397; REGGE, J.: “§ 186. Üble Nachrede”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum StGB (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003 p. 32; MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 9 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, p. 232; ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Hrsg.): *Strafgesetzbuch (Band 2)*, 3 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 382 y 384. En relación con la calumnia, *vid.* KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte*, Staat und Gesellschaft, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 193; REGGE, J.: “§ 187. Verleumdung”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum StGB (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 46. Minoritariamente también se apuesta por la calificación de la calumnia como delito de peligro abstracto-concreto o de aptitud: *vid.*, así, ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (traducción de la 2ª edición alemana y notas por LUZÓN PEÑA, D-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J.), Civitas, Madrid, 2008, p. 336.

<sup>852</sup> Más ampliamente *supra* Capítulo IV.2.3.4.

<sup>853</sup> *Vid.*, entre otros, SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen gegen die Ehre”, BERTEL, C. y SCHWAIGHOFER, K. (Hrsg.): *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168e StGB)*, 11 Auflage, SpringerWienNewYork, Wien, 2010, pp. 139 y 140; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3 Auflage, Prugg Verlag Eisenstadt, Eisenstadt, 1992, pp. 671 y 672; FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch. StGB samt ausgewählten Nebengesetzen*, 10 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010, p. 363; RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorbemerkungen zu den §§ 111-117”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3.*

predica del delito de reproche de acciones penales ya enjuiciadas, para cuya consumación no es preciso que efectivamente se verifique el perjuicio al honor de la víctima, sino tan sólo que exista la posibilidad de que pueda resultar lesionado a través de la expresión incriminatoria<sup>854</sup>.

Por último, en Italia<sup>855</sup> encontramos, también como en la doctrina española, defensores de la estructura de lesión como la más adecuada para los delitos contra el honor. Así, tanto en relación con la injuria como con la difamación, se señala que el juicio de indignidad en que consiste la acción deshonrosa ya es lesivo del honor, cualquiera que sea el efecto que produzca sobre la víctima<sup>856</sup>. Pero junto a esas opiniones, se repiten también los argumentos a favor de la calificación como delito de peligro, en atención a la exigencia de la mera idoneidad de la conducta para poner en peligro el honor (en el caso de la injuria) y la reputación (en el de la difamación), sin que sea preciso constatar la efectiva lesión del honor o del decoro concreto del sujeto<sup>857</sup>.

---

*Band*), 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 8; HAGER/ZÖCHABUER: *Persönlichkeitsschutz im Strafrecht und Medienrecht*, 4 Auflage, Verlag Medien und Recht, Wien, 2000, p. 7; ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz. Kreditschädigung und Ehrenbeleidigung- Anschwärzung- Bildnisschutz- Medienrecht. Handbuch für die Praxis*, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1998, p. 72. A lo sumo podría admitirse, como advierte LAMBAUER, H.: “Üble Nachrede § 111”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 3, que estuviéramos ante un delito de peligro potencial (“*potentielles Gefährungsdelikt*”) en tanto la perceptibilidad de las expresiones difamatorias se halla estrechamente vinculada con la causación final del peligro; esto, no obstante, también él se decanta por la calificación de delito de peligro abstracto.

En Portugal, FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito á honra e a sua tutela penal*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 59, cataloga los delitos de difamación e injuria como delitos de peligro abstracto y sostiene que basta la conciencia de la genérica peligrosidad de la conducta o del medio de acción. Para un estudio más detenido del régimen de los delitos contra el honor en Portugal, *supra* Capítulo IV.3.3.

<sup>854</sup> LAMBAUER, H.: “Vorwurf einer gerichtlich strafbaren Handlung § 113”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 2; RAMI, M.: “§§ 111-117. Vorwurf einer gerichtlich strafbaren Handlung § 113”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (3. Band)*, 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011, p. 18; LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3 Auflage, Prugg Verlag Eisenstadt, Eisenstadt, 1992, p. 679.

<sup>855</sup> Con más detalle, *supra* Capítulo IV.4.3.

<sup>856</sup> En relación con la injuria, *vid.* MANTOVANI, F.: *Diritto Penale. Parte Speciale. I. Delitti contro la persona*, 4ª edizione, CEDAM, Padova, 2011p. 245; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte speciale. Volumen II, tomo primero: I delitti contro la persona*, 3ª edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, p. 99; BISORI, L.: “I delitti contro l’onore”, CADOPPI, A., CANESTRASI, S., PAPA, M.: *I reati contro la persona (II. Reati contro l’onore e la libertà individualae)*, Utet, Milano, 2006, p. 10.

Respecto de la difamación, *vid.* MANTOVANI, F.: *Diritto...*, op. cit., p. 253; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto...*, op. cit., p. 104.

<sup>857</sup> *Vid.*, en cuanto a las injurias, ANTOLISEI, F.: *Manuale ...*, op. cit., p. 210; MESSINA, S.: *Teoria ...*, op. cit., p. 400; MANZINI, V.: *Trattato ...*, op. cit., p. 538; SPASARI, M.: *Sintesi ...*, op. cit., p. 482; 974

Advertido todo lo anterior y teniendo presente nuestra concepción del bien jurídico *honor* desde una *perspectiva normativa* como la *legítima expectativa de reconocimiento cuyo menoscabo se producirá consecuencia de cualquier acción que ataque el honor, concretado en la fama y la autoestima, como elementos normativos del tipo, objetivados y materializados, convertidos en objetos cognitivos*, nosotros creemos que los *delitos contra el honor son delitos de lesión*. El tipo penal de los delitos contra el honor se colma con el menoscabo del bien jurídico en la medida en que la acción delictiva deshonrosa lesiona efectivamente la idea-pensamiento de fama y/o la idea-pensamiento de autoestima, que como realidades normativas, ayudan a delimitar las acciones típicas penalmente relevantes. Lógicamente, nos referimos a un *menoscabo normativo o valorativo*<sup>858</sup>, puesto que el honor es un bien jurídico no físico, no material, es un “bien inmaterial e ideal”<sup>859</sup>, por lo que su lesión o menoscabo no tiene lugar en la realidad de las cosas físicas o tangibles (consideración que también se hará palpable en la clasificación de los delitos contra el honor como delitos de mera actividad o delitos de resultado), lo que no es óbice para entender que, en el caso concreto, el bien jurídico, definido desde una perspectiva normativa, ha sido efectivamente lesionado.

Un elemento importante para entender cómo las acciones injuriosas lesionan efectivamente el bien jurídico (normativo) de honor y no meramente lo ponen en peligro, exige atender al verdadero concepto de lesión. Como explica acertadamente KINDAHÄUSER, el valor de los bienes jurídicos reside en servir al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho, y, por tanto, en tanto se disminuye ese valor de los bienes jurídicos, se los lesiona<sup>860</sup>. Así, explica el penalista alemán, el bien jurídico se lesiona tanto si se le priva completamente del bien jurídico al titular mediante una modificación de su sustancia, como si se disminuyen las

---

JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria ...*, op. cit., p. 93; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti ...*, op. cit., p. 44.

Para la difamación, cfr. POLVANI, M.: *La diffamazione a mezzo stampa*, 2ª edizione, CEDAM, Padova, 1998, p. 52. Entendiendo también que la difamación es un delito de peligro actual, efectivo, en cuanto que se requiere no sólo la posibilidad, sino la probabilidad de una lesión de la reputación ajena, MANZINI, V.: *Trattato...*, op. cit., p. 637 y 683, lo que nos acerca a un delito de peligro hipotético (como se han definido en España) o de peligro abstracto-concreto (en Alemania).

<sup>858</sup> BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBEL MALARÉE, H.: *Lecciones ...*, op. cit., p. 192.

<sup>859</sup> ANTOLISEI, F.: *L'offesa e il danno nel reato*, Instituto Italiano D'Arti Grafiche, Bergamo, 1930, p. 77.

<sup>860</sup> KINDHÄUSER, U.: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” (traducción de PASTOR MUÑOZ, N.), *InDret*, 1 (2009), p. 10.

posibilidades de aprovechamiento y uso de éste<sup>861</sup>; o siguiendo a ANTOLISEI, la lesión no es sólo la destrucción total del bien o interés, sino también la *disminución parcial* del bien o interés, porque cualquiera de esas opciones representa, igualmente, una restricción del bien o interés humano<sup>862</sup>. Si trasladamos estas consideraciones al ámbito del bien jurídico honor, que no es un objeto físico susceptible de sufrir deterioros tangibles, sino que es una atribución normativa<sup>863</sup> o un bien jurídico inmaterial, es perfectamente posible entender que es lesionado o menoscabado valorativamente cuando se dirige contra él una acción o expresión injuriosa que disminuye su valor. Ciertamente que el honor como tal no habrá desaparecido, pero su valor, en tanto que instrumento para la participación del individuo en condiciones de paridad participativa en el entorno comunicativo (como “carta de presentación ante la sociedad”), habrá disminuido y, por consiguiente, se habrá visto lesionado. El honor, tal y como se concebía como *carta de presentación* o como *presupuesto para la comunicación en el entorno comunicativo*, ya no vale tanto como antes de la acción injuriosa y se ha visto lesionado.

Si se acepta, por consiguiente, que el honor es un bien jurídico inmaterial, una atribución normativa, que sí puede ser efectivamente lesionada o menoscabada de un modo valorativo, sufriendo una disminución de su valor, entonces no queda otra opción que rechazar aquellas tesis que califican los delitos contra el honor a partir de dos premisas: en primer lugar, es inimaginable, dicen, un resultado material visible en la realidad de las cosas como algo espacio-temporalmente separable de la acción, y en segundo lugar, sólo podría hablarse de la lesión del honor en caso de producirse el menoscabo efectivo de la propia estima y/o la reputación del sujeto concreto, empero esta lesión ya es irrelevante, e incluso podría no llegar a producirse; por lo que se concluye que los delitos contra el honor han de ser delitos de peligro<sup>864</sup>. Pero en esta

---

<sup>861</sup> KINDHÄUSER, U.: “Estructura ..., *op. cit.*, p. 11, ofrece el ejemplo de una casa. Se lesiona el bien jurídico, entendido como el valor del bien para la satisfacción de las necesidades de libre desarrollo de la persona, tanto si se destruye la casa como si, a causa de conflictos violentos que estallan en las localidades próximas, el valor de venta de la casa cae drásticamente.

<sup>862</sup> ANTOLISEI, F.: *L’offesa* ..., *op. cit.*, pp. 38 y 76.

<sup>863</sup> KINDHÄUSER, U.: “Estructura ..., *op. cit.*, p. 11. En sentido similar ponen de manifiesto MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho* ..., *op. cit.*, pp. 305 y 306, que la lesión del bien jurídico es un concepto normativo, de forma que en el caso de bienes inmateriales, como el honor, la ofensa de dicho valor también se considera una lesión (normativa).

<sup>864</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 333. El mismo autor (*op. cit.*, p. 327) también reprocha que la clasificación de los delitos contra el honor como delitos de lesión conduciría al efecto

forma de razonar hay errores que parten de la confusión de planos de estudio, mezclando la clasificación de los delitos de lesión y de peligro y la de delitos de mera actividad y de resultado. El ataque al honor sí produce un *resultado jurídico*, cual es la lesión o menoscabo normativo-valorativo del bien jurídico honor concretado en la ideación de fama y/o de autoestima, circunstancia que permite hablar de un *delito de lesión* dado que éstos son aquellos cuyo tipo penal exige para entenderse consumado la lesión efectiva o el menoscabo valorativo del bien jurídico, y todo ello con independencia, por supuesto, de lo que suceda con las constataciones fácticas de fama y de autoestima del sujeto, que podrían resultar lesionadas, posibilidad que, sin embargo, carece de relevancia. Ese resultado como lesión del bien jurídico honor es el resultado típico derivado de la realización del tipo que acompaña a todo delito consumado, ya sea un delito de lesión o de peligro, y también a los delitos contra el honor, pero no es el resultado natural que importa a los efectos de la otra clasificación, delitos de mera actividad-delitos de resultado, que será examinada a continuación.

Por todo lo anterior, nos mostramos en desacuerdo con la consideración de los delitos contra el honor como delitos de peligro ya que no puede ignorarse que el honor se ha visto lesionado, en tanto que disminuido su valor, como consecuencia de las acciones o expresiones injuriosas, y no meramente puesto en peligro. Particularmente nos alejamos de la clasificación de peligro concreto (acaso sería más acertado hablar de delitos de peligro hipotético o delitos de aptitud). Si se admite que en los delitos de peligro concreto el bien jurídico amenazado se halla en peligro en el caso individual y que si no es efectivamente lesionado, es por razones de casualidad<sup>865</sup>, no parece que en los delitos contra el honor pueda defenderse que si el honor, en el caso concreto, no ha

---

pernicioso de que todos aquellos calificativos deshonrosos cualitativamente menores o de escasa entidad quedarían impunes en fase de ejecución, dado que sólo podríamos castigar aquellos ataques serios que llegaran a lesionar el bien jurídico honor. A nuestro juicio, esos ataques de menor envergadura deben quedar impunes, efectivamente, pero no como consecuencia de la estructura de los delitos contra el honor como delitos de lesión sino porque tales ataques no superan el umbral mínimo de ofensividad que entraña un daño relevante para el honor del sujeto y por ello, en virtud de los principios básicos de insignificancia, de mínima intervención y de *ultima ratio* del Derecho penal, deben quedar fuera de la órbita jurídico-penal.

Por último, es criticable esa opinión según la cual no siendo el honor un bien material o físico, es imposible entender de qué modo puede ser lesionado, ya que, como bien aclara ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10 (2<sup>a</sup> época, 2002), p. 18, los bienes jurídicos inmateriales también pueden ser lesionados “atendiendo a la ruptura del equilibrio de intereses que se resuelve en su interior”.

<sup>865</sup> Así, entre otros, ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 336; KINDHÄUSER, U.: “Estructura ...”, op. cit., p. 13

resultado lesionado por la particular conducta injuriosa, ello pueda haberse debido a meras razones de casualidad o azar (“*Zufallsbeherrschung*”)<sup>866</sup>.

Por último debemos rechazar otro argumento comúnmente invocado para negar a los delitos contra el honor la consideración de delitos de lesión y optar por la de delitos de peligro. Suele afirmarse por quienes califican los delitos contra el honor como delitos de peligro (en cualesquiera de sus categorías) que la lesión del bien jurídico no es relevante a los efectos de la consumación, sino que basta con una afectación del bien jurídico en grado de peligro, *con independencia del perjuicio o lesión real sobre la fama y la autoestima del sujeto*. Tienen razón en que la lesión o la incolumidad de la fama y la autoestima del sujeto son irrelevantes porque, rechazada la construcción del bien jurídico a partir de conceptos fácticos, el sentimiento personal de fama y el juicio público comunitario de la reputación pasan a un segundo plano y carecen de relevancia típica. El análisis de la lesión o la puesta en peligro debe recaer, ciertamente, sobre los elementos normativos de fama y autoestima, una vez han sido materializados, objetivados y convertidos en idea-pensamiento. Hasta ahí llega el acuerdo, porque teniendo eso presente, el grado de afectación de las acciones injuriosas alcanza el nivel de lesión, y no el de mera puesta en peligro<sup>867</sup> cuando entran en contacto con la legítima expectativa de reconocimiento y con las idea-pensamiento de fama y de autoestima, cualquiera que sea el efecto concreto que se produce sobre el sentimiento personal de autoestima y el juicio comunitario de fama.

Para entender estas últimas reflexiones quizá sea ilustrativa la siguiente explicación gráfica: pensemos en las idea-pensamiento de fama y de autoestima como dos circunferencias separadas que forman parte de otra circunferencia aún mayor, que es el bien jurídico honor; y pensemos también en el sentimiento personal de autoestima y en el juicio comunitario de fama como otras dos circunferencias que pueden estar dentro de las circunferencias idea-pensamiento (siendo concéntricas) si la forma de entender la fama y la autoestima por el sujeto se corresponde con las idea-pensamiento de fama y de autoestima construidas conforme a cánones objetivos, generales y

---

<sup>866</sup> Vid., así, HEFENDEHL, R.: “¿Debe ocuparse el Derecho ..., *op. cit.*, p. 7.

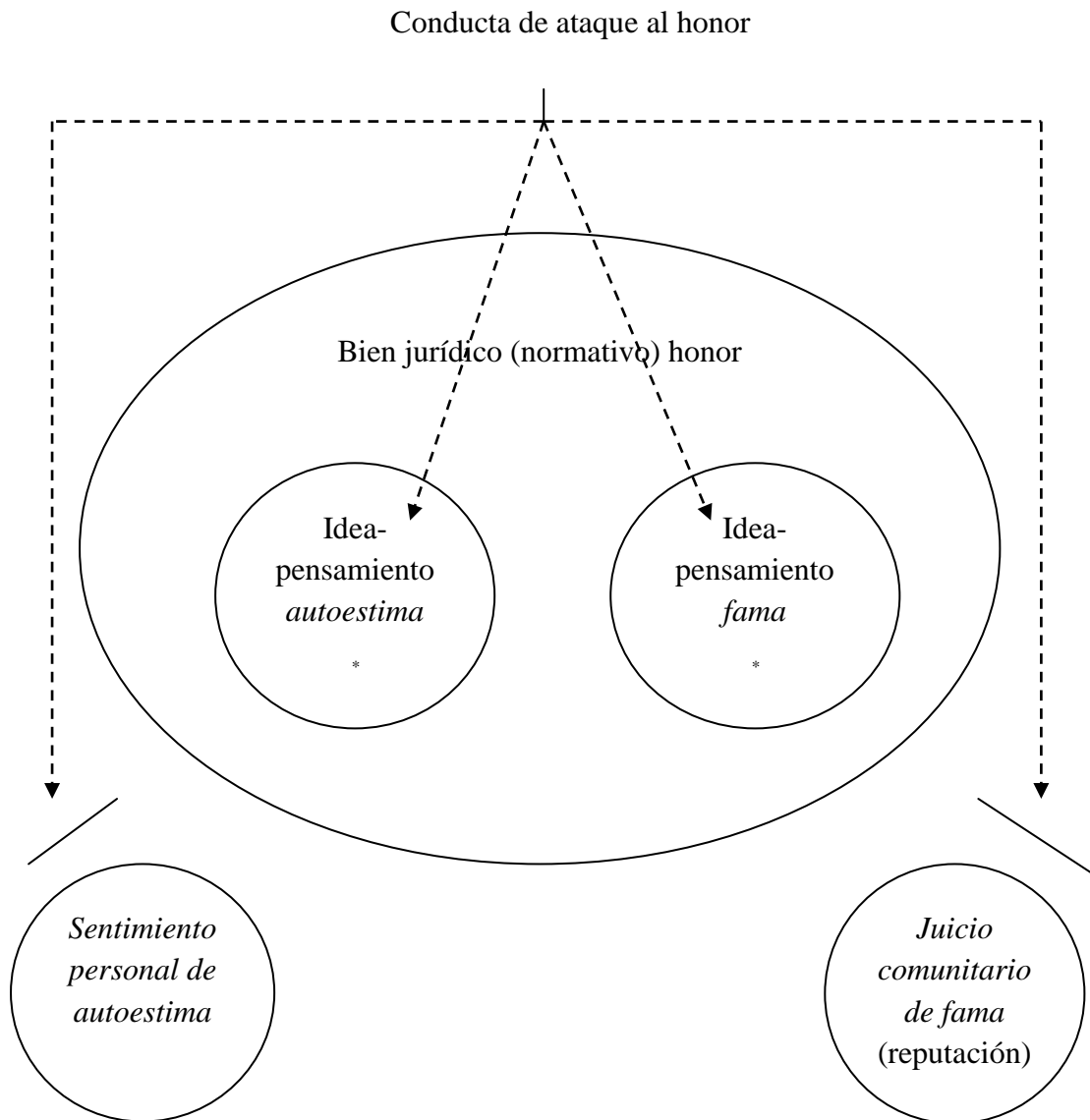
<sup>867</sup> De hecho, nos resulta difícil imaginar de qué modo una acción puede simplemente amenazar o poner en peligro el bien jurídico (normativo) de honor, sin llegar a lesionarlo. Con el mismo problema se topa MORALES PRATS, F.: “Adecuación ..., *op. cit.*, p. 682.



externos, o fuera de esas circunferencias (no concéntricas) si el sujeto mide su autoestima y su reputación con arreglo a módulos completamente ajenos a los utilizados por el ciudadano medio y razonable.

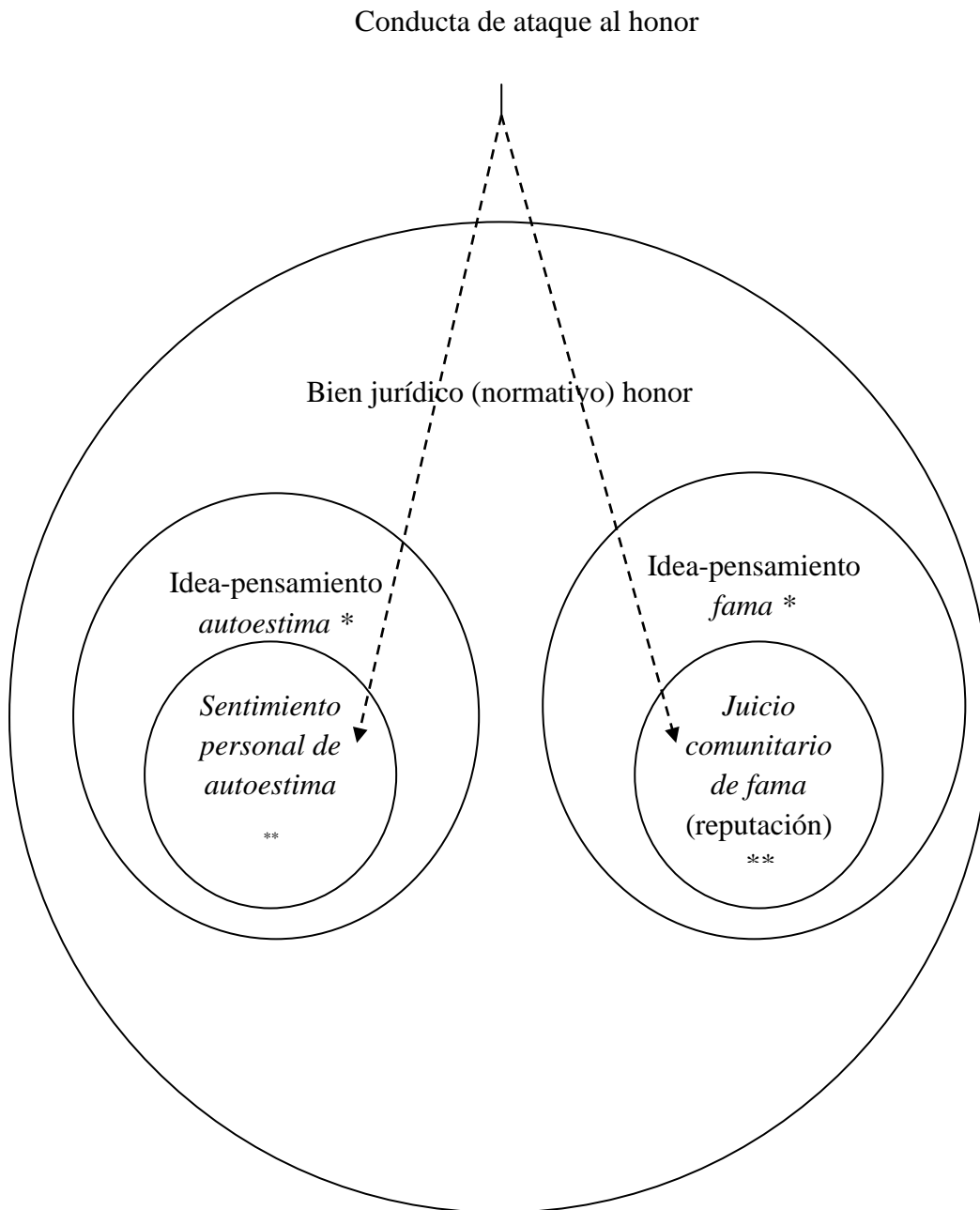
Nosotros creemos que las acciones injuriosas lesionan la circunferencia del bien jurídico normativo de honor, penetrando hasta alcanzar las circunferencias en ella insertas de la idea-pensamiento de fama y la idea-pensamiento de autoestima. Ya hay, desde ese momento, un desvalor de acción y un desvalor de resultado. Así, el delito contra el honor se configuraría como un delito de lesión, cualesquiera que hayan sido los efectos concretos producidos sobre las circunferencias del sentimiento personal de autoestima y del juicio comunitario de reputación (gráfico A). Podría suceder, no obstante, que concurriera una doble lesión: esto sucedería en el caso de que el sujeto particular concibiera su fama y su autoestima con arreglo a los módulos generales, externos y objetivos con que hemos construido la idea-pensamiento de fama y la idea-pensamiento de autoestima, siendo así que la acción injuriosa lesionaría el bien jurídico honor penetrando en las circunferencias de las idea-pensamiento de fama y de autoestima (lesión del bien jurídico - desvalor de resultado) y, adicionalmente, lesionaría también el sentimiento particular de propia estima del sujeto y el juicio comunitario de fama que, como circunferencias concéntricas, se encontraban dentro de las circunferencias de idea-pensamiento de fama y de autoestima. Esta segunda lesión, sin embargo, no tiene relevancia a efectos penales porque nada añade ni es precisa su constatación para apreciar un ataque contra el honor, ya que el bien jurídico (normativo) honor, que es lo auténticamente protegido, ya fue lesionado con la conducta injuriosa que menoscabó la legítima expectativa de reconocimiento (gráfico B).

**Gráfico A.**



\* = *Lesión del bien jurídico (normativo) honor por atentado contra las idea-pensamiento de fama y autoestima. Desvalor de acción y desvalor de resultado.*

**Gráfico B.**



\* = Lesión del bien jurídico (normativo) honor por atentado contra las idea-pensamiento de fama y autoestima. Desvalor de acción y desvalor de resultado.

\*\* = Adicionalmente, una segunda lesión que recae, esta vez, sobre el sentimiento personal de autoestima y el juicio comunitario de fama (reputación)

### 3.1.2 Delitos contra el honor como delitos de resultado

Como también nos sucedía en la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, ahora al decidir si los delitos contra el honor deben catalogarse como delitos de mera actividad o delitos de resultado debemos partir de una cuestión previa cuya resolución ofrecerá las pautas para adoptar una u otra postura en el caso particular de los delitos contra el honor. Primero de todo hay que definir en sus aspectos básicos los conceptos de delitos de mera actividad y delito de resultado, apuntando ya que la clave reside, fundamentalmente, en la noción de resultado.

La distinción entre las categorías de delito de (mera) actividad y delito de resultado, podría decirse, tiene sus orígenes en lo que la doctrina tradicional italiana llamaba delitos formales (“*delitti formali*”) y delitos materiales (“*delitti materiali*”). Conforme a esa terminología, eran formales aquellos delitos que se perfeccionaban con la realización de una determinada acción u omisión, mientras que los materiales se caracterizaban por el hecho de que al comportamiento del hombre debía sumarse la verificación un resultado natural derivado de tal actuar<sup>868</sup>. En cierto modo en los delitos formales existía un resultado pero éste era inseparable de la conducta, formaba parte de la propia estructura interna del delito, era inherente al tipo del delito, y por tanto no podía verificarse como un resultado externo<sup>869</sup>. En la doctrina tradicional española tal distinción también tuvo acogida, distinguiéndose entre el delito material, que es aquel que tiene un resultado tangible, y el delito formal, que carece de resultado, en el sentido de algo distinto de la propia conducta, ya que en estos últimos delitos la manifestación de la voluntad coincide con el propio resultado<sup>870</sup>.

Empero la terminología “delitos formales-delitos materiales” ha caído en desuso. Acaso podía dar a entender que los delitos formales eran delitos sólo formalmente o no eran delitos completos y perfectos, mientras que los delitos materiales eran delitos en rigor porque afectaban al fondo o a la materia. Tales denominaciones eran, por lo tanto,

<sup>868</sup> ANTOLISEI, F.: *Manual ...*, op. cit., p. 193; MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano* (volumen primo), 5ª edizione, Utet, Torino, 1981, p. 697.

<sup>869</sup> Así, MASSARI, E.: *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Casa Editrice. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1934, p. 84, nota al pie nº 1; también CARNELUTTI, F.: *Il danno e il reato*, Casa Editrice=Dott. ANtolino Milani, Padova, 1926, pp. 24 y 25

<sup>870</sup> DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal español. Parte General* (volumen I), Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, pp. 530 y ss.

equivocas ya que podían transmitir el mensaje de que a los delitos formales les faltaba algo para llegar a ser delitos completos y perfectos, cuando esto no era correcto en tanto ya implican infracción antijurídica y, por consiguiente, son delitos a todos los efectos. En fin, la vieja distinción entre delitos formales y materiales introducía cierta confusión y debía abandonarse<sup>871</sup>. En su lugar, se utiliza actualmente la distinción “delitos de actividad-delitos de resultado”. Los conceptos han cambiado pero el contenido sigue siendo prácticamente idéntico; así, son delitos de actividad aquellos en los que el tipo exige sólo la realización de una determinada conducta (actividad finalista), mientras que los delitos de resultado son aquellos que requieren además de la actividad, la producción de un resultado separable espacio-temporalmente de la acción<sup>872</sup>.

Con la anterior distinción, sin embargo, apenas hemos avanzado, sino que tan sólo hemos desplazado nuestra atención a otra cuestión espinosa. Ahora sabemos que aquello que distingue a los delitos de actividad y a los delitos de resultado es la producción, más allá de la mera actividad, de un resultado. Se trata, por consiguiente, de responder a la siguiente pregunta: ¿qué se entiende por resultado a los efectos de esta clasificación? Sin duda, la concepción de resultado por la que cada uno se decante le hará considerar como delitos de resultado ciertos comportamientos que, en otro caso, serían delitos de actividad. Sin ánimo de exhaustividad podemos apuntar que los ejes de la discusión doctrinal sobre el concepto de resultado transcurren alrededor de la amplitud de la noción y también del orden o del plano en que se mueven y se proyectan sus consecuencias. El término de resultado evoca realidades diversas, desde la mera acción o hecho exterior hasta la realización del tipo, pasando por el efecto material o el efecto natural separable conceptualmente en el espacio y en el tiempo de la acción<sup>873</sup>.

Lo primero que debemos hacer para delimitar la noción de resultado es hacer una exclusión inicial. En ocasiones se ha llegado a definir de un modo tan amplio el término “resultado” que conducía a la conclusión de que todo delito tiene resultado y

---

<sup>871</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Delito formal”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, 1975, p. 586.

<sup>872</sup> *Vid.*, así, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso ...*, op. cit., p. 212; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2001, p. 231; ROMEO CASABONA, C. Mª., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 99.

<sup>873</sup> En la doctrina española existe abundante literatura sobre la cuestión. Con una vocación general de amplio alcance, son destacables los trabajos de LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, y de ACALE SÁNCHEZ, Mª.: *El tipo ...*, op. cit.

por tanto no hay distinción que valga. Si, como hacía von LISZT, se concibe el resultado como el mero “cambio en el mundo exterior (aunque sólo sea pasajero); es decir, en los hombres (aunque sólo sea en su vida psíquica) o en las cosas”, entonces todo delito necesita un resultado y, por consiguiente, como el mismo autor admitía, carecía de sentido distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad<sup>874</sup>. Así pues, no puede igualarse o identificarse la noción de resultado con la existencia o exteriorización de la mera actividad incriminada, porque en tal caso los delitos de mera actividad, que consisten justamente en una actividad, también tendrían resultado. No puede admitirse como resultado la mera exteriorización de la conducta, esto es, no es resultado la simple acción por constituir ya en sí misma un efecto del impulso de la voluntad del sujeto<sup>875</sup>. En fin, volvemos a lo que ya se afirmaba tradicionalmente: se precisa un *resultado externo* a la conducta misma.

Es preciso seguir acotando. Dado que resultado ha de ser resultado externo y no inherente a la conducta o inserto en el contenido interior del comportamiento proscrito, debemos especificar qué se entiende por resultado externo. Ese resultado externo que sigue a la actividad, ¿dónde acontece o se verifica? Aquí reside uno de los puntos gordianos del problema, a partir del cual ya podemos empezar a dar respuesta al asunto que nos ocupa: la calificación de los delitos contra el honor como delitos de actividad o delitos de resultado.

Una solución, podría decirse, conectada con la doctrina tradicional que vinculaba el resultado a la modificación del mundo exterior consecuencia de un

---

<sup>874</sup> VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y adicionado con el Derecho Penal Española por QUINTILIANO SALDAÑA), Tomo II, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927, p. 300. Crítica con el concepto de resultado de von LISZT, se muestra ACALE SÁNCHEZ, Mª.: *El tipo ...*, op. cit., pp. 85 y 86, dado que, como nosotros también hemos advertido, a costa de extender tanto el concepto de resultado termina por eliminarse la diferencia entre los delitos de actividad y los delitos de resultado.

<sup>875</sup> Así, la doctrina mayoritaria; *vid.*, entre otros, CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho Penal Español. Parte General. II Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2002, p. 101, nota al pie nº 5; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso ...*, op. cit., p. 212; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2001, pp. 231 y 232; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 348; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho ...*, op. cit., p. 157; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 262; ACALE SÁNCHEZ, Mª.: *El tipo ...*, op. cit., pp. 77 a 85; la misma en “Los delitos de mera actividad”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10 (2ª época, 2002), p. 20; LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado*, op. cit., p. 19 y 20.

En la doctrina extranjera, también así; ANTOLISEI, F.: *Manual ...*, op. cit., p. 169; STRATENWERTH, G.: *Derecho ...*, op. cit., p. 125; ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 329.

comportamiento humano, es la que sostiene que el resultado de los delitos de resultado es aquello que acontece en el mundo exterior como resultado o efecto externo-y-material, y desde este punto de vista se decía que los delitos contra el honor eran delitos formales<sup>876</sup>. En la actualidad, bajo la moderna denominación de delitos de mera actividad, también algunos autores entienden que el resultado es el resultado material y por lo tanto los delitos contra el honor serían delitos de actividad dado que en ellos no existe ningún efecto material consecuencia de la simple conducta injuriosa, la cual ya es suficiente para dar satisfacción al tipo penal<sup>877</sup>. Si no existe resultado material en los delitos contra el honor, estos serán delitos de mera actividad<sup>878</sup>.

Pero junto a ese concepto restrictivo de resultado, inclusivo sólo de modificaciones materiales del mundo exterior, existe otro más amplio. Se admitiría como efecto de la conducta catalogable como resultado no sólo aquel perceptible por los sentidos y que acontece en el mundo externo (el resultado estrictamente material), sino también aquel otro que supone un cambio de la realidad inmaterial, captable lógicamente o intelectualmente, como dice LUZÓN PEÑA<sup>879</sup>; o, en palabras de STRATENWERHT, la modificación puramente exterior del sustrato material de un bien jurídico y el daño meramente inmaterial<sup>880</sup>. Se trata, por consiguiente, de aquello que acontece no necesariamente de forma material, sino externamente a la conducta, en el mundo de los bienes materiales o inmateriales, como un efecto separable de la acción, esto es, que va más allá de la acción y de la que puede separarse espacio-temporalmente, desde un punto de vista conceptual<sup>881</sup>. Es en esta segunda noción de resultado, comprensiva tanto de las modificaciones materiales del sustrato exterior de las cosas (como las destrucciones totales o parciales de objetos, o los daños fisiológicos) como de los cambios inmateriales, ideales o formales de valores o bienes inmateriales (tales como

---

<sup>876</sup> Cfr. MANZINI, V.: *Trattato ...*, op. cit., p. 697, y CATASTINI, F.: *Della consumazione dei delitti mediante la scrittura*, Tip. Dell' Ancora di G. Bargellini, Siena, 1883, pp. 5 y 6

<sup>877</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso ...*, op. cit., p. 212; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 262

<sup>878</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 333; MORALES PRATS, F.: "Adecuación ...", op. cit., p. 679; QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte ...*, op. cit., pp. 334 y 335.

<sup>879</sup> LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 348.

<sup>880</sup> STRATENWERHT, G.: *Derecho ...*, op. cit., p. 126.

<sup>881</sup> ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: *El tipo ...*, op. cit., pp. 152 y ss; la misma en "Los delitos ...", op. cit., p. 20; ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 99; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 101;

efectos psicológicos)<sup>882</sup>, la que estimamos más oportuna para definir resultado y para extraer claves que permitan distinguir los delitos de mera actividad de los delitos de resultado. Efectivamente, con una noción como la proporcionada hemos arribado a un concepto de resultado que responde razonablemente bien a la pregunta que nos hacíamos: ¿qué es aquello que concurre en los delitos de resultado y que se halla ausente en los delitos de mera actividad porque el legislador ha decidido no incluirlo en el tipo? Esta autocuestión, además, pone de manifiesto otra característica de la noción de resultado que venimos definiendo: su exigencia o presencia en determinados delitos es optativa, según el criterio del legislador; así entendido, el resultado es accesorio, prescindible, o, como dice ANTOLISEI, “el resultado puede existir, pero también puede faltar”<sup>883</sup>.

Trasladando las reflexiones anteriores a los delitos contra el honor, entendemos que estamos ante *delitos de resultado*. Sucede en los ataques contra el honor que si se compara la situación previa a la ofensa y la situación inmediatamente posterior, se ha producido en la realidad inmaterial un cambio que es intelectualmente perceptible en tanto asignamos a esa conducta injuriosa una valoración negativa que ha modificado el equilibrio previo de intereses. Separable espacio-temporalmente de la acción se ha producido en la víctima de la injuria un efecto psicológico cuando ha percibido el contenido ofensivo de las expresiones, efecto que el legislador ha querido vincular típicamente a la acción.

Llegados a este punto cabría objetar a nuestras consideraciones que igualamos el resultado de la acción injuriosa a la lesión del bien jurídico honor. Es importante atender esta puntualización porque estamos de acuerdo en que el resultado (natural) no debe confundirse con la lesión del bien jurídico. Así, al igual que afirmamos antes que el resultado no podía equipararse con la mera exteriorización de la conducta, como si fuera el simple comportamiento, porque en tal caso todo delito lo sería de resultado, tampoco el resultado puede igualarse a la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico, porque entonces también en todo delito consumado se produce el resultado, ya sea en grado de

---

<sup>882</sup> ANTOLISEI, F.: *Manual* ..., op. cit., p. 169.

<sup>883</sup> *Vid.*, así, ANTOLISEI, F.: *L'offesa* ..., op. cit., p. 24: “l'evento può esservi; [...] ma può anche mancare”. También LUZON PEÑA, D-M.: *Curso* ..., op. cit., p. 349; ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: *El tipo* ..., op. cit., p. 101; LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado* ..., op. cit., p. 124.



lesión o en grado de puesta en peligro del bien jurídico, por lo que todos los delitos serían de resultado y carecería de sentido la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado<sup>884</sup>. Además, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que vendría a ser el desvalor de resultado o resultado jurídico o típico, siempre está presente en los delitos consumados, hecho que también revela que no estamos ante un elemento accesorio por el que se decanta el legislador para vincularlo típicamente a la acción incriminada, como sí sucede con el resultado (natural o naturalístico, en la acepción que defendemos). Por todo lo anterior, no estamos de acuerdo con aquellas concepciones del resultado que unifican en un mismo concepto el resultado (natural) y el desvalor de resultado o resultado jurídico- típico, llegando a un “resultado estructural” como efecto separable de la acción sobre el bien jurídico. Esta propuesta (con)funde las nociones de resultado natural (que es el que importa a los efectos de la distinción entre delitos de resultado y delitos de mera actividad) y resultado jurídico (como desvalor de resultado) y conlleva el problema de negar legitimidad y utilidad a los delitos de mera actividad<sup>885</sup>.

Corresponde ahora probar que en los delitos contra el honor en los que hemos afirmado que concurre un resultado, no estamos confundiendo dicho resultado con el

---

<sup>884</sup> Así, ampliamente la doctrina: MIR PUIG, S.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 231 y 232; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho ...*, op. cit., p. 157; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 262; ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: “Los delitos ...”, op. cit., p. 20; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 101; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 348; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 262

<sup>885</sup> Es la solución de LAURENZO COPELLO, P.: *El resultado ...*, op. cit., pp. 113 y ss, y 182 y 183. De hecho la propia autora termina reclamando la desaparición de los delitos de mera actividad, ya que tal categoría no tendría justificación.

Desde su particular concepción del “resultado estructural”, que no suscribimos, esta profesora defiende que los delitos contra el honor son delitos de resultado (típico) dado que las conductas injuriosas y calumniosas constriñen u obstaculizan el acceso al derecho al respeto comunitario; *vid.*, así, la misma en *Los delitos ...*, op. cit., pp. 132 y 133, y por tanto lesionan el bien jurídico honor, produciéndose un resultado (típico). Con arreglo a sus planteamientos, lo que sostiene es razonable. Nosotros lo rechazamos no por falta de fundamento, sino porque negamos la base según la cual el resultado que definiría a los delitos contra el honor como delitos de resultado puede ser la lesión del bien jurídico honor, porque tal lesión sólo los convierte en, lógicamente, delitos de lesión.

Y creemos que LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 197, también sigue esta senda de igualación del resultado (natural) al resultado típico-jurídico cuando sostiene que los delitos contra el honor son delitos de resultado porque el tipo exige el menoscabo de la fama o el atentado de la propia estimación. Si no se añade más, entonces se están mezclando los planos de la lesión del bien jurídico honor, que sería el resultado jurídico o típico, con el resultado natural, del que no se dice nada, porque, en el fondo, se ha igualado al resultado jurídico. El error reside, una vez más, en confundir el resultado natural con el resultado jurídico: ciertamente que los delitos contra el honor, para que se consumen, exigen el menoscabo de la fama o la propia estimación, pero eso sólo los convierte en delitos de lesión, pero no en delitos de resultado, para lo cual es preciso que acaezca el resultado natural o naturalístico.

desvalor de resultado o el resultado jurídico. Así, debemos empezar afirmando que, ciertamente, *en los delitos contra el honor la mera realización de la conducta típica (“lesionar la dignidad, menoscabando la fama o atentando contra la propia estimación”) ya produce la lesión del bien jurídico, su menoscabo (por ello afirmábamos que es un delito de lesión), su resultado jurídico, típico o querido por el tipo, mas ello no significa, por otro lado, que debemos identificar dicha lesión del bien jurídico honor, que es el resultado jurídico o resultado típico, con el resultado (natural o naturalístico).* Se han producido dos resultados distintos y separables, porque más allá del resultado jurídico o típico de los delitos contra el honor, que es la lesión o menoscabo valorativo del honor, se ha producido también el resultado (natural) en el momento en que el sujeto ha recibido las expresiones ofensivas y ha percibido sus efectos deshonrosos, produciéndose así una ruptura del equilibrio de intereses existente que modifica el estado previo ideal de las cosas y que introduce una modificación valorativa o cualitativa de la realidad intelectual. Sólo cuando el sujeto pasivo *conoce* la acción o expresión deshonrosa, la *percibe* y la *comprende*, se consuma el tipo penal porque se entiende producido el resultado que el legislador había vinculado típicamente a la acción<sup>886</sup>. Ese conocimiento, que es un proceso autónomo frente a la acción del autor, separable espacio-temporalmente de ella, es también un proceso necesario para que se cumpla el tipo<sup>887</sup>. Sucede en los delitos contra el honor que el resultado jurídico coincide con el resultado natural, como es común en los delitos de resultado (así también en el homicidio o en las lesiones)<sup>888</sup>, pero son resultados separables: por un lado, el resultado jurídico como lesión del bien jurídico honor entendido como legítima expectativa de reconocimiento, y por otro lado, el resultado natural que sería la modificación del equilibrio ideal de intereses producida por el conocimiento y comprensión de las expresiones o acciones injuriosas.

---

<sup>886</sup> Así, STRATENWERTH, G.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 126 y 127; CEREZO MIR, J.: *Curso ...*, op. cit., p. 100; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 126; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, op. cit., pp. 310 y 311.

Por el contrario QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte ...*, op. cit., p. 337, entiende que esa connotación que se produce en el sujeto cuando recibe, percibe y comprende las afirmaciones deshonrosas, no puede considerarse como resultado, sino simplemente como efecto o resultado psicológico, pero tal elemento no juega, a su juicio, ningún papel en la distinción entre delitos de mera actividad y delitos de resultado.

<sup>887</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 328.

<sup>888</sup> Vid. LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 349.

### 3.2 CONFLICTO “HONOR VS. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN”

Las libertades del art. 20 CE “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título [título I] y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia” (art. 20.4 de la Constitución Española). A partir de esta afirmación, bien expresiva de la capacidad de previsión y de adelantarse a los acontecimientos del constituyente español, queda abierto el debate. Y posiblemente nunca se cerrará porque ésta es una materia dinámica y cambiante. Téngase en cuenta que si ya la determinación del concepto de bien jurídico ha requerido un profundo trabajo de investigación histórica y filosófica, y de comparación de soluciones estatales, el asunto que ahora tenemos entre manos, el del conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información, introduce un segundo elemento, la libertad de expresión e información, que termina por hacer imposible cualquier ingenuo sueño de contar con soluciones claras y precisas. VIVES ANTÓN refleja con nitidez el inmenso problema que se alza frente a nosotros cuando nos vemos compelidos a introducir en la discusión la libertad de expresión e información, que es una de las grandes conquistas políticas y civiles de la humanidad, y al propio tiempo, una de las fuentes más fértiles de problemas en su relación con otros derechos:

*“La libertad de expresión es uno de esos temas sobre los que una sociedad democrática precisa una reflexión permanente y, para decirlo con claridad, un estar siempre en guardia frente a los mil peligros que a cada momento la amenazan: desde las mutilaciones que pueden hacerla irreconocible, hasta la instrumentalización, que podría transformarla en soporte del poder oscuro. Nadie, absolutamente, puede aspirar -ni ahora ni nunca- a decir la última palabra sobre el tema”<sup>889</sup>.*

La cuestión de los límites del derecho al honor, y particularmente su conflicto con las libertades de expresión e información, es una de las materias que más bibliografía ha producido en el pasado y en el presente. La atracción de la doctrina científica por este tema se explica por la insuficiencia total o parcial de las numerosas soluciones que se han propuesto para resolver satisfactoriamente la colisión entre estos derechos. Aun cuando nos pueda parecer que los criterios jurisprudenciales son claros y

---

<sup>889</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 367.

precisos, de tal forma que deberían conducir a un armónico y apacible, o cuando menos, correcto equilibrio, lo cierto es que “el sistema no funciona porque los excesos en el uso libre de la información no resultan corregidos, la protección del honor y la dignidad de las personas no tienen cauces satisfactorios y, en fin, el equilibrio teórico del sistema está hecho trizas en la práctica”<sup>890</sup>. La propia jurisprudencia constitucional admite esa pluralidad de criterios doctrinales, que básicamente proponen alternativamente resolver el conflicto entre el honor y las libertades informativas, bien en sede de tipicidad o de antijuridicidad, y establece que el vigor constitucional concedido a las libertades del artículo 20 hace que su influencia sea mayor en los casos de conflicto con el honor, por más que este bien jurídico goce de tutela penal en los delitos de injurias y calumnias, de tal forma que cuando las libertades de expresión e información se hayan ejercido legítimamente, el enjuiciamiento se trasladará a un distinto plano, “en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la *tipicidad* o *antijuridicidad*”<sup>891</sup>.

Aunque el estudio que afrontamos en las siguientes páginas se centra en el conflicto entre la libertad de expresión y uno de los límites constitucionales a esta libertad, el honor, no podemos olvidar que el artículo 20 de la norma fundamental menciona otros límites, como la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. Siquiera sea brevemente, debemos apuntar que existe un debate en torno al carácter cerrado o abierto de la enumeración de límites que contiene el citado precepto constitucional. Un sector de la doctrina sostiene que los límites de las libertades del artículo 20 son los enunciados en el tenor literal del precepto, que no constituye una cláusula abierta sino una enumeración *exhaustiva*, aunque no por ello menos abierta. Lo contrario significaría el freno de tales libertades ante demasiados obstáculos<sup>892</sup>. Sin embargo, no parece ser esta la postura que defiende el Tribunal

---

<sup>890</sup> MUÑOZ MACHADO, S.: “Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 72, 1992, p. 171; también GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Prólogo”, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 21.

<sup>891</sup> STC 19/1996, de 12 de febrero, f. j. 2º (la cursiva es nuestra).

<sup>892</sup> Así, entre otros, QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención ...”, *op. cit.*, p. 70; y del mismo parecer, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 57; CARMONA SALGADO, C.: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pp. 72 y 73. Aquí VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad ...*, *op. cit.*, p. 369, también apunta el peligro de que

Constitucional que, por ejemplo, considera que la moral pública es límite de la libertad de expresión, aunque no aparezca mencionada en el art. 20.4 (STC 62/82). Por ello, siguiendo esta última línea de interpretación, otro sector doctrinal apunta que además de los límites expresamente impuestos por la Constitución a los derechos fundamentales, existen también “limitaciones genéricas establecidas tácitamente para todo derecho”, de tal forma que los límites mencionados explícitamente por el art. 20.4 serían los más importantes, desde una perspectiva cualitativa, lo cual no supone cerrar el paso a otros valores o derechos que puedan representar también fronteras para el ejercicio de la libertad de expresión<sup>893</sup>. En cualquier caso, no hay que olvidar que la cláusula de límites a que nos referimos no debe interpretarse de modo absoluto, como si las libastdes de expresión e información estuvieran condenadas a ceder siempre frente a tales límites que actuarían, en tal caso, como un “muro infranqueable”<sup>894</sup>; al contrario, según el caso, prevalecerá uno u otro derecho, tras el correspondiente epediente de pondercaión.

### **3.2.1 Solución del “conflicto” con exclusión de la tipicidad. Propuestas doctrinales: delimitación de derechos, adecuación social y *animus iniuriandi*. Crítica**

Situado el foco del problema en el conflicto entre el honor y la libertad de expresión, es el momento de estudiar las soluciones doctrinales y jurisprudenciales que se han ofrecido. El primer bloque de propuestas gira en torno al punto común de resolución del conflicto en sede de *tipicidad*, de tal forma que casi cabría decir que no se plantea, en rigor, un conflicto entre derechos fundamentales en el que uno de ellos debe prevalecer sobre el otro, sino que en el caso concreto ambos derechos se han ejercido dentro de sus límites y por tanto no hay conducta típica ni invasión del espacio propio de uno de estos derechos ni, en fin, conflicto. En última instancia, *las teorías que*

---

penetren cualesquiera limitaciones en el ámbito de la libertad de expresión, y se refiere expresamente al caso de la memoria histórica.

<sup>893</sup> De esta opinión, entre otros, OTTO y PARDO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y OTTO y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1998, p. 108; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 70; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., p. 386

<sup>894</sup> ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: “Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet”, BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (coords.): *El Derecho en la Sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, p. 559.

*formulamos a continuación compartiendo el rechazo frontal a la consideración de que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información pueda representar un atentado típico contra el honor.*

MORALES PRATS considera que el rol dogmático de las libertades informativas en sus relaciones con el bien jurídico honor no puede reducirse al juicio de antijuridicidad, sino que hay que tomar partido en una fase previa, en el juicio de tipicidad, desterrando el automatismo de creer que estamos ante conductas indiciariamente antijurídicas que a lo sumo pueden estar excepcionalmente justificadas por el Ordenamiento<sup>895</sup>. A través de la *teoría de la adecuación social*, argumenta este autor, es posible revalorizar la función de garantía del tipo penal y reforzar los principios de seguridad jurídica y de taxatividad, particularmente devaluados en el tipo penal de las injurias que se halla definido mediante excesivos elementos normativos o valorativos. Así, propone integrar por vía interpretativa o como exigencia implícita del tipo penal de la injuria (en calidad de criterio de incriminación legislativa) el elemento de la “inadecuación social”<sup>896</sup>, de modo tal que un ejercicio socialmente adecuado de las libertades informativas, en tanto que sean éstas en el caso concreto proyección del orden político y social definido en la Constitución y asentado en los principios de libertad y de pluralismo, no sería penalmente típico por atentar contra el honor puesto que, desde una perspectiva valorativa-material, al ser socialmente adecuado no podría subsumirse en la descripción típica<sup>897</sup>.

Precisamente partiendo del sentido sustancial de la prohibición típica, que de acuerdo con la *teoría de la imputación objetiva* es un elemento de la tipicidad, sostiene ASÚA BATARRITA que lo determinante es clarificar los elementos de la conducta típica y estudiar si se han desplegado en el marco de los límites derivados de su propia función, de tal forma que si está ausente algún requisito necesario para considerar ejercida la libertad de información dentro de sus límites, entonces deberá admitirse que

---

<sup>895</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ...”, *op. cit.*, pp. 665 y 666.

<sup>896</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ...”, *op. cit.*, pp. 675 a 677.

<sup>897</sup> MORALES PRATS, F.: “Adecuación ...”, *op. cit.*, pp. 669, 670, 673 y 678. Estas reflexiones guardan una estrecha relación y han de ser interpretados en conexión con la propuesta jurídico-constitucionalmente orientada del bien jurídico honor de MORALES PRATS, cuyo pilar es la intelección del honor como emanación de la dignidad, y cuyo contenido queda trenzado con los principios superiores del ordenamiento (igualdad y libertad), y se traduce, como reverso de estos, en pluralismo y derecho a la diferencia. Más ampliamente, sobre esta propuesta, *vid. supra* Capítulo V.1.3.4.

se ha incurrido en un *riesgo no permitido* o en un incremento del riesgo admitido, constatándose la tipicidad de la conducta. Por el contrario, si la libertad informativa respetó su espacio propio, aunque afectara al honor de una persona, su ejercicio no habrá contrariado el verdadero sentido de la prohibición típica de los ataques contra el honor<sup>898</sup>. Con parecidas reflexiones LÓPEZ PEREGRÍN excluye la tipicidad del ataque al honor, siguiendo el esquema secuencial de la *teoría de la imputación objetiva*, cuando: a) la conducta informativa no represente un peligro *ex ante* o cree un riesgo permitido por razones de utilidad social, y b) cuando no se realice el riesgo en el resultado, bien porque se imputen hechos ciertos que no representan un peligro *ex ante* para la pretensión de respeto que se deriva del valor real (honor real o merecido) del sujeto, bien cuando se imputen hechos falsos sin conocimiento de su falsedad ni temerario desprecio a la verdad, pues en tal caso el *riesgo permitido* no se habrá superado dado que en estos supuestos se amplía el ámbito de lo permitido para potenciar el debate abierto sobre asuntos de interés general<sup>899</sup>. Y FERNÁNDEZ PALMA también apuesta por la resolución del conflicto en la tipicidad, recurriendo a la teoría del riesgo permitido, instituto que “impide la declaración de desvaloración de la conducta, obstaculizando e nacimiento del injusto por cuanto falta la constatación de un riesgo jurídico-penalmente relevante para el bien jurídico”<sup>900</sup>.

Parcialmente suscribe la solución del problema que estamos analizando en sede de tipicidad BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, pero exclusivamente en relación con los ataques al honor que traigan causa de la imputación de hechos ciertos y aquellos otros que se produzcan en determinados ámbitos, como la lucha electoral. En el primer caso, con una concepción del honor como la suya, vinculada a las relaciones de reconocimiento derivadas de la dignidad, fundadas en la verdadera participación del sujeto en la comunidad y que hacen posible el desarrollo de la personalidad, señala este autor que cuando la libertad de expresión se ha ejercido legítimamente por aparecer vinculada al principio democrático (esto es, por contribuir a la formación de la opinión pública), deberá admitirse el ejercicio de esta libertad como causa de justificación y,

---

<sup>898</sup> ASÚA BATARRITA, A.: “La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982”, AA.VV.: *Estudios penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicacións e Intercambio científico da Univesidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 28 y 29.

<sup>899</sup> Vid. LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 126 a 129.

<sup>900</sup> Así, FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 270 a 284, especialmente pp. 276 y 277.

ahora apoyándose en la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que este profesor suscribe, deberá resolverse, en el plano global del tipo del injusto que integra tipicidad y antijuricidad, la atipicidad del comportamiento y su irrelevancia penal por ausencia de lesión del bien jurídico honor<sup>901</sup>. Respecto a la contienda electoral, cabría entender la atipicidad de las afirmaciones que, a la luz de las valoraciones sociales dominantes, se consideran potencialmente incapaces de incidir en el honor ajeno<sup>902</sup>.

QUINTERO OLIVARES parte de la *tesis de la delimitación de los derechos fundamentales* para sostener que una determinación correcta de los límites internos del derecho al honor y de las libertades de expresión e información, permitirá evitar llegar al absurdo de que el “adecuado ejercicio de un derecho fundamental pueda revestir carácter típico”. Entendiendo la libertad de expresión como uno de las libertades especialmente vinculadas a la efectividad de los principios constitucionales superiores del art. 1 de la Constitución, su correcto ejercicio no puede concebirse como una conducta típica penalmente relevante. Se desprejaría y minusvaloraría una libertad fundamental de la categoría de la libertad de expresión si su ejercicio fuera siempre examinado en sede *antijuricidad* a través de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho<sup>903</sup>.

Esta última propuesta, así como las anteriores, no son sino la traslación al Derecho penal de la *doctrina constitucionalista de la delimitación y limitación de los derechos fundamentales*, que posee un carácter más general o transversal. OTTO y PARDO, refiriéndose al binomio “limitación y delimitación”, advierte que debe distinguirse entre limitación de un derecho constitucionalmente reconocido y delimitación del contenido del mismo, “de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y

---

<sup>901</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 79 a 81, y 108. Anteriormente el autor había explicado su adhesión a la teoría de los elementos negativos del tipo: *vid. op. cit.*, pp. 23 y ss. Así también el mismo en “Los límites ...”, *op. cit.*, p. 360. Frente a la teoría de los elementos negativos del tipo, recuérdense las célebres reflexiones de WELZEL, H.: *Derecho Penal alemán. Parte General* (traducción del alemán por los profesores BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁÑEZ PÉREZ, S.), 3ª edición castellana, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, pp. 80 a 83, y 116 a 119.

<sup>902</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 103 y 120. Esta línea de pensamiento podría quedar avalada con alguna jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 20 de abril de 1996) que admite que “el elemento objetivo del delito de injurias puede quedar difuminado o desaparecer totalmente cuando los sujetos activos actúan con una *finalidad socialmente aceptada* y legalmente reforzada” (la cursiva es nuestra).

<sup>903</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención ...”, *op. cit.*, pp. 75, 76, 81 y 82.



libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza de cuya protección se trata, sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental”<sup>904</sup>. No es preciso ponderar ni determinar qué derecho prevalece en un artificial conflicto, sino, simplemente, realizar una interpretación sistemática y unitaria de la Constitución, que es la que ofrece la extensión y el contenido de cada derecho y bien constitucional<sup>905</sup>. En fin, se desprende de esta concepción que si la delimitación de los ámbitos propios de cada derecho es correcta, entonces no hay ejercicios invasivos por parte de un derecho del espacio del otro. En el supuesto concreto de las libertades informativas y el honor, si tales libertades se ejercitan respetando sus contornos, dentro de su espacio delimitado y sin superar sus límites, teóricamente nunca deberían alcanzar el ámbito del derecho al honor, por lo que no podrá haber vulneración de éste ni podría hablarse de conducta típica desde la perspectiva del Derecho penal. Así las cosas, incluso puede entenderse que el ejercicio del derecho a la libre información contribuirá a potenciar activamente el derecho al honor<sup>906</sup>.

Por último, existe otro cauce de resolución de este conflicto todavía en nivel de la tipicidad, y que ha disfrutado de un amplio recorrido jurisprudencial y un importante apoyo doctrinal. En esta ocasión, la particularidad se halla en que se admite la existencia de un conflicto, aunque no de derechos, sino de *animi* (de intenciones), extremo que negaban las teorías previamente examinadas. En todo caso, este nuevo conflicto sigue planteándose en la tipicidad del ataque al honor. Nos referimos al criterio del *animus iniuriandi*. Entender que la solución al conflicto se debía buscar en la tipicidad a través del *animus iniuriandi* o *infamandi* exigía considerar la intención de difamar o injuriar como un específico elemento del tipo subjetivo y el delito contra el honor como un delito intencional<sup>907</sup>. Así, la presencia del *animus iniuriandi* venía a revelar la comisión

---

<sup>904</sup> OTTO y PARDO, I.: “La regulación ..., *op. cit.*, pp. 137 y ss.

<sup>905</sup> OTTO y PARDO, I.: “La regulación ..., *op. cit.*, pp. 143 y 144.

<sup>906</sup> DOMINGO, T.: *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 258.

<sup>907</sup> Entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, *op. cit.*, pp. 1274 y ss, que suscribe las palabras de CARRARA: “la esencia de la injuria está en la intención del injuriador”. Parecidamente DEL ROSAL, J.: “De las injurias”, *op. cit.*, p. 99; y también DÍAZ PALOS, F.: “Injurias”, *op. cit.*, p. 635. También JIMÉNEZ DE ASÚA, J.: *Tratado de Derecho Penal* (tomo III), Losada, Buenos Aires, pp. 850 y ss; PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte Especial* (tomo IV; vol. 2º), 5ª edición, Descó, Barcelona, pp. 111 y ss; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo II. Parte especial* (volumen segundo), 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 680.

de ataque al honor a no ser que se consiguiera probar que al ánimo de injuriar era anulado o desplazado por el *animus defendendi, criticandi, narrandi* u otros<sup>908</sup>. Había un conflicto, ciertamente, pero éste se sustanciaba en la tipicidad: el deseo de injuriar, exigencia típica, se enfrentaba a otros propósitos o intenciones que podían desplazarlo. Este planteamiento fue reiteradamente seguido por el Tribunal Supremo para apreciar el delito de injurias; buena prueba de ello es el siguiente extracto jurisprudencial: “es doctrina inveterada de este Tribunal la que declara que el *animus narrandi* o *animus criticandi*, cuando no sirven de antifaz enmascarador del *animus iniuriandi* que subyace tras de ellos, pueden eclipsar o borrar el referido elemento subjetivo del injusto típico, superponiéndose a él y anulándolo”<sup>909</sup>. Esas otras intenciones, en tanto desplazan o excluyen el ánimo de injuriar inserto en el tipo, ayudaban a resolver el conflicto en la tipicidad<sup>910</sup>. El argumento de los ánimos parte de una concepción prevalente del derecho al honor sobre las libertades de información y expresión, derivada de las primeras interpretaciones de la norma suprema tras su entrada en vigor, según las cuales los límites de aquellas libertades vendrían suministrados por el art. 20.4 de la norma fundamental, de tal modo que allí donde comience la lesión del honor terminaría el legítimo ejercicio de esas libertades por tener éstas menos jerarquía que aquél<sup>911</sup>.

A pesar de la pureza de estas formulaciones, en el sentido de que se acomodan ciertamente bien a teorías fuertemente ancladas en el Derecho penal como la *teoría de la imputación objetiva* y la *teoría de la adecuación social*, así como a conceptos que cuentan ya con un largo recorrido, como el de *riesgo permitido* o *los elementos negativos del tipo*, y a pesar de su aparente sencillez y vistosa claridad, en tanto

---

pp. 697 y ss. Recientemente, también, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 300; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>º</sup>.: *Compendio ...*, op. cit., p. 108.

<sup>908</sup> Para un análisis detallado de cada uno de estos *animi*, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 1277 a 1294. Sobre la jurisprudencia de los tribunales en la época en que el criterio del *animus iniuriandi* era el instrumento decisivo de resolución del conflicto, el cual cambiaba su consideración de conflicto de derechos a conflicto de *animi*, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 114 a 118; y sobre jurisprudencia más reciente GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal* (tomo II), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 1445 a 1450.

<sup>909</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985. Estas notas de desplazamiento o anulación han hecho que se bautice a esta etapa jurisprudencial como “fase de exclusión”: si se vulnera el honor, la libertad de expresión no puede entrar en juego, queda excluida por la propia ofensa del honor: HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, p. 102.

<sup>910</sup> Vid., DEL ROSAL, J.: “De las injurias”, op. cit., pp. 100 y 101; vid., así, en la actualidad MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 300; ECHARRI CASI, F. J.: “Derecho ...”, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>911</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (mayo-agosto, 1987), p. 91.

proponen esfuerzos intelectuales de *delimitación* y *limitación* de derechos fundamentales con efectos (casi) apaciguadores y pacificadores de cualquier conflicto entre derechos, lo cierto es que tales propuestas yerran precisamente al no reconocer la verdadera dificultad del problema que estamos tratando, una dificultad que desgraciadamente no puede resolverse a través de una simple delimitación del contenido de los derechos y bienes constitucionales a fin de determinar si la conducta enjuiciada ha respetado esas fronteras, derivándose en caso afirmativo la licitud del comportamiento y en caso negativo, su carácter típico. El método que proponen parece tan sencillo que casi se palpa con los dedos.

Profundicemos más en las deficiencias arriba citadas. Primeramente, es ingenuo creer que con una clara y precisa delimitación del contenido de los derechos y de los bienes constitucionales enfrentados basta para decidir si la conducta que pugna con el honor es típica o atípica. Como observa con razón GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el orden social es problemático y conflictivo, y no consensual ni bucólico<sup>912</sup>, por lo que determinar unos contornos de los bienes jurídicos como parcelas infranqueables, por más que sea ideal, deviene utópico e inoperativo en última instancia. Aun con la mejor y más minuciosa tarea intelectual de descripción del contenido y de la extensión de los bienes jurídicos, creemos que el conflicto entre los derechos involucrados en el caso concreto seguirá presente y no habremos avanzado nada<sup>913</sup>. Para reforzar esa realidad conflictivista a la que estamos aludiendo, podemos recuperar las palabras del jurista portugués FARIA COSTA: “que, en muchas circunstancias, haya una relación conflictual entre el derecho al informar o a ser informado, y el derecho de cada uno a ver preservados sus bienes o valores más esenciales (el honor, la dignidad), es una realidad tan palpable y tan inmediatamente aprehensible que cualquier desatención no puede pasar desapercibida. Y porque las actuales sociedades modernas (plurales) garantizan -y así se adhieren a otras- de la forma más vehemente aquellos segmentos

---

<sup>912</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., pp. 374 y 376. Está de acuerdo en esto MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., p. 232. También rechaza la existencia de “límites naturales” entre los derechos fundamentales, que sirvieran para establecer claras fronteras en el ejercicio de tales derechos, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 53. Y suspicaces sobre la facilidad de establecer límites claros entre los derechos, tales que evitaran el conflicto, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, op. cit., p. 148, y MUÑOZ CONDE, F.: “Libertad ...”, op. cit., p. 845.

<sup>913</sup> Los derechos se integran, dice CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 373, en una esfera de interrelaciones en la que el conflicto es lógico e inevitable, como consecuencia de la naturaleza plural del orden social.

fundamentales de la trama ético-social inherente al desarrollo individual y comunitario, todos están de acuerdo en que el legítimo distorsión de la libertad de imprenta, cuando ofende otros bienes jurídicos, especialmente a bien jurídicos de naturaleza personalísima, merece una sanción criminal”<sup>914</sup>.

En segundo lugar, aun aceptando que pudiera conseguirse una plausible y útil delimitación del contenido de los bienes enfrentados, albergamos también suspicacia por las consecuencias que se derivarían. Mucho nos tememos que en tales operaciones de limitación y delimitación, absorbidos y cegados por la dimensión política, institucional o pública de las libertades informativas, el bien jurídico honor debería conformarse con un espacio más bien limitado. Es decir, la delimitación de la libertad de expresión, por una parte, y del honor, por otra, jugaría en contra de este último al que se le otorgaría un espacio menguante para garantizar así que su invocación no pudiera invadir la extensión dominante de la libertad de expresión. Y aquí nos da la impresión de que, cuando de determinar el contenido del bien jurídico honor se trata, estamos siempre ante movimientos pendulares extremos o movimientos de Pareto: del “honor calderoniano” a una intensa limitación de la extensión del mismo. Y ni lo uno ni lo otro es conveniente. Si no hay jerarquías ni preferencias apriorísticas de derechos fundamentales en la Constitución, entonces no pueden admitirse delimitaciones que a fuerza de sacrificar o reducir un derecho frente a otro se solucionen en una primera fase eventuales conflictos, evitando que se produzcan<sup>915</sup>. Afirmar lo anterior, por si sólo, tampoco resuelve, justo es reconocerlo, el problema, máxime si acto seguido, en la segunda fase, asestamos el golpe definitivo y aceptando que hay un conflicto y que ambos derechos parten de una misma posición inicial, aplicamos automáticamente los típicos privilegios de la libertad de expresión. Pero al menos admitiendo la existencia de un conflicto se guardan las apariencias y se transmite el mensaje de que los bienes en juego se hallan en una misma posición jerárquica y que será en el siguiente momento dogmático donde podremos calibrar ponderadamente las circunstancias en que se ha ejercido la libertad de expresión e información y e introducir las valoraciones y consideraciones político-criminales pertinentes.

---

<sup>914</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 46.

<sup>915</sup> MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 230 y 231. También subraya el problema de tolerar el dominio casi absoluto de la libertad de expresión sobre el derecho al honor, a pesar de ser derechos y libertades de naturaleza semejante, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 58.

Del mismo modo que algunos autores fundamentan su preferencia por las soluciones en sede de tipicidad apoyándose en la concepción de honor que defienden, generalmente honor real o merecido, nosotros hemos de hacer lo mismo. Recordemos, a estos efectos, nuestra concepción del honor basada en el legítimo reconocimiento a que toda persona tiene derecho en tanto que ciudadano con derechos y obligaciones, que pone en práctica el camino vital libremente elegido en una sociedad abiertamente pluralista. Sobre esta base no estamos de acuerdo con quienes creen que determinadas imputaciones deshonrosas no son típicas ni atentan contra el honor cuando versan sobre hechos ciertos porque, en estos casos, no lesionan el honor jurídico-penalmente protegido entendido como valor real de la persona<sup>916</sup>. Nosotros, que no acogemos una concepción del honor real o merecido, entendemos que también las imputaciones deshonrosas de hechos ciertos o los juicios de valor ofensivos atacan el legítimo reconocimiento que merece el ciudadano y, por consiguiente, revisten ya el carácter de típicos, independientemente de que sean falsos o ciertos<sup>917</sup>, extremo que no excluye que en otras fases de la estructura del delito se llega a la conclusión de la conveniencia de dejar la conducta exenta de responsabilidad criminal. Además, en el caso de que la veracidad o la conformidad de los hechos a la realidad se descubriera después de que hubieran sido proferidos y, por tanto, sin conciencia de la misma en el momento de su imputación, ¿cómo puede ser que la verificación ulterior de la veracidad de una imputación de hechos deshonrosos, durante la práctica de la prueba en el juicio, que es una circunstancia futura, incierta e independiente de la voluntad del autor, puede excluir la tipicidad de la conducta?<sup>918</sup> El sentido sustancial de la prohibición de la norma, que para nosotros es no atacar el legítimo reconocimiento que corresponde al ciudadano, ya se ha constatado en la conducta enjuiciada, lo que provoca la declaración de hecho típico, sin perjuicio de que después se sepa durante el desarrollo del juicio que el hecho

<sup>916</sup> Anteriormente nos hemos referido a las propuestas a favor de la exclusión de la tipicidad por razón de la veracidad de los hechos imputados, de LÓPEZ PEGRÍN y de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, pero en este mismo grupo se integra gran parte de la doctrina española que, sobre la base del honor real u honor merecido, defiende que las imputaciones de hecho que sean ciertos de ningún modo puede suponer merma del valor real del sujeto. Entre ellos, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 123; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 826; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 529; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ...”, op. cit., p. 143; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Delitos ...”, op. cit., pp. 351 y 352.

<sup>917</sup> En el mismo sentido LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 42 y 43; MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación ...”, op. cit., pp. 42, 43, 48 y 49.

<sup>918</sup> Esta misma idea la expresa en sentido declarativo, no interrogativo, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos contra el honor”, VIVES ANTÓN, T. S. y BOIX REIG, J.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 684.

imputado era cierto y corresponda, por diversas consideraciones, justificar la conducta o excluir la pena en atención a cuestiones de interés público, resultando así impunes, pero en ningún caso puede negarse que se ha agredido el honor de la persona y que la acción (u omisión) es subsumible en el tipo penal.

Finalmente, queremos hacer una reflexión última sobre estas teorías no conflictivistas. Decir que los derechos no entran en conflicto sino que sencillamente hay que comprobar si se han ejercido o no dentro de sus límites internos, ¿no es acaso una cuestión puramente terminológica? Pues podría entenderse que *ex post*, todo aparente conflicto deviene en *no conflicto* cuando se comprueba que las libertades no se ejercieron dentro de sus límites. En otros términos, hablar de conflicto es una manera de decir: “en apariencia hay conflicto; debemos valorar, pues, si la libertad se ejerció correctamente”. Cuando se entiende que hay conflicto y que es necesario ponderar, realmente creemos que se alude a una tarea intelectual de limitación de los derechos, siguiéndose de ello que el derecho que se ejerce fuera de sus límites (o sin sus requisitos de veracidad, proporcionalidad e interés público, en el caso de las libertades), decae en el conflicto. En fin, buena prueba de que quizá no estemos más que ante cuestiones *nominales* pueden ser las palabras de OLLERO TASSARA cuando dice que la ponderación de derechos necesaria para resolver el conflicto no es sino delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance<sup>919</sup>. También VIVES ANTÓN pone en evidencia cómo los esfuerzos doctrinales de algunos autores por distinguir los conceptos de “desarrollo”, “concreción” o “delimitación” vienen, en definitiva, a ser una “limitación” de los derechos fundamentales y de los bienes jurídicos<sup>920</sup>. Lo que nos sirve a nosotros también para concluir que, en última instancia, hay que fijar límites en el contenido de los derechos, a partir de los cuales, cuando se plantee un conflicto, porque la realidad dinámica de los derechos es eminentemente conflictivista, pueda decidirse qué derecho se ha ejercido sobrepasando los límites, valorando todo ello a la luz de las circunstancias concurrentes.

Y respecto de la teoría de los *animi*, que representa una modalidad específica dentro de las que propuesta que resuelven el conflicto en la tipicidad, en tanto que ésta

---

<sup>919</sup> OLLERO TASSARA, A.: “La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, *La ley*, 6, 1998, pp. 2247 a 2252.

<sup>920</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad ...*, op. cit., pp. 375, 376 y 381.

sí admite la existencia de un conflicto, tampoco podemos aceptarla. Frente a la tesis del *animus iniuriandi* se han formulado numerosas reservas, a las que nos adscribimos: a) implica reconocer que el Código Penal, una ley orgánica, delimita las libertades constitucionales del art. 20 al tipificar el delito de injurias, invirtiendo la jerarquía normativa y contrariando el principio del art. 9.3 de la Constitución que impone al legislador ordinario el respeto de la norma fundamental como norma de rango superior; b) conduce a crear, al margen de Derecho positivo y de forma ostentosamente imprecisa, nuevas reglas que afectan al contenido y límites de la tipicidad; c) nos introduce en el mundo *íntimo* y *subjetivo* del autor para decidir qué *animus* ha prevalecido en su actuación, en lugar de resolver el conflicto en el plano *institucional* y *objetivo* de los principios penales, provocando serios desajustes en el ámbito procesal de la prueba e invirtiendo el principio de presunción de inocencia<sup>921</sup>. La solución es, para colmo, dogmáticamente caótica porque obliga a emprender continuos caminos de ida y vuelta dentro de la estructura del delito, como bien ha reflejado SÁNCHEZ TOMÁS: primero se afirmarían la tipicidad de la conducta al comprobar que se cumplen el tipo objetivo y el subjetivo; a continuación se procedería a analizar si están presentes los presupuestos de la causa de justificación, y una vez constatada ésta positivamente, regresaríamos a la vertiente subjetiva de la tipicidad para entender desplazado el elemento subjetivo del *animus* y concluir declarando la atipicidad del comportamiento<sup>922</sup>. En fin, que no hay razones que exijan mantener el esquema tradicional subjetivista del delito de injuria, por ser éste político-criminalmente inadecuado y dogmáticamente falso<sup>923</sup>. En el modelo correcto, el *animus iniuriandi* o la

---

<sup>921</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., pp. 44 y 45; el mismo en “Colisión ..., op. cit., pp. 91 y 92; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones ..., op. cit., pp. 162 a 164; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Los límites ..., op. cit., pp. 341 y 342; QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención ..., op. cit., p. 76; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos”, MARTÍN-RETORTILLO VAQUER, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (De los derechos y deberes fundamentales, Vol. II), Civitas, Madrid, 1991, p. 902; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 155; CARMONA SALGADO, C.: *Libertad ...*, op. cit., p. 130.

La jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado sobre este extremo reflejando que el criterio del *animus iniuriandi* y la protección jurídico-penal del honor a través de las figuras de la injurias y la calumnia resultan insuficiente para la resolución del conflicto en tanto que no pueden anular la influencia de la libertad de información, constitucionalmente reconocida. Así, SSTC 159/1986, 107/1988, 51/1989, 20/1990, 15/1993, 336/1993, 136/1994, 42/1995, 78/1995 y 173/1995, entre otras.

<sup>922</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones ..., op. cit., pp. 157 y 158.

<sup>923</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Animus iniuriandi e injurias”, *La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4 (1989), p. 986. En la misma línea, BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Delitos ..., op. cit., pp. 41 y 42; el mismo en “Colisión ..., op. cit., p. 87; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., p. 400.

intención de difamar no puede operar como un elemento específico del tipo de los delitos contra el honor pues no lo impone el tipo penal ni acertamos a encontrar otras razones que pudieran justificarlo por vía interpretativa. Las exigencias subjetivas del tipo de los ataques contra el honor se colman con el dolo genérico, esto es, con el conocimiento y volición de estar profiriendo una expresión idónea para lesionar el honor y la asunción de las consecuencias dañosas, sin que sea preciso exigir un requisito subjetivo típico adicional de difícil prueba, salvo por la reprochable vía de la presunción *iuris tantum*.

Después de exponer las teorías doctrinales y las críticas que hemos formulado a todas ellas (tanto la estrictamente conflictivista de los *animi*, como las teorías que hablan de un aparente conflicto en la tipicidad), conviene hacer una precisión. Para reflejar nuestra admisión parcial y limitada de una de las tesis arriba analizadas. Creemos que es posible reconocer cierta eficacia a la adecuación social en los delitos contra el honor, aunque conviene perfilar claramente en qué categoría dogmática alcanza la referida teoría su espacio. Sólo en relación con aquellos casos en que se haga una imputación deshonrosa leve o de escasa entidad podrá sostenerse que el uso de la libertad de expresión ha sido socialmente adecuado y, por consiguiente, en atención al principio de *ultima ratio* y al carácter fragmentario del Derecho penal, no habrá tipicidad. Aquí, excepcionalmente, podríamos acogernos a la teoría de la adecuación social e incluir la “inadecuación social” de la conducta como elemento implícito del tipo penal para dejar fuera aquellos comportamientos que no posean una carga ofensiva digna de consideración<sup>924</sup>. Nos ratificamos en que hay conflictos entre estos derechos y en que la mera limitación y delimitación del contenido de ambos no es suficiente para evitarlos, pero al propio tiempo aceptamos que, en ocasiones, la conducta enjuiciada es tan irrelevante por ser socialmente adecuada o por ajustarse a los usos sociales que no puede tener encaje en el tipo penal y, por consiguiente, lo excluye. Suscribimos lo anterior aclarando que el apoyo excepcional a la adecuación social como causa de atipicidad no implica, en ningún sentido, que participemos de la teoría de los elementos negativos del tipo sólo por entender que la adecuación social es una causa de exclusión de la tipicidad o causa de atipicidad. La defensa de la primera parte (teoría de la

---

<sup>924</sup> Suscribe el criterio de la “adecuación social” también excepcionalmente, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 240.



adecuación social) no conduce indefectiblemente a la defensa de la segunda parte (teoría de los elementos negativos del tipo)<sup>925</sup>.

Conviene, por lo tanto, seguir avanzando para definir la verdadera posición dogmática de la adecuación social. Así, creemos que más que como elemento implícito del tipo penal, la adecuación social caracteriza al tipo en su totalidad y debe recurrirse a ella como principio de interpretación teleológica del tipo penal<sup>926</sup>, que aspira a restringir el ámbito de conductas susceptibles de representar una lesión de entidad considerable para el bien jurídico honor. Siguiendo a ROXIN, dentro de las conductas socialmente adecuadas, los ataques al honor que no encierren suficiente entidad como para considerarlas inofensivas se considerarían atípicos por ser *insignificantes y socialmente toleradas*<sup>927</sup>. Precisamente, con esta formulación mantenemos a salvo nuestra preocupación y suspicacia en relación con las teorías que resuelven el conflicto por vía de la tipicidad a costa de negar que el honor ha sido lesionado: si la adecuación social es una forma de interpretar el tipo penal y orientarlo en exclusiva a la concreta protección del bien jurídico honor, no habrá problemas en admitir que ciertas conductas son atípicas porque ni siquiera han afectado al bien jurídico honor, ya que eran socialmente adecuadas; así entendido, desaparece el problema de ignorar que el bien jurídico honor ha sido lesionado porque en tales casos de bagatela, de escasa envergadura o socialmente adecuados, también nosotros creemos que el honor no ha sido lesionado y que no puede haber hecho típico.

Por lo demás, esta admisión parcial y limitada de la adecuación social de la conducta como criterio interpretativo del tipo del injusto tampoco introduce ninguna novedad en la postura que venimos manteniendo en este trabajo en tanto que la adecuación social de la conducta es coherente con la circunstancialidad de los delitos contra el honor que hemos admitido repetidamente, ya que una conducta se estima

---

<sup>925</sup> Que no se implican necesariamente estas teorías lo afirma LUZÓN PEÑA, D-M.: “Causas de atipicidad y causas de justificación”, LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995, p. 26.

<sup>926</sup> En el sentido de ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 295 y 297; el mismo en *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 52 y 53. Lo califican como “criterio de interpretación restrictiva de los tipos penales” que a causa de una redacción amplia o abierta “extienden en demasía el ámbito de prohibición”, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., p. 257.

<sup>927</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 296; el mismo en *Política ...*, op. cit., p. 53. Así también LUZÓN PEÑA, D-M.: “Causas ..., op. cit., pp. 28 y 29.

ajustada a los usos sociales admitidos cuando es valorada en el marco de unas determinadas circunstancias histórico-temporales, espaciales, sociales y culturales<sup>928</sup>. Dicho esto, aquellas afirmaciones ofensivas de suficiente entidad que sean idóneas o aptas *ex ante* para negar la legítima expectativa de reconocimiento, representarán comportamientos subsumibles en el tipo penal por representar una lesión del honor, sin perjuicio de que, en una fase ulterior, puedan considerarse en juego otras circunstancias que aconsejen dejar el hecho impune y eximir de responsabilidad penal el ataque al honor, que, en todo caso, la sentencia judicial habrá afirmado y constatado.

### **3.2.2 Solución del conflicto con exclusión de la antijuridicidad. Propuesta doctrinal y jurisprudencial: la causa de justificación del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información**

A causa de los inconvenientes arriba indicados, se antojaría necesario suministrar una nueva herramienta para resolver el problema de la colisión entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor, habida cuenta las deficiencias de los mecanismos examinados. Desde un plano estrictamente normativo y bajo el efecto o la influencia irradiante de la Constitución y de las libertades en ella consagradas, la solución pasaría por el *conflicto de derechos, que se suscita en sede de antijuridicidad entre el honor y la libertad de expresión e información, la cual entraría en juego por la vía de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (del art. 20.7 del Código Penal), a través de la técnica de la ponderación*<sup>929</sup>. El Tribunal

---

<sup>928</sup> Desde esta perspectiva, creemos que llegamos a las mismas conclusiones que LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, p. 43, aunque no se refiera a la teoría de la adecuación social, cuando sostiene que “no cualquier imputación de un hecho falso será subsumible en el tipo penal [...], sino sólo aquellas que tengan aptitud para poner en entredicho la fama de una persona, cuestión ésta que dependerá siempre de lo que en cada momento histórico la sociedad considere valioso o desvalioso desde el punto de vista de los comportamientos sociales”.

<sup>929</sup> Así la doctrina ampliamente mayoritaria: VIVES ANTÓN, T.S.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 261; CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades ...”, *op. cit.*, p. 26; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 373; la misma en *Calumnias ...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss, y 96; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, *op. cit.*, pp. 321 a 324; el mismo en MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad de información como causa de justificación de las lesiones al honor”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, 42 (1997), p. 173; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 60; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, *op. cit.*, p. 400; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 246 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, *op. cit.*, p. 45; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 901; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, pp. 157 y 162; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 234 y ss; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, *op. cit.*, pp. 214 y 215; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 340.

Constitucional lo reconoció así también en la Sentencia 104/1986, a la que nos referiremos en varias ocasiones en las siguientes páginas, estableciendo que “es claro que cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber obrado «en el ejercicio legítimo de un derecho» (art. 8.11 del Código Penal) lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico”<sup>930</sup>. En fin, queda superado el tradicional criterio jurisprudencial del conflicto de ánimos, tal y como señaló también el Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de junio de 1995: “la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. El debate se traslada a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de la libertad de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad. El problema de la preferencia del derecho al honor o a la libertad de expresión se tiene que resolver en el *ámbito de la justificación*, o sea, de la *antijuridicidad*”<sup>931</sup>.

---

Con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995 y a la luz del renovado impulso tomado por las libertades de expresión e información, que gozaban de reconocimiento constitucional desde 1978, algunos autores reclamaban ya un rol decisivo para las libertades de expresión y que los eventuales conflictos que pudieran plantearse con el honor se sustanciaran a través de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (del antiguo art. 8. 11 del Código Penal), lo que suponía trasladar el conflicto a la antijuridicidad. Así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, p. 152, no apuesta explícitamente por resolver el conflicto en la categoría de las antijuridicidad con las causa de justificación, pero puede deducirse tal parecer de su rechazo del método tradicional del *animus iniuriandi* como vía de resolución del conflicto y del papel preponderante que estima debe concederse a la libertad constitucional de expresión e información.

También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss, entiende que la aprobación de la Constitución abrió nuevas puertas a la utilización de la vía del antiguo art. 8.11 para resolver estos conflictos. No obstante, la opinión de este autor debe matizarse dado que en sus trabajos ha realizado una amplia distinción de supuestos en los que la ausencia de responsabilidad criminal se justificaba dogmáticamente a través de distintas vías: así, ya indicamos antes que cuando se imputaban hechos objetivamente verdaderos cabía declarar, a juicio del profesor de Salamanca, la atipicidad del hecho, así como cuando nos halláramos en el contexto de la contienda política o electoral y las afirmaciones se correspondieran con lo que la sociedad entiende adecuado en ese entorno; en tales casos podría decirse que la libertad de expresión y su preponderancia operarían en la tipicidad; de esta forma, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE reserva la causa de justificación de la libertad de expresión para algunos supuestos de inviolabilidad parlamentaria (cuando se respetan los presupuestos de la doctrina constitucional sobre el legítimo ejercicio de las libertades informativas) (*op. cit.*, p. 101) y para los numerosos supuestos de crítica política ciudadana (de nuevo cuando se ejerza con respeto a la doctrina constitucional) (*op. cit.*, p. 106).

<sup>930</sup> STC 104/1986, de 17 de julio, f. j. 6º. También SSTC 107/1988, 105/1990, 85/1992, 136/1994, 42/1995, 19/1996, 232/1998, 2/2001, 127/2004 y 266/2005.

<sup>931</sup> La cursiva es nuestra.

La solución del conflicto entre la libertad de expresión e información y el honor en el estadio de la antijuridicidad coincide con la postura adoptada por la doctrina y la jurisprudencia desde la perspectiva del derecho comparado. Así, en Alemania es mayoritaria la interpretación del art. 193 del Código Penal que contiene la célebre cláusula de “la salvaguarda de intereses legítimos” (“*Wahrnehmung berechtigter Interessen*”) como una causa de justificación (“*Rechtfertigungsgrund*”)<sup>932</sup>, representando el ejercicio de las libertades informativas en el ámbito de la crítica pública sobre asuntos de interés general el ejemplo paradigmático de interés legítimo tutelable. En Austria, un instrumento similar como el art. 114 del Código Penal, que a nuestros efectos declara conformes a derecho y justificadas aquellas manifestaciones que aun revistiendo los caracteres típicos de la conducta de difamación o del reproche de delitos enjuiciados, quedan amparadas en un sistema democrático en el que cualquier ciudadano aspira a participar en el intercambio de ideas en la arena político-pública, es catalogado como causa de justificación específica (“*spezielle Rechtfertigungsgrund*”)<sup>933</sup>. En Portugal, cuyo Código Penal transpira una fuerte influencia germánica, el art. 180º.2 contiene también la cláusula de salvaguarda de intereses legítimos (“*realizar interesses legítimos*”) que abre un abanico amplio de opciones al periodista favoreciendo el ejercicio de la libertad de expresión como corresponde a cualquier sociedad democrática, pero conjugando ese interés con la

<sup>932</sup> Entre muchos otros, LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, p. 1407; RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “§ 193. Wahrnehmung berechtigter Interessen”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Deutschland, München, 2006, p. 5; REGGE, J.: “§ 193. Wahrnehmung berechtigter Interessen”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Band 3, §§ 185-262 StGB)*, Verlag C.H. Beck, München, 2003, p. 69; WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechts- und Gemeinschaftswerte*, 32 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008, p. 164; HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, LAUFHÜTTE, H. W., RISSING-van SAAN, R. y TIEDEMANN, K. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Sechster Band, § 146 bis 210)*, 12 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2010, pp. 203 y 204; KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte*, Staat und Gesellschaft, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 202; MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 9 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003, p. 283. Así también se contempla el art. 193 en la doctrina española: vid. CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, p. 57.

Para un estudio más detallado de la cláusula de la “salvaguarda de los interés legítimos” del art. 193 del Código Penal alemán, *supra* Capítulo IV.2.2.4.5.

<sup>933</sup> *Id.*, entre otros, FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch. StGB samt ausgewählten Nebengesetzen*, 10 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010, p. 371; LAMBAUER, H.: “Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes § 114”, TRIFFTERER/ROSBAUD/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009, p. 1. Con más detalle sobre esta disposición del art. 114 del Código Penal austriaco, *supra* Capítulo IV.2.3.4.4.

existencia de otros derechos, como el del honor-honra, que actúa aquí como *fortaleza* ante la libertad de expresión e información<sup>934</sup>. Y, finalmente, no podemos olvidar el camino marcado por las tradición estadounidense en esta materia a raíz especialmente de la doctrina sentada en el caso *New York Times v Sullivan*, resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1964, en la que se establece el estándar del “*actual malice*” como nivel de responsabilidad (“*fault*”) que debe concurrir en el comportamiento del demandado (normalmente, un periodista de los medios de comunicación) y que debe ser acreditado por el demandante con “claridad convincente”, tal y como exige la I Enmienda. Con la exigencia de “la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad”, el Tribunal Supremo extendía la protección constitucional más allá de las informaciones verdaderas, también a las informaciones erróneas que son inherentes a toda actividad periodística, en consonancia con la necesidad en toda sociedad democrática del discurso político y la crítica ciudadana al gobierno<sup>935</sup>. Con esta interpretación amplia de la I Enmienda se garantizaba la plena efectividad del “intercambio de ideas en la arena pública” y la formación de “la voluntad general a través de medios legítimos”<sup>936</sup>.

Volviendo al derecho español, como hemos indicado ya, la resolución del conflicto nos dirige hacia la técnica de la ponderación, que puede seguir diversos cauces: a) una ponderación casuística en la que el juez resuelve caso a caso en atención a las circunstancias concurrentes y con arreglo a sus propias consideraciones, esto es, sin un patrón determinado impuesto por otra instancia superior; b) una ponderación legal, en la que la norma jurídica ya ofrece los parámetros conforme a los cuales se concederá preferencia a uno u otro derecho; c) una ponderación intermedia en la que el juez resuelve el conflicto aplicando unos determinados criterios jurisprudencial y no legalmente establecidos<sup>937</sup>, pero constatando él mismo la concurrencia de los requisitos

---

<sup>934</sup> FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 59; OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.: “Sociedade da informação e liberdade de expressao”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLVIII, nº 1 y 2 (2007), p. 12. Con más detalle, *vid. supra* Capítulo IV.3.3.

<sup>935</sup> BARENDT, E.: *Freedom of Speech*, 2nd edition, Oxford University Press, New York, 2005, p. 209; también HO YOUM, K.: “Actual Malice in U.S. Defamation Law: The Minority of One Doctrine in the World?”, *Journal of International Media & Entertainment Law*, 2011-2012, pp. 3 y 4.

<sup>936</sup> Un estudio más detenido de esta sentencia, así como de los cambios que introdujo en el régimen de acciones por difamación en el derecho angloamericano, *supra* Capítulo IV.6.3.2.1.

<sup>937</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 63 y 64; MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 174 a 176.

necesarios para poder aplicar dichos criterios y valorando si las circunstancias del caso concreto son subsumibles u homologables a las definidas en abstracto por esa instancia judicial superior. Precisamente, este fue el modelo de ponderación elegido para el conflicto entre el honor y las libertades informativas: ponderación realizada por el juez que valora, con arreglo a su margen de apreciación, la adecuación de las circunstancias del caso concreto a los criterios de resolución del conflicto marcados por el Tribunal Constitucional; es decir, una ponderación judicial seguida de una ponderación por el Alto Tribunal<sup>938</sup>.

La necesidad de recurrir al método de la ponderación para la resolución del conflicto entre el derecho al honor y las libertades informativas, ya fue admitida por el Alto Tribunal en la fundamental Sentencia 104/1986, en la que sostuvo que “cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un *conflicto de derechos*, ambos de rango fundamental”. En otros términos, el Alto Tribunal reconoce que el ejercicio de un derecho (a la libertad de expresión, por ejemplo) puede afectar negativamente (o invadir) el ámbito de actuación o alcance de otro (el derecho al honor), siendo así que en tal caso habrá surgido un conflicto de derechos que deberá resolverse mediante la ponderación y analizando cuál de ellos debe prevalecer, partiendo, eso sí, de la base irrefutable del rango fundamental de ambos”. Esta misma idea fue confirmado por el Tribunal Constitucional en la misma sentencia 104/1986: “no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya [ha] de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan [han] de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras”<sup>939</sup>.

A continuación debe darse un segundo paso que podría parecer contradictorio o incompatible con lo que hemos afirmado anteriormente, pero que con una correcta interpretación encontrará encaje. Así, en los primeros momentos de la evolución de la

---

<sup>938</sup> STC 19/1996, de 12 de febrero, f. j. 3º.

<sup>939</sup> STC 104/1986, de 17 de julio, f. j.5º. Podría decirse, como hace MUÑOZ LORENTE, J.: “Injurias ..., *op. cit.*, p. 1, que el “Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha establecido una especie de «ley» para resolver los conflictos entre el honor y las libertades de expresión e información”.

jurisprudencia constitucional, el Alto Tribunal afrontó los casos de ponderación desde la doctrina constitucional norteamericana de la posición preferente (“*preferred position*” o “*preferred freedoms*”) que dota al ejercicio de estas libertades de la máxima eficacia justificadora<sup>940</sup>. La influencia de esta doctrina constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha sido ampliamente admitida, como también lo es el papel decisivo que para la construcción teórica de esa jurisprudencia sobre la posición preferente de la libertad de expresión e información, definitivamente consagrada en el célebre caso *New York Times v. Sullivan*, de 1964, jugó el pensamiento del filósofo MEIKLEJOHN<sup>941</sup>. En el entorno angloamericano existe una amplia y consolidada tradición de estudio del papel de la libertad de expresión e información al servicio de la búsqueda de la verdad y de la formación de la opinión pública libre como garantía de un poder público independiente, no censor y de una sociedad civil auténticamente libre; a tales fines responden las valiosas aportaciones de J. MILTON (“*Areopagítica = Areopagítica*”) <sup>942</sup>, J. S. MILL (“*On Liberty*”) <sup>943</sup> y Z. CHAFEE (“*Freedom of Speech in War Time*”) <sup>944</sup>. Sobre esa base MEIKLEJOHN, en otro trabajo para la posteridad<sup>945</sup>, sostuvo que la única garantía para una sociedad libre en la que el Gobierno no pudiera imponer las líneas de pensamiento ni pudiera interferir en la orientación de las discusiones y de las opiniones, permitiendo a los ciudadanos que intercambiaran libremente sus ideas y opiniones sobre los asuntos públicos en el “mercado libre de las ideas” (“*free trade of ideas*”) en el que todas participan y toman parte en una posición de igualdad, o están dotadas de un estatus de igualdad (“*equality of status in the field of ideas*”), era el otorgamiento a la libertad de expresión e información de una posición

---

<sup>940</sup> La doctrina de las “*preferred freedoms*” fue estudiada con más detalle al analizar el régimen de las acciones por difamación en el “*Common Law*” y al examinar con detalle los hechos, los fundamentos de derecho y las consecuencias de la célebre Sentencia *New York Times v. Sullivan*, de 1964, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. *Vid.*, así, *supra* XXXXXX.

<sup>941</sup> *Vid.*, entre otros, VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad ...*, op. cit., p. 368; el mismo en “Libertad ...”, op. cit., p. 253; MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 90 y ss, y pp. 173 y ss; DOMINGO, T.: *¿Conflictos ...*, op. cit., pp. 49 a 78; CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades ...”, op. cit., pp. 10 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Delitos ...”, op. cit., p. 245; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ...”, op. cit., p. 174 y nota al pie nº 7. En la consolidación de esta doctrina en la jurisprudencia constitucional española también ha ejercido notable influencia la que ha emanado del Tribunal Constitucional Federal alemán al interpretar el art. 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn, como ponen de relieve BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 109 a 114, y HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor ...*, op. cit., p. 107.

<sup>942</sup> MILTON, J.: *Areopagítica = Areopagítica / John Milton (estudio preliminar de Marc Carrillo; traducción, edición y notas de Joan Curbet)*, Madrid, Tecnos, 2011.

<sup>943</sup> MILL, J. S.: *On liberty (edited by John Gray and G. W. Smith)*, New York, Routledge, 1991

<sup>944</sup> CHAFEE, Z. Jr.: “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, 32 (June, 1919).

<sup>945</sup> MEIKLEJOHN, A.: *Political freedom. The Constitutional Powers of The People*, New York, Oxford University Press, 1965.

privilegiada en el elenco de los derechos y libertades, en consonancia con la I Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos<sup>946</sup>.

En el contexto español, la mencionada posición preferente deriva de la coexistencia de dos dimensiones o vertientes en el seno de las libertades de expresión e información: a) dimensión subjetiva, como derecho de libertad de todos los ciudadanos a la ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación; b) dimensión institucional, como “reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”<sup>947</sup>. Además, afirmar la posición preferente de la libertad de expresión y admitir su participación en el conflicto con el honor por la vía de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, no hace sino consagrar al más alto nivel la función pública e institucional de la libertad de expresión al servicio de la sociedad democrática y de los principios constitucionales. Nunca con más razón podría aceptarse que el Ordenamiento tolera ciertos comportamientos porque la lesión del bien jurídico pesa ponderadamente menos que los beneficios que se obtienen de permitir la conducta que lo lesiona, especialmente cuando tales efectos suponen la proyección de los principios constitucionales básicos de libertad y pluralismo y entroncan con el corazón de la sociedad democrática<sup>948</sup>.

La elevación de estas libertades a *conditio sine qua non* para la formación de la opinión pública era imprescindible para poder equilibrar la balanza entre el derecho al honor y las libertades del art. 20 de la Constitución española, que tradicionalmente se inclinaba a favor del primero por una interpretación puramente gramatical o literal del art. 20.4. Sin embargo, en este punto es donde puede encontrarse la contradicción a que

---

<sup>946</sup> MEIKLEJOHN, A.: *Political freedom ...*, op. cit., p. 27. Las aportaciones filosóficas de los referidos autores y las consecuencias jurídicas de tales teorías en el debate sobre la libertad de expresión e información en la doctrina angloamericana, han sido estudiadas con más detenimiento *supra* Capítulo IV.6.1.3.

<sup>947</sup> STC 12/1982, de 31 de marzo, f. j.3º. También en SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992, 85/1992, 78/1995, 132/1995 y 176/1995.

RODRÍGUEZ BEREIJO, A. B.: “Libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, 72 (1997), p. 2, se refiere a estas vertientes también como funcional y estructural, respectivamente, conectando la última directamente con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 CE).

<sup>948</sup> En este sentido también GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., p. 400; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 68 a 71, 79 y 119.



antes nos referíamos: ¿es compatible sostener la posición preferente de las libertades informativas por su contribución a la formación de la opinión pública libre, pilar básico del sistema democrático, con el planteamiento de la igualdad jerárquica de las libertades informativas y el honor de cara a un eventual conflicto entre aquellas libertades y este derecho? En otras palabras, que las libertades del art. 20, “dada su jerarquía institucional, no pueden resultar desnaturalizadas ni incorrectamente relativizadas” o que estas libertades “se hayan dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el honor”<sup>949</sup>, son afirmaciones que podrían contravenir el mandato del art. 20.4 (el derecho al honor, entre otros, es límite específico de las libertades del art. 20) e incluso postulados básicos como que ningún derecho es absoluto y que los límites, tanto como los derechos, en cuanto derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social<sup>950</sup>.

Deviene preciso hacer un juego de equilibrios en este momento porque, así planteadas las cosas, podríamos extraer consecuencias indebidas que no se avinieran bien con nuestro marco constitucional. Dicho efecto perjudicial sería otorgar en abstracto y apriorísticamente una posición preferente a las libertades informativas en todo caso, a pesar de que la Constitución no les concede tal estatus privilegiado y de que tampoco contiene ninguna norma de jerarquía entre los derechos fundamentales, con lo que estaríamos yendo más allá de lo que el propio constituyente quiso establecer<sup>951</sup>. Para eludir tales problemas, el movimiento estratégico pasa por entender que, en principio, el valor preferente de las libertades informativas no implica valor jerárquico ni prevalencia apriorística, de tal modo que no tienen carácter absoluto ni rango superior a los derechos colindantes, como el honor<sup>952</sup>; pero, acto seguido, debe aceptarse

---

<sup>949</sup> STC 107/1988, de 8 de junio de 1988, f. j. 2º. También en SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, 165/1987, 20/1990, 176/1995 y 14/2003.

<sup>950</sup> STC 159/1986, de 16 de diciembre, f. j. 6º. Es cierto que el constituyente pudo haber otorgado explícitamente un rango superior a la libertad de expresión, pero en tanto pudo y no lo hizo, el Tribunal Constitucional no puede separarse de la voluntad del constituyente y, por la vía de su jurisprudencia interpretativa, imponer una especie de “Constitución implícita”. Así, VIVES ANTÓN, T. S.: *Libertad ...*, op. cit., p. 369.

<sup>951</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, pp. 369 y 404; CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades ...”, op. cit., p. 16; GALLEGU ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994, p. 187; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Los límites ...”, op. cit., p. 352; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Delitos ...”, op. cit., p. 246.

<sup>952</sup> STC 34/1996, de 11 de marzo, f. j. 4º.

también que las libertades informativas en conflicto con el bien jurídico honor gozarán de esa prevalencia en atención a su dimensión institucional u objetiva, siempre y cuando su ejercicio esté acompañado de ciertos requisitos o presupuestos que han de concurrir necesariamente para apreciar su *posición preferente*. En los términos indicados debe desarrollarse el *método de la ponderación* que el Tribunal Constitucional entiende de la siguiente forma: “a la hora de aplicar los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá [...], habida cuenta de las circunstancias, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito. Pues, en tanto la labor del informador se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos, no podrá considerarse que han afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución de modo que quepa una sanción penal al respecto”<sup>953</sup>. En consecuencia, procede verificar si las libertades han sobrepasado o no los límites de su ejercicio lícito y preferente, partiendo del contenido, alcance y finalidad que la Constitución les atribuye<sup>954</sup>, a fin de delimitar el “núcleo duro” de estas libertades, esto es, unos parámetros definidores del contenido constitucional de los derechos de expresión e información, dentro de cuyos límites el ejercicio de tales libertades será siempre prevalente<sup>955</sup>, por lo que la eventual invasión del ámbito del bien jurídico honor habrá sido proporcional. Dicho en otras palabras: si el *desarrollo* de un derecho fundamental o de un bien jurídico significa la *determinación* de su contenido concreto, lo que es tanto como su *limitación*, dejando fuera de dicho contenido determinadas parcelas o facultades, entonces el juez habrá de justificar su tarea de ponderación en la aplicación de determinados criterios y límites con sujeción al principio de proporcionalidad. En definitiva, el Tribunal Constitucional viene a desplegar el *método de la ponderación* remitiéndose al submétodo más habitual del *principio de proporcionalidad*, conforme al cual uno de los derechos prevalecerá sobre el otro, siendo el preferente o preponderante,

---

<sup>953</sup> STC 105/1990, de 6 de junio, f. j. 3º.

<sup>954</sup> STC 219/1992, de 3 de diciembre, f. j. 2º.

<sup>955</sup> SARAZÁ JIMÉNEZ, R.: *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 207. De esta forma, el criterio de los límites y el contenido propio de los derechos se convierten en canon de la ponderación constitucional, que conduce a la necesaria delimitación de cada uno de ellos como momento previo al de dilucidar si, excediendo de su ámbito constitucionalmente protegido, se ha podido invadir o lesionar la esfera de un derecho ajeno (STC 336/1993). Así, RODRÍGUEZ BEREIJO, A. B.: “Libertad ..., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

si le avalan los criterios de la idoneidad o adecuación, el de necesidad (en abstracto y en el caso concreto) y el de proporcionalidad (en abstracto y en sentido concreto)<sup>956</sup>.

Suministrados por la jurisprudencia constitucional y sistematizados por la doctrina, los mencionados parámetros de la técnica de ponderación que dibuja los límites dentro de los cuales el ejercicio de las libertades del art. 20 queda exento de responsabilidad criminal frente a un eventual ataque a los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE, por mor del art. 20.7 del Código Penal (circunstancia eximente de responsabilidad basada en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo), son tres. La primera condición conecta la libertad de expresión con los principios básicos del sistema democrático y con los valores superiores del ordenamiento jurídico. Habrá el ejercicio de la libertad de expresión e información será legítimo cuando *el interés de la información y a la persona a que se refiere revistan carácter público*. “El valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública libre indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública” (STC 107/1988). Por lo anterior, en ocasiones este segundo requisito suele reconducirse a la necesidad de que las libertades informativas sean ejercidas al servicio de la formación de una opinión pública libre, la cual es auténticamente una institución en el Estado democrático de Derecho<sup>957</sup>. Es decir, “se requiere que las opiniones o informaciones vertidas se limiten a lo necesario en relación a la finalidad de difusión de la noticia o del pensamiento de

---

<sup>956</sup> Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 68 y ss, y 122; el mismo en “Los límites ..., op. cit., p. 350; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., op. cit., p. 256; el mismo en *La libertad ...*, op. cit., p. 381; ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: “Derecho penal y libertades ..., op. cit., p. 559.

La teoría normativa del principio de proporcionalidad constituye el referente más utilizado para realizar la ponderación en un caso concreto. Existen, no obstante, otras alternativas al principio de ponderación, esto es, otras formas de ponderación que no pasan por el principio de proporcionalidad, y que merecerían atención. Así, HURLEY propone, en el marco de la “orientación coherentista” un procedimiento que intenta encontrar la razón mejor fundada que pueda sustentar una de las alternativas en conflicto. En la doctrina española ha puesto la atención sobre esta propuesta, aplicándola en el ejemplo paradigmático del conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, MARTÍNEZ ZORRILA, D.: “Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto, 2009), pp. 119 a 144, especialmente pp. 133 a 139.

<sup>957</sup> SSTC 6/1981, 12/1982, 104/1986, 159/1986, 168/1986, 107/1988 y 20/1990. En la doctrina, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 48; CARMONA SALGADO, C.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 118 a 125.

que se trate, pues si hay expresiones atentatorias contra el honor en lo que pudiera exceder de tal finalidad, dejaría de actuar tal causa de justificación”<sup>958</sup>:

- a) Respecto a los *asuntos de interés general para la opinión pública*, parece claro que habría que incluir hechos con trascendencia política, social, cultural, científica o artística, pero tampoco pueden excluirse otros de esta enumeración dada la imposibilidad de establecer a estos efectos un catálogo cerrado de lo que deba entenderse por asuntos de interés público para la opinión pública<sup>959</sup>.
- b) Por lo que a las *personas de relevancia pública* se refiere, están obligadas a soportar un mayor nivel de intromisión en sus derechos de la personalidad, pues en tales casos la libertad de información es un instrumento al servicio del pluralismo político y de la apertura de la sociedad democrática<sup>960</sup>. Por tanto, la eficacia protectora de estas libertades despliega sus mayores efectos cuando se refiere a personas públicas que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, matiz este último (conexión con los asuntos públicos) que excluye de los focos de la libertad de información aquellas circunstancias de los personajes públicos que carezcan de toda conexión con la vida pública. En otras palabras, eficacia eximente de la libertad de expresión e información pierde su razón de ser en el caso de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público<sup>961</sup>.

En segundo lugar, *la información comunicada ha de ser veraz*, pero no en el sentido de veracidad absoluta *ex post* o veracidad objetiva, sino como específico deber de diligencia *ex ante* del informador, “a quien se le puede y debe exigir que lo que

<sup>958</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 3ª, de 5 de junio de 2003.

<sup>959</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Los límites ..., *op. cit.*, p. 353; el mismo en *Honor ...*, *op. cit.*, p. 121.

<sup>960</sup> Entre otras, SSTC 105/1983, 165/1987, 51/1989, 105/1990, 190/1990, 5/1992, 20/1992, 85/1992, 240/1992, 15/1993, 123/1993, 173/1995, 173/1995 y 26/1996. Dicho esto, conviene distinguir, por una parte, entre “los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública [y que] aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas [respecto de los cuales], el derecho de información alcanza su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general”, y por otra, “aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos” (STC 171/1990, de 12 de noviembre, f. j. 5º).

<sup>961</sup> *Vid.*, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 133; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, *op. cit.*, p. 123; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ..., *op. cit.*, p. 177.

transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos”, pero sin llegar a exigir “la verdad como condición para el reconocimiento del derecho”, pues en ese caso “la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”, algo inadmisibles en una sociedad democrática que debe aceptar que “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre” (STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 5º)<sup>962</sup>. Es decir, la información debe ser subjetivamente veraz, en el sentido de que el informador, tras realizar las actuaciones de comprobación diligente, llegue a la convicción de la veracidad de la información que trasmite, extremo que no estará presente cuando divulgue los hechos “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, estando presente un ánimo de “malicia” en el informador. En fin, no es una cuestión de “verosimilitud absoluta” sino de información “diligentemente contrastada” (STC 22/1995, de 30 de enero, f. j. 2º), diligencia que se acreditará una vez examinada la fuente de la información y la naturaleza de la información, entre otras circunstancias.

Y, finalmente, *la expresión o información no puede ser formalmente vejatoria, insidiosa, humillante o, en fin, insultante*, “dado que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona” (STC 105/1990)<sup>963</sup>. La exigencia de esta “proporcionalidad” es el reverso de la exigencia de la veracidad de la información que se aplica para los hechos sobre los que recae la libertad de información, requisito que no puede ser impuesto cuando se trata de la libertad de expresión, que al versar sobre juicios de valor, pensamientos y opiniones no puede ser sometida al mismo patrón de la veracidad que la libertad de información; por ello, como limitación equivalente o sustitutiva para las opiniones o juicios de valor se establece la de “proporcionalidad”<sup>964</sup>, de tal forma que devendrían desproporcionadas aquellas afirmaciones innecesarias e inadecuadas que invadieran el contenido esencial del bien jurídico honor, violentando así el art. 53.1 de la Constitución. Debe insistirse en

---

<sup>962</sup> Este límite de la veracidad no es aplicable a la libertad de expresión, cuyo producto (los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor) no se presta, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud ni a una prueba de su verdad. Las opiniones no pueden ser veraces o inveraces, sino fundadas o infundadas; dicho esto, debemos tener en consideración que la exigencia de que una opinión expresada resulte a través de un juicio *ex ante* fundada debe cumplir aquí el mismo papel que cumple la exigencia de veracidad en sede de libertad de información. Así, RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 904; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos* ..., *op. cit.*, pp. 48 a 50.

<sup>963</sup> También SSTC 172/1990 y 336/1993.

<sup>964</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 256; el mismo en *La libertad* ..., *op. cit.*, p. 381; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor* ..., *op. cit.*, pp. 68 y ss, y 122; el mismo en “Los límites ..., *op. cit.*, pp. 350 y 357; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 376.

que “las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno [son] en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio” (STC 165/1987)<sup>965</sup>. La utilización de esta clase de expresiones implicaría una quiebra de la prevalencia de la libertad de expresión aun en el caso de que lo afirmado tuviera por finalidad formar a la opinión pública. Quedan fuera del ámbito de protección de la libertad constitucional de expresión, por consiguiente, como sostiene VIVES ANTÓN, “las injurias formales o absolutas”<sup>966</sup>, figura esta que mantiene conexión con las igualmente llamadas “injurias formales” (“*Formalbeleidigungen*”) del derecho alemán, respecto de las cuales, también como en nuestro ordenamiento, no cabe prueba de la verdad por prohibición expresa del artículo 185 del Código Penal alemán<sup>967</sup>. Las injurias formales, gratuitas o absolutas, que según la doctrina alemana constituyen el “contra-concepto” de la libertad de expresión (“*Gegenbegriff*”) <sup>968</sup>, quedan fuera de la protección constitucional de esta libertad y su existencia evidencia que la libertad de expresión no puede ser absoluta. Por representar una lesión tan reprochable o repugnante del honor, tan “pura”, las injurias formales constituyen una lesión del honor del ser humano en cuanto tal<sup>969</sup>.

No obstante lo anterior, el límite de la inadmisión del insulto tampoco debe tomarse de forma absoluta pues hay ciertos insultos que no menoscaban la fama ni la autoestima del sujeto, de modo que pueden reconducirse a la vía de la falta de injurias<sup>970</sup>. En fin, que ni siquiera la “faceta injuriosa” ni las “palabras despectivas” son elemento de juicio suficiente para apreciar una injuria formal, máxime cuando el conjunto de las expresiones enjuiciadas acredita que se han formulado al amparo de

---

<sup>965</sup> También SSTC 107/1988, 200/1998, 112/2000 y 99/2002.

<sup>966</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., p. 258; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 122; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 154 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Delitos ...”, op. cit., p. 247; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*...”, op. cit., pp. 116 a 118; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho ...*, p. 128.

<sup>967</sup> Un estudio más detallado de las injurias formales del derecho alemán y de la prueba de la verdad, supra Capítulo IV.2.2.4.4.

<sup>968</sup> HERZOG, R.: “Artikel 5”, MAUNZ/DÜRIG.: *Kommentar zur Grundgesetz (Band I. Texte. Art. 1-5)*, 62, Ergänzungslieferung, Verlag C. H Beck, München, 2011, p. 15a (Art. 5)

<sup>969</sup> BALTIM, M.: *Das Rechtsgut der Ehre und sein Schutz gegen üble Nachrede*, Buch und Werkdruckerei Phil. Baltin, Gevelsberg, 1917, p. 19.

<sup>970</sup> TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, op. cit., p. 326. La reforma proyectada del Código Penal, que acaba con la figura de las faltas penales, elimina las faltas de injurias, salvo en casos de violencia psíquica en el ámbito doméstico (art. 173), por lo que la vía de castigar más levemente los insultos menos ofensivos a través de la falta desaparece, lo que obligará al aplicador del derecho a ser más fino a la hora de juzgar la entidad del insulto y su potencial lesividad de la fama y la autoestima de la víctima.

libertades o derechos prevalentes, como la libertad de expresión o la libertad ideológica vinculada al pluralismo político<sup>971</sup>.

### 3.2.3 Crítica y toma de posición

Llega el momento de formular nuestra propuesta habida cuenta la insuficiencia de las tesis formuladas para ofrecer una salida satisfactoria al conflicto entre el honor y la libertad de expresión, que sea operativa en la práctica y, al propio tiempo, que tenga encaje en el derecho positivo.

Con carácter general se sostiene que un conflicto entre dos bienes jurídicos de rango constitucional debe residenciarse en la categoría de la antijuridicidad. Es comprensible el planteamiento que defienden que la antijuridicidad y las causas de justificación representan la categoría dogmática y los instrumentos adecuados donde valorar el conflicto entre el honor y la libertad de expresión, pues es en esta sede donde se puede tomar auténtica conciencia de la dimensión institucional y objetiva de la libertad de expresión al servicio de la opinión pública libre<sup>972</sup>. Superada la fase de la tipicidad, será el momento de estudiar en la categoría dogmática de la antijuridicidad si la conducta puede estimarse por razones jurídicas y político-criminales, procedentes de todos los sectores del Ordenamiento, ajustada a Derecho, justificada y consentida por el Ordenamiento. Puede que quien más ilustrativamente exponga todo esto sea ROXIN cuando sostiene que “la función político-criminal de las causas de justificación es la solución social de conflictos; en efecto, con las causas de justificación penetra en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales”<sup>973</sup>. Precisamente, la esencia de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho consistiría en ser un mecanismo para declarar ajustadas al ordenamiento conductas que, habiéndose

---

<sup>971</sup> STC 20/1990, de 15 de febrero, f. j. 5º.

<sup>972</sup> Así, entre otros, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 230 y 231; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 89.

<sup>973</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Política ...*, op. cit., p. 56; PERRON, W.: “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41 (Fasc/Mes 1, 1998), p. 141. También VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, PPU, Barcelona, 1994, p. 55, señala que la antijuridicidad es el lugar adecuado para el despliegue de las funciones político-criminales al servicio de la solución de conflictos sociales de intereses. La apertura de las causas de justificación a la totalidad del Ordenamiento jurídico deriva, finalmente, del propio principio de unidad del ordenamiento mismo; así, SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría general de la justificación”, *Revista Penal*, 5(2000), p. 78.

practicado en ejercicio legítimo de un derecho, constituyen indiciariamente comportamientos típicos y antijurídicos, aunque, a continuación, realizado un examen que puede descansar en la teoría de la colisión de intereses (o también de la ponderación de intereses o del interés preponderante), según la cual existe un interés superior o de mayor peso para el Ordenamiento al interés del bien jurídico lesionado, que debe prevalecer sobre éste último<sup>974</sup>, pueda concluirse finalmente que la conducta está justificada y que el Ordenamiento no la ha querido prohibir.

De este modo, aunque la teoría general diga que los conflictos deben ser debidamente resueltos en la categoría de la antijuridicidad, nosotros defendemos una postura distinta para el caso del conflicto entre el honor y la libertad de expresión. Planteamos esta alternativa desde una doble consideración: es la solución que impone el derecho positivo, por una parte, y es la solución más acorde a la especial naturaleza del conflicto entre la libertad de expresión y el honor, por otra.

Empezaremos con los argumentos que atienden a la regulación positiva y a la perspectiva de *lege data*. Las propuestas estudiadas anteriormente favorables a examinar el conflicto en sede de antijuridicidad no son viables, no tiene encaje legal. Tal y como están redactados los tipos penales de las injurias y de las calumnias, parece que por decisión del legislador el conflicto entre los derechos en liza debe sustanciarse en la categoría de la tipicidad, y no en la de la antijuridicidad. Las injurias, en el art. 208.3, y las calumnias, en el art. 205, se caracterizan porque el tipo penal incluye la realización de las mismas “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Cuando analicemos con más detalle la conducta típica injuriosa y calumniosa podremos explayarnos en estas explicaciones, pero por ahora basta con

---

<sup>974</sup> Es el criterio decisivo para VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., p. 56; pero ciertamente no es el único, sino que existen otros útiles para ciertas causas de justificación, lo que ha llevado a algunos autores a defender la conveniencia de fundamentar cada causa de justificación de manera individualizada. Sobre los criterios de sistematización de las causas de justificación, y debate entre las teorías monistas y dualistas, entre otros, ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 572 a 576; el mismo en “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena” (traducción al castellano de POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, 46 (1992), p. 171; PERRON, W.: “Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán” (traducción de PAREDES CASTAÑÓN, J. M.), LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995, pp. 67 a 86; VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., pp. 42 a 48; LUZÓN PEÑA, D-M.: “Causas ...”, op. cit., pp. 32 y 33; el mismo en *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, pp. 574 y 575; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial IBdef, Buenos Aires, 2011, p. 126; SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría ...”, op. cit., p. 80.



adelantar que tales cláusulas operan como elementos específicos del tipo subjetivo, de tal forma que lo particular y decisivo en los delitos contra el honor es la falsedad subjetiva que debe estar presente para entenderse típica la conducta<sup>975</sup>. Con la falsedad subjetiva entra en aplicación, en sede de tipicidad, toda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad subjetiva que hemos explicado previamente, y sobre cuyo contenido y su eficacia para resolver el conflicto no formulamos crítica alguna. La cuestión es que, frente a otras propuestas, nosotros creemos que dicha doctrina constitucional debe ser valorada y aplicada en la tipicidad, donde se dirime si el sujeto ha actuado con falsedad subjetiva.

Siguiendo este hilo conductor, estamos de acuerdo, por tanto, con aquellas autoras que, pese a su rechazo por la opción legislativa tomada, entienden que, de *lege data*, el legislador de 1995 incluyó en el tipo penal de las injurias consistentes en las imputaciones de hechos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de veracidad o conciencia subjetiva de la falsedad, trasladando la solución del conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información al plano de la tipicidad subjetiva, aunque se haga por la vía de anticipar el examen de la concurrencia de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (la libertad de expresión e información) al estadio de la tipicidad, con lo que “se diluye la aplicación ortodoxa de la teoría del delito”<sup>976</sup>. CARMONA SALGADO aclara, además, que con una regulación como la actual debe denunciarse la diversidad de métodos existentes para resolver el conflicto, pues mientras el legislador lo solventa en la tipicidad, la jurisprudencia, apartándose del espíritu de la ley, lo hace en la antijuridicidad<sup>977</sup>, por más que sea dogmáticamente más razonable. Sucede, sin embargo, que en esta ocasión el criterio general de solución de conflicto no es el seguido por la ley penal. Pretender resolver en la antijuridicidad un conflicto que está planteado legislativamente en la tipicidad, es rebuscado y forzado. Por ello, no estamos de acuerdo con LAURENZO COPELLO cuando, refiriéndose a la localización dogmática del elemento “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, afirma que “cuesta comprender por qué

---

<sup>975</sup> Ampliamente sobre el concepto, naturaleza y características del “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como elemento adicional del tipo subjetivo de las injurias, *infra* Capítulo V.3.3.1.2.1; y de las calumnias, *infra* Capítulo V.3.4.1.2.1.

<sup>976</sup> Vid. CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 73; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio ...*, op. cit., p. 102.

<sup>977</sup> Así, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 75.

es necesario buscarles una ubicación algo forzada en el tipo subjetivo cuando su lugar natural parece encontrarse en el ámbito de la teoría del delito donde se deciden los conflictos entre el honor y la libertad de información”<sup>978</sup>. Si ha habido proceder forzado en todo caso será el del legislador, pero no el de quienes ante el derecho vigente buscan darle la interpretación más adecuada. Es un principio básico del derecho ofrecer una interpretación de la norma jurídica que la haga compatible con el resto del ordenamiento jurídico y que favorezca el mantenimiento de su vigencia. Si se quiere resolver el conflicto entre el honor y la libertad de expresión en la antijuridicidad, algo que podría ser coherente con la función político-criminal de las causas de justificación, es preciso una reforma legislativa, toda vez que examinada la regulación vigente se extrae la conclusión de que el legislador residenció el conflicto en la tipicidad al incluir en este estadio dogmático la referencia al “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Por esta razón, disentimos otra vez de la profesora LAURENZO COPELLO cuando, luego de lo dicho arriba, añade que “si se conviene en que la resolución de tales conflictos constituye un problema de antijuridicidad, no veo motivos para sustraer uno de los requisitos esenciales sobre los que se construye la preferencia de un derecho sobre otro en ese ámbito natural; desde luego que en ningún caso el argumento puede venir de la mano del texto legal, pues es sabido que las figuras delictivas no sólo hacen mención de los elementos típicos, siendo perfectamente posible la presencia de otros presupuestos de la pena ajenos a la tipicidad”<sup>979</sup>. Desde nuestro punto de vista, para lo que no hay razones es para sustraer del tipo un elemento que, por una razón u otra, el legislador ha querido incluir en el tipo penal de las injurias y de las calumnias. Como observa ROXIN, iríamos contra la voluntad del legislador si elementos que ha incluido en el tenor literal, los extrajéramos del tipo penal y los lleváramos a la antijuridicidad<sup>980</sup>. Además, puestos a buscar explicaciones un tanto forzadas, creemos que lo verdaderamente forzado es creer que el legislador incluyó el elemento del “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” en el tenor literal del precepto de las injurias y de las calumnias no como una lógica mención típica sino como ¡una referencia a la doctrina sobre la veracidad subjetiva del Tribunal Constitucional y a las causas de justificación!, cuando dicha doctrina y

---

<sup>978</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 89.

<sup>979</sup> Vid. LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 89

<sup>980</sup> ROXIN, C.: *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (versión castellana de BACIGALUPO, E.), Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 242.

circunstancia justificante ya son perfectamente operativas con la simple remisión a las causas eximentes de responsabilidad criminal del art. 20 del Código Penal, y, particularmente, a la circunstancia del apartado 7º del “ejercicio legítimo de un derecho”.

La redacción literal del tipo de las injurias (art. 208, apartados 1 y 3) y de las calumnias (art. 205) apunta como opción más adecuada a la resolución del conflicto entre el honor y la libertad de expresión en el momento dogmático de la tipicidad, toda vez que la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” es un elemento específico del tipo subjetivo de tales delitos. Si bien la sede natural de solución de conflictos con carácter general es la antijuridicidad, a través del juego de las causas de justificación, tampoco es inaceptable dogmáticamente emprender dicha tarea en la tipicidad. En este punto estamos de acuerdo con AMELUNG cuando dice que “desde Schaffstein, si no antes, se sabe que también se resuelven conflictos en la formación de los tipos penales”<sup>981</sup>, y también con VALLE MUÑIZ, quien advierte que la tipicidad, como primer juicio de desvalor jurídico-penalmente relevante, es producto ya de una resolución en abstracto de un conflicto de intereses<sup>982</sup>.

En todo caso, la elección de la tipicidad como categoría donde se solventa el conflicto entre el honor y la libertad de expresión no significa que nos adhiramos a las propuestas doctrinales que analizamos con anterioridad y que apostaban por esta misma solución pero a través de las teorías del riesgo permitido, de los elementos negativos del tipo o de la adecuación social (sin perjuicio de la aceptación parcial que defendimos de esta última opción). Criticábamos de esas opciones, básicamente, que acudían a la tipicidad desde la premisa de que no había conflicto. Por el contrario, nosotros sí creemos que hay conflicto entre el honor y la libertad de expresión, pues el conflicto es inherente a una realidad diaria de interdependencia de derechos fundamentales que gozan de cobertura constitucional, e incluso penal (como el honor). Y entendemos también que dicho conflicto se ventila en la tipicidad.

---

<sup>981</sup> Cfr. AMELUNG, K.: “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J.-M.), Tecnos, Madrid, 1991, p. 107. Le sigue en este aspecto FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 267.

<sup>982</sup> Vid. VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., pp. 42 a 48

Ahora podemos introducir un nuevo elemento de juicio que puede ayudar a lograr la siempre ansiada cuadratura del círculo. La solución del conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información en la tipicidad encuentra a su paso diversas dificultades, como hemos tenido ocasión de observar, siendo la más importante (a) la que entiende que el lugar más razonable de solución de tales conflictos es la antijuridicidad. Además, más allá de esta argumentación propia de la Parte General, (b) la solución del conflicto en el ámbito de los delitos contra el honor en la tipicidad aproxima en alta medida los planos dogmáticos de la tipicidad y la antijuridicidad, circunstancia que diluye la pura y ortodoxa aplicación de la teoría general del delito. Finalmente, no deja de ser abstruso entender (c) por qué el legislador ha incluido la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como elemento subjetivo del tipo, dando así entrada a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad subjetiva, con la vista puesta en la eficacia justificante que concedería el ejercicio de la libertad de expresión en caso de ataque contra el honor. *Tales complicaciones se difuminan y se liberan de su carácter problemático si entendemos que el elemento subjetivo del tipo “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, que como se observa es el nudo gordiano y el eje sobre el que pivotan los delitos contra el honor, es un “elemento de valoración global del hecho”, tal y como es definido por ROXIN<sup>983</sup>.*

Dice el penalista alemán que los elementos de valoración global del hecho son elementos que encuentran su fundamento dogmático distribuido entre la tipicidad y la antijuridicidad: por un lado, son elementos del tipo que ayudan a la descripción de la conducta típica, describiendo no tanto hechos (como harían los elementos descriptivos del tipo) como circunstancias normativas o valorativas de la acción (tal y como hacen los elementos normativos del tipo)<sup>984</sup>; por otro, miran a la antijuridicidad en tanto que su conocimiento ya implica, con certeza lógica, una conciencia de la antijuridicidad y de la prohibición<sup>985</sup>. Efectivamente, la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” contribuye a la delimitación y acotación de la conducta típica, indicando que se amenaza con pena a quien no sólo cometa la acción

<sup>983</sup> Trataremos detenidamente más adelante la consideración de la cláusula del art. 205 y del art. 208.3 como elemento de valoración global del hecho y su naturaleza como elemento subjetivo del tipo. *Vid. infra* Capítulo V.3.3.1.2.1.

<sup>984</sup> *Vid. ROXIN, C.: Teoría ..., op. cit., pp. 96 y 97.*

<sup>985</sup> *Vid. ROXIN, C.: Teoría ..., op. cit., p. 123.*

objetiva, y definida descriptivamente, de imputar un delito o proferir expresiones o realizar acciones deshonrosas, sino quien efectúe dicho comportamiento con un determinado estado anímico por transmitir algo a sabiendas de que es falso o no estando en absoluto seguro de su veracidad. Pero, al mismo tiempo, por ser un elemento de valoración global del hecho, la cláusula que nos ocupa también tiene un contenido de antijuridicidad en la medida en que quien es consciente de que actúa “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” ya tiene conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica. Este componente mixto de tipicidad y antijuridicidad condujo a ROXIN a hablar de los “elementos de valoración global del hecho” o de las “circunstancias valoradas totales” o “abarcantes de la antijuridicidad”<sup>986</sup>.

Como dijimos, esta naturaleza mixta puede ser criticada por cuanto introduce confusión en la separación entre tipicidad y antijuridicidad y en la medida en que al resolver un conflicto de derechos en la tipicidad y no en la antijuridicidad, se deja en suspenso la aplicación ortodoxa de la teoría general del delito. Pero ello tampoco representa un problema si consideramos la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como un elemento de valoración global del hecho, pues en ellas es natural que los elementos del tipo sean inseparables de otros elementos del injusto, porque el legislador, sin degradar en absoluto la función autónoma del tipo, ha optado por describirlo de un modo más abstracto y hacer depender la punibilidad de la comprobación de la antijuridicidad material, esto es, de la intolerable nocividad social<sup>987</sup>.

De la mano de tales consideraciones llegamos a la segunda parte de la argumentación que iniciamos páginas atrás, centrándonos en la especial naturaleza del conflicto entre el honor y la libertad de expresión, que hace aconsejable solucionarlo en sede de tipicidad en lugar de en la antijuridicidad, como sucede en otros supuestos. La frecuencia con que un conflicto entre el honor y la libertad de expresión puede plantearse en la realidad diaria, tanto de las relaciones privadas como en el ámbito

---

<sup>986</sup> Así, ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., p. 131; el mismo en *Derecho ...*, op. cit., pp. 300 y 301.

<sup>987</sup> Vid. ROXIN, C: *Derecho ...*, op. cit., p. 300. En esta línea VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., p. 54, sostiene que el juicio de antijuridicidad es inescindible y se apoya sobre las mismas referencias valorativas examinadas en la tipicidad.

público y periodístico, así como la consustancial dificultad para establecer límites claros entre los bienes jurídicos enfrentados, hacen recomendable recurrir a la técnica de los elementos de valoración global del hecho, los cuales permiten no cerrar el estudio de la tipicidad hasta que no se haya tenido debidamente en cuenta el ejercicio de la libertad de expresión, de tal forma que se renuncia a una clara elaboración del tipo delictivo (de las injurias y de las calumnias) en favor de una valoración global del injusto<sup>988</sup>. No negaremos que es una técnica excepcional y poco frecuente, o como dice ROXIN, que tales elementos “son cuerpos extraños en nuestro Derecho penal”, pero estas calificaciones no juegan necesariamente en contra del recurso a tal proceder siempre y cuando esté justificado. En este punto, nosotros entendemos que el conflicto entre el honor y la libertad de expresión es uno de los supuestos en los que tal método se presenta como acertado. Así pues de *lege data*, es la técnica correcta y compatible con el tenor literal del precepto; y de *lege ferenda*, no vemos razones para sustituir este mecanismo por otro, en tanto que resulta el más apropiado para las particularidades del conflicto entre el honor y la libertad de expresión.

Al suscribir la teoría de los elementos de valoración global estamos aceptando que la tradicional sistemática tripartita del delito queda desdibujada, lo cual sin ser positivo en sí mismo, es algo asumible en ciertos casos excepcionales, como el que nos ocupa con los delitos contra el honor, en los que el contenido del elemento de valoración global del hecho se puede inferir del contexto del ordenamiento jurídico. Esto mismo sucede en el caso de los delitos contra el honor y de la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” a cuyo través entra en juego la doctrina del Tribunal Constitucional de la veracidad subjetiva. Precisamente, es característico de los elementos de valoración global del hecho que sean elaborados por la jurisprudencia y la doctrina científica de la mano de criterios normativos<sup>989</sup>. Así, la jurisprudencia y la doctrina han ayudado a llenar de contenido esta cláusula mediante el desarrollo de una extensa y casuística teoría sobre la veracidad subjetiva, que se articula sobre diversos parámetros de valoración, como la “veracidad subjetiva”, las “frases formal injuriosas y vejatorias” o los “asuntos de interés general”.

---

<sup>988</sup> ROXIN, C: *Derecho ...*, op. cit., p. 301.

<sup>989</sup> *Vid.* ROXIN, C: *Derecho ...*, op. cit., p. 299.

### 3.3. INJURIA

La injuria, de acuerdo con el artículo 208 del Código Penal, es la “acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Aparece regulada inmediatamente después de la calumnia; se trata, por lo tanto, de uno de las dos figuras delictivas que contiene el Código Penal para la protección del bien jurídico honor, constatándose el mantenimiento por parte del legislador penal de 1995 del criterio tradicional a favor de una división o estructura bipartita de los delitos contra el honor<sup>990</sup>. Hemos preferido, sin embargo, comenzar por la conducta injuriosa porque la injuria representa en los delitos contra el honor el género (tipo básico o atenuado), mientras la calumnia es la especie y se distingue por representar un ataque más específico contra el bien jurídico honor (tipo agravado)<sup>991</sup>. Dada la similitud sustancial entre las injurias, especialmente aquellas que consisten en la imputación de hechos, y las calumnias, que son imputaciones también de hechos pero con la particularidad del carácter delictivo de los mismos, a lo largo del estudio de la estructura dogmática del delito de calumnia serán continuas las remisiones a las explicaciones que ya ofrecimos al referirnos a esa misma cuestión, debiéndose recuperar los debates, las polémicas y las posiciones que mantuvimos entonces.

Planteamos a continuación el estudio del delito de injurias en el Código Penal distribuido en una estructura tripartita, que analiza la tipicidad, la antijuridicidad y las condiciones objetivas de la punibilidad (o casusas de exclusión de la pena). La tarea es encajar cada uno de los elementos del delito de injurias en estas categorías dogmáticas. El proceso en ocasiones es sencillo, pero las más de las veces se trata de un auténtico encaje de bolillos a fin de ofrecer una imagen coherente y compacta de toda la estructura sistemática de las injurias. Y lo mismo es aplicable a las calumnias. Por tal razón, antes de comenzar con nuestro particular “juego dogmático”, puede ser ilustrativa en este punto la siguiente reflexión de ROXIN, que con carácter general,

---

<sup>990</sup> *Vid.*, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1179. En el mismo sentido se manifestaba la doctrina clásica; *vid.*, así, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870 concordado y comentado (Tomo V)*, Esteban-Hermanos, Impresores, Salamanca, 1893, p. 313.

<sup>991</sup> Entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 125; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 3; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 93; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 299; BOLEA BARDÓN, C.: “Título XI. Delitos contra el honor”, CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código penal: reforma LO 5-2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 487.

señalaba que la clave para la comprensión de las figuras delictivas yace en la correcta ubicación de cada elemento en un momento dogmático o en otro:

*“casi todas las teorías del delito [...] son sistemas de elementos, [...] que se incluyen en los diferentes grados de la estructura del delito y que se reúnen como un mosaico para la formación del hecho punible. Este planteamiento conduce a aplicar una gran agudeza a la cuestión de qué lugar corresponde a esta o aquella característica en el sistema del delito; de esta forma se puede describir la historia de la teoría del delito en los últimos decenios como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema”<sup>992</sup>.*

### 3.3.1 Tipicidad

El delito de injurias viene recogido en el Capítulo II del Libro II del Código Penal. La regulación previa definía la injuria, prevista en el artículo 457 (del Texto Refundido de 1944), como la “expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”. El art. 208 del Código Penal de la democracia (1995) tipifica el delito de injurias con el siguiente tenor: “es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Una lectura inicial de los preceptos revela que las mejoras que presenta el texto actual respecto del precedente son numerosas y notables: no sólo por su significativo cambio de ubicación sistemática (tras los delitos contra la libertad), sino también en cuanto a la conceptualización misma de honor adoptada por el legislador, y su consiguiente reflejo en la tipificación de las conductas punibles. La reforma era, sin duda, necesaria pues el concepto de honor con el que operaba el Código pretérito, al que respondía la difusa regulación de la injuria del texto franquista, resultaba incompatible con la nueva situación surgida de la Constitución de 1978 y, fundamentalmente, con el principio de igualdad del artículo 14 de la norma fundamental, además de recurrir en exceso a elementos normativos que introducían una considerable carga de inseguridad jurídica<sup>993</sup>.

---

<sup>992</sup> ROXIN C.: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972, pp. 79 y 80.

<sup>993</sup> Advierten de ese profundo cambio, entre otros, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., op. cit., pp. 313 y 324; QUINTERO OLIVARES, G.: “Libertad ..., op. cit., pp. 172 y 173; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios ...*, op. cit., pp. 398, 401 y 402; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 821. A pesar de los cambios, algunos autores entienden que el legislador abordó la reforma con un espíritu escasamente ambicioso y no apostó



Tras esta breve introducción, a continuación analizaremos los elementos típicos de la conducta, repartidos en el tipo objetivo: a) acción o expresión (art. 208.1); b) lesión de la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, valorada la gravedad desde el concepto público (art. 208.1 y 2); c) imputación de hechos o de juicios de valor (art. 208.3); y otros del tipo subjetivo: d) dolo y conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad (art. 208.3).

### 3.3.1.1 Tipo objetivo

#### 3.3.1.1.1 Acción (y omisión) o expresión.

Si la conducta típica injuriosa consiste en una manifestación de menosprecio idónea para afectar al honor, de conformidad con el artículo 208, tal manifestación puede realizarse a través de “acción o expresión”, una noción amplia de injuria<sup>994</sup> que trae consigo una primera clasificación de conductas injuriosas, que distingue entre injurias reales o por acción e injurias de palabra o por expresión.

Las injurias de palabra o de expresión pueden cometerse mediante juicios de valor o imputaciones de hechos. Tanto los unos como las otras pueden efectuarse mediante escritos, sostenidos sobre cualquier soporte físico o virtual, o en discursos verbalizados. No hay dudas de que los actos de habla, entendidos como enunciados lingüísticos, constituyen una forma de actuar y también de cometer delitos<sup>995</sup>, como sucede en el caso que estamos analizando. Pero incluso las injurias pueden realizarse

---

por una modernización profunda: así, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 522.

<sup>994</sup> TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ..., *op. cit.*, p. 308. También así ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 133 y 134. La misma profesora a continuación repara en la coincidencia, en este punto, entre la regulación española y la de otros ordenamientos estatales, circunstancia con la que estamos de acuerdo y que nuestro estudio desde la perspectiva de derecho comparado también ha puesto ampliamente. Igualmente, ASÚA BATARRITA, A.: “La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982”, AA.VV.: *Estudios penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicaciones e Intercambio científico da Univesidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 30.

<sup>995</sup> En la doctrina española hay interesantes trabajos sobre la potencialidad delictiva de los actos de habla. vid, así, RUIZ ANTÓN, L. F.: “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R. F., BERISTAÍN PIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 494 y ss. También POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 61 y ss.

valiéndonos de un lenguaje diverso al hablado, a través, por ejemplo, de caricaturas, alegorías o emblemas<sup>996</sup>.

Por su parte, las injurias cometidas a través de acciones serían aquellas en las que ciertos gestos o comportamientos poseen, en sí mismos, un contenido ofensivo e injurioso: bofetadas, escupitajos o gestos como sacar el dedo índice o hacer un corte de mangas<sup>997</sup>. Esto advertido, las acciones que estamos describiendo deben superar el filtro de la gravedad que establece el apartado segundo del art. 208, de tal forma que tales acciones injuriosas sólo serán delictivas cuando “por su naturaleza, efectos o circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”. El requisito de la gravedad hará que muchos de estos comportamientos injuriosos que analizamos no alcancen la categoría de atentado punible contra el honor por ser inocuos<sup>998</sup>, inofensivos. Resultaría excesivo y rebuscado creer que un simple, aunque descortés y grosero, escupitajo o una bofetada pueden suponer la negación de legítimo reconocimiento que toda persona merece por parte de sus semejantes en la comunidad. Aun siendo actitudes despreciables y reprochables, no han de atraer la atención del ordenamiento punitivo. Los mismos problemas se presentan cuando analizamos comportamientos omisivos y nos preguntamos si pueden tener un contenido ofensivo merecedor de pena criminal. Se cita, por ejemplo, la omisión del saludo o comportamientos carentes de educación o respeto cívico, la no admisión de alguien en algún lugar, la interrupción de una acción en un determinado momento<sup>999</sup>. Sin embargo,

---

<sup>996</sup> ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 135 y 136; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ..., op. cit.*, p. 68; MACIÁ GÓMEZ, R.: “Los diferentes conceptos ..., *op. cit.*, p. 28. Recoge una amplísima casuística sobre los medios comisivos de ataques contra el honor QUINTANO RIPOLLÉZ, A.: *Tratado ..., op. cit.*, pp. 1215 y ss.

<sup>997</sup> En este punto, las antiguas leyes, como los Fueros medievales o el Código de las Siete Partidas, ofrecían extensos catálogos de injurias cometidas a través de acciones, como pusimos de manifiesto en el primer capítulo de esta investigación; *vid.*, así, supra Capítulo I.3.2.3, 3.2.4 y 3.2.5. También apunta esta circunstancia LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 107.

<sup>998</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 268.

<sup>999</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ..., op. cit.*, p. 299; MACIÁ GÓMEZ, R.: “Los diferentes conceptos ..., *op. cit.*, pp. 27 y 28; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 1635; GARCÍA RIVAS, N.: “Delitos contra el honor”, BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial I*, Editorial Iustel, Madrid, 2012, p. 497; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ..., op. cit.*, p. 303; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ..., op. cit.*, 2000, pp. 14 y 15. Admiten la posibilidad, aunque reconoce también que la modalidad omisiva podría descartarse a la luz del tenor literal, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ..., op. cit.*, pp. 71 y 72; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual ..., op. cit.*, p. 254; DEL MORAL GARCÍA, A.: Título XI. Delitos contra el honor”, AA.VV.: *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1997, p. 1028

un nutrido grupo de autores rechaza la forma omisiva del tipo de las injurias, pues tales comportamientos serían sencillamente una muestra de mala educación cívica pero sin la entidad suficiente como para elevarse a conducta delictiva<sup>1000</sup>.

Para atender esta cuestión, permítasenos hacer algunas someras reflexiones apartadas del estricto campo del Derecho penal, introduciéndonos en el de la observación sociológica y la reflexión filosófica de la mano de un sugerente trabajo de nuestro filósofo de referencia, HONNETH, titulado “Invisibilidad. Sobre la epistemología moral del “reconocimiento”<sup>1001</sup>. Conviene recordar ahora nuestra propuesta de intelección del honor como la *legítima expectativa de reconocimiento* que el sujeto debe obtener toda vez que es titular de una posición jurídica de derechos y obligaciones en la comunidad y que es un individuo dotado de capacidades y habilidades desplegadas en su proyecto vital libremente elegido, que han de ser necesariamente aprobadas por la sociedad. Sobre esta base, hemos afirmado que la negación o ausencia de este legítimo reconocimiento supone un ataque al honor del sujeto; éste sería el caso, por ejemplo, de un insulto o una descalificación con la que se desacredite una decisión vital adoptada legítimamente por el individuo en uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (y con sujeción a los contornos de un marco político y de convivencia pluralista). Pero ahora se nos plantea la cuestión de si es posible demostrar dicha negación del reconocimiento o desprecio a través de un comportamiento omisivo. ¿Es posible que el no hacer una acción o un comportamiento esperado, respecto del cual el receptor tenía una expectativa, pueda implicar una negación del reconocimiento? Del mismo modo que decir de alguien “eres un negro lumpen” supone una injuria que destila clasismo y racismo, y despreja las capacidades y habilidades de la víctima por las que es legítima merecedora de reconocimiento social, de honor, ¿es posible minusvalorar las capacidades de esa misma persona de color a través de una omisión?

---

1125. Jurisprudencialmente también se ha acogido la posibilidad omisiva; así, STS de 22 de noviembre de 1989.

<sup>1000</sup> Entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: Los delitos ..., op. cit., p. 131; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., op. cit., pp. 139 y 140; la misma en “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho* ..., op. cit., p. 390; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., op. cit., p. 268; QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte* ..., op. cit., pp. 334; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 333.

<sup>1001</sup> Recopilado en el libro HONNETH, A.: *La sociedad* ..., op. cit., pp. 165 a 181.

Estas cuestiones nos trasladan al siguiente supuesto concreto: si el reconocimiento social supone conceder a la persona reconocida su posición en el entramado comunicativo en condiciones de paridad participativa, haciéndola *visible* como legítimo interlocutor, negar ese reconocimiento social implicaría apartarle de esa posición y hacerlo *invisible* en el entorno comunicativo. Por tanto, invisibilizar a alguien en el entorno social podría entenderse como negar sus capacidades y habilidades, aquellas que le hacen merecedor del legítimo reconocimiento social. Y es aquí donde creemos que esta invisibilización puede producirse por acción y por omisión. Así, a alguien se le reconoce socialmente y se respeta su honor a través de palabras y gestos que proyectan el mensaje de que la persona es tomada positivamente en consideración<sup>1002</sup>, del mismo modo que la supresión de tales gestos o formas de expresión traslada el mensaje de que el sujeto no es visible socialmente para la persona que tiene enfrente<sup>1003</sup>, que desprecia o ignora las capacidades y habilidades que definen la identidad del susodicho. Al invisibilizar a esta persona y al “ver a través de ella” (“*look through*”) como si no estuviera presente en el espacio-temporal correspondiente, por ejemplo, negando el saludo, el sujeto activo estaría denegando al sujeto pasivo el reconocimiento social que éste confiaba legítimamente obtener. Pongamos un ejemplo práctico que ilustra esta invisibilidad social: una persona de conocida y consolidada trayectoria racista es invitada a una reunión; para introducirse educadamente en el grupo, el invitado da la mano a todos los presentes, salvo a uno de raza negra a quien salta ostensiblemente en la ronda de presentaciones. La negación del saludo, que es una omisión, supone una negación del legítimo reconocimiento social que merece el individuo y en este sentido podría interpretarse como un ataque al honor semejante al insulto “eres un negro lumpen”, lo que avalaría la tesis de que las injurias pueden cometerse por acción y por omisión.

Advertido lo anterior, llegamos a la conclusión de que no puede rechazarse de ninguna manera la posibilidad de las injurias por omisión. Ciertamente es que la apreciación de un ataque al honor a través de una omisión que invisibiliza a la víctima y le deniega el reconocimiento social, quedará sujeta irremediabilmente a las circunstancias del caso

---

<sup>1002</sup> En este sentido, tales gestos y conductas expresivas son una “metaacción” que contienen un mensaje de reconocimiento y señalan simbólicamente un tipo de comportamiento que la persona puede legítimamente esperar. Por ello dice HONNETH que los actos expresivos del reconocimiento representan “metaacciones”; así, HONNETH, A.: *La sociedad ...*, op. cit., p. 175.

<sup>1003</sup> HONNETH, A.: *La sociedad ...*, op. cit., p. 169.

concreto, a la luz de las cuales podemos juzgar la gravedad de la omisión y su inadecuación social<sup>1004</sup> (por ejemplo: un sujeto con una dilatada trayectoria de desprecio a los negros o a los homosexuales o a los judíos, en una reunión pública, a través de un desprecio ostensible y llamativo). Sólo aquellas omisiones deshonrosas que clara e inequívocamente impliquen una negación del reconocimiento social que todo ciudadano legítimamente espera como titular del derecho al honor, podrán tener la suficiente carga ofensiva como para asemejar su contenido al de una declaración deshonrosa, con el mismo potencial comunicativo difamatorio. En fin, el desprecio o menosprecio inherente a un ataque al honor se transmite generalmente por una acción, pero nada impide que, excepcionalmente, se transmita mediante una omisión.

*3.3.1.1.2 Lesión de la dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, valorada la gravedad desde el concepto público*

La alusión al bien jurídico protegido como objeto de tutela por el art. 208 se realiza a través de las referencias a la fama y la autoestima, como concreciones de la dignidad. A partir de aquí surgen opciones distintas en cuanto a la consideración de la fama y la autoestima como elementos fácticos o normativos. Un sector doctrinal sostiene que estos conceptos han de interpretarse como constataciones fácticas que permiten matizar la llamada genérica a la lesión objetiva de la dignidad, alejándose así de un concepto normativo puro del honor<sup>1005</sup>. Otro sector, por el contrario, se decanta por la opción normativa del honor, de modo que la fama y la autoestima operarían como elementos o momentos normativos<sup>1006</sup>.

---

<sup>1004</sup> Así también MUÑOZ CONDE. F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 299, que advierte que las actitudes omisivas deberán enjuiciarse desde los parámetros de la adecuación social, de forma que sólo serían delictivos esos los comportamientos enjuiciados si exceden “en mucho de lo tolerable socialmente en cada momento histórico”.

<sup>1005</sup> QUINTERO OLIVARES, G.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 173 a 175; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 105.

<sup>1006</sup> VIVES ANTÓN. T. S.: “Delitos ...”, op. cit., pp. 313 y 324; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 129 y 130. Que la propuesta normativa de VIVES ANTÓN es la que más influyó en la configuración legislativa del honor y en la tipificación de las injurias, es apuntado, entre otros, por QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 537; LAURENZO COPELO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 28.

Nosotros también estamos de acuerdo con esta tesis que propone recurrir a la fama y la autoestima como elementos o parámetros normativos que ayudan a definir los comportamientos potencialmente lesivos del honor y, por tanto, relevantes típicamente. Así, el tipo objetivo de las injurias incluye estos elementos normativos o valorativos, que deben ser llenados de contenido recurriendo a convenciones sociales y culturales, y a cuyo conocimiento también debe alcanzar el dolo del autor de las expresiones o acciones ofensivas. Así, junto a las circunstancias del hecho, también estos elementos normativos son determinantes para que el autor tome conciencia de la dañosidad social de su conducta<sup>1007</sup>. Tal proceder es perfectamente compatible con la concepción normativa del bien jurídico honor que defendimos con anterioridad, que concibe el honor como la legítima expectativa de reconocimiento y cuya lesión encuentra su origen en un comportamiento deshonroso que menoscaba las idea-pensamiento de fama y/o de autoestima. Por lo demás, el tenor literal del precepto, cuando habla de “lesión de la dignidad, menoscabando la fama o atentando contra la propia estimación”, también se ajusta a la concepción de los delitos contra el honor como delitos de lesión, que ya defendimos en páginas anteriores; el honor, esa atribución normativa derivada del legítimo reconocimiento que merece el ciudadano en tanto que miembro de una comunidad jurídica y en atención al proyecto vital libremente elegido en uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, se lesiona con cualquier conducta ofensiva, deshonrosa o difamatoria que sea idónea para provocar un ataque de las idea-pensamiento de fama y autoestima, con independencia de que pueda considerarse que el propio sentimiento de estima del individuo y el juicio comunitario mismo sobre la valía del sujeto se hayan visto afectados<sup>1008</sup>.

El segundo apartado menciona otro elemento del tipo objetivo: la gravedad de las injurias. Las injurias sólo serán delictivas si merecen la consideración de graves. Por una parte, la exigencia de la gravedad del ataque injurioso viene a cerrar el paso a las conductas de contenido ofensivo pero de escasa entidad, frente a las que no es preciso reaccionar por medio del Derecho penal, a fin de preservar las máximas de mínima intervención y *ultima ratio*. Por otra parte, la referencia a la gravedad del ataque

---

<sup>1007</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., p. 149.

<sup>1008</sup> En similares términos, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 132 y 133. La polémica sobre la consideración de los delitos contra el honor como delitos de lesión o delitos de peligro, así como si son delitos de mera actividad o delitos de resultado, ya fueron abordadas con anterioridad. *Vid.*, así, *supra* Capítulo V.3.1.

injurioso, valorada a la luz del “concepto público”, supone una alusión clara al carácter circunstancial de los ataques contra el honor. Dado que lo que pueda considerarse lesivo del honor depende de las concepciones sociales y culturales, las cuales son cambiantes en el tiempo (circunstancias históricas) y en el espacio (circunstancias geográficas), hecho que no hace sino poner de manifiesto una vez más la aceptada circunstancialidad inherente a los delitos contra el honor<sup>1009</sup>, es preciso que el ataque injurioso pase por el tapiz del concepto público. A estos efectos, el Tribunal Constitucional ha reconocido (SSTC 185/1989 y 223/1992) que “el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales en cada momento”. El examen de la conducta difamatoria a la luz de lo socialmente grave corresponde al Juez, dejando a un lado, lógicamente, sus convicciones y las de la víctima, dado que no es injuria lo que el Juez entiende que vulnera *sus* concepciones personales de fama o autoestima, ni lo que la propia víctima interpreta que es *su* fama y *su* autoestima, sino lo que la sociedad considera como grave o no grave; es cierto, no obstante, que se trata de un momento normativo pendiente de elaboración por la autoridad judicial<sup>1010</sup>, un elemento normativo de valoración social<sup>1011</sup>. Se concede al Juez una amplia libertad de criterio, incluso una “cuasi-absoluta libertad”<sup>1012</sup>, pero difícilmente la circunstancialidad de las injurias podía arrojar una solución más definida. Por lo demás, los delitos contra el honor no son, ni mucho menos, el único caso en que el Juez disfruta de margen de criterio. Y, en todo caso, sus decisiones han de estar mediatizadas por consideraciones generales y objetivas

---

<sup>1009</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 389; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual ...*, op. cit., p. 237; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 304; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., p. 235; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 266 y 267; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, op. cit., p. 310.

<sup>1010</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., p. 324; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., 137; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 334 y 335; FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 233 y 234; BOLEA BARDÓN, C.: “Título XI ...”, op. cit., p. 487.

No vamos a entrar, por lo demás, en la distinción entre “naturaleza, efectos y circunstancias”, pues, estamos con QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 335, una discusión de tales características sería un “bizantinismo” dado que se trata de elementos retóricos y vagos. La fórmula alude, sin más, a la relatividad de las injurias y a la necesidad de ser examinadas a la luz de las circunstancias; no es preciso, creemos, entrar en más detalles pues de lo contrario aumentaríamos el casuismo agotador que suele rodear a los delitos contra el honor. Para un análisis exhaustivo de los distintos matices de los conceptos “naturaleza, efectos y circunstancias”, con amplia recopilación jurisprudencial, FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 238 a 246; y también MACIÁ GÓMEZ, R.: “Los diferentes conceptos ...”, op. cit., pp. 34.

<sup>1011</sup> FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito ...*, op. cit., pp. 247.

<sup>1012</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 544.

que permiten elevar el sentimiento personal de propia estimación y el juicio comunitario de reputación a objetos cognoscibles.

Por último, conviene recordar, en este punto, nuestras continuas llamadas a introducir aquí los amplios parámetros de consideración que impone una sociedad auténticamente pluralista, que favorece el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, sin inmiscuirse en las decisiones vitales que haya tomado dentro del marco de respeto a la dignidad, los derechos humanos y las leyes, y concediendo a tales decisiones la máxima tutela y la misma de la que disponen otros individuos. En fin, la determinación de lo “socialmente grave” debe hacerse desde la confianza en una sociedad inclusiva y un espacio público heterogéneo.

#### *3.3.1.1.3 Injurias consistentes en la imputación de hechos o en juicios de valor*

Dispone el apartado tercero del artículo 208 que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerarios desprecio hacia la verdad”. Se introduce así una distinción en el seno de las injurias, según tengan éstas por objeto la imputación de hechos o de juicios de valor. Haciendo una lectura conjunta de los apartados segundo y tercero del art. 208 se extrae la conclusión de que las injurias consistentes en la imputación de hechos sólo se castigarán cuando por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto públicas por graves, y salvo que se hayan realizado con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Por el contrario, las otras injurias, las que consisten en la imputación de un juicio de valor, sólo constituirán delito cuando sean tenidas en el concepto público por graves, atendidas la naturaleza, efectos y circunstancias.

A la luz de las observaciones anteriores resulta que las injurias consistentes en la imputación de hechos corren paralelas a consideraciones sobre su falsedad, consideraciones éstas que no cumplen ninguna función en relación con las injurias realizadas a través juicios de valor. Efectivamente, la diferencia entre unas y otras tiene que ver con su susceptibilidad de ser probadas y declaradas como falsas o verdaderas, lo



cual entronca con una cuestión superior: la libertad de expresión e información. Una y otra libertad “presentan un diferente contenido y [son también] diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra*, en las relaciones jurídicas”<sup>1013</sup>. Se acepta unánimemente que la libertad de información o el derecho a comunicar información tiene por objeto hechos; así lo ratifica la jurisprudencia constitucional que establece que “el derecho a comunicar información versa sobre hechos o, dicho con mayor precisión, sobre hechos que puedan considerarse noticiables o noticiosos”<sup>1014</sup>. Por el contrario, la libertad de expresión “es la libertad de emitir juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones”<sup>1015</sup>, “sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos”<sup>1016</sup>.

La doctrina alemana y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de este país han ofrecido acertadas caracterizaciones de los hechos y los juicios de valor, que permiten perfilar con bastante precisión los contornos de unos y otros, aunque la distinción, sobre la práctica y en última instancia, será siempre polémica y discutible. Los juicios de valor (“*Werturteile*”) consisten en opiniones y están dirigidos a provocar determinados efectos espirituales en el entorno<sup>1017</sup>. Un juicio de valor u opinión (“*Meinung*”) es cualquier expresión de un acto comunicativo de autodeterminación o autorrealización que viene influido o determinado por una opinión, perspectiva o pensamiento<sup>1018</sup>, de tal modo que “opinión”, así entendida, pone en conexión “la subjetividad del individuo con el contenido de su declaración”<sup>1019</sup>, esto es, la opinión conecta la individualidad de la persona, su subjetividad, con el contenido de la declaración que exterioriza. Por el contrario, las imputaciones o afirmaciones de hechos se caracterizan porque en ellas la “relación objetiva entre lo expresado y la realidad

---

<sup>1013</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 5º. Las cursivas son nuestras.

<sup>1014</sup> SSTC 105/1983, 190/1992 y 136/1994.

<sup>1015</sup> SSTC 104/1986, 200/1998 y 99/2002.

<sup>1016</sup> SSTC 107/1988 y 204/1997.

<sup>1017</sup> BVerfaGE 61, 1 (7): “*zugleich ist es der Sinn von Meinungsäußerungen, geistige Wirkung auf die Umwelt ausgehen zu lassen, meinungsbildend und überzeugend zu wirken*”.

<sup>1018</sup> BVerfaGG 61, 1 (8): “*Sofern eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts*”. En estos términos KARPFF, B.: *Die Begrenzung ...*, op. cit., p. 42.

<sup>1019</sup> BVerfaGG 90, 240 (247).

accede a un primer plano”, de modo que puede someterse “a examen la veracidad de su contenido”<sup>1020</sup>.

La distinción que estamos trazando no es baladí ni posee efectos únicamente en el plano filosófico o lingüístico; antes al contrario, diferenciar entre injurias consistentes en imputación de hechos e injurias consistentes en juicios de valor resulta fundamental para (a) establecer la distinta eficacia de la prueba de la verdad respecto de cada una de ellas, así como para (b) saber los límites a que el ejercicio de las libertades respectivas están sujetos para estimar que se han ejercido legítimamente de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

En primer lugar, interpretando conjuntamente los artículos 208.3 y 210, se observa que sólo las injurias consistentes en la imputación de hechos disfrutaban de la “ventaja” de su sometimiento a la prueba de la verdad a fin de determinar si los hechos imputados eran verdaderos o falsos<sup>1021</sup>. Tal vinculación de las imputaciones de hechos a la *exceptio veritatis* no es caprichosa sino que responde a las características de la prueba de la verdad, así como a la naturaleza de los hechos y de la libertad de información: sólo los hechos pueden someterse a la prueba de la verdad porque sólo de acontecimientos noticiosos que sucedieron en la realidad de las cosas puede juzgarse su veracidad o falsedad según la adecuación o ajuste a la realidad de lo que se dice y lo que efectivamente aconteció. Por el contrario, por su naturaleza los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos no pueden ser probados ni sometidos a la prueba de la verdad. A partir de la declaración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la

---

<sup>1020</sup> BVerfGE 90, 241 (247). En la doctrina recogen esta distinción, entre muchos otros, KRETSCHMER, P.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994, pp. 35 y 36; FECHNER, N.: *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsrechtsschutzes für Prominente*, Peter Landg, Frankfurt am Main, 2010, p. 43.

Para un estudio más detallado de las diferencias apuntadas por la doctrina y la jurisprudencia alemanas entre juicios de valor y afirmaciones de hechos, así como las consecuencias de tal clasificación en el plano jurídico-penal, *vid. supra* Capítulo IV.2.2.4.

<sup>1021</sup> Ciertamente es que de conformidad con el art. 210, no toda imputación de hechos podrá acogerse al instrumento probatorio de la prueba de la verdad, sino sólo aquellos “que se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”. Es importante insistir aquí en que *sólo* los juicios de valor no pueden someterse a la prueba de la verdad, de forma que incluso juicios de valor o afirmaciones deshonorosas que evoquen la realización de delitos, tampoco serán susceptibles de prueba. *Vid.*, así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*”, p. 138. También BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ..., op. cit.*, p. 87. Más adelante estudiaremos la justificación de esta restricción y las críticas doctrinales vertidas al respecto. *Vid. infra* Capítulo V.3.3.3.

célebre sentencia *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, de que “la existencia de los hechos puede ser demostrada, mientras que los juicios de valor u opiniones no son susceptibles de prueba”<sup>1022</sup>, el Tribunal Constitucional pasó a incorporar dicha consideración a su jurisprudencia, estableciendo que “los pensamientos, ideas y opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud”<sup>1023</sup>.

Más allá de la distinta eficacia de la *exceptio veritatis* en las injurias, existe una segunda consecuencia sobre la distinción entre hechos y juicios de valor, y entre libertad de expresión y libertad de información. Al ser susceptibles los hechos, objeto de la libertad de información, de someterse a la prueba de la verdad, el ejercicio de la libertad de información quedará sujeto al límite de la veracidad, cuestión que cuenta con un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional, a la que más adelante nos referiremos. Respecto de la libertad de expresión, que recae sobre juicios de valor, opiniones o pensamientos, por el contrario, no opera el límite interno de veracidad<sup>1024</sup>. Ello no significa, sin embargo, que la libertad de expresión goce de un espacio ilimitado siempre bajo la cobertura constitucional: el reverso del requisito de la veracidad que vincula a la libertad de información es el requisito de la proporcionalidad y necesidad de los juicios de valor que ata a la libertad de expresión, y que también cuenta con su correspondiente desglose en la jurisprudencia constitucional. En fin, como tiene declarado el Alto Tribunal: “el campo de actuación de la libertad de expresión sólo viene delimitado por la ausencia de expresiones indubitablemente o injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se dispongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”<sup>1025</sup>.

Aceptado todo lo anterior, llegamos a la conclusión de que la libertad de expresión tiene por objeto juicios de valor, pensamientos y opiniones cuya veracidad no puede demostrarse, por lo que las injurias realizadas a través de juicios de valor no

---

<sup>1022</sup> STEDH *Lingens v. Austria*, de 8 de julio de 1986, parágrafo 46; STEDH *De Haes and Gilsels v. Belgium*, de 24 de febrero de 1997, parágrafo 47; STEDH *Jerusalem v. Austria*, de 27 de febrero de 2001, parágrafo 42; STEDH *Turhan v. Turkey*, de 19 de mayo de 2005, parágrafo 24. Sobre el requisito de la veracidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más ampliamente *supra* Capítulo III.4.3.

<sup>1023</sup> SSTC 107/1988 y 204/1997.

<sup>1024</sup> SSTC 107/1988 y 204/1997

<sup>1025</sup> SSTC 104/1986, 200/1998 y 99/2002.

pueden someterse a la *exceptio veritatis*. Por el contrario, la libertad de información versa sobre hechos cuya conformidad con la realidad de las cosas si es enjuiciable y, por consiguiente, las injurias consistentes en la imputación de hechos pueden someterse a la *exceptio veritatis*. Lo que *a priori* puede parecernos un esquema claro y diáfano para distinguir entre libertades y entre hechos y juicios de valor, se complica tan pronto tenemos presente, como ha constatado el Tribunal Constitucional, que “en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión”. En una situación de combinación de hechos y juicios de valor, y de ejercicio simultáneo de libertad de expresión y de información, el Alto Tribunal propone “atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante”<sup>1026</sup>. Así pues, la jurisprudencia constitucional apuesta por la técnica del elemento preponderante para distinguir entre libertad de expresión y libertad de información. El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, por su parte, ha establecido que sólo se procederá a la separación de ambos componentes cuando tal operación no distorsione el contenido y naturaleza de la expresión<sup>1027</sup>; de lo contrario, esto es, cuando sea imposible evitar el efecto “distorsionador”, se optará por considerar incluida la expresión en el ámbito de la libertad de expresión consagrada en el art. 5 de la norma básica, en consonancia con el interés superior de la protección de los derechos fundamentales, en atención a la raíz constitucional de la referida libertad y a fin de evitar la amenaza de una reducción sustancial del derecho fundamental en cuestión<sup>1028</sup>.

---

<sup>1026</sup> STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 5º. También SSTC 190/1992 y 136/1994. No obstante, siguiendo a MUÑOZ LORENTE, J.: “Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción”, *La Ley*, 28 (2006), p. 4, existen otros criterios empleados ocasionalmente por el Tribunal Constitucional para decidir qué libertad se ha ejercido de modo destacado: a) cómo la manifestación fue entendida por la audiencia; b) si las manifestaciones se refieren de manera generalizada a un grupo de personas serán opiniones, pero si se refieren individualmente a una persona, estaremos ante hechos; c) averiguar si lo que pretendía el sujeto era informar o exponer.

su punto de vista .

<sup>1027</sup> BVerfGE 90, 241 (248).

<sup>1028</sup> BVerfGE 90, 241 (248); BVerfGE 61, 1 (9).

Pero, finalmente, ni siquiera tales métodos, que llegan a converger, ofrecen un resultado pacífico pues, como ha advertido CARMONA SALGADO, si se considera generalmente el juicio de valor como componente preponderante de las afirmaciones y expresiones, concluyendo que el derecho ejercido es la libertad de expresión, entonces indirectamente se estará recortando la capacidad de prueba de la verdad referida a la narración, que sólo es eficaz para imputaciones de hechos en uso de la libertad de información, imponiendo por esta vía una interpretación restringida de la vigencia de la libertad de información para evitar las consabidas “frases formalmente injuriosas”, desproporcionadas e innecesarias, con el consiguiente privilegio excesivo del derecho al honor<sup>1029</sup>. Ante los problemas que se plantean por la insuficiencia del criterio del elemento preponderante, MUÑOZ LORENTE reclama una ponderación individualizada de cada manifestación<sup>1030</sup>, analizando si respecto de ella se respetaron los límites impuestos por la jurisprudencia constitucional y recurriendo, si se pudiera en cada caso, al instrumento de la prueba de la verdad.

### 3.3.1.2 Tipo subjetivo. Dolo. “Conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”

De manera ampliamente mayoritaria se considera que el tipo subjetivo del delito de injurias se colma con la presencia del dolo genérico, es decir, con los típicos elementos de conocimiento y volición en el sentido de querer y tener conocimiento de que están profiriendo palabras ofensivas o deshonrosas. Así, la tradicional exigencia de un *animus iniuriandi* como dolo específico del delito de injurias, acorde con la consideración de la injuria como un delito intencional<sup>1031</sup>, ha desaparecido. No obstante, todavía hoy hay autores, como MUÑOZ CONDE, que siguen considerando que se precisa un ánimo especial de injuriar como elementos subjetivo del injusto distinto del

---

<sup>1029</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 377.

<sup>1030</sup> MUÑOZ LORENTE, J.: “Injurias ...”, op. cit., p. 4. A continuación el mismo autor apunta que el Alto Tribunal vino a reconocer implícitamente tales debilidades y en el paradigmático caso del periodista José María GARCÍA efectuó un estudio individual de las afirmaciones, salvando la legitimidad de aquellas que se hicieron al amparo de la libertad de información, pero negando cobertura a las frases formalmente injuriosas que no podían quedar protegidas por la libertad de expresión. Contra el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional en esta ocasión CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 377.

<sup>1031</sup> Entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, J.: *Tratado ...* op. cit., pp. 850 y ss; PUIG PEÑA, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 111 y ss; CUELLO CALÓN, E.: *Derecho ...*, op. cit., 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 680.

dolo y que trasciende a él<sup>1032</sup>. Sin embargo, se entiende pacíficamente que la exigencia de un especial ánimo de difamar como elemento subjetivo del tipo no es sino una herencia del pasado que permitía extraer dicha exigencia de la interpretación puramente gramatical de la partícula “en” (“en deshonra, descrédito y menosprecio”)<sup>1033</sup>, que ya no aparece en el tipo penal vigente, desapareciendo así cualquier eventual cobertura legal a dicha teoría, por más que todavía alguna jurisprudencia siga mencionando este elemento subjetivo para reforzar sus argumentos<sup>1034</sup>. Además, si seguimos pegados al tenor literal y de acuerdo con lo que afirma la mayor parte de la doctrina en cuanto a que las injurias pueden cometerse bajo la forma del dolo eventual, deberemos concluir también que la exigencia del *animus iniuriandi* decae por ser absolutamente incompatible con la comisión con dolo eventual de la injuria. De modo que es opinión común creer que no es precisa la concurrencia del *animus iniuriandi*, o que, todo lo más, dicho elemento está inserto en el aspecto volitivo del propio dolo genérico; así como sostiene BACIGALUPO ZAPATER, “si se define el dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, no cabe duda de que *animus iniuriandi* no puede diferenciarse del dolo”<sup>1035</sup>.

---

<sup>1032</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho* ..., op. cit., p. 300; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso* ..., op. cit., pp. 267 y 268; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>.: *Compendio* ..., op. cit., p. 108. Admite que una lectura restrictiva del art. 208 podría conducir a entender que el *animus iniuriandi* sigue formando parte del tipo subjetivo como elemento específico, LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso* ..., op. cit., p. 395; y más adelante, el mismo autor se declara partidario de su consideración positiva dado que político-criminalmente la exigencia del ánimo infamante coadyuva a la adecuada separación del ilícito civil y del ilícito penal (op cit., p. 396, nota al pie nº 2).

Gráficamente decía DEL ROSAL, J.: “De las injurias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo VI/Fasc. I (enero-abril, 1953), p. 99, que el *animus iniuriandi*, elemento del tipo subjetivo, era “la vértebra de las injurias”.

<sup>1033</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII/Fasc. I (enero-abril, 1994), pp. 143 a 146; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., op. cit., p. 174; la misma en *Las libertades* ..., op. cit., p. 125 y ss; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., op. cit., pp. 265 a 275.

<sup>1034</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 20 de abril de 1996. Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 3ª, de 11 de mayo de 2000 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 1ª, de 25 de noviembre de 2002. Jurisprudencia recogida por GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal* (tomo II), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 1445 a 1447.

<sup>1035</sup> BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos* ..., op. cit., p. 41; el mismo en “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (mayo-agosto, 1987), p. 88. También así SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones ...”, op. cit., pp. 148 y 149; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios* ..., op. cit., p. 829; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad* ..., op. cit., pp. 201 a 203 y 241; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, op. cit., pp. 317 y 325; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 346.

También nosotros consideramos superado el debate sobre la exigencia de un concreto animus *iniuriandi* o *infamandi* en el tipo subjetivo. No existen, tras el nuevo tenor literal del art. 208, razones para defenderlo desde el punto de vista de una interpretación literal, pero tampoco una interpretación sistemática podría avalar tal criterio porque, como ya vimos más atrás<sup>1036</sup>, supondría definir y delimitar las libertades constitucionales de libertad e información a partir de una norma de rango legal y por tanto, jerárquicamente inferior. Y, finalmente, ninguna consideración de tipo teleológico podría justificar exigir un animus adicional más allá del necesario dolo que vendría a integrar el tipo subjetivo del tipo y que quedaría colmado con el conocimiento de estar profiriendo expresiones o realizando acciones que son idóneas para lesionar el honor ajeno.

Más allá de los apoyos excepcionales al elemento específico del *animus*, existe un acuerdo más extendido en torno a la consideración de que ese dolo genérico en las injurias puede presentarse bajo dos formas: dolo directo y dolo eventual. A partir de aquí, cada autor defiende un camino distinto. Y en este punto llegamos a de las aristas de los delitos contra el honor: ¿admiten las injurias su comisión con dolo eventual?, si es así ¿el dolo eventual viene referido con la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad?”<sup>1037</sup>; en cualquier caso ¿la cláusula “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” apunta hacia la falsedad objetiva de las imputaciones como

---

<sup>1036</sup> Vid. *supra* Capítulo V.3.2.1.

<sup>1037</sup> No vamos a entrar en el debate sobre el acierto o desacierto del legislador a la hora de dar entrada al vocablo “temerario” en la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad”. Existe acuerdo en torno a que con tal sintagma, pretendía el legislador seguir la senda del “*reckles disregard*” (VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, p. 319) y la doctrina del “*actual malice*” del Tribunal Supremo de Estados Unidos; sin embargo, en la doctrina española tal procedimiento ha levantado suspicacias: algunas recriminan la utilización del propio concepto “temerario” que parece aludir al dolo eventual o a la imprudencia consciente, en lugar del término “manifiesto”, que es más acorde con la tradición jurídico-penal española y habría resuelto las dudas sobre la modalidad de dolo a la que realmente quería aludir el legislador (CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, p. 97); otras críticas, más generales, reniegan de la cláusula completa del “temerario desprecio hacia la verdad” pues introduce una subjetivización intolerable para un Estado democrático de Derecho que se precie de no legislar un Derecho Penal de autor que castiga al cínico o al mentiroso por su actitud y no por sus hechos (QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 337).

Por lo demás, las dificultades y ambigüedades derivadas de la traducción de los conceptos “*reckles*” y “*recklessness*” no son exclusivas del orden español. Por ejemplo, en Italia observa FORNASARI, G.: “Conquiste e Sfide della Comparazione penalistica”, DOLCINI, E., y PALIERO, C. E.: *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Dott. A. Giufrè Editore, Milano, 2006, pp. 275 y 276, que estos términos típicamente ingleses podrían traducirse como dolo eventual o como culpa consciente, si bien, en el fondo, “no son ni una cosa ni la otra, sino una categoría intermedia” que, de acuerdo con la experiencia normativa, se integraría en un determinado grado o nivel de “responsabilidad por el riesgo ilícito”.

elemento del tipo objetivo? O ¿dicha cláusula podría cumplir otra función que se desplegaría en el plano de la antijuridicidad?

Podemos hablar de un primer grupo de autores y propuestas que prefieren mantener la falsedad como elemento del tipo objetivo de las injurias, guardan coherencia con su postura afirmando que el dolo debe abrazar, como bien es sabido, los elementos del tipo objetivo. Desde la perspectiva de un honor real o merecido, dicen, el tipo se nutriría de un elemento objetivo, la falsedad objetiva, y otro subjetivo, la actitud interna de falsedad subjetiva<sup>1038</sup>, por lo que la cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, reconducida a la categoría del dolo, tipo subjetivo, sirve para acoger en distinto grado el elemento del tipo objetivo de la falsedad: dolo directo cuando el sujeto actúe con “conocimiento de la falsedad”, y dolo eventual, cuando lo haga con “temerario desprecio hacia la verdad”<sup>1039</sup>. CARMONA SALGADO y OTERO GONZÁLEZ defienden esta postura y muestran ilustrativamente sus consecuencias: si se imputan hechos deshonorosos verdaderos con independencia de la actitud interna del sujeto faltará el tipo objetivo y, por tanto, el comportamiento será atípico<sup>1040</sup>; si se imputan hechos objetivamente falsos pero el sujeto creía subjetivamente que eran veraces, se daría un error de tipo vencible que dejaría impune el hecho dado que no se contempla la calumnia en su modalidad culposa o imprudente<sup>1041</sup>.

---

<sup>1038</sup> Vid., así, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 826; la misma en *Calumnias ...*, op. cit., p. 97; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*...”, op. cit., pp. 110 y 111. A similares conclusiones, aunque las refieren a la calumnia, pero debe considerarse extrapolable a la injuria consistente en la imputación de hechos, llegan MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 306; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 529; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Delitos ...”, op. cit., p. 352; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ...”, op. cit., p. 1624.

<sup>1039</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 301; ECHARRI CASI, F. J.: “Derecho al honor «versus» libertad de expresión e información. A propósito del juicio de ponderación”, *La Ley*, 2989/2013, p. 12. En similares términos se expresa En el mismo sentido CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 134, y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 297 y 298, cuando advierten que el tipo subjetivo se concreta en la representación del autor acerca de la veracidad o falsedad de la información o del temerario desprecio hacia la verdad.

<sup>1040</sup> Aquí OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*...”, op. cit., pp. 106 y 107, introduce un matiz. Entiende que si se imputa un hecho creyéndolo falso pero resulta que es verdadero, habrá tentativa inidónea, que es punible según el art. 16, pues permanece el desvalor subjetivo de acción aunque el medio fuera inidóneo, pero se concluiría igualmente la impunidad porque, acto seguido, entraría en aplicación la *exceptio veritatis* que operaría como causa de exclusión de la pena para dejar sin castigo la tentativa inidónea consistente en la imputación objetivamente verdadera pero subjetivamente falsa.

<sup>1041</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 826; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*...”, op. cit., p. 111.



Desaparecida la exigencia del *animus infamandi* como elemento del tipo subjetivo, y entendido que el dolo implica simplemente realizar la conducta con conocimiento de que es atentatoria contra el honor de una persona, dicha actuación puede constatarse por el comportamiento del sujeto imputando hechos deshonrosos con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad<sup>1042</sup>, lo que revela que esta cláusula es una alusión al tipo subjetivo y a las dos formas de dolo. De esta forma, el legislador de 1995 incluyó en el tipo penal de las injurias consistentes en las imputaciones de hechos la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el concepto de veracidad o conciencia subjetiva de la falsedad, trasladando la solución del conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información al plano de la tipicidad subjetiva<sup>1043</sup>, aunque se haga por la vía de anticipar el examen de la concurrencia de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (la libertad de expresión e información) al estadio de la tipicidad, con lo que “se diluye la aplicación ortodoxa de la teoría del delito”<sup>1044</sup>.

Existe un segundo grupo de autores que apartan la falsedad del tipo objetivo, de forma que el dolo no ha de alcanzar ningún grado de conocimiento de dicha falsedad<sup>1045</sup>. Aquí MUÑOZ LORENTE ha indiciado muy acertadamente que el tipo penal de la injuria (y de la calumnia) no exige que el hecho imputado sea objetivamente falso, sino que la imputación se realice “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”; si a eso sumamos que es típica la imputación de un hecho objetivamente verdadero pero hecha con “temerario desprecio hacia la verdad”, entonces concluye el autor que eso sólo es posible porque la falsedad objetiva no es un elemento del tipo, por lo que habría lesión típica en la imputación de un hecho objetivamente verdadero pero hecha con temerario desprecio hacia la verdad (aunque

<sup>1042</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., op. cit., pp. 68 y 141.

<sup>1043</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., op. cit., p. 73; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio* ..., op. cit., pp. 99 a 101. Parecidamente afirman QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., op. cit., p. 543, que el legislador recurrió a criterios concernientes al tipo subjetivo (el “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”), para, indirectamente, delimitar en el plano objetivo la esfera de incriminación típica.

Muy crítico con esta subjetivización del tipo de las injurias impropia del Derecho penal del hecho que corresponde a un Estado social y democrático de Derecho, se muestra QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 337.

<sup>1044</sup> OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio* ..., op. cit., p. 102.

<sup>1045</sup> *Vid.*, así, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., op. cit., p. 322 MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., op. cit., pp. 370 a 372; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ..., op. cit., p. 182; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., op. cit., p. 86. De acuerdo BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos* ..., op. cit., p. 8.

pueda quedar exenta de responsabilidad criminal por la *exceptio veritatis*, en última instancia)<sup>1046</sup>. Por otra parte, la consideración de la falsedad de lo imputado como elemento del tipo objetivo conduce a desajustes en el problema del error, si bien quienes apoyen la tesis contraria valorarán tales “desajustes” precisamente como fortalezas de su propuesta, lo que pone de manifiesto que todo depende, una vez más, de la concepción del honor que se sostenga: la consideración de la falsedad como elemento objetivo del tipo serviría en bandeja a los injuriadores la elusión de la condena porque bastaría con que el autor alegara que no llegó a imaginar la posible falsedad del hecho, justificándose en la no conciencia de su falsedad, aun cuando tal inconsciencia sea fruto de la ausencia de diligencia de en la comprobación de la veracidad de la información, con lo que serían de aplicación las reglas del error invencible de tipo que excluiría el dolo, deviniendo atípica la conducta, con una extensión intolerable de los supuestos de impunidad<sup>1047</sup>.

A partir de aquí, puede trazarse otra subdivisión entre quienes creen que la falsedad objetiva no forma parte del tipo de las injurias y, en consecuencia, no atribuyen a la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad” la función del dolo eventual como forma del dolo que abrazaría un eventual conocimiento de la falsedad de los hechos imputados. En tal caso, cabe preguntarse por la función que despliega dicha cláusula. VIVES ANTÓN y MUÑOZ LORENTE sostienen que la cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” sirve para referirse a las dos formas de dolo (directo y eventual) pero como un elemento subjetivo específico o adicional del tipo, que va más allá, que no se identifica con el dolo genérico ni tampoco, por supuesto, con el *animus iniuriandi*, y que, por último, exterioriza una actitud negativa del sujeto hacia la verdad de la información. En otras palabras, dado que el dolo sólo abraza los elementos objetivos del tipo y la falsedad no es uno de ellos, la cláusula “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” no hace referencia al dolo como elemento subjetivo del tipo, sino a *un elemento subjetivo específico o*

---

<sup>1046</sup> Cfr. MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 370 a 372; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ..., op. cit., p. 182 a 184.

<sup>1047</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 86 y 87. De acuerdo BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 8, que refleja que alegando que el sujeto no se representó que la información pudiera ser falsa, siempre venía en aplicación el error culpable (evitable) del tipo que excluía el dolo y conllevaba la impunidad, dado que se aceptaba que aunque se había realizado culposamente el tipo, con temeridad, no era punible. *Vid.*, así, también JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 237, 41 y 249.

*adicional del tipo* distinto del dolo genérico<sup>1048</sup>. Así, la prueba de la veracidad objetiva de la imputación no anula el tipo porque la referencia a la falsedad forma parte del tipo subjetivo, como elemento adicional, y, por consiguiente, aunque se probare la veracidad del hecho imputado, permanecería el tipo subjetivo concretado en la representación del autor acerca de la o falsedad de la información o del temerario desprecio hacia la verdad<sup>1049</sup>.

Al otro lado encontramos las propuestas de LAURENZO COPELLO, BACIGALUPO ZAPATER y JAÉN VALLEJO. Coinciden con los autores arriba mencionados en la dualidad de formas dolosas del tipo de las injurias, de modo que la injuria podría cometerse con dolo directo o con dolo eventual. Parten de idea de que el dolo es querer actuar conociendo de manera segura o eventual que las expresiones que se profieren o las acciones que se ejecutan son deshonorosas u ofensivas. En tanto no hay rastro de la falsedad en el tipo objetivo de las injurias, el tipo subjetivo, el dolo, no tiene por qué contener ninguna referencia a esa falsedad. Este grupo de autores rechaza el mero traspaso de la falsedad de las informaciones del tipo objetivo al tipo subjetivo y prefiere trasladar la utilidad de la cláusula que venimos analizando del art. 208.3 a la categoría dogmática de la antijuridicidad<sup>1050</sup>. Si hemos aceptado, continúan, que el conflicto entre honor y libertad se resuelve en la antijuridicidad y en las causas de justificación, a la cláusula “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la

---

<sup>1048</sup> De esta opinión, VIVES ANTÓN, T. S. “Delitos ..., *op. cit.*, p. 319; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, *op. cit.*, pp. 432 a 435.

CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, p. 74, está de acuerdo en que la lectura del artículo 208 conduce a entender la estructura típica del delito de acuerdo con la propuesta que ahora venimos analizando, conforme a la cual el “conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad” son elementos específicos del tipo subjetivo, sobre los que recae la esencia del delito de injurias, a pesar de lo cual se muestra contraria a ello.

<sup>1049</sup> Así también de acuerdo CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, p. 134.

<sup>1050</sup> En este segundo sector, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, pp. 132 a 135; la misma en “Los especiales elementos subjetivos de los delitos contra el honor”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 1394; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, pp. 244, 247 y 250. Sin embargo, frente a este criterio se manifiesta OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio ...*, *op. cit.*, pp. 100 y 101, señalando que quienes defienden esta postura (explícitamente se alude a LAURENZO COPELLO) confunden el *ser* con el *deber ser*, pues a su juicio parece claro que el legislador quiso trasladar este elemento desde las causas de justificación al tipo de las calumnias.

verdad” no hay que darle ninguna función en el tipo<sup>1051</sup>. Por ello, se propone que esta cláusula sólo tenga eficacia en el ámbito de las causas de justificación, como elementos de estas. Así, la veracidad subjetiva de la información, derivada de la diligente comprobación, sería uno de los elementos que habría que considerar para apreciar favorablemente la concurrencia de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 del Código Penal), concretamente del ejercicio de la libertad de expresión e información.

A pesar de los matices comentados sobre la función de la cláusula del art. 208. 3, la postura de la doctrina mayoritaria en torno a los asuntos de la no exigencia del *animus iniuriandi* como elemento subjetivo específico del tipo y sobre la posibilidad de comisión de las injurias con dolo directo y eventual, se mantiene en la senda de la doctrina mayoritaria comparada. El estudio que realizamos de los delitos contra el honor en los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno cultural permitió reflejar el acuerdo existente en relación con la no exigencia de un ánimo específico en el tipo subjetivo de los delitos contra el honor. Así, la doctrina alemana en relación con el delito de difamación (§ 186 StGB) advertía que basta con que el sujeto sea consciente de que la expresión representa una falta de respeto en sentido objetivo, sin exigir, por el contrario, que concurra un específico propósito o intención injuriosa (“*Beleidigungsabsicht*”)<sup>1052</sup>. En Italia pudimos comprobar la evolución experimentada en la doctrina, bien ilustrativa del cambio de las teorías tradicionales que exigían el *animus iniuriandi* como elemento específico del tipo subjetivo de las injurias, como era el caso de la teoría del fin antisocial<sup>1053</sup>, hasta las concepciones más modernas mayoritarias tanto de la doctrina como de la jurisprudencia que se han inclinado por las tesis del dolo general en el delito de injurias, alegando, entre otros motivos, que el legislador no quiso introducir tal exigencia por lo que el intérprete debe aplicar la noción general del dolo, entendido como el querer y tener conciencia de la ofensividad de las expresiones para el honor o el decoro y tener conciencia de la presencia (o situación equivalente) del ofendido y de la percepción material directa de la ofensa por

<sup>1051</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 89. Añade la misma autora que el mero hecho de que aparezca en el tenor literal de las injurias del art. 208.3 este elemento, no implica que deba ser componente del tipo, ya que los redactados legales a veces incluyen elementos que no son del tipo (*ib.*).

<sup>1052</sup> *Vid.*, entre otros, OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2002, p. 118.

<sup>1053</sup> FLORIAN, E.: *Inguiria e diffamazione. Sistema dei delitti contro l'onore secondo il codice penale italiano*, 2ª edición, Società Editrice Libreria, Milano, 1939, p. 187.

su parte la conciencia<sup>1054</sup>. A lo que se añadía la admisión de la forma del dolo eventual para el autor de injurias que no se hubiera desviado de sus propósitos criminales a pesar de haberse representado el hecho lesivo como posible consecuencia de la conducta y de haber aceptado el riesgo de que sus palabras fueran interpretadas socialmente como ofensivas<sup>1055</sup>.

Volviendo al debate en la doctrina española y después de haber reflejado las distintas posturas sobre la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad” y la función dogmática que cumple, ya sólo resta por apuntar el descarte la posibilidad de comisión de las injurias en modalidad imprudente o culposa, dado el carácter intencional o eminentemente subjetivo de este delito<sup>1056</sup>. De manera excepcional TASENDE CALVO ha señalado que la inadecuada fórmula del “temerario desprecio hacia la verdad” podría admitir las injurias culposas, en tanto que dolo debe alcanzar el conocimiento de estar realizando una acción consistente en imputar a otro un hecho injurioso, como el resultado de efectiva lesión, por lo que la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad” sólo podría reconducirse a la culpa<sup>1057</sup>.

---

<sup>1054</sup> MANTOVANI, F.: *Diritto Penal. Parte Speciale. I. Delitti contro la persona*, 4ª edizione, CEDAM, Padova, 2011, p. 246; ANTOLISEI, F.: *Manuale...*, op. cit., pp. 210 y 211; FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte speciale. Volumen II, tomo primero: I delitti contro la persona*, 3ª edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 2011, pp. 98 y 99; BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 59 a 63; SIRACUSANO, P.: (voce) “Ingiuria e diffamazione”, *Digesto della Discipline Penalistiche*, VII, Torino, 1993, p. 40; BISORI, L.: “I delitti contro l’onore”, CADOPPI, A., CANESTRASI, S., PAPA, M.: *I reati contro la persona (II. Reati contro l’onore e la libertà individualae)*, Utet, Milano, 2006, pp. 44 a 47; GULLO, A.: “Delitti contro l’onore”, VIGANÓ, F. y PIERGALLINI, C.: *Trattato teorico/pratico di Diritto Penale. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011, pp. 140 y 141.

<sup>1055</sup> BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti...*, op. cit., pp. 60 y 61. Así también la jurisprudencia: *Sez. V, 11 maggio 1999, Berti Riboli, in Cass. Pen.*, 2000, p. 1953.

Para un estudio más detallado sobre el tipo objetivo y subjetivo del delito de injurias y los comentarios doctrinales, desde la perspectiva del derecho comparado, *vid. supra* Capítulo IV.4.3.

<sup>1056</sup> *Vid.*, entre otros, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 346; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones ...”, *op. cit.*, pp. 148 y 161; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 133; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 276 a 278; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ...”, *op. cit.*, p. 1637.

<sup>1057</sup> TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ...”, *op. cit.*, p. 315. El propio autor admite, sin embargo, que esta interpretación conduce a una extensión de la punibilidad del ejercicio de la libertad informativa sumamente peligroso, que además, no deja espacio para el margen de error que es consustancial a la actividad periodística, y por eso estima que habría sido conveniente dirigir esa falta de diligencia a la vía civil para sancionarla (*op. cit.*, pp. 317 y 318).

### 3.3.1.2.1 Toma de posición

Estamos de acuerdo con la doctrina ampliamente mayoritaria en cuanto a que el dolo de las injurias puede presentarse bajo la forma de dolo directo o dolo eventual. Disentimos de algunos autores, sin embargo, en el punto de que la modalidad eventual venga aludida a través de la cláusula “temerario desprecio hacia la verdad”, porque *no creemos que la falsedad sea elemento del tipo objetivo de las injurias*, de modo que el tipo subjetivo del delito de injurias, esto es, el dolo, no tiene que referirse, alcanzar ni abrazar ninguna consideración relativa a la falsedad de lo imputado. El dolo se colma con el mero conocimiento seguro o eventual del carácter ofensivo de las expresiones y con la volición de decirlas, proferirlas o ejecutarlas (si son acciones). Tal postura es coherente con la forma de concebir el bien jurídico honor que venimos defendiendo y apoyando en esta investigación. El honor entendido *como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano como miembro de pleno de derecho de la comunidad jurídica, derivado de la indispensable aprobación social del proyecto vital elegido en uso de su derecho al libre desarrollo de la personalidad en los amplios contornos de una sociedad pluralista, abierta y tolerante*, es lesionado cuando se priva al sujeto del acceso a dicha expectativa de reconocimiento. No nos importa si dicho impedimento tiene su origen en expresiones ciertas o falsas, fundadas o infundadas, ajustadas a la realidad de los comportamientos vitales del individuos o alejadas de la misma. La lesión del honor se produce con independencia de que el hecho imputado sea cierto o verdadero, de acuerdo con nuestra concepción del honor, y con independencia de que su veracidad objetiva ya fuera conocida por el sujeto al imputarlo o si lo fue después (en este último caso con más razón pues no se entiende que por algo ajeno al autor, como es el descubrimiento de la veracidad objetiva en la fase judicial, desaparezca la lesión típica contra el honor).

Por otra parte, apoyamos nuestro rechazo a la consideración de la falsedad objetiva de los hechos imputados como elemento del tipo con el argumento también de los problemas dogmáticos que han sido advertidos por un sector de la doctrina. No aprobamos que la veracidad objetiva del hecho imputado sea suficiente para estimar la atipicidad del comportamiento consistente en la imputación deshonrosa efectuada con una actitud interna profundamente censurable presente cuando la imputación se ha

realizado con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Del mismo modo, es contraproducente la consideración de la falsedad de lo imputado como elemento del tipo objetivo por los problemas que provoca en sede de error de tipo, en la medida en que fomenta la apreciación de errores invencibles de tipo que excluyen el dolo (art. 14.1 del Código Penal) y con ello el carácter típico de la conducta, extendiendo la solución de la impunidad a conductas que no lo merecen (o al menos no por el camino de esta fundamentación dogmática).

Así mismo, *debemos separarnos de las tesis que defienden la ubicación dogmática de la cláusula del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” en la antijuridicidad*. Nuestra oposición responde a dos consideraciones, fundamentalmente. Por una parte, aunque es cierto que no todo elemento que aparece referido por el tenor literal de un precepto ha de ser considerado necesariamente parte del tipo penal<sup>1058</sup>, no lo es menos que la naturaleza dogmática natural de un elemento contenido en el tenor literal del precepto mirará, *prima facie*, a la tipicidad. Es de todo punto razonable pensar que con la inclusión en el tenor literal del precepto de una serie presupuestos y circunstancias fácticas, así como de elementos normativos, el legislador está haciendo selección de aquellos comportamientos que contengan dichos elementos y dotándolos de cierta relevancia penal por reunir los rasgos de comportamiento típico. No en vano, para eso sirven los tipos penales. Iríamos contra la voluntad del legislador si elementos que ha incluido en el tenor literal, los extrajéramos del tipo penal y los lleváramos a la antijuridicidad<sup>1059</sup>. Y sin abandonar la voluntad del legislador, cabría preguntarnos para qué quiso introducir en el tipo literal del delito de injurias una referencia a la doctrina constitucional de la veracidad subjetiva y del ejercicio justificante de la libertad de expresión (que es la justificación alegada por quienes defienden redirigir la cláusula del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” a la antijuridicidad), cuando tal objetivo ya se cumple con normalidad por la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, del art. 20.7 del Código Penal, que como disposición de la Parte General es de aplicación común a todos los delitos de la Parte Especial. Admitir que la cláusula del art. 208.3 es una remisión a

---

<sup>1058</sup> Así, ROXIN, C.: Derecho ..., op. cit., p. 291; y, en relación con los delitos contra el honor, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., op. cit., p. 89.

<sup>1059</sup> ROXIN, C.: *Teoría* ..., op. cit., p. 242.

la antijuridicidad y al juego de la libertad de expresión e información reviste a dicha disposición de un perfil reiterativo y superfluo.

Pero no sólo la interpretación literal del precepto incide en la necesidad de buscar la justificación dogmática del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” en la tipicidad, sino que también consideraciones sistemáticas apuntan en esta dirección. Trasladando la cláusula que estamos analizando a la antijuridicidad, resulta que la tipicidad de las injurias queda (casi) vacía, por consiguiente, la “función garantía” del tipo penal, que le convierte en nivel adecuado de la estructura del delito para describir la conducta prohibida a través de la referencia a los elementos y circunstancias que caracterizan a dicho comportamiento, se diluye<sup>1060</sup>. En la estructura sistemática de la teoría general del delito, el tipo está llamado a cumplir ciertas funciones que quedarían difuminadas e imposibilitadas si le privamos de sus herramientas básicas, que son los elementos descriptivos y normativos que contribuyen a trazar los contornos de la conducta prohibida.

a) Tesis. La propuesta de los “tipos abiertos” (WELZEL) de JAÉN VALLEJO

Afirmando, como hemos hecho hasta ahora, que la falsedad no puede ser elemento del tipo objetivo y que en la fase de la tipicidad resulta indiferente si los hechos imputados son verdaderos o falsos, estamos sosteniendo una tesis similar a la de, entre otros, JAÉN VALLEJO. Queremos referirnos a su propuesta primeramente, aun cuando no la consideremos dogmáticamente correcta, por cuanto sí nos servirá, en un segundo momento, para estudiar otra teoría alternativa construida en el nivel de la teoría general del delito, la cual representará, finalmente, la base sobre la que levantar nuestra propia alternativa.

Dice JAÉN VALLEJO que la tipicidad en las injurias y calumnias será proferir expresiones que deshonran o ejecutar acciones ofensivas, e imputar un delito, respectivamente, y a estos extremos es a donde debe alcanzar el dolo. Con lo anterior, se

---

1060 Más adelante examinaremos con detalle esta reflexión, al hilo de la crítica a ciertas posturas doctrinales.



ha definido la tipicidad de las injurias en unos términos verdaderamente amplios y escasamente restrictivos, hasta tal punto que la consabida función del tipo de ser indicio provisional de la antijuridicidad no puede ser ni lejanamente cumplida. Tal circunstancia, sin embargo, no representa un problema para JAÉN VALLEJO, que se acoge a la figura de los “tipos abiertos o necesitados de complementación”, que en su formulación original se debe a WELZEL. Efectivamente, sostenía el penalista alemán que el tipo penal es la descripción de la materia de prohibición, por lo que la realización del mismo es un “indicio” de la antijuridicidad de la acción, que, no obstante lo anterior, no llega a adelantar un juicio antijuridicidad<sup>1061</sup>; sin embargo, continuaba WELZEL, en los “tipos penales abiertos”, que constituyen excepciones a la regla general de los tipos cerrados, la ley describe sólo una parte de los caracteres del tipo, dejando al juez la labor de completar la parte restante a partir del recurso a otros elementos (“elementos del deber jurídico”) contenidos en el tenor literal del precepto, pero que no son componentes del tipo, sino que miran a la antijuridicidad<sup>1062</sup>. Esta excepcionalidad de los tipos abiertos repercute también en la categoría de la antijuridicidad del modo siguiente: una vez comprobada la realización completa del tipo mediante una conducta, en los tipos cerrados se establece la antijuridicidad a través de un procedimiento exclusivamente negativo, es decir, por medio de la comprobación de la no intervención ninguna norma permisiva o “causal de justificación”, mientras que en los tipos abiertos, al faltar el cuadro rector material para complementar el tipo, la antijuridicidad es determinada por un juicio de valor autónomo del juez<sup>1063</sup>. En coherencia con estas reflexiones, también JAÉN VALLEJO entiende que el tipo de las injurias, a pesar de su carácter abierto, sí ha cumplido con una descripción suficiente de la acción que es materia de prohibición<sup>1064</sup>. Determinada la tipicidad, así, mediante un *tipo abierto o necesitado de complementación*, se pasa a la antijuridicidad, donde se analizarán las

---

<sup>1061</sup> WELZEL, H.: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 12ª edición (traducción del alemán por BUSTOS RAMÍREZ, J. y YÁÑEZ PÉREZ, S.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987, p. 80.

<sup>1062</sup> WELZEL, H.: *Derecho ...*, op. cit., p. 75..

<sup>1063</sup> WELZEL, H.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 119 y 120. El ejemplo paradigmático de tipo abierto en la teoría de WELZEL es el delito de coacciones del § 240 del StGB, en tanto que el tipo penal sólo consigna pena para quien “mediante violencia o la amenaza de un mal sensible coaccione a otro a la realización de una acción, a tolerarla o a omitirla”. Con tal descripción, el tipo no describe de modo completo los elementos fundadores del injusto, sino que es preciso resolver en el nivel de la antijuridicidad la “reprobabilidad” de la conducta para apreciar, sólo entonces, el carácter antijurídico de toda ella.

<sup>1064</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 240 a 242.

causas de justificación y la falsedad. Es de este modo como se afirma que la falsedad tiene acogida en la categoría dogmática de la antijuridicidad<sup>1065</sup>.

En tanto JAÉN VALLEJO sigue los postulados de la teoría de los tipos abiertos de WELZEL, aplicados al ámbito de los delitos contra el honor, se hace acreedor de los mismos reproches que se han formulado contra las tesis del penalista alemán. En un pormenorizado estudio ROXIN examinó la teoría de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico (“*Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*”), llegando a conclusiones críticas sobre ambos conceptos. En cuanto a los “tipos abiertos” advirtió que al extraer los elementos del deber jurídico de la tipicidad para situarlos en la antijuridicidad, la realización del tipo ya no era constitutiva ni de injusto ni de juicio provisional de disvalor ni de indicio de antijuridicidad del comportamiento: los tipos abiertos no decían nada sobre la actividad final y sobre la actitud del delincuente respecto del hecho, de modo que quedaban reducidos a la descripción de sucesos totalmente neutros<sup>1066</sup>. Libres de elementos normativos, los tipos penales se convertían en simples descripciones de hechos, vaciándose, consiguientemente, no sólo el tipo objetivo, sino también el tipo subjetivo dado que el

---

<sup>1065</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 244, 247 y 250.

La originalidad de la concepción del tipo de las injurias de JAÉN VALLEJO no termina con la adhesión a la teoría de los tipos abiertos de WELZEL. Más adelante, se declara partidario de la categoría de la distinción entre causas propias y causas impropias de exclusión del ilícito penal, introducida en Alemania por GÜNTHER (una exposición de su teoría en GÜNTHER, H-L.: “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal (traducción de LUZÓN-PEÑA, D-M.), LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995, pp. 45 a 66) y de la categoría dogmática de la “responsabilidad por el hecho”, formulada por MAURACH en Alemania, y seguida en España BACIGALUPO ZAPATER y LAURENZO COPELLO, aplicable a aquellos casos en que no pueda calificarse el comportamiento del autor de las injurias como conforme a Derecho y justificada, aunque tampoco pueda negarse que la conducta sirvió para salvar otro bien jurídico (libertad de expresión), por lo que se produce una atenuación significativa de lo ilícito que excluye la responsabilidad penal, pero no en fase de antijuridicidad, sino a través de la categoría de la “responsabilidad por el hecho”: el hecho es pues antijurídico, pero el Estado renuncia a la sanción por faltar la desaprobación jurídico-penal y no ser, por ello, merecedor de pena; *vid.*, así, JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 261, 262, 267 y 268. Sin embargo, contra esta categoría a medio camino entre la antijuridicidad y la culpabilidad, se han formulado sólidas críticas, tanto en la doctrina alemana [ROXIN, C.: “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena” (traducción al castellano de POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, 46 (1992), pp. 182 a 185], como en la española (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial IBdef, Buenos Aires, 2011, pp. 127 a 130), de manera que, mayoritariamente, la doctrina contemporánea suele rechazar, hasta el momento, estas concepciones, como concluye SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría ..., op. cit., p. 76.

<sup>1066</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 70, 96, 145, 146, 150, 266 y 269.

dolo ya no tendría que abrazar estos elementos porque no formaban parte del tipo objetivo sino de la antijuridicidad<sup>1067</sup>.

Efectivamente, con una descripción típica de la conducta prohibida en las injurias como la propuesta por JAÉN VALLEJO, conforme a la cual injuriar es proferir expresiones que deshonran o ejecutar acciones ofensivas, entendemos que no se cumplen las funciones básicas asignadas a la categoría de la tipicidad, como selección de lo penalmente relevante o como descripción provisional del comportamiento que atrae la “atención”<sup>1068</sup> del *ius puniendi* por incorporar un cierto grado de disvalor jurídico, a expensas de los ulteriores exámenes que se deban realizar en el momento de la antijuridicidad. Si bien es cierto que la tipicidad es sólo el primer paso en la estructura del delito, de tal forma que la subsunción de un comportamiento en el tipo no lo convierte en merecedor automáticamente de pena criminal, tampoco podemos ignorar que la realización del tipo ha de estar provista de una carga suficiente de disvalor jurídico y de significado valorativo propio que implique significancia penal<sup>1069</sup> y que justifique la atención del Derecho penal. En el caso concreto, de considerar el tipo de las injurias como un tipo abierto, esta tipicidad sería excesivamente amplia, introduciría en el ámbito de estudio del Derecho penal un grupo inmenso de comportamientos valorativamente (casi) neutros, a pesar de lo cual y de aceptarse esta teoría, una tipicidad de las injurias en tales términos establecida obligaría a declarar la tipicidad de todos ellos sólo a salvo de que la conducta quede impune por el juego de otras circunstancias exonerantes de responsabilidad criminal (como las causas de justificación o las causas de exclusión de la pena). Téngase en cuenta la frecuencia diaria con que pueden encontrarse imputaciones de hechos deshonrosos, que, de no exigirse más, serían ya constitutivas de un hecho penalmente relevante, de forma que sólo la eventual concurrencia de una causa de justificación podría liberar al autor de tales afirmaciones de la conminación penal. Conforme a la propuesta que analizamos, prácticamente toda la actividad periodística quedaría cubierta por la sombra de la tipicidad penal, con el consiguiente efecto desalentador del ejercicio de libertades básicas en un Estado de Derecho como la libertad de expresión e información.

---

<sup>1067</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 78, 79, 88, 89 y 143.

<sup>1068</sup> Así, LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 302.

<sup>1069</sup> Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho ...*, op. cit., p. 158; parecidamente VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., p. 52.

En fin, si aspiramos a honrar la “función garantía” del tipo penal como la descripción de forma objetiva o exacta de la conducta penalmente relevante y por ello prohibida, a fin de dar cumplimiento al principio “*nullum poena sine lege*” mediante la referencia a todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto del hecho punible, así como la “función sistemática” que convierte al tipo penal en la categoría dogmática situada entre la acción y la antijuridicidad gracias a la cual se puede destacar del amplio ámbito de los hechos antijurídicos, aquellas acciones y omisiones que entran en consideración para la aplicación de una pena<sup>1070</sup>, entonces deberemos ofrecer una definición típica de la conducta injuriosa que vaya más allá de la mera declaración de juicios de valor o imputación de hechos deshonrosos, para acotar esta descripción con otros elementos adicionales que tiñan el comportamiento de desvalor, nocividad social, relevancia y significancia penal.

b) Antítesis. Los “tipos cerrados” y los “elementos de valoración global del hecho”, de ROXIN

Con origen en las críticas a la teoría de los tipos abiertos, formuló ROXIN otra concepción, esta sí acogida favorablemente y que arranca, especialmente, de la figura de los “elementos del deber jurídico” *welzenianos*. Discrepaba ROXIN de la naturaleza dogmática atribuida a los elementos del deber jurídico, que WELZEL ubica en la antijuridicidad, a pesar de que por sus características conceptuales básicas responden perfectamente a la configuración de los elementos normativos del tipo penal<sup>1071</sup>. ROXIN sí reconoce al estudio de WELZEL el mérito de haber localizado la particularidad de ciertos tipos que se distinguen de los demás por la inclusión en su contenido de elementos distintivos, pero ni puede hablarse de tipos abiertos ni esos elementos del deber jurídico son los únicos que deben considerarse ni, por último, son

---

<sup>1070</sup> Vid., así, ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 170 y 172; el mismo en *Derecho ...*, op. cit., p. 277; el mismo *Política ...*, op. cit., p. 40; JESCHECK, H-H. y WEIGEND, W.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de OLMEDO CARDENETE, M.), 5ª edición, Comares, Granada, 2002, pp. 262 y 264; MIR PUIG, S.: *Derecho ...*, op. cit., p. 158; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 302.

<sup>1071</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 96, 97, 121 y 122; el mismo en *Derecho ...*, op. cit., p. 399. También así JESCHECK, H-H. y WEIGEND, W.: *Tratado ...*, op. cit., pp. 262, 263 y 265, cuando señalan que aunque los tipos estén necesitados de complementación y sea el juez el que deba llenarlos con juicios de valor general o a través de las relaciones con otros componentes, las piezas que faltan siguen siendo parte del tipo penal.

referencias a la antijuridicidad<sup>1072</sup>. Por el contrario, apunta ROXIN que tales elementos en tanto que plenos elementos normativos del tipo, reciben *parte de su fundamentación de la categoría de la tipicidad* en la medida en que describen la materia de prohibición y contienen las circunstancias objetivas pertenecientes al sustrato del juicio del injusto; pero al propio tiempo, y aquí reside su auténtica esencia diferenciadora, *se apoyan también en la categoría de la antijuridicidad*: su conocimiento implica ya, con certeza lógica, una conciencia de la antijuridicidad y de prohibición; en otras palabras, el conocimiento de la concurrencia de tales elementos significa casi siempre para el autor la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica y, por lo tanto, expresan el disvalor jurídico que recae sobre la totalidad del hecho<sup>1073</sup>. Así pues, si estos elementos además de describir la conducta típica, comprenden el juicio de antijuridicidad reservado a la valoración total del hecho, puede decirse que “abarcan la antijuridicidad”, además, de la tipicidad, por lo que son “circunstancias valoradas totales” o “abarcantes de la antijuridicidad”, o, como los definió más adelante en su Tratado, “elementos de valoración global de hecho”, porque sólo cuando tales elementos han sido valorados en su conjunto y hasta sus últimas consecuencias podremos tener conciencia de que se ha realizado el comportamiento típico y que tal realización está cargada del disvalor jurídico completo que convierte, *eo ipso*, el comportamiento típico en antijurídico al mismo tiempo<sup>1074</sup>. De esta forma, lejos de “tipos abiertos”, estamos ante los “tipos más cerrados que es posible concebir”<sup>1075</sup>.

---

<sup>1072</sup> Bajo la categoría de “elementos del deber jurídico”, WELZEL incluye ciertas cláusulas como el juicio de “reprobabilidad”, ejercer “el cargo conforme a derecho”, “la validez jurídica de una ley u ordenanza”, la “obligatoriedad” y “la falta de autorización”. ROXIN suma a esta lista otros elementos como la “pretensión impositiva”, ciertos elementos subjetivos del tipo o la cláusula “lesionando un derecho de caza ajena”. *Vid.*, así, ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 136 a 138

<sup>1073</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 123, 131 y 132.

<sup>1074</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 298 y 299. Su “doble faz”, como reflejo de la tipicidad y de la antijuridicidad, es dogmáticamente admisible ya que un elemento puede pertenecer simultáneamente a un sitio y a otro, esto es, los aspectos valorativos pueden entrecruzarse y coincidir, sin que por ello se ponga en cuestión su peculiaridad.

El hallazgo de los “elementos de valoración global del hecho”, en su formulación por ROXIN, ha sido recibido positivamente por la doctrina, tanto la extranjera (así, en Alemania, JESCHECK, H-H. y WEIGEND, W.: *Tratado ...*, op. cit., p. 265) como en la española (*vid.* LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., pp. 352 y 353).

<sup>1075</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 301. Rechaza esta denominación de “tipos cerrados”, pese a estar con ROXIN en los demás, LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., pp. 354 y 355.

- c) Síntesis. La cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, como elemento de valoración global del hecho y como elemento adicional del tipo subjetivo de las injurias.

En nuestro caso, *creemos que la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” reúne las características esenciales para constituir un “elemento de valoración global del hecho”, tal y como ha sido definida esta categoría por ROXIN. Realiza la conducta típica de las injurias quien lesiona el honor ajeno imputando a otro hechos deshonrosos con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad; por el contrario, en el caso de las injurias consistentes en la afirmación de juicios de valor, la cláusula del “conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad” no juega función alguna, tal y como se desprende del art. 208.3 del Código Penal, dado que los juicios de valor, como ha quedado acreditado en repetidas ocasiones, no pueden someterse al filtro de la veracidad/falsedad.*

Desde la perspectiva de *lege data*, *el “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad” es un elemento normativo del tipo. Se trata de un elemento típico que contribuye a delimitar con precisión, toda cuanto es posible, el conjunto de comportamientos que por reunir relevancia penal, esto es, por ser penalmente significativos, han de ser valorados por el Derecho penal como conductas eventualmente merecedoras de pena criminal en tanto que han superado el filtro de la tipicidad. Este elemento contribuye a la función de describir la conducta prohibida en tanto aclara que no basta con cualquier imputación de hechos deshonrosos para entenderse colmado el tipo de las injurias, sino que es preciso que tal imputación se efectúe con un determinado estado anímico por transmitir algo a sabiendas de que es falso o no estando en absoluto seguro. Dicho en otras palabras, en la tipicidad ha de examinarse si están presentes los presupuestos fácticos de la conducta típica, así como los demás elementos normativos que delimitan la conducta típicamente punible: en el caso de las injurias, tales elementos serían estar ante una imputación de hechos, que los hechos sean susceptibles de causar una lesión del honor ajeno, que se hayan transmitido por el del autor con “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad”. Pero como tal elemento de valoración global del hecho, el “conocimiento de la falsedad*

o temerario desprecio de la verdad” también remite al aplicador del derecho al momento de la antijuridicidad, donde deberá efectuarse una valoración global de las circunstancias para determinar si la conducta típica es también antijurídica.

No basta con afirmar que el “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad” es un elemento de valoración global del hecho perteneciente al tipo y que mira a la antijuridicidad. Si forma parte del tipo, corresponde a continuación aclarar si integra el tipo objetivo o el tipo subjetivo. En este punto, nuestra postura tiene encaje adecuado en los planteamientos de ROXIN. Cuando estudia los elementos de valoración global del hecho, ROXIN observa que esta lista se nutre, no sólo de los que WELZEL llamaba elementos del deber jurídico, sino también de otros, y entre ellos alude expresamente a ciertos elementos específicos del tipo subjetivo. En nuestro caso, en esa continúa “peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema” a que se refería ROXIN<sup>1076</sup>, entendemos que el “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad” es un elemento subjetivo adicional del tipo de las injurias.

La integración en el tipo penal de elementos subjetivos fue una cuestión debatida y polémica desde sus inicios, a raíz de pioneras aproximaciones a ellos (FISCHER) y de los trabajos novedosos que representaron los primeros intentos de sistematización (gracias un artículo publicado en 1924 por MEZGER<sup>1077</sup>). Como sucede en la teoría general, también en las injurias el dolo del tipo subjetivo se halla integrado por los elementos cognoscitivo y volitivo, esto es, conocer que las expresiones o los hechos que se imputan tienen un contenido dañoso para el honor, el cual (el contenido) puede con seguridad o eventualmente provocar su lesión, y asumir y querer las consecuencias dañosas de dicho comportamiento. Sin embargo, en ocasiones, y así sucede con las injurias, el tipo subjetivo se nutre de otros elementos que conectan o aluden a la intención con que el autor interviene; en otras palabras, reflejan una concreta intencionalidad o tendencia que es relevante en la realización del hecho<sup>1078</sup>: el autor conoce que imputa hechos deshonorosos que pueden con seguridad o eventualmente

---

<sup>1076</sup> ROXIN C.: *Política ...*, op. cit., pp. 79 y 80.

<sup>1077</sup> MEZGER, E.: “Die subjektive Unrechtselemente”, *Gerichtssaal*, 89 (1924), pp. 207 y ss.

<sup>1078</sup> ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 121; ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., p. 137.

provocar daños al honor ajeno y asume tales consecuencias (dolo), y todo ello lo hace “con conocimiento de su falsedad [de los hechos] o temerario desprecio hacia la verdad” (elemento especial del tipo subjetivo). De esta forma, los elementos subjetivos adicionales del tipo no se conectan con el conocimiento de determinadas circunstancias de los hechos o acontecimientos, en cuyo caso formarían parte del dolo que alcanza al conocimiento de los elementos y circunstancias del tipo objetivo, sino que se vinculan con relaciones internas entre el autor y su conciencia<sup>1079</sup>, por lo que no han de ser alcanzados por el dolo<sup>1080</sup>.

Finalmente, dentro de esta caracterización del “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad” como elemento específico del tipo subjetivo, podemos dar un paso más y clasificar las injurias dentro del modelo tripartito tradicional de los tipos con elementos subjetivos, que distingue entre: a) delitos de intención, en los que la intención subjetiva del autor se dirige a la consecución de un determinado resultado que va más allá del tipo objetivo; b) delitos de tendencia, en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito y; c) delitos de expresión, en los que la acción muestra un proceso interno del autor<sup>1081</sup>. En este esquema, el tipo de las injurias, con el elemento subjetivo adicional del “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad”, formaría parte de los delitos de expresión<sup>1082</sup>, en la medida en que no se trata tanto de castigar la

---

<sup>1079</sup> Vid. STRATENWERTH, G.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 171 y 172; ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 317.

<sup>1080</sup> Entre otros, MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2001, p. 287; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. *et al.*: *Curso ...*, op. cit., pp. 267 y 268; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 395; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 280 y 281.

<sup>1081</sup> La clasificación original es de MEZGER, E.: *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 36 y 37; en este punto es seguido ampliamente, entre otros, por ROXIN, C.: *Delitos ...*, op. cit., p. 317.

<sup>1082</sup> Para los delitos de falso testimonio, de acusación y denuncia falsa, que contienen el elemento subjetivo del “conocimiento de la falsedad”, apoyan la calificación de delitos de expresión ROXIN, C.: *Delitos ...*, op. cit., pp. 317 y 318; MIR PUIG, S.: *Derecho ...*, op. cit., p. 288; ROMEO CASABONA, C. Mª., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho ...*, op. cit., p. 121.

LUZÓN PEÑA, por su parte, no se declara partidario de la categoría de los delitos de expresión, por entender que, o bien ese “conocimiento” no es otra cosa que el propio dolo (incluyendo también el conocimiento de la posibilidad, como dolo eventual), o bien si la esencia es la convicción y seguridad subjetiva de la falsedad de la declaración, entonces se requiere dolo directo al menos de segundo grado, por lo que no habiendo tanto un ánimo como una necesidad de conocimiento, parece inadecuado hablar de un elementos subjetivo del tipo. Vid., así, LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 397. En su lugar, este autor propone situar el delito de injurias junto al *animus iniuriandi*, que es para él el elemento subjetivo del tipo de las injurias, entre los delitos de tendencia, porque se requiere el ánimo o la tendencia de realizar precisamente la propia conducta: la finalidad de deshonrar (*op. cit.*, p. 396).



veracidad o falsedad objetiva de la información transmitida por el sujeto (argumento que, además, sirve a nuestra posición contraria a la consideración de la falsedad objetiva de los hechos imputados como elemento del tipo objetivo), sino que se reprocha al sujeto su censurable actitud o su relación interna con los hechos, esto es, la desviación visible entre lo que hace y su convicción íntima<sup>1083</sup>. La actitud negativa del autor hacia la verdad, que aun conociéndola la admite, o pudiéndola conocer no se esfuerza en acercarse a ella, “tiñe el contenido ético-social de la acción”<sup>1084</sup>. Así pues, además del dolo general consistente en conocer el carácter ofensivo de los hechos imputados y asumir las consecuencias (es decir, querer que puedan suceder), es preciso una especial representación negativa del autor hacia la verdad, que no debe identificarse con el *animus iniuriandi*<sup>1085</sup>, dado que lo que distingue al sujeto responsable es su relación especial no hacia el destinatario de sus imputaciones, a quien no quiere, más allá del dolo general, ofender o injuriar, sino hacia la verdad de las mismas, a la que desprecia temerariamente. Dicha representación negativa hacia la verdad se constata, en primer lugar, cuando se transmiten hechos que podrían ser falsos en tanto que el sujeto no ha comprobado debidamente su veracidad, por lo que se ha comportado temerariamente hacia la verdad, o, en segundo lugar, siendo un caso de mayor gravedad todavía, cuando el sujeto transmite hechos deshonorosos conociendo su falsedad y su falta absoluta de adecuación a la realidad. Se considera merecedor de reprobación, en definitiva, la exteriorización de una actitud negativa hacia la verdad de la información, que se manifestaría en la imputación “a la ligera” de un hecho deshonoroso, hasta tal punto que la concurrencia de este estado anímico es fundamental para considerar colmado el tipo subjetivo y, con ello, el tipo de las injurias.

A raíz de lo anterior podemos concluir con algunas reflexiones sobre la eficacia de esta cláusula en la tipicidad al servicio de la resolución del conflicto entre el honor y la libertad de expresión. Trasladando las anteriores observaciones sobre el “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad”, como elemento normativo del tipo subjetivo de las injurias y como elemento de valoración global del hecho, al ámbito concreto de los delitos contra el honor, podemos observar en qué

---

<sup>1083</sup> O como dice MEZGER, E.: *Modernas ...*, op. cit., p. 37, “sólo con la comparación entre lo dicho y la situación interna (anímica) del autor se demuestra el injusto y la culpabilidad”.

<sup>1084</sup> Así, WELZEL, H.: *Derecho ...*, op. cit., p. 113.

<sup>1085</sup> De esta opinión también VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., op. cit., p. 319; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 432 a 435.

consiste la función que cumple la cláusula con “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad” en la tipicidad. La cláusula del art. 208.3, por ser un elemento de valoración global del hecho, permite que el enjuiciamiento del conflicto entre el honor y la libertad de expresión se anticipe a la fase de tipicidad, como ya tuvimos ocasión de estudiar anteriormente<sup>1086</sup>; así, el requisito de la falsedad subjetiva da entada en la tipicidad a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad subjetiva, que se apoya en tres ideas básicamente: que la información fuera subjetivamente veraz porque el informador hubiera realizado las debidas tareas de comprobación, que la información fuera de interés general por razón de los asuntos sobre los que tratara y de las personas que los protagonizaran y que la información se difundiera sin traspasar el límites de las frases insultantes, vejatorias o gratuitamente ofensivas<sup>1087</sup>. Y decimos que “anticipa” el conflicto a la tipicidad porque si bien los elementos de valoración global del hecho, como el “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, se descomponen entra la tipicidad y la antijuridicidad, lo cierto es que la mayor parte de su función se desarrolla en el primer nivel dogmático en la medida en que quien es consciente de que actúa “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” ya tiene conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica.

### **3.3.2 Antijuridicidad**

La principal causa de justificación en el ámbito del delito de injurias es el *ejercicio legítimo de un derecho*, consagrada en el art. 20.7 del Código Penal; nos referimos, concretamente, a la libertad de expresión e información. Quienes así opinan, localizan en la antijuridicidad el conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información, y lo resuelven dando entrada a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dimensión pública e institucional de las libertades informativas y la veracidad subjetiva. Dicha teoría, como ya pudimos analizar, se asienta sobre varios criterios que han de concurrir acumulativamente para entender operativa la justificación derivada del ejercicio legítimo de la libertad de expresión; algunos de esos requisitos son de naturaleza objetiva, como el carácter público y de interés general de la información

---

<sup>1086</sup> Vid. *supra* Capítulo V.3.3.1.2.1.

<sup>1087</sup> Más ampliamente *supra* Capítulo V.3.2.2.

trasmitida a fin de contribuir a la formación de la opinión pública libre o la ausencia de expresiones formalmente injuriosas, mientras que otros son de carácter subjetivo, como la veracidad subjetiva, esto es, la creencia razonada y fundada en las tareas de comprobación, investigación y contrastación del sujeto que transmite la información en torno a la veracidad de tales datos<sup>1088</sup>.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la eficacia de la libertad de expresión e información se sustancia en la categoría dogmática de la tipicidad, por lo que el ejercicio de la libertad de expresión e información no operará como causa de justificación. En nuestra propuesta, el conflicto entre el honor y la libertad de expresión se librarán en la tipicidad de las injurias en tanto que, entendemos, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la veracidad subjetiva entra en juego por la puerta de la cláusula del “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad”, que es un elemento del tipo subjetivo de las injurias. Ahora bien, la naturaleza de dicha cláusula como “elemento de valoración global del hecho” por la que apostamos en su momento, otorga cierta eficacia a la libertad de expresión también en la categoría de la antijuridicidad, por más que, conviene repetir, la esencia del conflicto se dirima en la tipicidad. De esta forma, después de haber analizado la adecuación de la conducta al tipo de las injurias, con comprobación de la concurrencia de cada presupuesto fáctico y jurídico, corresponde a continuación realizar una valoración global del hecho, ya en sede de antijuridicidad, para determinar si el injusto típico sigue mereciendo la desaprobación del Derecho penal tras ser examinado a la luz de todos los intereses y conintereses presentes en la situación concreta<sup>1089</sup>. Es decir, siguiendo una metodología adecuada a la estructura de los elementos de valoración global del hecho, primeramente se examinan las circunstancias objetivas y las referencias valorativas del

---

<sup>1088</sup> Así LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 89 y 90; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 323 y 324; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 248 y 249. Lógicamente, estas opiniones parten de la admisión de que en las causas de justificación han de concurrir requisitos tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, en el bien entendido de que si el injusto se fundamenta en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado, la exclusión del injusto exigirá que medie una causa de justificación que anule la tipicidad tanto por la vía objetiva (dirigida a borrar el desvalor de resultado) como por la vía subjetiva (orientada al desvalor de acción). Sobre el proceso de entrada progresiva de las tesis de los elementos subjetivos de la justificación en la doctrina penal española, SANZ MORÁN, A. J.: *Elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 12 y ss, y también pp. 23 y 92 y ss; el mismo en SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría ...”, op. cit., pp. 84 y 85; VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., pp. 61 y ss; TRAPERO BARREALES, M<sup>a</sup>. A.: *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 78 y ss, especialmente pp. 214 a 288.

<sup>1089</sup> Así, VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., p. 52.

tipo y, después, se realiza una valoración global de todas ellas, garantizándose la unidad e inescindibilidad del juicio de antijuridicidad, que debe formularse sobre la base de las mismas referencias valorativas que se examinaron en la tipicidad<sup>1090</sup>:

- a) en la tipicidad se realiza la valoración de cada elemento, circunstancia o presupuesto fáctico y jurídico, de tal forma que habría error de tipo si el sujeto creyera que se había comportado jurídicamente en relación con el elemento en cuestión, ya recaiga el error sobre consideraciones fácticas o jurídicas<sup>1091</sup>; en nuestro caso, si creía verdadera la información por haber cumplido con sus tareas de comprobación diligentemente, o si creía que el asunto sobre el que versaba la noticia podía considerarse de interés público, o si estimaba que estaba transmitiendo sus opiniones sin emplear frases formalmente injuriosas o vejatorias;
- b) mientras, en la antijuridicidad simplemente se lleva a cabo la valoración global de las circunstancias, dado que la de de cada elemento, circunstancia o presupuesto fáctico y jurídico fue practicada en la tipicidad.

Como acabamos de señalar, en la antijuridicidad debe acreditarse judicialmente la antijuridicidad material toda vez que quien se comporta conociendo la falsedad de sus imputaciones injuriosas o con temerario desprecio hacia su veracidad, seguramente no podrá invocar su falta de conciencia de lo injusto dado que el conocimiento por parte del autor de estar transmitiendo hechos deshonrosos “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” significa casi siempre para el autor la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica<sup>1092</sup>. Dicha antijuridicidad material podrá ser puesta en duda en caso de que concurra un supuesto de error de prohibición, esto es, cuando pueda apreciarse un error sobre la valoración global del hecho. Hay error de prohibición si el autor obra sin intención de hacer la acción antijurídicamente porque cree que le está permitido actuar así al no estar prohibido, esto es, al no percibir como tal la norma de prohibición por creer que está amparado por una

---

<sup>1090</sup> Vid., VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento ...*, op. cit., p. 54.

<sup>1091</sup> Así ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 231 y 232; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., p. 355; en fin, si el error versa sobre los presupuestos objetivos, estaríamos ante un error de tipo: así, SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría ...”, op. cit., p. 86.

<sup>1092</sup> ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 123, 131 y 132. De este modo queda trenzada la conexión de la tipicidad y la antijuridicidad en el elemento subjetivo del tipo de la injurias contenido en la cláusula “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio de la verdad”, cuando tal elemento es considerado un elemento de valoración global del hecho.

causa de justificación por equivocar los límites de dicha autorización<sup>1093</sup>; en otras palabras, si el autor conoce todos los presupuestos materiales de su actuación, pero yerra en la valoración jurídica global de la situación; así, por ejemplo, si el sujeto considera que el ejercicio de la profesión del periodismo está amparado por una causa general de justificación que protege la trasmisión de toda clase de informaciones, incluso aunque sean expresadas en términos insultantes, versen sobre hechos de naturaleza privada o íntima y el propio sujeto dude seriamente de su veracidad.

Por lo que se refiere a las demás causas de justificación, todavía el art. 20.7<sup>a</sup> contendría otras causas de justificación aplicables en el caso de las injurias. El citado precepto se refiere también al que obra “*en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un oficio o cargo*”, donde se incluyen, por ejemplo, las censuras que el superior puede dirigir al subordinado, o las injurias que pueden proferirse en ejercicio de la profesión de la abogacía, o, en fin, cuando se emiten informes testificales o policiales.

En segundo lugar, la doctrina y la jurisprudencia admiten pacíficamente la eficacia de la *legítima defensa* del honor como causa de justificación<sup>1094</sup>. El efecto justificante de la legítima defensa, como sucede también en otros delitos, estará sujeto al cumplimiento de los tres requisitos que el Código Penal establece en el art. 20.4<sup>o</sup>. En primer lugar, la “agresión ilegítima”. Este requisito ha constituido la barrera más frecuentemente invocada para rechazar la aplicación de la legítima defensa en los delitos contra el honor hasta 1958. Antes de esa fecha el concepto de “agresión ilegítima” se interpretaba como el acometimiento físico, violento y personal; tras esa fecha, con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1958, se adoptó un concepto más amplio de agresión ilegítima que incluía también las agresiones espiritualizadas<sup>1095</sup>, postura razonable en tanto que, como venía reclamando la doctrina, el Código no contenía ninguna restricción al respecto y, por el contrario, admitía la

---

<sup>1093</sup> Así, JESCHECK, H-H. y WEIGEND, T.: *Tratado ...*, op. cit., p. 491; ROXIN, C.: *Teoría ...*, op. cit., pp. 231 y 232; el mismo en *Derecho ...*, op. cit., p. 301; LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso ...*, op. cit., pp. 355 y 356; SANZ MORÁN, A. J.: “teoría ...”, op. cit., p. 85.

<sup>1094</sup> *Vid.*, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 35 y ss; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 301; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 137..

<sup>1095</sup> Entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 36; VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., 320; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 385; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 304.

legítima defensa frente a “agresiones a derechos” respecto de las cuales son fácilmente imaginables las agresiones de tipo espiritual. En relación con la agresión ilegítima, además de la extensión del propio concepto, ofrece problemas también su aspecto temporal. Afirma contundentemente BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que la agresión debe ser actual en el sentido de que “sólo existe necesidad de defensa cuando se da la agresión”, o lo que es lo mismo, “sólo se puede actuar en defensa en tanto que se esté siendo agredido”, pues finalizado el ataque ya no puede hablarse de legítima de defensa sino de *retorsión*, que es la respuesta a una injuria finalizada, por lo que el desvalor del injusto se ha constatado y “no hay ya nada que evitar”<sup>1096</sup> ni que concebir conforme a Derecho por la vía de las causas de justificación.

El segundo requisito necesario es la “necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión ilegítima”. Esta necesidad debe interpretarse como necesidad de defenderse y necesidad de la defensa<sup>1097</sup>. Y finalmente, exige el art. 20.4º la “falta de provocación suficiente por parte del defensor”.

La eficacia del *estado de necesidad* como causa de justificación en los delitos de injurias es discutida y el ámbito que finalmente se le ofrece, en caso de que así se decida, es muy reducido. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ha observado que el estado de necesidad sólo puede entrar en consideración cuando estemos ante un conflicto entre expectativas opuestas de dos bienes jurídicos distintos y no quepa entender que se está actuando en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, pues en tal caso esta última circunstancia sería de aplicación preferente. Así las cosas, el estado de necesidad sólo es operativo en los ataques “más insignificantes contra el honor, en los que sólo concurre un fundamento individual para la eventual reacción del

---

<sup>1096</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 37 y 38. De acuerdo con la exigencia de actualidad de la agresión ilegítima y también en contra de la eficacia justificante de la retorsión, se muestran CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 385; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 301; VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., 320; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 304.

Lo afirmado sobre la retorsión no es óbice para que los jueces y tribunales hayan admitido consecuencias sobre la pena cuando puede constatarse la concurrencia de la circunstancia (no de justificación) de la retorsión, por razones de *inexigibilidad*, o apreciando la circunstancia eximente completa o incompleta del *trastorno mental transitorio* (como apoya VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., 321) o la atenuante del *arrebato u obcecación* (como prefieren CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., pp. 386 y 387, y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 39).

<sup>1097</sup> Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 38.

agredido”<sup>1098</sup>. Para VIVES ANTÓN, por el contrario, el estado de necesidad es incompatible con los delitos contra el honor<sup>1099</sup>.

También existe, por último, debate en torno a la eficacia del *consentimiento*. La polémica entronca con el propio concepto de honor. Aquellos que entienden que el honor es un bien jurídico disponible en el marco de las relaciones sociales de reconocimiento basadas en la libertad, y que no hay mayor libertad que disponer de los bienes jurídicos de los que uno es titular, concluyen que el consentimiento del ofendido excluye la lesión del honor y, por tanto, esta circunstancia opera como causa de exclusión de la tipicidad<sup>1100</sup>. Por el contrario, quienes conciben el honor en estrecha relación con la dignidad, catalogan el consentimiento como causa de justificación toda vez que la lesión de la dignidad subsiste, por lo que pese al consentimiento, el comportamiento ha sido típico aunque pueda admitirse su conformidad a Derecho<sup>1101</sup>. Nosotros estamos de acuerdo con estos últimos: sin necesidad de confundir el honor con la dignidad, no podemos concebir el honor de otro modo que como un derecho humano y, como tal, indisponible. Repugna a nuestra conciencia la mera idea de imaginar a alguien que consiente por contrato la lesión de su honor por otra persona, por ejemplo en un programa de televisión. Por lo menos en teoría no se puede tolerar semejante grado de disposición de un derecho humano y de un bien jurídico, que se define, como todos, en el marco referencial de los derechos humanos. El mismo rechazo nos produce representarnos a alguien dispuesto a consentir la lesión de su honor en televisión a cambio de dinero u otras prestaciones, pues el honor, nuevamente por ser derecho humano, no es comercializable ni enajenable.

Con lo anterior no se trata de confundir ni igualar honor y dignidad, pues ya hemos afirmado que tal proceder degradaría a la dignidad por abajo, o haría del honor un “súper derecho humano” por arriba. Cada uno ha de mantener su posición y su independencia: la dignidad como fundamento del orden político y de la paz social, y el honor como derecho humano, derecho fundamental y bien jurídico penalmente

---

<sup>1098</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 46 y 47.

<sup>1099</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., 320.

<sup>1100</sup> Así, la mayoría: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 47 a 52; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 301; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 304; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 343.

<sup>1101</sup> Es el parecer de VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., 320.

protegido. Y al propio tiempo puede afirmarse, manteniendo lo anterior, que el honor es indisponible: una persona no puede renunciar voluntaria, legal y válidamente al reconocimiento social que le corresponde en tanto que ser humano y miembro de una comunidad jurídica; desde otra perspectiva podría decirse que el ordenamiento jurídico no puede tolerar pasivamente que un sujeto consienta la degradación de su posición como partícipe libre e igual en el entorno social. Todo ello no es óbice para que un sujeto esté dispuesto a no reclamar por vía judicial por las vulneraciones o ataques contra su honor que se hayan producido porque estamos ante un delito de persecución privada (esto es, a instancia del particular), de modo que, en cierto sentido, el sujeto podrá consentir “ocultamente” o “por la puerta de atrás” la violación de su honor, para lo cual bastará sencillamente con no reclamar judicialmente la tutela de este bien jurídico y sin que a continuación el Ministerio Fiscal nada pueda hacer (salvo en el caso de los funcionarios). Pero ahora estamos tratando sobre la postura que deben adoptar el Estado y el Ordenamiento jurídico en torno a considerar causa de atipicidad la validez jurídica del consentimiento previo para dejar impune una agresión al honor, y en este asunto entendemos que el ordenamiento debe hacer prevalecer la máxima de la indisponibilidad de este derecho humano.

### **3.3.3 *Exceptio veritatis***

El debate sobre la prueba de la verdad o *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor es una de las cuestiones dogmáticas más discutidas por la doctrina y la jurisprudencia, pero es, al propio tiempo, una polémica que difícilmente podrá terminar en el corto plazo dado que cada una de las alternativas que se defienden sobre la naturaleza jurídica de la *exceptio veritatis* es perfectamente razonable si se analiza desde la particular estructura dogmática del delito contra el honor que se mantenga. Esto es, por más que defendemos o rechazamos algunas de las propuestas que vamos a examinar a continuación, en ningún caso podremos afear a los autores que las plantean que no sean soluciones acordes y coherentes con los planteamientos estructurales del delito que ellos mismos defienden en otros momentos dogmáticos. Así, tendremos ocasión de observar cómo quienes consideran que el tenor literal del Código Penal da cabida en el delito de injurias consistentes en la imputación de hechos al elemento de la falsedad objetiva, sostienen en plena lógica que la prueba de la verdad opera como causa de



atipicidad excluyendo el tipo penal. Por lo mismo, ciertas formas de interpretación de la doctrina de la jurisprudencia constitucional de la veracidad subjetiva conducen a algunos autores a concebir la *exceptio veritatis* como una causa de justificación que permitiría eximir de responsabilidad jurídica a un comportamiento típico. Y, finalmente, la coherencia, analizada ahora desde otros postulados interpretativos de la mencionada doctrina constitucional y de la cláusula del artículo 208.3 “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, exige otorgar a la prueba de la verdad la naturaleza de causa de exclusión de la pena que exonere de responsabilidad criminal de manera excepcional a quien se ha comportado típica, antijurídica y culpablemente.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la prueba de la verdad no es mero divertimento mental o ejercicio de entretenimiento intelectual<sup>1102</sup>. Aunque las opciones defendidas por los autores para la naturaleza de la prueba de la verdad produzcan similares efectos en la práctica, en la forma de exención de responsabilidad criminal por ser un comportamiento atípico, conforme a Derecho (jurídico) o exento de pena criminal, la elección de una u otra justificación dogmática desprenderá nuestra preferencia por uno u otro concepto de honor. Como hemos afirmado en repetidas ocasiones a lo largo de esta investigación, la toma de posición sobre un concepto u otro de honor como bien jurídico-penal no era irrelevante, caprichosa o gratuita ni un juego filosófico, sino que, más allá de responder a una distinta perspectiva del honor e incluso del esquema conforme al cual los individuos mantienen relaciones sociales en el entramado comunitario, posee evidentes consecuencias prácticas. Como ha pasado ya antes, veremos una vez más que las diferencias entre las alternativas planteadas responden, en gran medida y admitiendo puntos intermedios y matices, a una concepción del honor pegada al comportamiento y el valor reales del sujeto, que ha venido en denominarse honor real, y otra concepción que orienta el honor hacia las relaciones sociales y que lo concibe como instrumento o presupuesto para la participación igualitaria del individuo en sociedad desde una posición de equidad participativa, que se suele denominar, aunque no nos gusta, honor aparente<sup>1103</sup>.

---

<sup>1102</sup> De acuerdo, MUÑOZ LORENTE, J.: Libertad ..., *op. cit.*, pp. 217 y 218.

<sup>1103</sup> Defensores de la tutela jurídico-penal sólo del honor real y, a consecuencia de ellos, críticos con la regulación de la prueba de la verdad en los delitos contra el honor, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, p. 829; la misma en *Calumnias ...*, *op. cit.*, pp. 74 y 76; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 143 y 151; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ..., *op. cit.*, pp. 319 y 321; QUINTERO OLIVARES, G. y

Antes de estudiar las alternativas doctrinales barajadas, conviene situar el punto de partida de esta cuestión desde la perspectiva del derecho positivo, y hacer a continuación una precisión metodológica. En primer lugar, dispone el art. 210 que “el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”. De la lectura de este precepto se desprende, como ya indicamos más arriba, que sólo las injurias consistentes en la imputación de hechos, y no las realizadas a través de juicios de valor, son susceptibles de someterse a la prueba de la verdad, por lo que no podrá hablarse de la veracidad o falsedad de los juicios de valor deshonrosos. En segundo lugar, debemos advertir que todas las observaciones que hagamos en relación con la *exceptio veritatis* respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos serán extrapolables al debate sobre la naturaleza jurídica de la prueba de la verdad de las calumnias, en la medida en que el objeto de la prueba de la verdad es el mismo (un hecho penalmente reprochable), aunque de distinta gravedad. Por esta razón, cuando afrontemos el estudio de la *exceptio veritatis* en el delito de calumnias nos remitiremos básicamente al examen realizado aquí.

### 3.3.3.1 Naturaleza jurídica: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la pena

La doctrina se divide, básicamente, en tres opciones interpretativas: quienes asignan a la *exceptio veritatis* la consideración dogmática de causa de atipicidad, quienes hablan de causa de justificación, y quienes, por último, se inclinan por la calificación de causa de exclusión de la pena.

El entendimiento de la *exceptio veritatis* como una causa de atipicidad es heredero de aquella concepción del tipo penal de las injurias consistentes en la

---

MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 544; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio* ...”, p. 104. Por el contrario, entendiendo que el Código Penal efectivamente protege una concepción del honor más próxima a eso que ha dado en llamarse “honor aparente”, y de acuerdo con dicha situación, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., op. cit., p. 379. Existen posiciones intermedias que admiten la necesidad de introducir algunos cambios en la regulación vigente y que llaman a la búsqueda de una tercera vía entre el honor real y el honor aparente, pero que en su configuración conceptual del bien jurídico toman una posición visiblemente semejante al honor aparente; *vid.*, así LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., op. cit., p. 39.

imputación de hechos (y también de las calumnias) que incluye entre los elementos del tipo objetivo la falsedad de la imputación fáctica y entre los elementos del tipo subjetivo el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad, en tanto que las distintas formas de dolo han de alcanzar a los componentes del tipo objetivo. La consideración de la falsedad como un elemento del tipo objetivo, de tal forma que la imputación de un hecho verdadero, por más que puede ser ofensivo, no se reputará como típica, en consonancia con la protección de un honor real que no puede ser menoscabado con afirmaciones ajustadas a la realidad, impone como correlato necesario la concepción de la prueba de la verdad como una *causa de atipicidad*<sup>1104</sup>. Si la falsedad objetiva es un tipo del delito de injurias consistentes en la imputación de un hecho deshonoroso, sólo podrá establecerse la tipicidad de la conducta cuando el hecho imputado sea falso, por lo que la prueba de la verdad y la demostración de la certeza del hecho imputado conllevarán la exclusión de la tipicidad. Es cierto que, para quienes así opinan, el efecto de expulsión de la tipicidad viene ya impuesto por la simple aplicación del tipo penal de las injurias del art. 208.3, que castiga como delictivas las imputaciones de hechos realizadas “con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”; por ello, se ha llegado a decir, al hilo de la consideración de la *exceptio veritatis* como una causa de atipicidad en las injurias, que el papel que desarrolla la *exceptio* en injuria por imputación de hechos es prácticamente nulo y que la cláusula de la prueba de la verdad es innecesaria y disfuncional<sup>1105</sup>. Estas circunstancias convierten a la *exceptio veritatis*, en última instancia, en un simple instrumento procesal probatorio más con una nula función autónoma desde la perspectiva dogmática<sup>1106</sup>.

De manera minoritaria se ha sostenido que la *exceptio veritatis* podría operar como una *causa de justificación*. La prueba de la verdad vendría a salvar aquellas afirmaciones de hechos deshonorosos que no hayan podido declararse ajustadas a Derecho, esto es, jurídicas, por haber actuado el sujeto “con conocimiento de la falsedad o temerario desprecia hacia la verdad”. En tal caso, si las imputaciones ofensivas

---

<sup>1104</sup> Así, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 549; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 344.

<sup>1105</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios* ..., *op. cit.*, p. 833; la misma en “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 379.

<sup>1106</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, pp. 122 y 123. Parecidamente OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, julio-septiembre (2006), pp. 104 y 108.

resultaran, tras la prueba de la verdad, verdaderas, la acción típica quedaría “*justificada*”<sup>1107</sup>. Excepcionalmente, algún pronunciamiento jurisprudencial ha avalado la tesis de concebir la *exceptio veritatis* como una causa de justificación: “si se acude a la “*exceptio veritatis*”, sólo la demostración de la veracidad de la imputación permitirá el amparo de esta *causa de justificación*”<sup>1108</sup>.

Finalmente, otro nutrido grupo de autores atribuyen a la *exceptio veritatis* la consideración y el rol de *causa de exclusión de la pena*, normalmente desde la consideración de que la falsedad de los hechos imputados no forma parte del tipo objetivo de las injurias. Coinciden todo ellos en que es preciso que la prueba de la verdad opere con efectos de exención de la responsabilidad criminal en aquellos casos en que se ha verificado la tipicidad del comportamiento y en los que no ha podido estimarse ajustada a Derecho o justificada la conducta por no haberse comportado el autor al amparo de alguna causa de justificación, básicamente del ejercicio legítimo de un derecho. Se refieren, en definitiva, a la situación de aquella persona que imputa algo subjetivamente inveraz, es decir, conociendo la falsedad lo imputado o bien actuando con temerario desprecio hacia la verdad, de forma que cumple el tipo con una conducta que no puede ser declarada justificada, pero, y aquí entre en consideración el elemento fundamental, durante el proceso judicial se descubre que la información sí era objetivamente verdadera; es decir, se trata de una imputación objetivamente verdadera pero subjetivamente inveraz dado que el sujeto desconocía que lo que imputaba era objetivamente veraz y, por tanto, no actuaba con dolo de justificación<sup>1109</sup>. En este sentido, se observa que la *exceptio veritatis* interviene en un ámbito reducido de casos, esto es, tiene una operatividad residual dado que no funciona en la tipicidad ni en la

---

<sup>1107</sup> SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 300 y 301; también BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor ...*, op. cit., p. 157. Y creemos que también BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 89 a 91, atribuye a la *exceptio* la naturaleza de causa de justificación en el delito de injurias respecto de hechos imputados a funcionarios en el ejercicio de sus cargos o en relación con faltas o infracciones, dado que al no ser la falsedad un elemento del tipo objetivo en las injurias (como si lo era en las calumnias, conforme al anterior Código Penal), la *exceptio*, así interpretamos nosotros las palabras del profesor, operaría en la antijuridicidad y no en la atipicidad, ni tampoco en otros momentos dogmáticos posteriores como excusa absolutoria, opción que sí rechaza expresamente (*op.cit.*, p. 90). Advertido lo anterior, la propuesta de BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE se inscribe en su apoyo general a la teoría de los elementos negativos del tipo, conforme a la cual la tipicidad y la antijuridicidad no son escalones independientes de valoración.

<sup>1108</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 14 de febrero de 2001. La cursiva es nuestra.

<sup>1109</sup> *Vid.*, así, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., p. 384; el mismo en “La libertad ..., *op. cit.*, p. 188; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 121; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 135.

antijuridicidad, sino que sólo viene a eximir de responsabilidad criminal en los supuestos de imputaciones objetivamente verdaderas pero subjetivamente inveraces, a través de la consideración de *causa de exclusión de la pena*, como sostienen VIVES ANTÓN, MUÑOZ LORENTE y CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO<sup>1110</sup>, o, como reverso de aquella, como *condición objetiva de punibilidad*, criterio que siguen LAURENZO COPELLO y BACIGALUPO ZAPATER<sup>1111</sup>.

Todos los que siguen el esquema anteriormente comentado coinciden a la hora de fundamentar su solución en la existencia de un interés público estatal que vendría a justificar la exclusión de la conminación penal para un comportamiento que, sin embargo, ha reunido todos los requisitos necesarios para ser catalogado como típico, antijurídico y merecedor de pena criminal. Así, se argumenta que la admisión de la prueba de la verdad y su eficacia exonerante de responsabilidad criminal, en el caso de la actividad de los funcionarios, que es el caso de *exceptio veritatis* tolerado por el art. 201 respecto de las injurias, se relacionan con razones de utilidad y política criminal vinculadas al interés del Estado en mantener el prestigio de la actividad funcional y con el interés público en el conocimiento y depuración de responsabilidad cuando agentes a su servicio hayan podido incurrir en faltas penales o infracciones administrativas<sup>1112</sup>. Por la misma razón, cuando lo imputado no es un hecho relativo a los funcionarios, ya sea sobre el ejercicio de sus cargos, ya sea sobre la comisión de faltas penales o infracciones administrativas, no concurre ningún interés estatal que explique dejar sin sanción penal la afirmación injuriosa, por lo que deberá mantenerse el

---

<sup>1110</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, p. 261; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., *op. cit.*, p. 386; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección* ..., *op. cit.*, pp. 135 y ss. Aunque no está de acuerdo con la redacción legal de los tipos de injurias y calumnias, especialmente en cuanto a la no inclusión de la falsedad objetiva en el tipo penal, admite que la consideración de la prueba de la verdad como causa de exclusión de la pena es la solución más razonable y ajustada a dicho estado de cosas, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios* ..., *op. cit.*, p. 826.

<sup>1111</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 121; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos* ..., *op. cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>1112</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, pp. 261 y 262; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., *op. cit.*, p. 384, nota al pie nº 178; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 120, 121, 142 y 143; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección* ..., *op. cit.*, p. 140; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio* ..., *op. cit.*, p. 109.

castigo dado que la prueba de la verdad no podrá practicarse dada la restringida operatividad que le reconoce el art. 210<sup>1113</sup>.

Desde la perspectiva del derecho comparado, debemos advertir la coincidencia entre la opinión de este último sector doctrinal de la doctrina española y la doctrina mayoritaria en Alemania y en Austria. Así, los penalistas alemanes advierten que dada la validez general de la prueba de la verdad tanto en las injurias (cuando consisten en la afirmación de hechos, pues si son realizadas a través de juicios de valor, la prueba de la verdad está excluida) como en las difamaciones, se excluye el castigo en caso de probarse la certeza de la inculpación dado que la manifestación de una verdad nunca puede privar a alguien del valor social que le corresponde. La prueba de la verdad cumple la función, por tanto, de causa de exclusión de la punibilidad (“*Strafausschließungsgrund*”)<sup>1114</sup>. Por su parte, la doctrina austriaca entiende, en la misma dirección, que la prueba de la verdad como una condición objetiva de la punibilidad (“*objektive Bedingung der Strafbarkeit*”) o una condición objetiva de exclusión de la punibilidad (“*sachliche Strafausschließungsgrund*”), categorización que se aviene bien con la consideración de que la falsedad de las expresiones difamatorias no forma parte del tipo penal, no es un elemento del tipo; en otras palabras, la falsedad o veracidad de las acusaciones es irrelevante a los efectos del tipo y, por lo mismo, el autor no tiene porqué conocer la veracidad de sus afirmaciones<sup>1115</sup>.

### 3.3.3.1.1 Toma de posición. La *exceptio veritatis* y la inviolabilidad parlamentaria como causas de exclusión de la pena

Nosotros *estimamos también que la exceptio veritatis exime de pena a quien prueba la veracidad del delito imputado en calidad de causa de exclusión de la pena.* Su función se entiende bien si partimos del supuesto para el que su aplicación está

---

<sup>1113</sup> MUÑOZ LORENTE, J.: “Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción”, *La Ley*, 28 (2006), pp. 8 y 9. Para quienes opinan que la redacción legal puede interpretarse entendiendo que el tipo incluye la falsedad objetiva, tales conductas de imputación de informaciones objetivamente veraces pero subjetivamente inveraces supondrán supuestos de tentativa inidónea, dado que se ha cumplido el tipo subjetivo pero no el objetivo, que serán punibles conforme al art. 16 del Código Penal; *vid.*, así, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, p. 146; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio...*”, *op. cit.*, pp. 106, 107 y 110.

<sup>1114</sup> Ampliamente sobre la prueba de la verdad en los delitos de injuria y difamación en el Código Penal alemán, *supra* Capítulo IV.2.2.4.1 y 2.2.4.2.

<sup>1115</sup> Sobre la *exceptio veritatis* en el Código Penal austriaco, con más detenimiento *supra* Capítulo IV.2.3.4.

prevista: imputaciones de hechos deshonrosos (no delictivos, pero relativos a faltas penales o infracciones administrativas por parte de funcionarios, en el caso de las injurias, y delictivos, si se trata de calumnias) realizadas incurriendo en falsedad subjetiva el responsable, esto es, con “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, pero conociéndose más adelante la veracidad objetiva de tales imputaciones, especialmente a raíz de las averiguaciones que fueron practicadas durante el proceso para probar la verdad de las imputaciones y eludir el acusado la condena penal al amparo del art. 210 del Código Penal. Si esta es la situación de partida, puede comprenderse con facilidad que la *exceptio veritatis no tiene la naturaleza jurídica de una causa de atipicidad* o de exclusión de la tipicidad dado que el comportamiento ha sido indudablemente típico por lesionar el bien jurídico honor. Desde nuestra concepción del tipo de las injurias, que no exige la falsedad objetiva de los hechos imputados para estimar típica la conducta, pero sí que tal imputación se haga con una actitud interna negativa hacia la verdad por parte del responsable, la imputación subjetivamente inveraz y objetivamente verdadera es típica. *Tampoco puede ser considerada la prueba de la verdad una causa de justificación*, por más que los efectos prácticos de impunidad penal que arrojaría dicha opción teórica serían los mismos que los de la tesis de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la pena, pero con la importante diferencia de la justificación dogmática que avalaría una u otra forma de argumentar. Aunque no es el único criterio, podemos recurrir al principio del interés preponderante y a la teoría de la colisión de intereses para fundamentar las causas de justificación<sup>1116</sup>; entonces, aceptando que existe un interés superior o de mayor peso para el Ordenamiento que el interés del bien jurídico lesionado, y que aquel debe prevalecer sobre éste último, no puede decirse que la *exceptio veritatis* opere como causa de justificación pues supondría admitir que hay algún interés más importante que el honor para el Ordenamiento que justificaría y protegería a quien imputara hechos sabiendo su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad. Nosotros no vemos qué interés o intereses pueden justificar lesionar a la ligera el honor y que eso salga gratis, sea impune. Desde luego no la libertad de expresión ni de información, o no al menos desde la concepción que nosotros tenemos de libertad de expresión e información

---

<sup>1116</sup> Tratan sobre los criterios de sistematización de las causas de justificación, entre otros, en Alemania, ROXIN, C.: Derecho ..., op. cit., pp. 572 a 576; PERRON, W.: “Principios ..., op. cit., pp. 67 a 86; en España, VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento* ..., op. cit., pp. 42 a 48; LUZON PEÑA, D-M.: “Causas ..., op. cit., pp. 32 y 33; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La categoría* ..., op. cit., p. 126.

ejercida al servicio de la formación de la opinión pública libre. Podría decirse, entonces, que es el interés de la protección de la Administración Pública y de la Administración de justicia, en el caso de la calumnia, pero en tal supuesto iniciaríamos el camino resbaladizo de la pendiente que nos llevaría a sostener que el interés protegido en el delito de calumnias es la Administración de Justicia. Esta sería, desde luego, una opción válida, como ya reflejaremos en la introducción del estudio del régimen jurídico de la calumnia, pero no es la tesis por la que nos decantamos<sup>1117</sup>. Así mismo, podría argüirse que existe otro interés preponderante: “dignificar” o poner en valor el hecho de que se haya probado la veracidad de las declaraciones en juicio. Respecto a esta segunda posibilidad, debemos indicar que sí creemos que la veracidad de las declaraciones, descubierta *a posteriori*, puede revestir suficiente importancia como para que sea debidamente valorada; sin embargo, cuando el sujeto se ha comportado “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” transmitiendo la información, el mero hecho de que, contra todo pronóstico, se haya averiguado que aquello que decía a (casi) sabiendas de su falsedad, resultara ser verdadero, no puede justificar la conducta del sujeto en la fase de la antijuridicidad. Es cierto que el descubrimiento de la veracidad representa un interés o una circunstancia valiosa, de hecho, como tal es invocado en las casusas de exclusión de la pena, pero no es un interés preponderante que el ordenamiento jurídico quiera proteger por encima del honor, sino una circunstancia que concurre ulteriormente y que posee eficacia exonerante pero no justificante. Si dicha veracidad, en la que el sujeto no confiaba, operara en las causas de justificación, estaría siendo sobrevalorada y supondría la concesión de un privilegio injustificado.

Advertido lo anterior, es preciso recurrir a las causas de exclusión de la pena para entender por qué se excluye la punibilidad de una acción que está valorada como antijurídica por el Ordenamiento. En este sentido, las categorías de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad no agotan el contenido material del Derecho penal, sino que, como afirma PERRON, existen otras valraciones complementarias, relacionadas con el “merecimiento de pena”<sup>1118</sup>. Aquí emergen supuestos de diversa índole, normalmente vinculados a criterios de oportunidad y de utilidad, pero que, en definitiva,

---

<sup>1117</sup> Vid. *infra* Capítulo V.3.4.

<sup>1118</sup> PERRON, W.: “Justificación ..., *op. cit.*, p. 141.



pueden quedar referidos, como defiende ROXIN, a casos en los que, en una ponderación, las finalidades “extrapenales” tienen prioridad frente a las necesidades del Derecho penal<sup>1119</sup>. En nuestro caso serían cuestiones de persecución del crimen por el Estado, así como la depuración de los delitos por la Administración de Justicia. Aun cuando podamos trazar una línea que conecte la justificación ofrecida y el Derecho penal de modo que quedarían en entredicho las “finalidades extrapenales”, habría que distinguir entre la estructura del funcionamiento de la sociedad, donde incluiríamos la persecución del delito a cargo de la Administración de Justicia, y los fines y categorías propias del Derecho penal, como la protección de bienes jurídicos, objetivo que no puede estaría detrás de la impunidad penal concedida a quien imputa un hecho deshonoroso subjetivamente falso aunque objetivamente verdadero y que, pese a no haber actuado para proteger ningún bien jurídico, queda exento de responsabilidad criminal. A la luz de tales consideraciones, pueden invocarse razones extrapenales para eximir de responsabilidad criminal a quien gracias a la imputación de faltas penales o infracciones administrativas a un funcionario, aun habiendo actuado con “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, ayudó a iniciar una investigación que terminó arrojando la veracidad de tales imputaciones.

Más evidente resulta el juego de las finalidades extrapenales en el caso de otra *causa de exclusión de la pena* en los delitos contra el honor a la que nos referiremos a continuación someramente. Se trata de la *inviolabilidad parlamentaria*. El art. 71 de la Constitución declara que “los diputados y senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”. Esta decisión de política-criminal fue refrendada más adelante por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, que negaba el carácter de intromisión ilegítima, “por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados y senadores en el ejercicio de sus funciones”. Así enunciada, parece sencillo encontrar como fundamentación de esta regulación una combinación de intereses, tales como la garantía de la libertad de expresión de los parlamentarios, el interés político social general de preservación de la institución de las Cortes, así como la funcionalidad del órgano legislativo, que no debe verse afectada por la marea de procesos por injurias que de lo

---

<sup>1119</sup> Vid. ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 977; JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T.: *Tratado ...*, op. cit., p. 594.

contrario se entablarían contra los parlamentarios por meras razones políticas<sup>1120</sup>, procesos que les influirían negativamente impidiéndoles hablar con la claridad y libertad que exige el debate sobre asuntos de la mayor trascendencia social y política. La finalidad extrapenal que subyace a esta causa de exclusión de la pena (punibilidad) adopta en esta ocasión la forma de razones de política parlamentaria<sup>1121</sup>.

Por último, sólo quedaría pronunciarse acerca de un matiz: la calificación de la *exceptio veritatis* como condición objetiva de punibilidad o como causa de exclusión de la pena. Ya hemos visto cómo en la doctrina los autores partidarios de ubicar dogmáticamente la prueba de la verdad en la cuarta categoría de la estructura del delito, la punibilidad, difieren a la hora de nombrar a la prueba de la verdad causa de exclusión de la pena<sup>1122</sup> o condición objetiva de punibilidad<sup>1123</sup>. En el fondo, la diferencia no es especialmente significativa, aunque sí posee alguna trascendencia práctica. De entenderse que las causas de exclusión de la pena eximen de responsabilidad criminal al sujeto por la concurrencia de determinados presupuestos personales o subjetivos, deberíamos decantarnos por la opción de las condiciones objetivas de punibilidad, que tienen un sustrato material u objetivo, y por tanto justifican la aplicación de la *exceptio veritatis* a cualquier sujeto que realiza una imputación subjetivamente falsa pero objetivamente verdadera, cualesquiera que sean sus circunstancias personales. Pero si entendemos que las causas de exclusión de la punibilidad pueden ser de corte personal y también material u objetivo, no habría problema en considerar que la *exceptio veritatis* es una causa de exclusión de la pena de naturaleza objetiva o material<sup>1124</sup>. Es cierto que

---

<sup>1120</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 99 y 100. No obstante, el autor precisa que si el ejercicio de la actividad parlamentaria se produce respetando los límites marcados por el Tribunal Constitucional en su doctrina sobre la dimensión pública e institucional de las libertades de expresión e información, entonces la conducta será impune en virtud de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (art. 20.7 del Código Penal); cuando no se respeten esos presupuestos y se excedan los contornos de la libertad de expresión parlamentaria, ya sí la exención de pena se fundamentará en la concurrencia de las causas de exclusión de la pena (op. cit., pp., 101 y 102)

<sup>1121</sup> ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 978; el mismo en “Causas ...”, op. cit., pp. 1191 y 192.

<sup>1122</sup> Entre ellos, VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., p. 261; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., p. 386; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., pp. 135 y ss.

<sup>1123</sup> Vid., así, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 121; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., pp. 10 y 11.

<sup>1124</sup> De esta opinión en Alemania, ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 971; en España MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 386 y 387. Por el contrario, para JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T.: *Tratado ...*, op. cit., p. 598, y también para WELZEL, H.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 87 y 88, las causas de exclusión de la pena están ligadas a presupuestos personales especiales de los intervinientes, mientras que ante la ausencia de una condición objetiva del hecho éste queda impune para todos los partícipes.

si junto a las condiciones objetivas de punibilidad admitimos las causas materiales u objetivas de exclusión de la pena, además de las personales o subjetivas, la diferencia entre una y otra ha quedado reducida a una mera formalidad, sólo dependiente de la perspectiva que se elija para describir la situación; así observa agudamente ROXIN que “es indiferente que se califique la imposibilidad de probar la verdad en la maledicencia como condición objetiva de punibilidad, o que se califique el hecho de lograr la prueba de la verdad como causa material de exclusión de la punibilidad”<sup>1125</sup>. Acogiéndonos a la misma literalidad de la definiciones de estas figuras, entendiendo que las causas de exclusión de la punibilidad son aquellas circunstancias cuya concurrencia excluye la punibilidad, y teniendo presente que si se prueba la verdad del hecho imputado se excluye la pena, *parece más correcto argumentar a favor de la calificación de causa (material u objetiva) de exclusión de la pena (extensible a los partícipes)*, dado que sería más rebuscado emprender esta explicación desde la perspectiva inversa de las condiciones objetivas de punibilidad, aunque ya es una cuestión meramente de criterio personal.

### 3.3.3.2 Alcance de la prueba de la verdad

Más allá de las alternativas barajadas por la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la *expcetio veritatis*, debemos abordar aquí también el alcance de este instituto en el derecho vigente. A tales efectos, conviene recordar que el art. 201 del Código Penal permite la prueba de la verdad únicamente respecto de las imputaciones que “se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas”. La lectura que impone la composición sintáctica del precepto dada la utilización de la conjunción disyuntiva “o”<sup>1126</sup>, no puede ser otra que entender permitida la prueba de la verdad *sólo* respecto de imputaciones deshonrosas dirigidas contra funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o contra funcionarios sobre hechos referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

---

<sup>1125</sup> Cfr. ROXIN, C.: *Derecho ...*, op. cit., p. 972.

<sup>1126</sup> Así, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., pp. 549 y 550.

La restricción de la *exceptio veritatis* a tales supuestos no es una originalidad del modelo español, pues de manera idéntica el Código Penal italiano, tras la aprobación del Decreto Legislativo de 14 de septiembre de 1944, número 288, modificaba el art. 596, que establecía una restricción general de la permisibilidad de la prueba de la verdad, introduciendo un tercer apartado que incluía tres supuestos de admisión de la prueba de la verdad, exigiéndose en todo caso que la ofensa consistiese en la atribución de un hecho determinado (“*quando l'offesa consiste nell'attribuzione di un fatto determinato ...*”), y siendo uno de esos supuestos “si la persona ofendida es un funcionario público y el hecho a atribuido se refiere al ejercicio de sus funciones”<sup>1127</sup>. También el Código Penal belga alberga una regulación similar a la que comentamos; en sede delito de calumnias (que es la imputación de un hecho preciso susceptible de atentar contra el honor ajeno), junto a la prohibición general de prueba de la verdad de hechos atinentes a la vida privada, se contiene una excepción en virtud de la cual se admite la prueba de la verdad de aquellas imputaciones que se dirijan contra depositarios o agentes de la autoridad o contra personas con carácter público<sup>1128</sup>.

De regreso al Código Penal español, argumentan QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS que la regulación de la prueba de la verdad en las injurias responde a la confluencia de diversos intereses: la obtención de la verdad en el proceso penal, la limitación de la tutela del honor del funcionario en el ejercicio de su cargo al honor real

---

<sup>1127</sup> Más ampliamente, sobre el régimen de la “*prova liberatoria*” en el Código Penal italiano, *vid. supra* Capítulo IV.4.3.

<sup>1128</sup> *Vid., supra* Capítulo IV.4.3.

Por el contrario, los Códigos Penales de Alemania, Austria, Portugal, así como la Ley de Libertad de Prensa de Francia, consagran un régimen más amplio para la prueba de la verdad. Especialmente generoso es el texto punitivo alemán que sólo prohíbe la *exceptio veritatis* en las injurias consistentes en juicios de valor y en las injurias meramente formales (“*Formalbeleidigung*” -§ 185 y 192 StGB-). *Vid., supra* Capítulo IV.2.2.4.4. Los Códigos Penales de Austria y Portugal, y la Ley de Libertad de Prensa de Francia, prohíben también la prueba de la verdad respecto de las injurias consistentes en juicios de valor, pero a mayores incluyen otra restricción no presente en el régimen alemán: la limitación se refiere a hechos de la vida privada de cualquier persona, sin referencia alguna a la condición de funcionario público, y responde al interés de tutela de un bien jurídico distinto del honor: el ámbito personalísimo de la vida privada y familiar, esto es, aquello que queda fuera del ámbito profesional y de público conocimiento, así como lo que sucede dentro de la familia (cuestiones privadas sobre asuntos de salud o sexo), privilegiando el legislador el derecho al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión por estar en juego valores personalísimos. Para un examen de la prueba de la verdad en el Código Penal austríaco, *supra* Capítulo IV.2.3.4. Respecto del Código Penal de Portugal, *supra* Capítulo IV.3.3. Finalmente, en cuanto al régimen francés, *supra* Capítulo IV.5.2.4.

y, finalmente, la protección por vía indirecta de intereses concernientes al correcto desempeño de la función pública<sup>1129</sup>.

Aun aceptándose que esa es la justificación oficial de la decisión del legislador penal cuando instituyó la prueba de la verdad, el régimen que deriva de dicho precepto es ampliamente criticado, básicamente porque responde a la protección de intereses que, o bien ya no merecen protección en la actualidad, o bien deben tutelarse a través de otras alternativas más adecuadas (que incluso pueden estar ya previstas, por lo que acudir a esta vía sería innecesario y contraproducente). En este sentido, OTERO GONZÁLEZ<sup>1130</sup> señala contundentemente que, en primer lugar, la obtención de la prueba de la verdad en el proceso penal, vinculada necesariamente al derecho a la tutela judicial efectiva, debe operar del mismo modo en cualquier tipo de imputación falsa de una falta, sea cual sea el sujeto pasivo; en segundo lugar, la limitación de la tutela del honor del funcionario en el ejercicio de su cargo al honor real es contraria al principio de igualdad, y, finalmente, reprocha que se aspire a la protección del correcto funcionamiento de la Administración pública por esta vía, pues no debería ni residenciarse aquí ni hacerse a costa de introducir distinciones entre el funcionario y cualquier otra persona. A partir de estas últimas consideraciones, la mayoría de la doctrina coincide en la necesidad de ampliar el ámbito de eficacia de la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias<sup>1131</sup>, aunque las propuestas son de diferente envergadura.

---

<sup>1129</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 549. Por su parte, LAURENZO COPELLO, P.: Los delitos ..., *op. cit.*, p. 145, estima que es posible una interpretación más amplia de la regulación prevista por el artículo 210, si bien admite que supone “forzar hasta cierto punto la redacción legal”, pero lo justifica desde consideraciones teleológicas.

<sup>1130</sup> Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*..., *op. cit.*, p. 121.

<sup>1131</sup> *Vid.*, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios* ..., *op. cit.*, p. 833; la misma en *Calumnias* ..., *op. cit.* p. 152; ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, p. 151; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor* ..., *op. cit.*, pp. 86 a 88; TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ..., *op. cit.*, p. 321; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos* ..., *op. cit.*, p. 51; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 548; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 345; OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio*..., *op. cit.*, pp. 108, 127 y 128; LAURENZO COPELLO, P.: Los delitos ..., *op. cit.*, p. 144.

De forma excepcional se manifiesta contrario a la existencia de la *exceptio veritatis* del art. 210 SERRANO GÓMEZ, E.: *Delitos* ..., *op. cit.*, p. 307, proponiendo su eliminación para evitar que queden impunes quienes se dedican a realizar imputaciones verdaderas sobre hechos concernientes al ejercicio del cargo de funcionario o referidos a la comisión de faltas o infracciones administrativas por éste, dado que provocan un desprestigio del funcionario y de su función, cuando lo que deben hacer, si conocen tales circunstancias, es denunciarlo.

Así, LAURENZO COPELLO protesta contra la limitación de la *exceptio veritatis* solamente a los funcionarios por infracciones administrativas o faltas penales, pues ello supone una discriminación difícil de entender en tanto que pareciera que sólo tiene interés conocer la verdad de las imputaciones si la infracción o la falta fuera cometida por un funcionario y no por un particular; por el contrario, dado que lo importante es conocer la comisión de tales infracciones o faltas cualquiera que sea la persona infractora porque interesa al Estado perseguir y castigar tales comportamientos, debería ampliarse la *exceptio veritatis*, por una parte, a los casos de infracciones y faltas cometidas por cualquier persona en atención al interés del Estado de castigar el crimen; y, por otra, por razones de proteger el recto ejercicio de la función pública, a imputaciones de hechos relativas a funcionarios en el ejercicio de su cargos (sean o no ilícitos)<sup>1132</sup>. Aunque contra esta última ampliación se manifiesta OTERO GONZÁLEZ por creer que es innecesaria ya que si la imputación es verdadera pero deshonrosa e íntima, se castiga por falta de injurias, y si son verdaderos y no deshonrosos, aunque puedan ser hechos íntimos, entonces debería acudir a la vía civil. Por ello, dado que este ámbito de imputaciones ya está cubierto por la legislación vigente, la autora propone un cambio legal más directo y sencillo: la *exceptio veritatis* debe admitirse respecto de imputaciones verdaderas dirigidas contra cualquier persona por faltas penales o infracciones administrativas<sup>1133</sup>. También CARMONA SALGADO aboga por una reforma de estas características desde la consideración de que la redacción legal actual es improcedente por discriminatoria en tanto que reduce las posibilidades de prueba de la verdad a faltas e infracciones cometidas sólo por funcionarios, constricción que carece de apoyo legal alguno y que debería desaparecer en sintonía con la derogación de los delitos de desacatos, quedando pues la *exceptio veritatis* para las imputaciones de faltas penales e infracciones administrativas cometidas por cualquier sujeto<sup>1134</sup>. Es en este punto relativo a la admisión de la prueba de la verdad en las injurias a las imputaciones de hechos referidas a la comisión de faltas penales o infracciones administrativas, donde, por lo demás, la generalidad de la doctrina defensora de la protección de un honor real, suele reclamar un cambio legislativo que invierta el régimen de la prueba de la verdad en las injurias en el Código Penal español

---

<sup>1132</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 144 y 145.

<sup>1133</sup> Así, OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio...*”, op. cit., pp. 123 y 125.

<sup>1134</sup> Vid., CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 833; la misma en *Calumnias ...*, op. cit. p. 152

para instaurar la regla general de la admisibilidad de la prueba de la verdad y la excepción de su prohibición, siguiendo el ejemplo de algunos modelos del derechos comprado<sup>1135</sup>, en los casos en que los hechos imputados carezcan de toda vinculación con los intereses de la generalidad<sup>1136</sup>.

Y, sin embargo, pese a los llamamientos de este amplio sector de la doctrina, la reforma del Código Penal proyectada no toma cartas en este asunto y la mínima modificación del redactado legal del precepto 210 no se refiere al tema que venimos analizando. Así, el artículo 210 en ciernes establece que “el acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas”. En fin, la reforma no resuelve nada porque mantiene la subordinación de ambos supuestos a la figura del funcionario, con el único cambio de que ya no cita las faltas penales porque no existen y sólo alude a las infracciones administrativas.

Por último, podemos referirnos a otra eventual ampliación de la *exceptio veritatis* que se propone desde algún sector de la doctrina, a fin de vincular los delitos contra el honor al honor real o merecido, si bien es cierto que en esta ocasión tal cambio no requeriría una modificación legislativa, sino que se podría mantener el régimen jurídico existente que limita la prueba de la verdad a las injurias cuando éstas se realizan a través de juicio de valor introduciendo un nuevo criterio de actuación y verificación por parte de los jueces y tribunales. Partiendo de la base de que las injurias realizadas a través de juicios de valor no son susceptibles de someterse a la prueba de la verdad porque los juicios de valor, pensamiento u opiniones no son demostrables ni

<sup>1135</sup> Así, ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección ..., *op. cit.*, pp. 143 y 151.

<sup>1136</sup> *Vid.*, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, *op. cit.*, p. 51; también invocan el límite de la intimidad TASENDE CALVO, J.: “La tipificación ..., *op. cit.*, p. 320; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 544; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 1641.

Pero incluso en este punto también hay matizaciones. Así QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 345, entiende que la intimidad o desvinculación con los intereses generales justificaría ciertas restricciones a la práctica de la prueba de la verdad, aunque se muestra contrario a ello de manera general y apriorística porque habrá que ponderar caso por caso si la intimidad, que es un bien jurídico importante, no cede antes otras causas de justificación, como el ejercicio del derecho a recibir información veraz incluso sobre hechos íntimos. OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio...*, *op. cit.*, p. 127 también se muestra suspicaz con la elevación de la intimidad como límite a la prueba de la verdad, ofreciendo mejores vías para la tutela de este bien jurídico y liberando a la prueba de la verdad de la carga de regularse teniendo presente la protección indirecta de la intimidad; defiende que la persecución de la imputación de los hechos íntimos debería reconducirse a la vía de la protección civil del derecho a la intimidad o a los delito contra la intimidad.

verificables, propone BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE reconducir las injurias basadas en juicios de valor a una base fáctica, es decir, buscar el rastro de un hecho que sirva de base al juicio de valor, lo cual es posible en dos supuestos: a) cuando el juicio de valor se ofrece como conclusión de una exposición de hechos, en cuyo caso la incidencia negativa sobre el honor no sería jurídicamente accionable si, tras el análisis de la prueba de la verdad, se hubiera observado que el juicio de valor se basaba en hechos verdaderos; b) cuando el juicio de valor, conforme a la experiencia social, presupone un comportamiento susceptible de ser constatado, supuesto en el que tampoco se podría reaccionar frente a una eventual indiferencia negativa sobre el honor si al practicarse la prueba de la verdad resultare que el comportamiento al que aludían los juicios de valor era ciertos y verdaderos<sup>1137</sup>. Con este proceder, del que existen ejemplos en derecho comparado<sup>1138</sup>, podría evitarse que en las injurias realizadas a través de juicios de valor sostenidos sobre una base fáctica suficiente, se cayera en el error de proteger un mero honor aparente, lo cual sería contrario a una concepción del honor basada en la tutela de las legítimas, por fundadas, expectativas de reconocimiento de las relaciones de reconocimiento del individuo en la sociedad, como la que sostiene este autor.

### **3.3.4 Formas especiales de aparición del delito de injurias**

#### *3.3.4.1 Iter criminis*

En este punto, dos son las cuestiones centrales que deben ser abordadas. La primera se refiere a la posibilidad de que, dada la estructura del delito de injurias, pueda concebirse su ejecución en forma de tentativa. La segunda versa sobre el momento en que se considera cometido el delito, esto es, el tiempo de la consumación.

La posibilidad de la injuria en grado de tentativa es teóricamente imaginable, aunque en la práctica no llegaría a ningún resultado. Pensemos en el supuesto de las

---

<sup>1137</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 86 a 88. También CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 44.

<sup>1138</sup> Si bien tales casos no se encauzan por la vía de la *exceptio veritatis*, sino por la de “salvaguarda de intereses legítimos”. Así sucede respecto del Código Penal alemán (*supra* Capítulo IV.2.2.4.5) y austriaco (*supra* Capítulo IV.2.3.4.4).



injurias (por ejemplo, por carta) que no llegan a ser conocidas por nadie<sup>1139</sup>; habría en tal caso tentativa, pero dado que se trata de un delito privado perseguible a instancia de parte, y teniendo presente que el sujeto ofendido no ha llegado a tener conocimiento del ataque al honor, no se interpondría querrela y no podría condenarse por injurias en grado de tentativa.

Y respecto a la segunda, desde las diversas concepciones del honor que se mantengan es posible llegar al consenso, del que nosotros también participamos, de que si bien el momento consumativo del delito de injurias será, por lo general, cuando el sujeto ofendido tenga conocimiento de las imputaciones deshonrosas o juicios de valor ofensivos, no es inimaginable el supuesto de que la ofensa contra el honor en el momento de producirse no sea conocida por el sujeto pasivo, pero sí por otras personas presentes o por el público en general<sup>1140</sup>, lo que da pie para afirmar que el delito de injurias se habrá consumado en el momento de la difusión, dado que el honor, ya sea una atribución normativa o una construcción normativo-fáctica o mixta, posee un componente público (que en nuestra tesis personal se traduce en el respeto comunitario que la sociedad debe al ciudadano como sujeto de pleno derecho que participa en posición equitativa en las relaciones sociales) que queda afectado cuando el entorno social conoce las imputaciones deshonrosas, sin necesidad de que la vertiente interior del honor (lo que llaman el “crédito moral del sujeto”) sea lesionada.

La cuestión anterior sobre el momento consumativo viene acompañada necesariamente de un cierto casuismo, dada la circunstancialidad del delito de injurias. Así, la jurisprudencia ofrece soluciones diversas según el caso concreto de que se trate: las injurias contenidas en carta se consuman cuando la ofensa llega a conocimiento del injuriado; cuando se vierten en periódicos o escritos públicos, el momento consumativo

---

<sup>1139</sup> Supuesto al que se remiten para explicar la posibilidad teórica de las injurias en grado tentativa SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual...*, op. cit., pp. 215 y 216; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 110; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 297. También admiten formas imperfectas de ejecución de la injuria, esto es, injurias en grado de tentativa VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., p. 326; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 339 y 340.

<sup>1140</sup> Así, entre otros, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., 126; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 534; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 297; tentativa VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., p. 326; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 339 y 340. De manera excepcional, en contra MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 302, y LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>: *Compendio ...*, op. cit., p. 109, que entienden que las injurias se consuman cuando son conocidas por el sujeto pasivo.

coincide con la publicación (por lo mismo, es posible la tentativa en las injurias con publicidad). No hay separación espacio-temporal en el caso de las injurias consistentes en la realización de juicios de valor deshonrosos en presencia del ofendido, en las que la perfección del delito coincide con el momento de consumación, de modo que resulta difícilmente imaginable la forma imperfecta de ejecución en esta modalidad<sup>1141</sup>.

La determinación de estos momentos consumativos no es gratuita, sino que posee importancia a los efectos de la prescripción del delito de injurias, cuestión expresamente resuelta por el art. 131.1 del Código Penal, cuando dispone que “los delitos de calumnia e injuria prescriben al año”<sup>1142</sup>. El proyecto de reforma del Código Penal introduce una redacción distinta de esta cuestión, aunque mantiene el régimen de prescripción al año. Dice así: “los delitos prescriben: [...] A los cinco, los demás delitos, excepto: [...] b) los demás delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año”.

#### 3.3.4.2 Autoría y participación

El aspecto más importante que merece ser apuntado en materia de autoría y participación en el delito de injurias guarda relación con la posibilidad de comisión de esta infracción a través de medios mecánicos<sup>1143</sup>, lo que hace dirigir nuestra atención al artículo 30 del Código Penal, que prevé un régimen de responsabilidad en cascada para las distintas personas que han podido participar en la comisión del delito y que, por lo tanto, deben asumir cierto grado de responsabilidad.

El art. 30 contiene una enumeración de las personas que serán, positivamente, consideradas responsables del delito de injurias cometido, conforme a un orden

---

<sup>1141</sup> Sobre estos supuestos particulares CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 126 y 127; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 302 y 303.

<sup>1142</sup> A mayor abundamiento, recuerda CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 202 y 203, que no se considerará interrupción de ese periodo de prescripción ni el acto de conciliación, ni el acto de concesión de licencia por el juez o tribunal que tuviera que otorgarla, ni las dilaciones judiciales obligatorias que se hubieran producido.

<sup>1143</sup> Interpretando el adjetivo “mecánicos” de un modo amplio, tal y como imponen consideraciones teleológicas, de forma que quedan incluidos junto a los tradicionales medios o soportes de difusión mecánicos, otros de carácter informático, adjetivo éste más adecuado a las circunstancias actuales de la sociedad de los medios de comunicación de masas. Vid., así, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad de información y teoría de la codelincuencia. la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Comares, Granada, 1998, pp. 126 a 128.

subsidiario distribuido en números, de manera que si por razón de la extinción de la responsabilidad penal, o por declaración de rebeldía o por tener la residencia fuera de España, el responsable previsto por un número no pudiera ser perseguido, dispone el apartado 3º del citado precepto que se “dirigirá el procedimiento contra las [personas] mencionadas en el [número] inmediatamente posterior”. Junto a la enumeración positiva, que a continuación analizaremos, el art. 30.1 contiene dos exclusiones expresas en virtud de las cuales “no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente”, entendiéndose que dicho favorecimiento se refiere al delincuente y no a la comisión del delito o la falta. La razón histórica de dichas exclusiones, explica GÓMEZ TOMILLO, es evitar la restricción de las libertades de expresión e información dado que la aplicación de las normas de la teoría de la codelincuencia supondría una excesiva extensión de la responsabilidad penal<sup>1144</sup>.

Esto advertido, los primeros en responder según el régimen de responsabilidad criminal en cascada del art. 30.2 serán “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo”. Con la expresión “los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate”, se pretende ofrecer un concepto más reducido que el de autor en sentido estricto elaborado de acuerdo a la teoría general del delito, librando de sanción al director de la publicación o programa, al director de la empresa editora, etc., que son autores en sentido estricto y se les hace responder más adelante de forma subsidiaria, conforme a los siguientes números del precepto. En cuanto a la referencia al “signo”, con ella se pretende evitar la impunidad de formas de comisión mediante un tipo de lenguaje no escrito, como la expresión oral o corporal. Y, finalmente, rompiendo con la tradición de la legislación penal española, se incluye en el primer grado de responsabilidad a “quienes hayan inducido a realizarlo [la redacción del texto o la producción del signo]”, disposición que deja libres, incompresiblemente, a quienes hayan hecho esfuerzos de inducción para que el texto o el signo haya sido publicado pero no redactado ni producido, dado que, por interpretación literal, la inducción penada es a la redacción o producción, y no a la publicación; además, ofrece también el problema de que si el inductor es alguien distinto del director del programa o de la empresa editora, será aquel

---

<sup>1144</sup> Así, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad ...*, op. cit., p. 130. También CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 177.

el que responda, a pesar de intervenir como mero partícipe, otorgando impunidad al director del programa toda vez que la responsabilidad en cascada no habrá llegado hasta su nivel y se habrá resuelto en el primer grado, con castigo para el inductor<sup>1145</sup>.

A continuación, el segundo grado de responsabilidad alcanza a “los directores de la publicación o programa en que se difunda” (art. 30.2.2º). El tercer grado de responsabilidad apunta a “los directores de la empresa editora, emisora o difusora” (art. 30.2.3º). Dado que la responsabilidad es escalonada y subsidiaria, cuando se hace responsable en primer lugar a quien ha redactado una noticia, no es preciso bajar al segundo grado para hacer responsable al director de la empresa donde se ha publicado<sup>1146</sup>. Y, por último, “los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora”, responden subsidiariamente en cuarto grado (art. 30.2.4º). Cabe preguntarse, como hace GÓMEZ TOMILLO, qué razón movió al legislador a hacer responsable en el primer grado de la escala a los inductores, razón que, sin embargo, no está presente en relación con los siguientes niveles, lo cual es censurable y no puede fundamentarse en el eventual peligro para la libertad de expresión, pues dicha amenaza alcanzaría a todos por igual y sería invocable en todos los casos<sup>1147</sup>.

Más allá del universo de posibilidades que ofrece el artículo 30, la autoría y participación en el delito de injurias dirigen nuestra atención a dos cuestiones que trataremos a continuación brevemente. La primera se refiere a la posibilidad de coautoría. QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, que conciben la injuria como un delito de mera actividad, rechazan tal eventualidad<sup>1148</sup>; LAURENZO COPELLO, por el contrario, afirma que no hay inconveniente en considerar coautores a las dos (o más personas) que conjuntamente injurian a otra persona a través de un artículo periodístico<sup>1149</sup>, opinión que nosotros también suscribimos. Y, en segundo lugar, parece que sí existe acuerdo en torno al caso de quien posee información falsa y

---

<sup>1145</sup> Sobre estos problemas a que da lugar el art. 30.2.1º, con más extensión, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 136 a 149.

<sup>1146</sup> De esta situación es ejemplo la Sentencia del Juzgado de Paz de nº 2 de Valencia, de la que da cuenta CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, pp. 177 y 178.

<sup>1147</sup> Vid. GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 159 y 159.

<sup>1148</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., pp. 533 y 534.

<sup>1149</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 111. Ciertamente es que la autora formula estas reflexiones en relación con la calumnia, pero la identidad de materia en este caso hace que sean extrapolables al ámbito de las injurias.

la comparte con otra persona ocultándole su alejamiento de la realidad, procediendo a publicarla la segunda en la creencia de que era verdadera. En tal caso, la responsabilidad penal se dirigiría en calidad de autor hacia quien “cedió la información” para que otro la publicara; mientras, si el segundo sujeto procedió cumpliendo sus labores de comprobación diligente de la información, la doctrina de la veracidad subjetiva operaría en su favor eximiéndole de responsabilidad criminal, ya sea por exclusión de la tipicidad por ausencia de dolo<sup>1150</sup> (opción con la que estamos de acuerdo), o como causa de justificación<sup>1151</sup>, cuestión que depende de la ubicación dogmática elegida para la falsedad subjetiva aludida por la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

### 3.3.5 Concursos

Son variadas las posibles situaciones de concurso que pueden darse en el ámbito del delito de injurias:

- a) En primer lugar, debemos atender a la *relación género-especie* que se da entre la injuria y la calumnia, respectivamente, cuando la imputación consista en la imputación de hechos (con exclusión de juicios de valor, pues esta modalidad excluye la participación de las calumnias); así, en aplicación del principio de *especialidad* consagrado por el art. 8.1ª del Código Penal, la injuria será desplazada por la calumnia cuando estemos ante imputaciones de hechos delictivos, no así cuando los hechos imputados fueran constitutivos de faltas penales o de infracciones administrativas, en cuyo caso sería de aplicación, por relación de subsidiariedad, la figura de la injuria. Por otro lado, conforme al art. 8.3º del texto punitivo que dispone que el precepto penal *más grave* excluirá los que castiguen el hecho con pena menor, cuando concurren una calumnia y una injuria en un mismo contexto, por *consunción* la injuria quedará subsumida en la calumnia; por el contrario, si se profirieran imputaciones delictivas y afirmaciones

---

<sup>1150</sup> Opción de QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 534.

<sup>1151</sup> Tesis por la que se decanta LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 111, quien añade además que la conducta del falso informador se calificaría como autoría mediata del tipo agravado del delito de que se tratara por la concurrencia de publicidad (injurias con publicidad -art. 209- o calumnias con publicidad -art. 206-) si se entiende que el falso informador actuó como autor mediato del delito que el sujeto falsamente informado cometió al publicar la información falsa que recibió.

injuriosas consistentes en juicios de valor, debido a la independencia entre ambas conductas, se acudirá al concurso real de delitos.

- b) A partir del examen de la jurisprudencia recaída, suele admitirse por los autores que han estudiado la materia la posibilidad de apreciar un *delito continuado* cuando las injurias se viertan en un mismo contexto y como parte de un plan preconcebido hacia una determinada finalidad, normalmente de desprestigio de la víctima<sup>1152</sup>, al amparo del art. 74 del Código Penal, cuyo primer apartado contiene expresamente la cláusula “en ejecución de un plan preconcebido”. Además, la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva en el caso de las injurias está específicamente contemplada en el apartado tercero del citado precepto, que después de excluir el delito continuado para “las ofensas a bienes eminentemente personales”, admite tal figura en las “infracciones contra el honor”. Por otro lado, se aplicarán las reglas del concurso ideal de delitos cuando de una única expresión o imputación injuriosa se derive la lesión del honor de varias personas, lo que ha venido en llamarse “injurias indirectas” porque aunque se dirigen a una persona, terminan alcanzando a otras<sup>1153</sup>; si hay unidad de acción, los diversos insultos contra una persona constituirán un solo delito de injurias, mientras que habrá concurso real de delitos cuando no pueda apreciarse dicha unidad de acción.
- c) Es fácilmente imaginable la situación de un concurso de delitos entre las injurias y otras figuras delictivas conceptualmente próximas o que pueden acompañar a las injurias en el caso concreto. Efectivamente, podría darse un concurso entre el delito de injurias y el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando las informaciones transmitidas fueran deshonorosas y hubieran sido descubiertas vulnerando la intimidad de la víctima a través de alguno de los medios dispuestos en los arts. 197 a 201<sup>1154</sup>. Así mismo, en el momento de los hechos, las injurias

---

<sup>1152</sup> Así, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 138; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 179; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 347..

<sup>1153</sup> Así, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 116; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 138.

<sup>1154</sup> Así, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 139. La autora pone como ejemplo la divulgación de informaciones como la condición de homosexual de la víctima o su padecimiento del SIDA; aclara, a continuación, que la apreciación de la injuria dependería en estos casos del concepto de honor que se sostenga: desde la perspectiva del honor real, posiblemente tales actuaciones no serían injuriosas porque lo afirmado es verdadero (de esta opinión, por ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 251 y 252), pero, ciertamente, entendiendo el honor como el acceso al respeto

pueden venir acompañadas de otras acciones delictivas, como delitos de amenazas, de lesiones o contra la integridad moral. En tal caso, caben dos opciones que se siguen en la práctica: si se quiere otorgar autonomía a cada ataque efectuado contra cada bien jurídico, dado el carácter de pluriofensivo del comportamiento, se apreciaría un concurso real de delitos; si, por el contrario, se parte de un único contexto de actuación que abarca a toda la conducta, estaríamos ante un único delito<sup>1155</sup>.

d) Finalmente, se admite pacíficamente que las injurias (así como las calumnias) son delitos comunes frente a otras especialidades de calumnias e injurias contra determinados sujetos pasivos, como el Rey u otros miembros de la Corona (arts. 490.3 y 491.1), el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, el Consejo de Gobierno o el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma (art. 504.1). Todas estas modalidades *especiales* desplazarían a los delitos de injurias y calumnias<sup>1156</sup>. E igualmente la aplicación del *principio de especialidad* se resuelve, a juicio de la doctrina mayoritaria, el concurso del leyes que se plantearía entre la injuria y los delitos de acusación y denuncia falsa, situación que acontece cuando alguien acusa a otro falsamente ante un funcionario judicial o administrativo competente de la comisión de una falta, de conformidad con el art. 456.1.3º del texto punitivo<sup>1157</sup>. Excepcionalmente se ha negado la aplicación del principio de especialidad alegando los diferentes intereses jurídicos tutelados, proponiendo resolver este supuesto mediante las reglas del concurso real de delitos<sup>1158</sup>.

---

comunitario (como defiende LAURENZO COPELLO) o como la legítima expectativa de reconocimiento (como hacemos nosotros), puede afirmarse la presencia de un ataque injurioso.

<sup>1155</sup> Vid., CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 178 y 179.

<sup>1156</sup> Vid., así, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 114; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 138; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 129 a 131.

<sup>1157</sup> Así, de acuerdo, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 138 y 139; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 131 a 133.

<sup>1158</sup> De esta otra opinión, vid. CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 114.

### 3.4 CALUMNIA

Define el artículo 205.1 del Código Penal la calumnia como “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. La calumnia aparece así como la segunda figura delictiva para la protección del bien jurídico honor, junto a la injuria, integrantes ambas de la estructura binaria de los delitos contra el honor que caracteriza al Código Penal de 1995. Esto advertido, la calumnia representa una modalidad agravada de ataque al honor respecto de la injuria<sup>1159</sup>, pues se considera que la agresión que la imputación de un delito con conocimiento de falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, comporta para el bien jurídico honor, es de la mayor gravedad. Más allá de la particularidad del carácter delictivo del hecho imputado, se observa una similitud sustancial entre las injurias, especialmente aquellas que consisten en la imputación de hechos, y las calumnias, motivo por el cual a lo largo del estudio de la estructura dogmática del delito de calumnia serán frecuentes las remisiones a las explicaciones que ya ofrecimos al referirnos a determinadas cuestiones que ya fueron examinadas en sede de injurias, debiéndose recuperar las polémicas y las posiciones que mantuvimos entonces.

Por lo demás, antes de comenzar con el estudio de la conducta típica, conviene hacer una breve alusión al debate sobre la verdadera naturaleza del delito de calumnia. Si bien la ubicación sistemática de esta figura en el Capítulo primero del Título XI lo emparenta con los delitos contra el honor, no es menos cierto que el que consista en la falsa imputación de un delito puede introducir en el debate preocupaciones como la persecución y castigo de las acciones delictivas y el correcto funcionamiento de la justicia, lo que acercaría la calumnia a la familia de los delitos contra la Administración de Justicia<sup>1160</sup>. Sin embargo, es dominante la opinión que apuesta por dejar la calumnia

---

<sup>1159</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado ...*, op. cit., p. 1193; VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., op. cit., p. 262, añade que el tipo de injurias se halla con el de calumnias en una relación de subsidiariedad. En la misma dirección resaltan QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., op. cit., p. 529, que las calumnias albergan “mayor potencialidad estigmatizadora para la víctima del delito”. También SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., p. 294; BENEYTEZ MERINO, L.: “Título XI. Delitos contra el honor”, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia, actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010 (Tomo I)*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 792.

<sup>1160</sup> De esta opinión, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 305. También BACIGALUPO ZAPATERO, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 6, advierte esta cercanía y destaca la vinculación



entre los delitos contra el honor aunque ocasionalmente pudiera lesionar también el interés del Estado en la Administración de Justicia, y perseguir los ataques contra los intereses anteriormente referidos a través de las figuras específicas de la acusación y la denuncia falsa<sup>1161</sup>. Nos inclinamos por esta segunda postura, avalada también por la localización sistemática de la calumnia en el capítulo de los delitos contra el honor que decidió el legislador penal de 1995.

### 3.4.1 Tipicidad

Siguiendo un esquema similar al empleado para el análisis de la conducta típica en el delito de injurias, examinaremos a continuación la estructura típica del delito de calumnias estudiando los elementos objetivos (“imputación de un delito”) y subjetivos (“conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”).

#### 3.4.1.1 Tipo objetivo

##### 3.4.1.1.1 Imputación de un delito

Por imputación de un delito debe entenderse la atribución de un hecho a una persona. La acción calumniosa consiste en la falsa atribución de un hecho delictivo; la posibilidad de la calumnia en forma omisiva es rechazada mayoritariamente<sup>1162</sup>. Estamos de acuerdo con aquellos que no admiten la calumnia omisiva desde la consideración de que siendo la imputación una acción comunicativa y, por tanto, la calumnia un delito de expresión, resulta excesivo homologar la imputación de un delito al comportamiento consistente en no sacar del error a quien cree que otro ha

---

de la regulación de la calumnia en el Código Penal español y la regulación de la denuncia calumniosa en el texto punitivo francés.

<sup>1161</sup> De este sentir es VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, *op. cit.*, p. 262; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, *op. cit.*, p. 294 y nota al pie nº 21. Opina así también LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, p. 254, que al tiempo que admite que el bien jurídico lesionado por las calumnias es el honor, subraya la incuestionable relación o vinculación de la calumnia con los delitos contra la Administración de Justicia. En esta línea JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad ...*, *op. cit.*, p. 240, que justifica el carácter agravado de la calumnia sobre la injuria no tanto en que el ataque al honor es más grave por imputarse un delito, sino porque junto al ataque al honor concurre en la calumnia, también, un ataque contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia.

<sup>1162</sup> Así, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, p. 98; LAURENZO COPELLO, P.: *El delito ...*, *op. cit.*, p. 102. En contra, admitiendo la equiparación del comportamiento omisivo con el activo de imputar falsamente, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, *op. cit.*, p. 261.

delincuente<sup>1163</sup>. Si la imputación supone “atribuir, achacar o cargar en cuenta a una persona la perpetración de un delito”<sup>1164</sup>, parece claro que requiere un comportamiento activo.

En cuanto al objeto de la imputación, establece el artículo 205 que ha de ser un delito. Precisamente es aquí donde reside la esencia de la diferencia entre la calumnia y la injuria: mientras en la injuria el ataque a la persona deriva de una acción o expresión cualquier que provoca una lesión del bien jurídico honor, en el caso de la calumnia la agresión al honor posee una mayor entidad en tanto sólo puede ser originada por una imputación de un delito; no de cualquier clase de perjuicio, desvaloración, insulto o reproche, sino que ha de tratarse de un hecho delictivo, razón por la cual se dice que la calumnia representa la modalidad agravada o cualificada de ataque contra el honor.

Debe tratarse de un hecho delictivo, lo que excluye las faltas del ámbito objetivo de imputación de las calumnias. Consiguientemente, la lesión del honor derivada de la falsa imputación de una falta constituiría un delito de injurias, como se desprende del artículo 210 del Código Penal. En este punto, coincidimos con el cuestionamiento que plantea BACIGALUPO ZAPATER sobre el sentido de excluir la falsa imputación de faltas del ámbito típico de la calumnia<sup>1165</sup>. Ciertamente, la gravedad inherente a la comisión de un delito es mayor que la de la comisión de una falta; ahí reside, precisamente, también el fundamento de la mayor penalidad. Sin embargo, existen también otras circunstancias que debemos considerar acto seguido: a) la realización de un falta penal ya supone contrariedad con el ordenamiento jurídico, y el castigo de tal comportamiento lleva parejo una pena criminal, circunstancias que ilustran el desvalor que la sociedad atribuye a estas conductas; b) como sostuvimos en su momento, el libre desarrollo de la personalidad autoriza a la persona a elegir en plena libertad el proyecto vital que estime más oportuno y a adoptar las decisiones básicas orientadas a la ejecución de dicho programa de vida, en el marco de un amplio y generoso marco pluralista que sólo conoce los límites de la no vulneración de la dignidad humana y los

---

<sup>1163</sup> Así, BENEYTEZ MERINO, L.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 779; LAURENZO COPELLO, P.: *El delito* ..., *op. cit.*, p. 102

<sup>1164</sup> SSTS de 21 de enero de 1883, de 4 de noviembre de 1885, de 17 de junio de 1905, de 30 de noviembre de 1912 y de 15 de noviembre de 1921. Repertorio jurisprudencial tomado de BENEYTEZ MERINO, L.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 783.

<sup>1165</sup> BACIGALUPO ZAPATERO, E.: *Delitos* ..., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

derechos humanos ajenos, así como el respeto a la ley<sup>1166</sup>. Teniendo presentes estas consideraciones, dado que el proyecto vital del individuo debe definirse con respeto al ordenamiento jurídico y dado que la comisión de una falta ya implica el quebrantamiento de dicho límite, consideramos que la falsa imputación de una falta produce una lesión homologable a la falsa imputación de un delito, a los efectos de la lesión de la legítima expectativa de reconocimiento, y dicho menoscabo del honor es de una gravedad bastante como para integrar este comportamiento el tipo penal de las calumnias y no de las injurias. Por el contrario, rebajar el desvalor de la falsa imputación de una falta a la categoría de injuria sólo puede responder a una concepción ontológica de las faltas que ha sido abandonada en la conciencia social actual<sup>1167</sup>. El deshonor que nace de un acto propio, como puede ser una conducta contraria al ordenamiento jurídico, sea constitutiva de falta o lo sea de delito, no es tutelable por el ordenamiento, y, en este orden de consideraciones, la falsa imputación de un comportamiento penalmente reprochable, tanto en condición de delito como de falta, debería igualarse a los efectos del tipo penal de las calumnias<sup>1168</sup>. La frontera, por consiguiente, se localiza en la mayor gravedad del ataque al honor consistente en la imputación de un hecho penal reprochable frente a la menor gravedad del ataque al honor consistente en la imputación de actitudes o comportamientos deshonorosos que no tienen la consideración de hechos penalmente reprochables. Por todo lo anterior, concluimos aquí con una propuesta de reforma desde la perspectiva de *lege ferenda*, en el sentido de definir la calumnia como “*la imputación de un delito o de una falta hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

Las cuestiones que hemos comentado sobre los distintos efectos entre la imputación de una falta y de un delito podrían perder toda su actualidad si el proyecto de reforma del Código Penal se convierte en realidad legislativa. Así, dicha reforma

---

<sup>1166</sup> Más ampliamente sobre este particular, *vid. supra* Capítulo V.1.4.2.2.

<sup>1167</sup> BACIGALUPO ZAPATERO, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 6. También cree que la imputación falsa de faltas penales debería subsumirse en el tipo penal de las calumnias por razones de proximidad material, TASENDE CALVO, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *Poder Judicial* 43-44 (1996), p. 142.

<sup>1168</sup> A favor del tenor literal están, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Revisión ...”, op. cit., pp. 313 a 315, y CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 120, por considerar que la mayor gravedad del ataque al honor en que consiste la calumnia deriva de que el objeto de la imputación es un delito, conducta especialmente intolerable por el ordenamiento jurídico; por debajo del nivel de la conducta delictiva, la falsa imputación de otros comportamientos representa una lesión de menor entidad para el honor y se reconduce a la injuria.

plantea suprimir la distinción entre delitos y faltas, de tal forma que algunas de las antiguas faltas se convierten en “delitos leves” y otras se reconducen hacia la vía administrativa y civil. En este sentido, dado que el Código Penal pasaría a contemplar únicamente delitos, la redacción actual del tipo de las calumnias sería razonable ya que habiendo desaparecido la figura de las faltas penales, no sería preciso que el tipo incluyera una referencia a ellas cuando fuera una conducta constitutiva de falta lo que se hubiera imputado en la calumnia.

Por lo demás, frente a regulaciones pretéritas en las que la imputación debía versar sobre un delito público o perseguible de oficio, el Código Penal de 1995 omite cualquier referencia a esas categorías de delitos, de forma que entran en el ámbito objetivo tanto los delitos públicos como los privados.

Debe haber *precisión* tanto en los hechos concretos que se imputan como en la persona sobre la que recae la imputación; a estos efectos, debe haber una imputación lo suficientemente clara, concreta y determinada. No bastan “atribuciones genéricas, vagas o ambiguas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1991)<sup>1169</sup>. La falta de concreción de los hechos rebajará la calificación jurídica de calumnia a injuria<sup>1170</sup>. Precisión que, sin embargo, no debe interpretarse rigurosamente como sinónimo de plena exactitud de todos y cada uno de los elementos de que conlleva la imputación, por lo que es indiferente: a) la calificación jurídica a cargo del sujeto calumniador que podría confundir el delito de homicidio con el de asesinato, o el robo con el de hurto, o el de abuso sexual con el de violación, por no ser un jurista; b) el grado de participación en los hechos que el calumniador atribuya a la víctima de su ataque al honor (autor, cooperador); c) el grado de consumación de los hechos que el calumniador impute (delito consumado o en grado de tentativa); d) la

---

<sup>1169</sup> Jurisprudencialmente la exigencia de un cierto nivel de precisión de la imputación está ampliamente consolidada: así, entre muchas otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1985, de 30 de enero de 1986, de 4 de octubre de 1988, de 6 de febrero de 1990, de 8 de mayo de 1991, 26 de julio de 1993, de 1 de febrero de 1995, de 17 de mayo de 1996 y de 14 de junio de 1997; Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, de 23 de junio de 1997, Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 7ª, de 8 de octubre de 2002, y Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 6ª, de 26 de noviembre de 2011 (tururururu).

<sup>1170</sup> Entre otros, CASTIÑERA PALAU, Mª. T.: “Delitos contra el honor”, SILVA SÁNCHEZ, J-Mª.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición, Atelier, Barcelona, 2009, p. 149.

modalidad culposa o dolosa del delito atribuido al calumniado (no debe confundirse con la modalidad de la propia acción calumniosa, que ha de ser dolosa, descartándose la calumnia imprudente); e) la mención o no mención por el calumniador de cualesquiera otras circunstancias que acompañen al delito, como circunstancias excluyentes de la culpabilidad de la víctima o excusas absolutorias, pues en todo caso habrá imputado un hecho típico y antijurídico idónea para menoscabar el honor ajeno<sup>1171</sup>. Con todo lo anterior se pretende alcanzar el equilibrio entre la exigencia de una determinación taxativa del hecho delictivo y la innecesaria de un rigor técnico en la calificación jurídica<sup>1172</sup>.

Por lo demás, de las notas estudiadas hasta ahora se desprende, básicamente, que la imputación delictiva podrá subsumirse en el tipo de la calumnia cuando tenga la suficiente entidad y credibilidad como para ser tomada en consideración por su valor atentatorio contra el honor de la víctima; así pues, junto a la precisión (con la matizaciones referidas), debe concurrir también la cualidad de la *credibilidad* de la imputación, rasgo que excluye imputaciones delictivas fantasiosas o de pura fabulación que hacen imposible entender afectado el honor del destinatario de la invectiva (por ejemplo, acusar a una persona de un asesinato producido antes del nacimiento del propio acusado) o la imputación de delitos que exigen una condición determinada del sujeto activo (delitos especiales) que de ningún modo podía darse en el destinatario de la ofensa (por ejemplo, acusar de un delito de malversación de caudales públicos a alguien que nunca ha trabajado)<sup>1173</sup>.

#### 3.4.1.2 Tipo subjetivo. Dolo y “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Toma de posición

El tipo subjetivo encierra las claves para la comprensión del delito de calumnias, sin perjuicio de las cuestiones que deban ser cerradas en ulteriores niveles dogmáticos

---

<sup>1171</sup> MUÑOZ CONDE, F.: Derecho ..., *op. cit.*, p. 306; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 529; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 103 a 105; BAJO FERNÁNDEZ, M.: Manual ..., *op. cit.*, pp. 250 y 251; CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección* ..., *op. cit.*, pp. 120 a 123.

<sup>1172</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 530.

<sup>1173</sup> Mencionan la necesidad de que la imputación sea *creíble*, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 102 y 103; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 530.

(básicamente, en sede de antijuridicidad). Así, con un correcto engranaje de los elementos examinados en el tipo objetivo y los que a continuación estudiaremos en el tipo subjetivo, se obtiene una imagen fidedigna y compacta de la conducta prohibida en las calumnias. Esto advertido, lo que distingue a las calumnias de las injurias es el tipo objetivo, que ya hemos examinado, toda vez que el tipo subjetivo de ambas figuras coincide sustancialmente, tanto en las posturas y solución del debate sobre el *animus iniuriandi*, como en las alternativas de comisión dolosa (y no culposa), como, finalmente, en la polémica sobre el “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, cláusula contenida en el art. 205 del Código Penal. Dado que estos tres elementos fueron abordados con detalle en el tipo subjetivo de las injurias, en lo que sigue nos remitiremos a aquellas explicaciones cuando sean extrapolables a las calumnias, especialmente cuando tomemos posición sobre cada uno de ellos, lo cual haremos, en el caso de las calumnias, de forma intercalada a medida que vayamos procediendo escalonadamente.

Mayoritariamente se rechaza la presencia de un dolo específico o un elemento subjetivo específico del tipo que se identificaría con el ánimo de calumniar (*animus calumniandi*)<sup>1174</sup>, salvo algunas excepciones, como MUÑOZ CONDE, que entiende que la consideración de la calumnia como un delito contra el honor conduce a exigir además del dolo, el ánimo de deshonor<sup>1175</sup>. También en las injurias nosotros descartamos la exigencia específica del *animus iniuriandi*<sup>1176</sup> y, en coherencia, mantenemos idéntico criterio respecto del *animus calumniandi*. El tipo de las calumnias no requiere para completarse, en su vertiente subjetiva, un preciso ánimo de ofender a la víctima a través de la imputación delictiva, sino que ya realizar voluntariamente (queriendo) la imputación delictiva de la que se conocen sus seguros o eventuales efectos lesivos del honor ajeno, es suficiente para colmar las exigencias del tipo subjetivo. En cualquier caso, acaso como reflexión final cabría pensar si todo se reduce, en última instancia, a la cuestión terminológica de qué se entiende por ánimo de injuriar, pues para MUÑOZ CONDE, que exige ese ánimo de manera específica, tal *animus* es la “asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulten de la imputación”; mientras,

---

<sup>1174</sup> Vid., entre muchos otros, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., op. cit., p. 532.

<sup>1175</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 307.

<sup>1176</sup> Vid. *supra* Capítulo V.3.3.1.2.

CARMONA SALGADO, por ejemplo, que no exige un dolo específico, entiende colmado el dolo con el conocimiento del carácter lesivo de la conducta y “la voluntad de asumir las consecuencias dañosas para ese bien jurídico puedan derivarse de la misma”<sup>1177</sup>. O parecidamente, JAÉN VALLEJO que dice que el dolo implica que el sujeto calumniador, sabiendo las consecuencias deshonorosas de la imputación de un delito para el honor de una persona, quiere proferir tales acusaciones<sup>1178</sup>. Esta confusión es observada acertadamente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1991, en la que se establece que “definido, en consecuencia, el *animus iniuriandi* como el conocimiento del carácter lesivo del honor y la asunción de las consecuencias dañosas, parece que, en realidad, dicho animus se confunde totalmente con el dolo del tipo, pues quien sabe que imputa un delito obra ya con todo el elemento subjetivo pues necesariamente sabe también que realiza una acción lesiva para el honor de otro y si ante tal representación no inhibe la acción es porque asume las consecuencias dañosas para el bien jurídico”; de modo que, en conclusión, “lo que se considera como *animus iniuriandi* en la teoría y en parte de la jurisprudencia (asunción de las consecuencias dañosas del honor) se confunde con los elementos del dolo del tipo”.

Por lo que se refiere al contenido del dolo general, en el tipo subjetivo de las calumnias, en coherencia con lo afirmado en las injurias, la mayor parte de la doctrina entiende que el tipo subjetivo queda cubierto con el dolo genérico entendido como el querer realizar una imputación delictiva conociendo que puede ofender el honor de otra persona. Tras el cambio operado en 1995, dicho el tipo subjetivo admite la forma dolosa, según la doctrina mayoritaria, en dos modalidades: en la forma de dolo directo, referido con la fórmula “conocimiento de su falsedad”, y en la de dolo eventual, como vendría a admitir la fórmula “con temerario desprecio hacia la verdad”, es decir, infringiendo los deberes subjetivos de comprobación de la fiabilidad y viabilidad de la información relativa perpetración de un delito<sup>1179</sup>. Esta postura se vincula con la

---

<sup>1177</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 384.

<sup>1178</sup> JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad...*, op. cit., p. 241.

<sup>1179</sup> *Vid.*, entre muchos otros, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, *op. cit.*, pp. 532 y 533; VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, *op. cit.*, p. 319; CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 386; la misma en *Calumnias ...*, *op. cit.*, p. 68; LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., pp. 226 y 227; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 307; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>: *Compendio ...*, op. cit., p. 105; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 297; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.),

consideración de la falsedad de la imputación delictiva como parte del tipo objetivo de las calumnias<sup>1180</sup>: la imputación falsa de un delito a otra persona será impune cualquiera que sea la intención del autor, como también quedaría sin reprobación penal la imputación de un delito hecha “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” pero que a la postre se demuestra verdadera, en cuyo caso la impunidad procedería de la consideración de la *exceptio veritatis* como causa de atipicidad penal o como causa de exclusión de la pena para dejar sin castigo la tentativa inidónea de aquella imputación objetivamente verdadera pero subjetivamente falsa<sup>1181</sup>. Y si la falsedad objetiva del delito imputado es un elemento del tipo de las calumnias, entonces el dolo debe abrazar o captar esa falsedad, ya sea en forma directa o eventual, de manera que este elemento sirve para perfilar la conducta típica de la calumnia desde consideraciones subjetivas<sup>1182</sup>. Existen pronunciamientos jurisprudenciales que inciden precisamente en esa dualidad de formas del dolo, sosteniendo que “el autor ha de ser consciente de que no dice la verdad cuando atribuye a otro un delito; esa conciencia existe cuando se sabe que es falsa la imputación (dolo directo), o sin saberlo, no querer imputar falsamente un delito, no se emplea la mínima diligencia en la comprobación de la verdad -el temerario desprecio hacia la verdad [...], que traslada la cuestión al ámbito del dolo eventual-”<sup>1183</sup>.

Cabe también la posibilidad de que la falsedad de la imputación delictiva no forme parte del tipo objetivo de las calumnias, en cuyo caso se acepta que la calumnia puede cometerse, desde la perspectiva del dolo, con dolo directo y eventual, sin que la cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” cumpla

---

JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, op. cit., 214; CASTIÑERA PALAU, M<sup>a</sup>. T.: “Delitos ..., op. cit., pp. 150 y 151.

<sup>1180</sup> Vid., entre otros, CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 123; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 306; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., op. cit., p. 529; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Delitos ..., op. cit., pp. 351 y 352; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., op. cit., p. 1624.

<sup>1181</sup> Así, respectivamente, CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 826; la misma en *Calumnias ...*, op. cit., p. 97; y OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio...*”, op. cit., pp. 106 y 107.

<sup>1182</sup> ECHARRI CASI, F. J.: “Derecho ..., op. cit., p. 11.

<sup>1183</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2<sup>a</sup>, de 9 de mayo de 2003. También Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 17<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2002, de la Audiencia Provincial de Palencia de 29 de septiembre de 2002, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 10<sup>a</sup>, de 11 de mayo de 2000, y de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 15<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2001 y de la sección 23<sup>a</sup> de 11 de enero de 2002. Jurisprudencia citada por GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal* (tomo II), Bosch, Barcelona, 2006, pp. 1428 y 1429.



función alguna en cuanto a dicho dolo. Si es cierto que el tipo subjetivo, el dolo, debe abrazar los elementos objetivos del tipo, y si lo es también, como nosotros entendemos, que la falsedad objetiva de lo imputado no es uno de ellos, tal tipo subjetivo no debe alcanzar a la falsedad ni al grado de convencimiento sobre la misma, sino que se colma simplemente con el querer imputar un delito conociendo de forma segura o eventual que tal actuación menoscaba el honor ajeno. Entonces, la utilidad de la cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” se desplegaría en otro espacio: bien como elemento específico o adicional del tipo subjetivo (que no se identificaría con el *animus calumniandi*)<sup>1184</sup>, bien como referencia a la antijuridicidad<sup>1185</sup>. A estos efectos damos por reproducida la discusión existente sobre la función de la cláusula “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” que comentamos del art. 205.1 y que ya fue abordada en estos mismos términos respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos, *ex* artículo 208.3, con la división de opiniones sobre la operatividad de dicha cláusula en el propio tipo subjetivo-dolo (gran parte de los autores, entre otros, CARMONA SAGLADO, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, MUÑOZ CONDE, OTERO GONZÁLEZ, QUERALT JIMÉNEZ), en el tipo subjetivo como elementos subjetivo específico adicional (no identificado con el *animus iniuriandi*; es la tesis de VIVES ANTÓN, MUÑOZ LORENTE y CARDENAL MURILLO y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) o en la antijuridicidad (como opinan LAURENZO COPELLO, BACIGALUPO ZAPATER, JAÉN VALLEJO)<sup>1186</sup>.

Sin ánimo de reproducir las observaciones que realizamos en el delito de injurias, nos limitamos a recordar aquí nuestra *postura favorable a la consideración de la cláusula “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como un elemento específico del tipo subjetivo del delito de calumnias*. La constatación de este elemento debe efectuarse en el momento de tipicidad porque sólo así podemos arribar a una descripción típica completa y dotada de significado valorativo suficiente como para dotarla de relevancia penal. El “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” no puede ser extraído del tipo penal y relegado a la

<sup>1184</sup> Así, VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ..., *op. cit.*, pp. 260 y 263; el mismo en “Delitos ..., *op. cit.*, p. 322; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad* ..., *op. cit.*, pp. 370 a 372; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ..., *op. cit.*, p. 182.

<sup>1185</sup> Entre otros, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 106 a 108.

<sup>1186</sup> *Vid.*, así, *supra* Capítulo V.3.3.1.2.

antijuridicidad. Lo anterior no impide, sin embargo, que este elemento haya de ser valorado también en la fase de la antijuridicidad pues, en tanto que “*elemento de valoración global del hecho*”, su completa consideración y comprensión se verifica en la antijuridicidad, siguiendo la concepción desarrollada por ROXIN sobre los elementos de valoración global del hecho, conforme a la cual los presupuestos fácticos del elemento (en nuestro caso, del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”) forman parte del tipo, mientras la valoración global que de los mismos hace el sujeto se estudia en la antijuridicidad.

Finalmente, debe rechazarse la comisión del delito de calumnias en forma culposa o imprudente<sup>1187</sup>.

### 3.4.2 Antijuridicidad

Como viene sucediendo con otros elementos del delito de calumnias, la reflexiones que formulamos sobre la categoría de la antijuridicidad y el eventual juego de las causas de justificación en el delito de injurias son extrapolables al caso de las calumnias, y por tanto nos remitimos a las explicaciones que ofrecimos allí<sup>1188</sup>. Lo afirmado es extensible, tanto a la cuestión particular de la libertad de expresión como causa de justificación, que resuelve el conflicto entre el honor y la libertad de expresión, tal y como estima la mayor parte de la doctrina, como en relación con la intervención de la libertad de expresión en sede de tipicidad, opción que nosotros mantenemos dada nuestra postura favorable a concebir la cláusula del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” del art. 205 del Código Penal como un elemento global de valoración, cuya concurrencia se examina separadamente en el tipo, constatando la presencia y correcta valoración por el sujeto de todos los presupuestos fácticos y jurídicos (con la posibilidad de apreciar un error de tipo en caso de error en la valoración de alguno de esos elementos), y en la antijuridicidad, donde se efectúa una valoración global de las circunstancias y de la situación (y que puede conducir a la apreciación de un error de prohibición). Así mismo, son de aplicación a las calumnias

---

<sup>1187</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho ...*, op. cit., p. 386; la misma *Calumnias ...*, op. cit., p. 102; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., p. 12; SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 297 y 298; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Delitos ...”, op. cit., p. 352.

<sup>1188</sup> *Vid. supra* Capítulo V.3.3.2.

las observaciones que formulamos en las injurias sobre las restantes causas de justificación que pueden entrar en consideración: cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un cargo u oficio, legítima de defensa (con las particularidades de la retorsión), estado de necesidad y consentimiento del ofendido.

### 3.4.3 *Exceptio veritatis*

El debate sobre la *exceptio veritatis* en el delito de calumnias sigue los mismo derroteros que en el delito de injurias, por ello las explicaciones que formulemos aquí serán más breves, conformándonos simplemente con evidenciar las distintas posturas existentes en la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la prueba de la verdad, que oscilan entre la consideración de la prueba de la verdad como causa de atipicidad, como causa de justificación y como causa de exclusión de la pena. A continuación analizaremos también algunas cuestiones sobre el alcance de la *exceptio veritatis* en las calumnias teniendo presente que, a diferencia de lo que se imputa y se somete a la prueba de la verdad en las injurias, que son hechos deshonorosos, en las calumnias el objeto de la imputación y lo que debe pasar el filtro de la prueba de la verdad son hechos delictivos, delitos.

La simplicidad del tratamiento de esta cuestión en las calumnias también viene determinada por la propia regulación de la *exceptio veritatis* en el art. 207 que adolece de las excepciones que preveía el art. 210 para el delito de injurias. En el ámbito de las calumnias, dispone el art. 207 de forma meridianamente clara que “el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”.

#### 3.4.3.1 Naturaleza jurídica: causa de atipicidad, de justificación o de exclusión de la pena. Toma de posición

La primera posición doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la *exceptio veritatis* en el delito de calumnias defiende la consideración de causa de atipicidad para este instrumento probatorio. Y al igual que sucedía con las injurias, el argumento principal para sostener estas afirmaciones reside en la inclusión de la falsedad objetiva del delito

imputado como elemento del tipo del delito. La antigua redacción del tipo de las calumnias incluía ya la falsedad en el propio tenor literal al definir la conducta calumniosa como “la falsa imputación de un delito”, razón por la cual era razonable concebir la prueba de la verdad como una causa de atipicidad<sup>1189</sup>. Sin embargo, también con la redacción actualmente vigente de calumnias, contenida en el art. 205 y que define esta figura como la mera “imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, de donde no puede deducirse automáticamente que la falsedad de lo imputado sea un elemento del tipo objetivo, sostienen algunos autores que la falsedad objetiva es un componente del tipo, de forma que si la imputación no es falsa y el acusado prueba la veracidad de su imputación, queda exento de pena, ya que el hecho no es típico, operando así *exceptio veritatis* como causa de atipicidad<sup>1190</sup>. Devolviendo la falsedad objetiva al tipo objetivo de las calumnias nos encontraríamos con que cualquier imputación de hechos que fuera objetivamente verdadera, sería impune porque faltaría ya el tipo objetivo; y cualquier imputación que fuera objetivamente falsa pero subjetivamente verdadera por no haberse realizado “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, sería también impune porque faltaría el tipo subjetivo, y sería un error de tipo vencible que degradaría la pena a la delito imprudente, modalidad que no existe para las calumnias por lo que quedarían impunes. Con tal planteamiento, es cierto que la *exceptio* opera en la tipicidad y la excluye<sup>1191</sup>.

En cuanto a la minoritaria posición que defiende la consideración de la prueba de la verdad como causa de justificación, baste con señalar que sostiene que de imputarse un delito con temerario desprecio hacia la verdad o con conocimiento de su falsedad, pero durante el desarrollo del proceso se practica la prueba de la verdad y el hecho resulta ser verdadero, entonces la acción típica quedaría “justificada”<sup>1192</sup>, lo que arroja la consideración de la *exceptio* como causa de justificación.

---

<sup>1189</sup> Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., pp. 88 y 89.

<sup>1190</sup> MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho ...*, op. cit., p. 306; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 537.

<sup>1191</sup> CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios ...*, pp. 826 y 829. En parecidos términos, OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio* ...”, op. cit., p. 104.

<sup>1192</sup> SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., pp. 300 y 301; también BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor ...*, op. cit., p. 157.

Finalmente, como también en las injurias, un grupo de autores defiende que la prueba de la verdad opera en sede de calumnias como *causa de exclusión de pena*<sup>1193</sup>. Sin necesidad de retomar la argumentación que ya reprodujimos antes<sup>1194</sup>, entiende este sector que la prueba de la verdad opera con un carácter residual en el reducido conjunto de supuestos en que el autor ha realizado una imputación típica, que ha sido declarada antijurídica por no haberse realizado al amparo de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho dado que no mantuvo una actuación respetuosa hacia la verdad basada en las tareas de comprobación diligente, entonces, “con temerario desprecio hacia la verdad”. Pero en estos excepcionales casos puede suceder que durante el desarrollo del proceso judicial se descubra que el hecho imputado era verdadero. Tal averiguación no puede borrar la tipicidad ni la antijuridicidad del comportamiento, pero tampoco quiso el legislador ignorar que el autor de tales imputaciones debería quedar exento de pena sólo por la consideración de que con ocasión de la lesión del honor se han conocido hechos que revestían carácter delictivo, y en atención al interés del Estado en la persecución y el castigo del delito, conviene excluir la pena<sup>1195</sup>. Entrarían en juego razones excepcionales de carácter político-criminal como el justo pago por conductas que han coadyuvado objetivamente al descubrimiento y persecución de hechos perseguibles, que la sociedad quiere castigar<sup>1196</sup>.

Teniendo presente nuestra concepción del tipo de las calumnias, en el que la falsedad objetiva del delito imputado no forma parte del mismo, sino que el elemento trascendental es la representación negativa o la relación interna del sujeto entre lo que sabe y lo que dice, reflejada en el elemento específico del tipo subjetivo del “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”, *debemos rechazar la consideración de la exceptio veritatis en las calumnias como causa de atipicidad*. De este modo, la imputación subjetivamente falsa de un hecho delictivo ya será típica, bien

---

<sup>1193</sup> O como condiciones objetivas de punibilidad, que es el reverso de la misma moneda: así, la califican LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 120, 121, 142 y 143; BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos ...*, op. cit., pp. 10 y 11, de “condición objetiva de punibilidad” tomando como ejemplos el modelo suizo y alemán.

<sup>1194</sup> *Supra* apítulo V.3.3.3.1.

<sup>1195</sup> VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad ...”, op. cit., pp. 261 y 262; el mismo “Delitos ...”, op. cit., p. 322. Suscribe todo esto SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, op. cit., pp. 216 y 217, para las calumnias e injurias. Y también LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>.: *Compendio ...*, op. cit., p. 105; MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 384 y 385, y nota al pie nº 178; MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad ...”, op. cit., p. 188.

<sup>1196</sup> CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección ...*, op. cit., p. 135.

porque se haga a sabiendas de su falsedad, bien porque el autor actúe a la ligera imputando con desprecio hacia la verdad. *Tampoco puede defenderse su naturaleza jurídica de causa de justificación* toda vez que la prueba de la verdad no pone sobre la mesa el choque del bien jurídico honor con otros bienes o intereses jurídicos preponderantes sobre aquel. Así pues, la única vía expedita para admitir la impunidad para quien imputa un delito objetivamente verdadero pero actúa de forma subjetivamente falsa, es el recurso a las *causas de exclusión de la punibilidad*, basadas en razones de política-criminal, como pueden ser la persecución del crimen que ha sido desvelado y la depuración de responsabilidades penales por la Administración de Justicia. Lógicamente, esta postura es coherente con la que defendimos con ocasión del estudio de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias, en la modalidad de imputación de hechos deshonrosos<sup>1197</sup>.

#### 3.4.3.2 Objeto y efectos de la *exceptio veritatis*

Aunque el tipo literal del art. 207 es claro y terminante declarando que “el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”, debemos aclarar algunas cuestiones sobre el objeto y el alcance de la prueba de la verdad. En primer lugar, en cuanto al *objeto* de la *exceptio veritatis*, el artículo 207 habla de la prueba del “hecho criminal”. En la calumnia, la prueba de la verdad tiene por objetivo el “hecho criminal”, entendido como delito (hecho típico y antijurídico), por lo que si se acusa a alguien de un hecho típico pero jurídico, aunque omitiendo que fue justificado por el Ordenamiento, habrá calumnia. En segundo lugar, en cuanto al alcance de la *eficacia* exonerante de la prueba de la verdad, el citado precepto dispone que el acusado quedará exento de “toda pena” sin que pueda rebajarse la acusación al nivel de injuria, lo cual, sin embargo no es óbice para intentarlo por lo vía civil, pues en cualquier caso la conducta calumniosa ha sido típica y antijurídica, aunque en última instancia exenta de responsabilidad criminal, pero ese mismo hecho puede generar igualmente responsabilidad civil<sup>1198</sup>.

---

<sup>1197</sup> Dada la identidad de materia, nos remitimos a las explicaciones allí ofrecidas para un análisis más detenido. *Supra* Capítulo V.3.3.3.1.1.

<sup>1198</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., pp. 122 y 123. En similares términos sobre el “hecho criminal”, sobre la ayuda del Juez o Tribunal y sobre los efectos penales de la prueba de la veracidad, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 537; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, op. cit., p. 89. También sobre la carga de la prueba 1104

Por último, conviene referirnos sucintamente a la forma de llevarse a cabo dicha práctica de la prueba. Un principio procesal básico dice que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario; de la lectura del art. 207 podría deducirse, sin embargo, que en el delito de calumnias estamos ante una inversión de la carga de la prueba porque sería el propio acusado (calumniador) el que debería probar que el delito imputado era verdadero para quedar así exento de responsabilidad criminal y ser declarado inocente. Nada más lejos de la realidad. Como explican QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS el 207 es consecuencia de aplicar la presunción de inocencia al acusado por el delito imputado a través de la calumnia, de forma que ahora el conflicto se plantea entre el acusado de calumnias y la víctima de la calumnia, por lo que recae sobre el acusado por delito de calumnias (que, a su vez, había acusado a la víctima de la comisión de un delito) la carga de probar la veracidad del delito imputado, análogamente a lo que sucede con el principio acusatorio<sup>1199</sup>. Así lo estableció de manera definitiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2001, declarando que el art. 207 supone la aplicación a la víctima de la calumnia del principio de presunción de inocencia de tal forma que ella es inocente del hecho que se le imputa e tanto no se demuestre lo contrario, recayendo la carga de la prueba de dicha demostración en quien efectúa la acusación (o imputación). Debe advertirse, por último, que aunque recae la carga de la prueba en el acusado, para realizar dicha tarea no estará sólo, sino que podrá servirse de toda la información que le puedan suministrar el juez y la policía en su actividad de averiguación de los delitos imputados<sup>1200</sup>.

#### 3.4.4 Formas especiales de aparición del delito de calumnias

No existe ninguna particularidad derivada de la estructura del delito de calumnia que distinga a esta figura delictiva de la injuria en lo que se refiere al *iter criminis*,

---

para el acusado de calumnias, VIVESA TNÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, p. 322; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>: *Compendio ...*, *op. cit.*, p. 105; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 217.

<sup>1199</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 537; así también VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, p. 322; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>: *Compendio ...*, *op. cit.*, p. 105; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, *op. cit.*, p. 217. Aunque añade LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 1633 y 1634, que más que el doble juego del principio de presunción de inocencia, es consecuencia de la imposibilidad de probar hechos negativos.

<sup>1200</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 537; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor ...*, *op. cit.*, p. 89; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, *op. cit.*, p. 122.

incluida la posibilidad de la forma imperfecta de ejecución del delito (tentativa), y al asunto de la autoría y la participación. Así las cosas, nos remitimos a las observaciones que realizamos en sede de injurias cuando examinamos estas cuestiones.

### 3.4.5 Concursos

Las situaciones de concurso que pueden afectar al delito de calumnia siguen las mismas pautas de resolución que hemos abordado cuando analizamos las relaciones concursales en sede de injurias, por lo que ahora no es preciso hacer más que una breve reproducción e aquellas conclusiones<sup>1201</sup>:

- a) Por la *relación género-especie*, la calumnia desplaza a la injuria cuando estemos ante imputaciones de hechos delictivos; por el contrario, si los hechos imputados no son delictivos, entraría en aplicación *subsidiariamente* la injuria.
- b) Habrá *delito continuado* si se realizan dentro de un plan preconcebido y dirigido a una finalidad varias acusaciones delictivas contra idéntica persona; las distintas acusaciones contra una misma persona, aun habiendo unidad de acción, darán lugar a distintos delitos de calumnias<sup>1202</sup>; finalmente, estaremos ante un *concurso ideal de delitos* si de una misma acusación se derivan lesiones al honor de más de una persona.
- c) En aplicación del *principio de especialidad*, las calumnias contra sujetos pasivos especiales (Rey u otros miembros de la Corona, el Gobierno...) y la acusación y denuncia falsa desplazan al delito (común) de calumnia.

## 3.5 DISPOSICIONES COMUNES A LAS INJURIAS Y A LAS CALUMNIAS

Después de las calumnias (capítulo I), y de las injurias (capítulo II), el Título XI del Libro II del Código Penal concluye con un tercer capítulo (artículos 211 a 216) dedicado al estudio de las “disposiciones comunes” a ambos delitos. Estas previsiones legislativas fueron sustancialmente revisadas en 1995 por el legislador, que introdujo algunos cambios de calado como la eliminación de las injurias y calumnias

---

<sup>1201</sup> Para una explicación más detallada, *vid. supra* Capítulo V.3.3.5.

<sup>1202</sup> Lo que constituye una diferencia con el delito de injurias, como apunta LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección ...*, op. cit., p. 248.



“manifiestas” y las ejecutadas mediante “alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones”, o la supresión de la mención de las injurias y calumnias “encubiertas o equívocas”.

A continuación, exponemos sucintamente una panorámica de las disposiciones comunes a las injurias y calumnias, siguiendo, a tal fin, el orden sistemático del Código Penal, combinado con una coherente agrupación temática de las cuestiones que se estudian. Los fines de esta investigación aconsejan no ahondar con demasiado detalle en estas cuestiones, que, por lo demás, se hallan reguladas con suficiente concisión por el legislador, incluso en los aspectos más censurables.

### **3.5.1 Publicidad (art. 211). Responsabilidad civil (arts. 212 y 216)**

El artículo 211 introduce una clasificación de las injurias y de las calumnias al distinguir si se han realizado con publicidad o sin ella, y entendiendo por publicidad su propagación “por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”. La publicidad en el ámbito de las injurias y de las calumnias debe ser interpretada como “la puesta al alcance del público en general o de un sector de éste una determinada información lesiva del honor por ser injuriosa o calumniosa”<sup>1203</sup>.

La agravación de la pena cuando el delito se comete con publicidad es una tónica general en el texto punitivo. Parece claro que el fundamento de tal agravación penal reside en el mayor desvalor de acción y en la mayor peligrosidad de la conducta para el honor de la víctima, ya que las facilidades de difusión del ataque difamatorio provocan un efecto multiplicador del impacto social creado<sup>1204</sup>. Sin embargo, tales razones que apuntan a la intensificación de la lesión del honor como consecuencia de la intervención de la publicidad, deberían servir para defender, precisamente, lo contrario: que la circunstancia agravante de la publicidad responde al mayor desvalor de resultado del injusto. Por ello, estamos con ALONSO ÁLAMO, que, refiriéndose a la circunstancia agravante general de publicidad contenida en el anterior Código Penal, afirmaba que la

---

<sup>1203</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo III. Disposiciones generales”, GÓMEZ TOMILLO, M.(dir.): *Comentarios ...*, op. cit., p. 834.

<sup>1204</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ...”, op. cit., p. 834; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 185; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, op. cit., p. 219.

*ratio* de esta circunstancia reside en la mayor lesión del bien jurídico<sup>1205</sup>; en nuestro caso, efectivamente, el bien jurídico honor se lesiona más intensamente cuando la injuria o la calumnia se cometen a través de la publicidad. Es lógico pensar así dado que medios como la imprenta y la radiodifusión, así como otras formas tradicionales de difusión de informaciones (cinta magnetofónica, disco compacto, vídeo, cine en sala o al aire libre), y especialmente las más novedosas vinculadas al desarrollo de las nuevas tecnologías (páginas webs y sistemas análogos)<sup>1206</sup>, proyectan el ataque injurioso o calumnioso a zonas cercanas e, incluso, a cualquier rincón del mundo, de tal modo que una pluralidad indeterminada pero creciente de personas llega a tener conocimiento del ataque al honor. Similares razones atinentes a la vocación de provocar un daño de mayor envergadura al honor ajeno conducen a entender que la publicidad “ha de ser necesariamente perseguida, procurada, querida y deseada por el infractor, y, de ninguna manera, producirse merced a la casualidad, de un modo incidental, o por causas ajenas a la voluntad del culpable”<sup>1207</sup>.

La publicidad que agrava las penas en los delitos de injurias y calumnias se proyecta a través de soportes o medios cuya titularidad corresponde a alguien, que, por tales hechos, podría estar incurriendo en responsabilidad. A este extremo se refiere el artículo 212 cuando establece que “en los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria”. El precepto introduce, por consiguiente, un régimen de responsabilidad civil solidaria que alcanza a “la persona física o jurídica propietaria del medio informativo” en caso de que las injurias o calumnias se hayan propagado a través de sus medios. Un régimen solidario como éste se aparta del modelo general seguido por el Código Penal en los arts. 109 y siguientes, en los que apuesta por el régimen subsidiario en materia de responsabilidad

---

<sup>1205</sup> Así, ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1981, pp. 632 y 635.

<sup>1206</sup> GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, pp. 834 y 835; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, pp. 183 y 184. Estos mismos autores se plantean la posibilidad de considerar el teléfono como uno de los medios adecuados para servir de soporte a las injurias y calumnias con publicidad. Admiten la posibilidad en el supuesto de que se ponga a disposición de cualquiera que posea la infraestructura necesaria la posibilidad de captar un mensaje procedente de un emisor (así, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 835); y a idéntica conclusión se llega en el caso del interfono (*vid.* CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, *op. cit.*, p. 185; con más matices acepta esta posibilidad GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, pp. 835 y 836).

<sup>1207</sup> STS de 23 de mayo de 1985.

civil derivada del delito. Corresponde, entonces, encontrar una causa para la introducción de la excepción que representa el art. 212; en este sentido, siguiendo a GÓMEZ TOMILLO, la solución del legislador por uno u otro régimen de responsabilidad civil privilegiaría un interés distinto; así, la elección de la responsabilidad solidaria pretende garantizar la efectividad del cobro de las indemnizaciones por parte de la víctima, que se asegura obtener dichas compensaciones aun en el caso de que el informador que ha cometido personalmente el delito contra el honor fuera insolvente, dado que en tal caso podría ir la víctima contra la persona jurídica en cuyo ámbito organizativo se ha llevado a cabo la actividad delictiva; por el contrario, la elección del modelo de responsabilidad civil subsidiaria pretendería evitar cualquier tipo de influencia restrictiva sobre el ámbito de ejercicio de las libertades de expresión e información, lo cual se observa mejor si volvemos a la hipótesis de una responsabilidad civil solidaria: dado que si el informador responsable del delito contra el honor es insolvente será el propietario del medio informativo quien responda de las indemnizaciones, es razonable sospechar que los dueños, editores o, en fin, los propietarios de tales medios terminarán ejerciendo una cierta censura, de intensidad variable, para evitar la publicación de cualquier información que pueda conducir remotamente, al final de un proceso, al pago de una indemnización pecuniaria, con lo que eso supone de recorte de las libertades informativas de los profesionales y del propio derecho a recibir información de la ciudadanía en general<sup>1208</sup>. Ante el dilema planteado, el legislador optó por proteger a la víctima, garantizando que cobraría la indemnización aun cuando el informador responsable del delito fuera insolvente, pues el medio informativo que le sirvió de soporte para la propagación de su delito respondería solidariamente<sup>1209</sup>.

---

<sup>1208</sup> Otro efecto colateral de la responsabilidad solidaria es la eventual extensión de dicha responsabilidad civil a los propietarios de los medios de comunicación incluso en los casos en que trabajadores de sus plantillas hayan colaborado en trabajos de investigación periodística transmitiendo informaciones de terceros y adoptando una actitud neutral, sin adherirse a las opiniones manifestadas, actividad que se conoce como “reportaje neutral”. En un principio, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 385 a 394, entendía que la doctrina del reportaje neutral protegía a todos los profesionales del periodismo (incluidos correctores de pruebas, redactores...) de un determinado medio de comunicación que ejercían su trabajo sin por ello asumir los contenidos de lo posteriormente publicado, porque, en última instancia, ejercían legítimamente el derecho constitucional a informar, que operaría como causa de justificación, conforme al art. 20.7 del texto punitivo. Sin embargo, pasado el tiempo, el mismo autor ha advertido que la reciente jurisprudencia recaída sobre la materia podría anular las consideraciones anteriores para el caso de que la información transmitida no sea veraz, pues tal circunstancia sería suficiente de por sí para afirmar la responsabilidad civil del medio de comunicación, no pudiendo invocar a su favor el ejercicio de la libertad de información (*vid.*, así, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., op. cit, p. 840).

<sup>1209</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., op. cit, pp. 836 y ss, especialmente pp. 840 a 842.

Advertido lo anterior, el modelo elegido merece críticas proporcionadas por la doctrina especializada, y a las que nos adherimos. El legislador no observó que podía garantizar el cobro de las indemnizaciones por las víctimas, protegiendo al propio tiempo la independencia en el ejercicio profesional de las libertades informativas, y todo ello siendo coherente con la regla general de la responsabilidad civil subsidiaria consagrada en los arts. 109 y ss del Código Penal. La clave de la ceguera reside, como en otras materias, en la poca voluntad de componer el marco de los ataques contra el honor desde una perspectiva dual, recurriendo al Derecho civil en aquellas cuestiones que pueda resolver más adecuadamente. Así, cuando el informador responsable sea solvente, él mismo deberá afrontar el pago de las indemnizaciones; si es insolvente, no es preciso recurrir a la responsabilidad civil solidaria, sino que basta mantener la responsabilidad subsidiaria conforme a la cual si el informador no puede responder al pago de la indemnización, la víctima podrá interponer acción por la vía civil contra la empresa y cobrar su indemnización<sup>1210</sup>.

Y si el contenido del art. 212 es poco acertado, tampoco su redacción literal puede considerarse un éxito del legislador. La fórmula “persona física o jurídica propietaria del medio informativo” no guarda correspondencia con la cláusula más amplia de “personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual”, que recoge el art. 120.2º, y choca también con la referencia, más genérica todavía, del art. 65 de la Ley de Prensa de 1966, todavía vigente, que hace responsable a la “empresa periodística, editora, impresora e importadora o distribuidora de impresos extranjeros”; se producen, a la vista de esta falta de unidad terminológica, conflictos de difícil solución interpretativa<sup>1211</sup>. El problema explota definitivamente cuando se observa que la responsabilidad solidaria a que alude el art. 212 se contrae con las personas citadas en el art. 65.1 de la Ley de Prensa, que a su vez son los responsables mencionados por el intrincado art. 30 del Código Penal, que introduce un sistema de

---

<sup>1210</sup> Coincide en este punto la doctrina mayoritaria que ha estudiado la cuestión. *Vid.*, así, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 841; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, pp. 187 y 188; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, pp. 552 y 553.

<sup>1211</sup> Así lo observan GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, pp. 836 a 838; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, pp. 188 y 189; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, pp. 150 y 151; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 357; SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 308.

“responsabilidad en cascadas” para los delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos<sup>1212</sup>.

Resta, finalmente, por analizar el contenido mismo de la responsabilidad civil. En primer lugar, para la determinación de la responsabilidad civil se estará a los criterios dispuestos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, tanto si estamos ante un delito como ante un ilícito civil, tal y como dispone el art. 1.2 de la citada norma. En el cálculo del monto indemnizatorio se valorarán “las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” (art. 9.3). Hasta 2010 se atendía también “al beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”; sin embargo, la Ley Orgánica 5/2010 suprimió esta mención y en su lugar estableció que la propia indemnización ya incluiría, en su cuantía, “el lucro obtenido con la intromisión ilegítima” en los derechos de la víctima [art. 9.2.d)], dando entrada, así, a la controvertida figura del derecho angloamericano de los “*punitive damages*” (daños punitivos)<sup>1213</sup>. Y, en segundo lugar, la tutela judicial alcanza también en el orden civil a “la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida” [art. 9.2. a)], disposición coherente con el art. 216 del Código Penal, en cuya virtud “la reparación del daño [en los delitos de calumnia o injuria] comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a

---

<sup>1212</sup> Ya hemos tratado sobre las particularidades del art. 30 y el régimen de responsabilidad criminal en cascada y subsidiaria que instituye, *supra* Capítulo V.3.5.1. Ampliamente, sobre dicho régimen de “responsabilidad en cascadas” del art. 30, GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad ...*, op. cit., pp. 125 y ss.

<sup>1213</sup> Sobre esta cuestión, más ampliamente, *vid.* nuestros trabajos DE PABLO SERRANO, A.: “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el derecho penal y el derecho civil”, GÓMEZ TOMILLO, M.: dir.): *Límites entre el Derecho sancionatorio y el Derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 93 a 126; y también “La protección del derecho al honor: entre los *punitive damages* del *Common law* y el comiso. Consideraciones político-criminales en torno a la reforma del art. 9.2.d) de la LO 1/1982”, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y de la comunicación en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012, pp. 211 a 229; así como la bibliografía citada en esos trabajos. También FERNÁNDEZ ALBOR, A. “El daño moral en los delitos contra el honor”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LIV (1967), pp. 823 y ss; ASÚA BATARRITA, A.: “La tutela ..., op. cit., pp. 33 y ss; y más recientemente GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 23 (1997), pp. 518 y ss; DEL MORAL GARCÍA, A.: *Reparación del honor lesionado (abusos déficits y excesos: confusiónismo y promiscuidad en la tutela de un derecho fundamental)*, Comares, Granada, 2010, pp. 138 y ss.

costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes”. Descartando su naturaleza de medida de seguridad o de corrección, así como tampoco de pena criminal, todo apunta a que estamos ante una disposición de naturaleza civil que integra, junto a otras, el paquete de medidas de reparación del daño<sup>1214</sup>. La publicación de la sentencia condenatoria “permitirá la disminución del efecto negativo de la conducta injuriosa del querellado sobre el honor y buen nombre”<sup>1215</sup>. Por lo demás, será suficiente con la publicación del resumen o del extracto del contenido de la sentencia que el juez estime adecuado al fin restablecedor, con especial atención para aquellos párrafos que contengan la declaración de falsedad de la información deshonrosa divulgada; a esta publicación no cabría resistirse, por parte del medio de comunicación condenado, invocando el derecho de veto del director del medio ni la soberanía que le asiste para decidir sobre los contenidos de su línea editorial, dado que, en primer lugar, dicha publicación se dicta en cumplimiento del amparo judicial otorgado a un particular por la violación de un derecho fundamental, y, en segundo lugar, porque todos debemos colaborar con la justicia; en definitiva, se trata del normal funcionamiento del Estado de Derecho<sup>1216</sup>.

### **3.5.2 Circunstancias relativas a la penalidad: la agravante del “precio, recompensa o promesa” (art. 213), y la atenuante de la “retractación” (art. 214)**

A la pena prevista para los delitos de injurias y calumnias en su modalidad básica debe sumarse “la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 [inhabilitación especial para empleo o cargo público] o 45 [inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho] del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años”, cuando se cometan “mediante precio, recompensa o promesa”, como establece el art. 213 del Código Penal.

La disposición penal que comentamos se introdujo pensando claramente el legislador en aquellos profesionales de la información que se sirven de su profesión para

---

<sup>1214</sup> Así, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 848.

<sup>1215</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 3 de mayo de 2003.

<sup>1216</sup> DEL MORAL GARCÍA, A.: *Reparación ...*, *op. cit.*, pp. 123, 124 y 126..

cometer ataques contra el honor a cambio de una ventaja, consistente en “precio, recompensa o promesa”, esto es, “verdaderos calumniadores profesionales, a menudo mediatizados y que han existido siempre”<sup>1217</sup>. El fundamento o *ratio* de la agravación penal es razonable y reside en la vileza del móvil y, según la interpretación mayoritaria, agrava por razones de culpabilidad de carácter subjetivas, individuales y personales<sup>1218</sup>.

A pesar de la lógica y razonabilidad del precepto, su configuración es altamente problemática y exige ciertas aclaraciones ulteriores. En primer lugar, debe precisarse que por “precio, recompensa o promesa” no puede incluirse el propio salario, remuneración o sueldo que el sujeto recibe con normalidad por su actividad profesional, sino que la agravante sólo concurrirá cuando las expresiones atentatorias contra el honor se difundan específicamente por la obtención de una ventaja (no necesariamente patrimonial)<sup>1219</sup>. La segunda cuestión posee, empero, mayor calado. Como hemos afirmado, el art. 213 se introdujo pensando en profesionales del periodismo, pero se omitió cualquier referencia específica, por lo que los tribunales podrían verse compelidos a condenar a penas de inhabilitación para el ejercicio del cargo, empleo o profesión a quienes hubieran cometido la injuria o calumnia mediante precio, recompensa o promesa, aun no siendo periodistas; en un caso tal la pena pierde toda utilidad en tanto que no causa a tales responsables especial perjuicio dado que su profesión habitual no depende del periodismo ni de la difusión de informaciones, teniendo en consideración, además, que no tendría sentido castigar con inhabilitación para el ejercicio de una profesión desvinculada del periodismo (por ejemplo, a un médico o un fontanero) a quien cometiera injuria o calumnia a cambio de precio, recompensa o promesa; a todo ello se suma el obstáculo de la difícil distinción de quién se dedica al periodismo como una profesión habitual o como una dedicación meramente ocasional, habida cuenta que esta profesión no requiere colegiación. Ante tal cúmulo de

---

<sup>1217</sup> SERRANO GÓMEZ, E.: *Derecho ...*, op. cit., p. 300. Por su parte, LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 147, retrata a estos profesionales como “personas inescrupulosas propensas a difundir hechos lesivos del honor por motivos puramente económicos”.

<sup>1218</sup> *Vid.*, así, ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema ...*, op. cit., pp. 652 y 653. Como indica también la autora, otra opción sería entender que el “precio, recompensa o promesa” agrava la pena por el mayor desvalor de acción, atendiendo a tesis objetivas; sin embargo, esta opinión es minoritaria. Este debate y su solución son deudores de otra confrontación referida a la bilateralidad o unilateralidad en la circunstancia del “precio, recompensa o promesa”; así, la vinculación de esta circunstancia a la culpabilidad se debe también a la exclusión del carácter bilateral del precio. *Vid.*, ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema ...*, op. cit., p. 653; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ...”, op. cit., p. 1644.

<sup>1219</sup> Así, GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ...”, op. cit., p. 842; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 189; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 148.

inconvenientes y aprovechando la circunstancia de que la medida del art. 213 es meramente preceptiva, la doctrina propone una interpretación restrictiva del precepto, que asocie la imposición de esta agravante sólo a profesiones relacionadas con el específico delito cometido<sup>1220</sup>.

Dadas las deficiencias de la regulación legal y teniendo presente que ya el art. 22.3ª del Código Penal incluye la agravante del “precio, recompensa o promesa” en el catálogo de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, por lo que la mención de la misma circunstancia ahora en el art. 213 para el concreto ámbito de las injurias y calumnias resulta de todo punto superflua, se entiende fácilmente que estemos ante una disposición de escasísima aplicación jurisprudencial<sup>1221</sup>.

Frente a la circunstancia agravante del “precio, recompensa o promesa” del art. 213, contiene el art. 214 una circunstancia atenuante: la retractación del autor de las injurias o calumnias, conforme al siguiente tenor literal: “si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior”.

En cuanto al fundamento de esta atenuación del castigo (que es obligatoria para el Tribunal en cuanto a la pena principal, y potestativa respecto de la pena accesoria de inhabilitación), suele apuntarse su proximidad a la circunstancia prevista en el art. 21.5º del Código Penal, si bien, a diferencia de esta última que se circunscribe a todo momento anterior a la apertura del procedimiento judicial, la circunstancia atenuante de la retractación opera en cualquier momento procesal, ya sea en la fase de instrucción, en la fase de intermedia o en el curso del juicio oral, ya sea, incluso, durante la instancia de apelación. Se admite, igualmente, que su eficacia se limita a las calumnias y a las injurias consistentes en la imputación de hechos, con exclusión, consiguientemente, de

---

<sup>1220</sup> QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 553; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 148; GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 842; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, p. 190; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 1644.

<sup>1221</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 842; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, p. 189; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 353.



las injurias consistentes en juicio de valor, los cuales, por su naturaleza, no pueden ser sometidos al filtro de la falsedad o la falta de certeza del que habla el art. 214<sup>1222</sup>. Se discute, por el contrario, la conveniencia de la medida. Para CARMONA SALGADO se trata de un injustificable “premio” para el acusado, a quien se le chantajea moralmente invitándole a desdecirse de sus declaraciones con tal de que el juez le rebaje la pena o le libere de la inhabilitación especial<sup>1223</sup>. A las retractaciones puramente cónicas por parte del responsable, suma también como reproche QUERALT JIMÉNEZ que se deje en manos de quien se sienta víctima en el proceso la ejecución de la eventual condena, permitiéndole que presione al presunto ofensor con el “señuelo” de la rebaja de la pena<sup>1224</sup>. Por el contrario, LAURENZO COPELLO encuentra razonable la previsión legislativa en tanto que disminuyen las razones de merecimiento de pena cuando quien ha imputado a otro un hecho injurioso o calumnioso lo reconoce falto de verdad<sup>1225</sup>.

En cuanto a la materialización de la retractación, dispone el segundo apartado del art. 214 que “el Juez o tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador”. De esta forma, sumando el reconocimiento de la vigencia de la norma expresado a través de la retractación, así como la facilitación a la víctima del testimonio de dicha declaración rectificatoria y su publicación en un medio equivalente a aquél en que se produjo el ataque al honor, puede llegar a considerarse el instrumento de la retractación como una “tercera vía de reparación”<sup>1226</sup>.

---

<sup>1222</sup> Así, CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., pp. 191 y 192; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 554; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 149; GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ...”, op. cit., p. 843. Por el contrario, apostando por una interpretación amplia del precepto, DEL MORAL GARCÍA, A.: *Reparación ...*, op. cit., p. 130, considera que sería posible admitir también la eficacia atenuante de la retractación cuando en caso de injurias consistentes en juicios de valor se estuviera ante “disculpas serias”.

<sup>1223</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias ...*, op. cit., p. 191. También recuerda, en un sentido similar, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ...”, op. cit., p. 1645, que tal instituto podría provocar efectos indeseables en tanto el honor de la víctima habrá quedado indefectiblemente manchado aun con la retractación, actuación que, sin embargo, al autor le habrá servido para obtener una considerable reducción de la pena.

<sup>1224</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho ...*, op. cit., p. 354.

<sup>1225</sup> LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 149. También a favor SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual ...*, op. cit., p. 220.

<sup>1226</sup> Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ...”, op. cit., p. 1645.

### 3.5.3 Perseguibilidad (art. 215. 1 y 2)

En distintos momentos de la historia de la codificación penal española se ha predicado de los delitos contra el honor su carácter privado en tanto que su persecución requería la interposición de querrela por parte del ofendido. Estas consideraciones encuentran eco en el Código Penal en el art. 215.1, que establece como condición de procedibilidad en los delitos contra el honor la presentación de querrela por la persona del ofendido, con el siguiente tenor literal dice así: “nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal”<sup>1227</sup>. Y aunque los arts. 3 y 4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, pudieran inducir a pensar que los delitos contra el honor eran delitos semipúblicos en la medida en que cuando fueran cometidos por medios mecánicos bastaba la simple denuncia para perseguirlos, lo cierto es que deben entenderse derogadas tácitamente estas disposiciones, como consideró hace tiempo VIVES ANTÓN, con el apoyo de la doctrina mayoritaria, desde el momento en que el legislador penal de 1995 introdujo una regulación total de la materia<sup>1228</sup>, con vocación general, que orilla la regulación de 1978, máxime si aplicamos el principio según el cual la ley posterior aparta a la anterior.

La excepción a la naturaleza privada de los delitos contra el honor viene representada por las ofensas dirigidas contra “funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”, respecto de las cuales “se procederá de oficio”, como dispone el segundo inciso del art. 215.1 del Código Penal. De manera generalizada se reclama la eliminación de esta previsión. Ante todo, se advierte que dicha persecución pública de las ofensas contra funcionarios supone una recuperación “subrepticia e improcedente” del delito de desacatos, que no

---

<sup>1227</sup> La falta de querrela, esto es, la ausencia de esta condición de procedibilidad impide la persecución procesal del hecho criminal y, por consiguiente, también su castigo, pero no elimina, en absoluto, el acaecimiento del delito, sino que el mismo no puede ser objeto de un proceso penal. Cfr. MIR PUIG, S.: *Derecho ...*, op. cit., p. 173.

<sup>1228</sup> Así, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ...”, op. cit., p. 327. De acuerdo con él, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ...”, op. cit., p. 554; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos ...*, op. cit., p. 152; LUZÓN CUESTA, J. M<sup>a</sup>.: *Compendio ...*, op. cit., p. 110.

puede ampararse en una innecesaria protección del carácter institucional de las funciones públicas<sup>1229</sup>.

Una procedibilidad específica rige para el caso de calumnias o injurias vertidas en juicio, respecto de las cuales es precisa la “previa licencia del Juez o Tribunal” para poder deducir acción, como impone el art. 215.1 de la ley penal. Se admite, en términos generales, la oportunidad de esta condición objetiva de procedibilidad que, si bien podría suponer una cierta limitación del derecho de tutela judicial efectiva de la parte presuntamente ofendida (esto es, la parte contraria, su dirección letrada o su representación), responde al interés superior de garantizar la independencia y la libertad de los Abogados en el ejercicio de su labor de defensa procesal<sup>1230</sup>. La propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene a corroborar esta tesis cuando concluye que la interposición indiscriminada de querellas por injurias o calumnias por las declaraciones vertidas en juicio podría coaccionar a las partes procesales enfrentadas, por lo que la exigencia de la licencia judicial previa termina concibiéndose como una “garantía del derecho de defensa”<sup>1231</sup>. Reconocida su utilidad, no se deja pasar la ocasión para lamentar que el legislador no haya incluido algunas referencias a los requisitos para la concesión o denegación de la licencia por parte del Juez o Tribunal, que, por lo demás, deberá fundamentar debidamente su decisión en cumplimiento del art. 24 de la Constitución<sup>1232</sup>.

---

<sup>1229</sup> Cfr. entre otros, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, pp. 327 y 328; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, pp. 192 y 193; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 356. Por su parte, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 307, aun reconociendo que podríamos estar ante la reintroducción del desacato, admite también que tras este precepto puede estar el intento de evitar las imputaciones calumniosas o injuriosas que se hacen para provocar la denuncia o querrela del funcionario y poder, así, recusarlo en el asunto que estuviera conociendo.

<sup>1230</sup> Así, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, p. 328; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 554; LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 153; CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., *op. cit.*, pp. 194 y 195; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual* ..., *op. cit.*, p. 221. Suspica en torno a sus ventajas, que contrapone a otras complicaciones, se muestra GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 844. Y, finalmente, rechaza frontalmente esta QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., *op. cit.*, p. 355, alegando que, en última instancia, se trata de un privilegio poco justificable de los Letrados.

<sup>1231</sup> STC 100/1987, de 12 de junio de 1987, f. j. 3º.

<sup>1232</sup> *Vid.*, por todos, VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos ..., *op. cit.*, p. 328; GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo ..., *op. cit.*, p. 845. Ante el silencio de la ley, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: “Título XI ..., *op. cit.*, p. 1646, estima que la facultad del Juez debe limitarse a constatar la existencia de las manifestaciones supuestamente calumniosas o injuriosas, sin prejuzgar, como añade ahora LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos* ..., *op. cit.*, p. 153, sobre el contenido injurioso (o calumnioso) o no de las expresiones objeto de polémica.

### 3.5.4 Perdón del ofendido (art. 215.3)

Dispone el art. 215, en su tercer apartado, que “el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal”<sup>1233</sup>. Para la extinción de la acción penal (siguiendo su curso, por el contrario, la responsabilidad civil derivada del delito) es preciso que el perdón se otorgue expresamente y que el ofendido sea oído por el juez o tribunal antes de dictar sentencia.

A pesar de su aparente simplicidad, se trata de una figura no exenta de polémica. CARMONA SALGADO reclama su supresión invocando una conjunción de factores: en primer lugar, constituye una contradicción jurisprudencial en tanto se permite la apertura del procedimiento previa interposición de querrela al tiempo que se permite a continuación al interesado que desista de la acción penal con el pretexto de perdonar al ofensor; en segundo lugar, favorece la causación de presiones y amenazas a la víctima para que se preste a otorgar el perdón; y, por último, podría responder a un erróneo sentimiento afectivo<sup>1234</sup>. Coincide con la citada profesora QUERALT JIMÉNEZ en relación con el primer problema advertido, y lo expone a través de una interesante observación: bajo el pretexto de la libre disposición sobre el bien jurídico honor, el perdón permite al particular hacer y deshacer a su antojo con los mecanismos estatales de tutela judicial de los derechos<sup>1235</sup>.

Desde nuestro punto de vista, coincidimos con los citados autores en el punto relativo al mensaje que la aceptación de la figura del perdón podría transmitir a la sociedad en torno a no tomar en su debida consideración la importancia que tiene la activación de la maquinaria judicial para la persecución de un delito. Desde el momento en que el sujeto ha decidido libremente interponer la querrela, la maquinaria del aparato público estatal se ha puesto en marcha, de modo que la simple decisión personal e individual favorable al perdón ya produce efectos sobre los mecanismos del Estado de

---

<sup>1233</sup> El precepto contiene una remisión al art. 103.1.5º del Código Penal, relativo a las particularidades del perdón en los delitos o faltas contra menores o incapacitados, en cuya virtud “los jueces o tribunales, oído el ministerio fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz”.

<sup>1234</sup> CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias* ..., op. cit., pp. 195 y 196.

<sup>1235</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho* ..., op. cit., p. 357.

tutela judicial de derechos, efectos que no deben ser minusvalorados y disponibilidad sobre los mecanismos públicos que no deberían ser graciosamente entregada al ciudadano. Sin embargo, en el otro plato de la balanza encontramos también diversas consideraciones que poseen su peso y que terminan desequilibrando la balanza a favor de la eficacia del perdón. Por un lado, el argumento de que la activación del proceso judicial y de todos sus instrumentos debería ser irreversible para concienciar al ciudadano de la trascendencia de la interposición de una querrela tiene un recorrido limitado: este planteamiento “suenan” algo paternalista, como si pareciera que el derecho del ciudadano a poder perdonar la ofensa no fuera tal derecho sino una concesión de “Papá Estado” al súbdito. Existen facultades jurídicas que corresponden a las personas en el marco de un proceso que no deberían ser discutidas ni cuestionadas en razón a supuestos intereses supraindividuales que se imponen irremediamente. Estas consideraciones enlazan con otras que hacen inclinarnos, definitivamente, por la eficacia del perdón al superar las dudas sobre la provocación de presiones y amenazas sobre la víctima para que otorgue el perdón, y sobre un eventual erróneo sentimiento de perdón. Analizadas todas las circunstancias en que el perdón fue otorgado, y cubiertas, por consiguiente, todas las garantías, no hay razones para sospechar que dicho otorgamiento no fue plenamente consciente, responsable, adulto, sosegado, meditado y razonado. Respecto del perdón en los delitos de injurias y calumnias no deberían existir mayores suspicacias que las que impone la vida en sociedad y las relaciones individuales que, por desgracia, a veces están manipuladas o parten de una posición de desigualdad de alguno de los miembros de la que se beneficia el otro, pero tales circunstancias no pueden eliminar la posibilidad de otorgar perdón sino que deben conducir a las autoridades competentes a ser más exigentes para velar por que el perdón haya sido otorgado válidamente y, de hecho, el propio Código Penal ya prevé en el art. 130.5º tales cautelas y garantías.

Sobre los efectos extintivos de la responsabilidad criminal del perdón del ofendido, el proyecto de reforma del Código Penal introduce importantes cambios, por lo que resulta de interés analizar si tienen consecuencias modificativas sobre el régimen del perdón del ofendido particularmente en los delitos contra el honor. El proyecto propone una redacción alternativa del artículo 130.5º que restringe la eficacia del perdón a los delitos leves, con este tenor literal: “por el perdón del ofendido, cuando se trate de

delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la Ley así lo prevé”. Dado que las calumnias y las injurias se mantienen como delitos menos graves, en los términos del art. 33, el perdón dejaría de tener eficacia en el ámbito de los delitos contra el honor en caso de ser aprobada la reforma. Esto es así porque la duración de la pena de prisión y la cuantía de la pena de multa tanto en las injurias como en las calumnias, y ya sean cometidas todas ellas con publicidad o sin publicidad, ubican a estas figuras delictivas en el grupo de los delitos menos graves de conformidad con el art. 33, y estas consideraciones siguen siendo válidas con la nueva redacción que plantea el proyecto de reforma del texto punitivo, en tanto que las penas previstas para los delitos contra el honor no cambian, como tampoco lo hace el catálogo de penas consideradas como menos graves previsto por el art. 33, al menos en lo que a nosotros se refiere. Llegados a este punto, hemos de poner de manifiesto nuestra oposición a tal propuesta legislativa por cuanto anula toda eficacia para el perdón del ofendido en la inmensa mayoría de casos de ataques contra el honor que sean catalogados, por sus características, como injurias o calumnias del tipo básico, así como del agravado si mediare publicidad. El perdón del ofendido y su eficacia extintiva de la responsabilidad criminal constituyen una vía adecuada para conceder espacio a la voluntad del titular del honor y a su disposición, dentro de ciertos límites, de dicho bien jurídico, una vez aceptada una concepción fuerte del honor como la que, creemos que razonadamente, hemos defendido en esta investigación. Por lo anterior, estamos en contra de acabar con el perdón del ofendido en los delitos contra el honor, creando un régimen todavía más cerrado y estricto.

Es cierto que, de manera excepcional, el perdón todavía tiene un mínimo espacio en los ataques contra el honor. Así, el proyecto de reforma propone suprimir la figura de la falta de injurias del art. 620.2º (así como todas las faltas penales), al tiempo que introduce una nueva modalidad de ataque contra el honor en la categoría de delitos leves, que sería, de acuerdo con el art. 173.4 del proyecto, la “injuria o vejación de carácter leve” cometida sobre personas incluidas en al ámbito doméstico y otros supuestos asimilados<sup>1236</sup>. Para esta modalidad atenuada de injuria prevé el citado precepto “pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio

---

<sup>1236</sup> “...personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados ...”, según lo dispuesto por el art. art. 173.2 del proyecto.

diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses”. Si bien es cierto que el castigo de pena de multa de una a cuatro meses podría dar lugar a la consideración de este delito como delito menos grave de conformidad con el proyectado art.33.3.i), que cita como modalidad de delito menos grave aquel que se castigue con multa de más de tres meses, extremo que calificaría la injuria o vejación de carácter leve como delito menos grave, hemos de atender a lo dispuesto en el art. 13.4 del proyecto, en cuya virtud “cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo [las correspondientes a los delitos graves y a los delitos menos graves], el delito se considerará, en todo caso, como grave. Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve”, disposición que resuelve la incial y aparente ambivalencia del castigo de la injuria o veación leve.

De la lectura conjunta de estos preceptos (arts. 173, apartados 2 y 4, así como 13.4), se llega a la conclusión de que la injuria o vejación de carácter leve es un delito leve castigado con pena leve, respecto del cual, por consiguiente, operaría el perdón del ofendido en aplicación del art. 130.5 del proyecto de reforma. Este delito de injuria o vejación leve representa, en definitiva, el único resquicio a favor de la operatividad del perdón del ofendido en los ataques contra el honor después de que, como ya hemos examinado anteriormente, el art. 130.5 niegue toda eficacia al perdón en los delitos menos graves de injuria y calumnia de los arts. 205 y siguientes. Resulta en parte extraño que el perdón pueda eximir de responsabilidad criminal frente a las injurias leves en el ámbito doméstico y en otros casos asimilados, si tenemos presente que en estos casos la víctima de la violencia de género puede ser fácilmente influenciado por el agresor y podría otorgar un perdón sin hacerlo con plena voluntad y libertad. Parece que la razón que aconseja admitir el perdón en estos supuestos derivaría de la levedad del ataque al honor, que explica que la víctima u ofendido pueda poner fin al proceso otorgando su perdón al ofensor.

Por nuestra parte, en coherencia con la postura sostenida anteriormente, manifestamos nuestro apoyo a la eficacia del perdón aunque sólo sea en esta modalidad leve de injuria o vejación, si bien debemos insistir en la necesidad de cautela y precaución por parte de la autoridad judicial a la hora de examinar las condiciones en que el perdón ha sido otorgado, con la vista puesta en garantizar con el mayor rigor posible que no hubo presiones, amenazas ni otras circunstancias que obligaran a la víctima a perdonar el delito en contra de su voluntad.



## CONCLUSIONES FINALES

### I

1ª. El contenido de honor ha estado ligado, desde la Antigüedad grecolatina hasta nuestros días, a una estructura bipartita, como un sentimiento interno de satisfacción personal por la conducción conforme a un código moral virtuoso y como un reflejo ante la comunidad de la condición de honorable de quien lo poseía, con lo que quedaba trenzado el *circuito del honor*, en el que este bien valioso es una concesión de la sociedad al hombre que obra virtuosamente y cuyo comportamiento sanciona como valeroso y honorable. Así, la unión del honor y la comunidad era definitivamente sellada para siempre.

2ª. La evolución del honor en la Historia alcanza un momento determinante, que rompe con las herencias del pasado, en el siglo XVIII, con la llegada de la *modernidad* y de la *identidad moderna*, en el sentido de Charles Taylor. Hasta entonces, el honor ha tenido siempre un sentido poliédrico (filosófico, social, religioso, jurídico), cuyas distintas concepciones no guardaban necesariamente relación ni correspondencia.

Posiblemente haya sido la Filosofía, caracterizada por su razón y buen juicio, la que ha ofrecido una orientación más razonable de este concepto. Los filósofos griegos (Platón, Aristóteles) y latinos (Séneca, fundamentalmente), los Padres de la Iglesia (San Agustín, Santo Tomás de Aquino) y los humanistas del Renacimiento (Luis Vives, Francisco de Vitoria, Erasmo, Petrarca), todos ellos, de una u otra forma y con mayor o menor intensidad, proclamaron la subordinación del honor a los bienes divinos, a la contemplación filosófica y al Bien Supremo, y advirtieron del peligro de una vida exclusivamente guiada por la búsqueda y obtención del honor, supeditada a la aprobación social y al aplauso del vulgo, con el consiguiente riesgo de la degeneración del honor en la fama y la vanagloria.

Sin embargo, paralelamente a esas reflexiones, la concepción social del honor siguió un camino muy diferente. En la sociedad el honor se hallaba en la cúspide de los bienes deseados. El honor ha estado durante siglos ligado a la propiedad de la tierra. El honor se transmitía por derecho de sangre, de generación en generación, acompañando a

los títulos nobiliarios y a las tierras. Así entendido, el honor se convirtió en el criterio determinante para la estratificación de la sociedad en dos bandos: nobleza y campesinado. Estos últimos trabajaban la tierra y tal actividad no era, en absoluto, honorable. La única posibilidad de acceder a la casta de los honorables venía representada por la carrera militar y por la entrega de la vida misma en el campo de batalla, a mayor gloria de las ansias expansionistas de los Príncipes.

En una sociedad como la española, profundamente mediatizada por el sentimiento religioso, también la Iglesia manipuló el honor para su beneficio. Para la homogeneización religiosa de España nació la mentira de la sangre manchada del judío, fácilmente localizable en la sociedad por su dedicación a actividades profesionales distintas del trabajo de la tierra. Así, a los campesinos situados en el último peldaño de la jerarquía social les quedaba el consuelo de exhibir su condición de cristianos viejos para mostrar su honorabilidad, al menos, en el campo de la fe. Esta condición les evitó ser víctima de la Santa Inquisición, tribunal para la pureza de la fe que representa uno de los capítulos más nefastos de la historia de España.

Entre una concepción razonable del honor aportada por la Filosofía y un honor social exacerbado, cuya exageración llegó hasta los escenarios del género teatral, el honor jurídico poseía una imagen indeterminada y ambigua por su amplitud. La legislación medieval, fiel heredera de la tradición jurídica romana, instalaba un régimen de injurias, no en vano el término latino “*iniuria*” daba cabida a todo acto contrario a derecho. Así, el *Liber Iudicium*, el Fuero Juzgo y el Código de las Siete Partidas contemplaban como injuria las ofensas contra el honor, tanto verbales (“denuestos”) como físicas (acciones humillantes), así como también variados tipos de agresiones puramente corporales.

**3ª.** Pero en el siglo XVIII la vieja concepción del honor entra en crisis, como sucede con prácticamente todas las herencias del pasado. La ciencia, la religión, las relaciones sociales y la propia individualidad, reciben el nuevo barniz de la modernidad. En este cambio de ciclo la nueva valoración de las actividades productivas (antes desprestigiadas) y el trabajo funcionarán como el motor del cambio. Quien observó con más acierto esta situación fue Hegel; el trabajo, dice el filósofo alemán, opera como fuente para la transformación del esclavo, para su liberación, para su reconocimiento

como sujeto íntegro universal. El trabajo era una condición para el reconocimiento del individuo por los demás y, también para el reconocimiento del sujeto por sí mismo, como ser valioso, como “fin en sí mismo” (Kant). El sujeto conoce su valía, pero también necesita que sea reconocida por la comunidad de la que forma parte (la familia, la sociedad y el Estado), porque la individualidad sólo puede desarrollarse en la socialidad. Así entendidas, las *relaciones de reconocimiento* intersubjetivas o sociales operan como esferas promotoras de autonomía.

El nacimiento de la identidad moderna mediatizada o definida por el trabajo suponía la entrada de nociones de igualdad y de dignidad y con ello, la salida de otras profundamente arcaicas y desigualitarias, como el honor jerárquico y aristocrático. La caída del obsoleto concepto de *honor estamental y estratificado* corre paralela al surgimiento del *honor democratizado* en forma de un respeto igualitario para todos los miembros de la sociedad en atención a su *dignidad*, que también se reconoce generalizadamente a toda persona como un atributo correspondiente a todo “lo específicamente humano”. Junto a ese honor democratizado, surge otro *honor meritocrático*, orientado a la contribución del individuo a los objetivos sociales abstractamente definidos y estrechamente relacionados con la estructura de la división del trabajo, reconduciéndose este *honor meritocrático* hacia el reconocimiento de una buena fama, reputación o consideración social. Las leyes y el Derechos se suman al esfuerzo de revalorizar las actividades productivas y tutelarán el honor derivado del trabajo, el honor meritocrático, como reclamaban las principales figuras del pensamiento ilustrado.

## II

4ª. En la historia de la codificación penal española, desde el Código Penal de 1822, los delitos contra el honor han formado parte de la *zona nuclear* del Derecho penal, circunstancia que pone de manifiesto la consideración del bien jurídico honor como un interés digno de protección y la necesidad observada por el legislador penal de articular un régimen jurídico-penal de protección de este bien jurídico frente a las conductas socialmente más indeseables que lo vulneraran.

5ª. De ordinario, el régimen de los delitos contra el honor ha pivotado sobre una *estructura bipartita* que distinguía la figura de la *calumnia* y la figura de la *injuria*. La calumnia ha sido tradicionalmente la imputación de un delito, aunque con matizaciones que, estas sí, han ido cambiando: a) inicialmente debía ser un delito perseguible de oficio, elemento que terminó perdiéndose; b) la imputación, que según el texto de 1848 y otros posteriores, debía ser falsa, ha mutado a la imputación hecha “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. Por su parte, las injurias se han caracterizado por ser ataques al honor, bien mediante expresiones que afirmaran hechos o contuvieran juicios de valor (injurias verbales), bien mediante acciones (injurias reales), pero en cualquier caso sin que lo imputado tuviera la categoría penal de delito público. Con el paso del tiempo el legislador ha ido simplificando acertadamente las características definitorias de las injurias, eliminando subdivisiones o pautas de valoración discriminatorias y alejadas de los cánones propios de un Estado de Derecho. Excepcionalmente, los delitos contra el honor integraron la figura de la *difamación*, arrojando una estructura tripartita escasamente exitosa, como demuestra el hecho de que sólo estuviera prevista en el Código Penal de 1928, de breve vigencia, y en el Proyecto de Código Penal de 1992, en ambos casos con sospechosos fines de censura de la libertad de expresión.

6ª. El otro punto clave del régimen jurídico-penal de los delitos contra el honor, ilustrativo del concepto de honor que se sustenta, es el instituto de la prueba de la verdad (*exceptio veritatis*). El legislador español estableció prontamente las líneas fundamentales por las que transitaría esta cuestión. Respecto de la calumnia, en 1848 el legislador definió con vocación de permanencia el régimen de la prueba de la verdad, estableciendo la plena eficacia de la verdad a los efectos de liberar de pena al acusado de calumnia: de ser cierto el delito imputado a la víctima, el acusado de calumnia no era condenado.

La regulación de la *exceptio veritatis* en la injuria muestra la tónica dominante del modelo español, desde sus orígenes, hacia una concepción restrictiva del instituto de la prueba de la verdad y favorable a la tutela del llamado *honor aparente*. Cuando la injuria consiste en la emisión de juicios de valor deshonrosos, la prueba de la verdad está excluida pues tales afirmaciones no pueden ser objeto de contrastación con la realidad. Pero es la otra modalidad de injuria, consistente en la afirmación de hechos, la

que mejor ilustra la actitud del legislador ante la prueba de la verdad en las injurias, constante en todos los Códigos Penales. La regla general es la prohibición de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias, siendo por tanto indiferente que lo afirmado fuera cierto o falso, pues el ataque al honor se había producido en cualquiera de esos casos. Tal regla ha conocido siempre una excepción vinculada a la posibilidad de practicar la prueba de la verdad para injurias consistentes en afirmación de hechos relativos a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Durante la breve vigencia del Código Penal gubernativo de 1928 y con el texto refundido de 1944 se autorizó la prueba de la verdad en las injurias en otros supuesto excepcional: cuando lo imputado fuera un delito privado, esto es, perseguible sólo a instancia de parte; no obstante, esta posibilidad desapareció por motivos de coherencia interna con la regulación de la calumnia.

### III

7ª. El artículo 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos protege la libertad de expresión y en su segundo apartado incluye como límite a dicha libertad, entre otros, la protección de la reputación, dando entrada al honor en el ordenamiento jurídico europeo. En interpretación de este precepto se ha desarrollado una extensa jurisprudencia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya doctrina ha influido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y, por extensión, en todo el ordenamiento jurídico estatal.

8ª. En cuanto a la consideración del interés de la *reputación*, desde un plano teórico, cabe formular una valoración crítica de la tarea emprendida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A pesar de la previsión de la protección de la reputación como límite a la libertad de expresión en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de la común opinión de que con tal referencia a la reputación se está aludiendo también al honor, se observa despreocupación por las autoridades judiciales europeas hacia la vertiente interna o subjetiva del honor, aquella que se vincula con la autoestima y con la dignidad misma.

9ª. Respecto a los *sujetos pasivos*, esto es, los destinatarios de los ataques contra la reputación, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha tenido una influencia

notable en los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes del Convenio. El Tribunal Europeo de Derecho Humanos fue pionero en el establecimiento de una línea jurisprudencial que hoy es absolutamente dominante (y también doctrinalmente, aunque quizá no con tanto apoyo y con ciertos matices según de qué ordenamientos estatales se trate) en torno el reconocimiento del derecho a la reputación a favor de las personas jurídicas, de forma que puedan desarrollar sus actividades, generalmente económicas, en condiciones de legítimo y mutuo reconocimiento de unas a otras, sin que informaciones difamatorias falsas dirigidas a destruir su crédito queden impunes.

**10<sup>a</sup>.** La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha ejercido un papel determinante en el conflicto entre la libertad de expresión e información y el honor. En primer lugar, ha sentado una doctrina inequívoca sobre la privilegiada posición de la libertad de expresión en los sistemas democráticos, en los que ha de disponer de un amplio espacio, tal y como imponen los valores del pluralismo, libertad y tolerancia que están en la base de los Estados democráticos de Derecho europeos. En segundo lugar, para la concreta resolución del conflicto entre la reputación y la libertad de expresión, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha importado la doctrina estadounidense del *actual malice* al acervo jurídico europeo, acompañada de un catálogo de nuevos conceptos y filtros: veracidad, buena fe, ética periodística. Estas pautas han sido incorporadas después en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre la libertad de expresión.

#### IV

**11<sup>a</sup>.** El estudio de los delitos contra el honor desde la perspectiva del *derecho comparado* ha mostrado que la evolución del discurso penal sobre el bien jurídico honor ha seguido una trayectoria históricamente paralela en los distintos países, si bien cada ordenamiento jurídico ha ido concretando tales reflexiones teóricas de modo diverso en sus regulaciones estatales. En relación con el *bien jurídico honor*, es visible la evolución de las concepciones en la Europa continental conforme al esquema siguiente: en primer lugar, dominaron en la literatura penal las concepciones fácticas, surgidas en Italia (Carrara) y en Alemania (Frank), que proponían vincular el honor a elementos de la realidad psicológica o sociológica, y dejaron para la posteridad la teorización del doble contenido del honor: honor interno (subjetivo), constituido por el aprecio que el

individuo tiene de sus capacidades y, por extensión, del sentimiento del propio valor social, y honor externo (objetivo), representado por el juicio de los otros, y, concretamente, por la consideración en la que es tenido el individuo por el público dada la reputación de la que goza en la comunidad. Estas posturas fueron progresivamente abandonadas en favor de las concepciones normativo-fácticas o estrictamente normativas (cuyo precursor fue Hirsch, entre otros) y de las concepciones constitucionalmente orientadas o de base constitucional (con amplio eco en Italia, gracias a Bricola y Musco), que son, tanto unas como otras, las dominantes en la doctrina contemporánea. En las primeras el parámetro de referencia para la definición del honor es la dignidad de la persona, valor que permite conceder el honor a todo ser humano por su condición de persona, logrando así un reconocimiento igualitario de este bien jurídico; a partir de aquí, recurriendo a las consideraciones sociales o fácticas, en mayor o menor medida, se introducirían distinciones en el concreto honor individual jurídicamente tutelado. En el marco de las teorías normativas crecen las sugerentes teorías que interpretan el honor como un valor resultante de las “*relaciones de reconocimiento*”: profundizan en la vertiente social del honor desde la consideración de que la realización de la individualidad no es una tarea exclusivamente personal, apartada del mundo exterior, sino que el individuo pone esta individualidad bajo la mirada de la comunidad esperando obtener de ella su *reconocimiento* (Wolff, Schöblier y Amelung, son sus principales representantes). En las concepciones constitucionalmente orientadas o de base constitucional se fundamenta el honor en valores objetivos de la Constitución, de forma que, en conexión con la dignidad de todos los hombres, consagrada como valor superior en las normas fundamentales, el honor es un atributo reconocido a toda persona por igual, si bien, es socialmente relativizado o mediatizado en atención al estilo de vida del individuo, evaluado desde una perspectiva social y moral, como un valor social adquirido.

En el “*Common Law*” (Estados Unidos e Inglaterra) el bien jurídico honor torna al interés de la reputación (“*reputation*”), circunstancia que ilustra bien la dominante proyección exterior del objeto de protección en este sistema mucho más dirigido a la salvaguarda de los intereses económicos y reputacionales (como proponen Post, Ardia y Rolph) que pueden verse dañados como resultado de un ataque a la reputación, que a la protección de los valores más inmediatos, espirituales o internos, que quedarían englobados en el concepto de “honor subjetivo”, típicamente europeo-continental.

12<sup>a</sup>. En relación con los *sujetos pasivos*, esto es, los destinatarios de los ataques al honor, los avances de los ordenamientos jurídicos estatales son homologables. Se rechaza tanto en la Europa continental como en el “*Common Law*” la consideración de los *fallecidos* como sujetos pasivos de los delitos contra el honor puesto que, cualquiera que sea el grado de vinculación del honor con la dignidad que quiera aceptarse, debe admitirse acto seguido que el honor es un derecho de la personalidad, de tal forma que fallecida la persona, desaparece la personalidad. Ello no es óbice, admiten todos los ordenamientos, para que otras personas vivas a las que haya alcanzado la ofensa puedan ejercitar su derecho para accionar por difamación. También hay acuerdo unánime en el rechazo del honor de *entes sin personalidad jurídica, grupos y colectividades*, que al ser grupos amplios no dotados de una estructura organizativa claramente determinada, no son titulares del bien jurídico honor ni pueden colectivamente instar la persecución penal de los ataques que entiendan cometidos contra su “honor colectivo”.

Se admite mayoritariamente en derecho comparado la titularidad del honor por las *personas jurídico-privadas* (asociaciones, sociedades mercantiles o entidades), toda vez que estas personas jurídicas toman parte en igualdad de condiciones en el entramado de las relaciones sociales y en ese entorno han de ver sus derechos tutelados, pues de lo contrario podrían sufrir impunemente ataques difamatorios, perjudicando sus posibilidades de participación. Respecto a las *personas jurídico-públicas* hay mayor diversidad de criterios: ciertos ordenamientos (alemán, italiano, austriaco, portugués) otorgan tutela a su honor a través de disposiciones legales establecidas al efecto. En el otro extremo encontramos la legislación y la jurisprudencia angloamericanas que, coherentes con su firme defensa de la libertad de expresión, rechazan la legitimación de los cuerpos o entes políticos y de las autoridades locales para demandar por difamación por cuanto ello representaría un escudo inaceptable frente a la sana crítica pública de la actuación gubernamental, la cual forma parte del “corazón del espacio constitucionalmente protegido de la libertad de expresión”.

13<sup>a</sup>. Desde el punto de vista de la regulación legal concreta, los *delitos contra el honor* en el derecho comparado presentan una considerable diversidad, tanto formal o nominal como material. No existe un único criterio para definir el número de figuras penales con las que proteger el bien jurídico honor, encontrándonos algunos regímenes



jurídicos que apuestan por la sencillez de un modelo dual, como Portugal, Francia e Italia (difamación e injuria), y otros que establecen un sistema que pivota sobre tres tipos penales, siendo éste el caso de Alemania (injuria, difamación y calumnia), Austria (injuria, difamación y reproche de una conducta ya enjuiciada) y Bélgica (difamación, calumnia y divulgación maliciosa).

El rasgo distintivo que permite ofrecer una imagen panorámica y agrupar los ordenamientos jurídicos en varios bloques, es el instituto de la *exceptio veritatis* o prueba de la verdad. Los Códigos Penales de Alemania y Austria (modelo germano-austriaco) se caracterizan por compartir un régimen generoso (más aún el alemán que el austriaco, que restringe la prueba de la verdad para hechos atinentes a la intimidad), con una admisión generalizada de esta figura, a partir de la máxima, típicamente germana, de que “las verdades no ofenden”. El Código Penal de Portugal y la Ley de Libertad de Prensa francesa siguen esa senda, permitiendo la *exceptio veritatis* como regla general, pero introduciendo algunas excepciones (supuestos de intimidad privada o familiar). La ley penal italiana, por el contrario, establece con vocación de generalidad la prohibición de la prueba de la verdad, aunque la admite en supuestos excepcionales, configurando así un modelo (el modelo latino, del que también forma parte España) más restrictivo respecto de la *exceptio veritatis*. También el Código Penal belga sigue esta línea y opta por prohibir con carácter general la prueba de la verdad, si bien dando cobertura legal para algunas excepciones a esta norma.

Finalmente, en coherencia con su tradición jurisprudencial, el modelo del “*Common Law*” presenta un amplio grado de aceptación de los efectos exonerantes de responsabilidad civil cuando se prueba la veracidad de las imputaciones. Dicho régimen ha experimentado recientemente cambios importantes: la evolución jurisprudencial a partir del caso *New York Times v. Sullivan* marca un cambio de rumbo estableciendo que sea el demandante quien deba probar la falsedad de la declaración y convirtiéndose la prueba de la falsedad en una obligación del lado del demandante cuando éste es un funcionario público o personaje público, o incluso una persona privada pero que voluntariamente toma protagonismo en un asuntos públicos, y en cualquier caso, cuando se trate de un asunto público de interés para la comunidad.

V

14ª. El *bien jurídico* sigue siendo una categoría válida para orientar políticamente la actuación del legislador penal y para establecer límites al *ius puniendi*. A la hora de definir el concepto de bien jurídico, nos alejamos de las *tesis funcionalistas* que dirigen el Derecho penal a la mera y amenazante “protección de la estructura normativa del sistema”, a la “conservación del sistema” y a la “vigencia de la norma”, creándose un orden de justificaciones en el que se legitima el sistema desde el sistema, sin perspectiva para poder hacer análisis críticos. En el marco funcionalista el individuo y los intereses individuales desaparecen, y el sistema absorbe todo. Una concepción como está sólo falsamente puede presentarse ante la sociedad como neutral, libre de prejuicios ideológicos y tecnocrática, cuando, en realidad, la defensa de las bondades del sistema en atención, sin más, a la necesidad de mantener el sistema, responde a planteamientos ideológicos profundamente conservadores.

Las *tesis constitucionalistas* representan un notable avance en la fundamentación del bien jurídico. Sin embargo, construir el bien jurídico sobre los cimientos de la Constitución tampoco es satisfactorio. Por un lado, la Constitución no lo es todo, no es perfecta, no resuelve todos los problemas para los que fue confeccionada y, menos aún, puede encabezar la responsabilidad para la que no fue concebida: ser el máximo referente del *ius puniendi*. Por otro, esta tesis ni aporta certidumbre ni es completa. Primeramente, no aporta seguridad porque las Constituciones constituyen un dique sólido y fijo, especialmente en momentos de firmeza democrática y estabilidad política, pero no son inamovibles y podrían sucumbir en tiempos regresivos, no quedando el bien jurídico penal al margen de la tendencia de retroceso. Y, en segundo lugar, es un planteamiento incompleto porque no resuelve el problema, sino que sólo lo traslada a otro plano: al fundamentar los bienes jurídicos en la norma fundamental, surge la dificultad de buscar una fundamentación para la propia Constitución.

Por estas razones, el marco referencial que nosotros reclamamos va más allá de la Constitución. Nuestra vista está puesta en el marco de los derechos humanos y la teoría del “*Derecho penal mínimo de los derechos humanos*”, que en su formulación más completa y acabada ha sido desarrollada por Alonso Álamo. Los derechos humanos constituyen un referente histórico-socialmente conquistable y universal en el que el

legislador puede fijar su atención para seleccionar los bienes jurídico-penales; un referente constante en el tiempo, esto es, no sujeto a los procesos históricos de avance y retroceso una vez ha sido conquistado, y universal, porque los derechos humanos son universales toda vez que no son realizables nunca de una vez y perfectamente para todos, sino que se están realizando normativamente siempre, y también en cuanto que corresponden igualmente a todos. La apertura de este proceso de fundamentación de los bienes jurídicos, que en el caso de las tesis constitucionalistas conducía a un callejón sin salida dada la fundamentación de la Constitución en la misma Constitución, se logra en el marco referencial de los derechos humanos a través de la *teoría y la razón discursivas* (de Robert Alexy), cuyo entorno perfecto es una *democracia deliberativa* de raíz *habermasiana*, en la que las decisiones sobre futuros derechos humanos de los que extraer el fundamento de bienes jurídico-penales igualmente futuros se adoptan mediante un procedimiento argumental que garantiza la racionalidad y la imparcialidad del discurso.

**15<sup>a</sup>.** Definido el bien jurídico en el marco referencial de los derechos humanos, la *concepción del bien jurídico honor que sostenemos se construye desde las posiciones normativas y en el contexto de la filosofía del reconocimiento*, de inspiración hegeliana.

**16<sup>a</sup>.** Tomamos como punto de partida la *filosofía del reconocimiento*, de raíz *hegeliana*, que ha sido reinterpretada y actualizada por diversas corrientes filosóficas y en distintos ámbitos (feminismo - igualdad racial - derechos del colectivo homosexual, multiculturalismo); particularmente, estimamos acertado el enfoque de la *teoría del reconocimiento de Axel Honneth*, que representa el esfuerzo más acabado y perfecto de recuperación del concepto *hegeliano* de reconocimiento.

Honneth sostiene que existen tres clases de reconocimiento que se desarrollan en tres órdenes o entornos distintos. Cada una de estas *relaciones de reconocimiento intersubjetivo* puede quebrarse si el reconocimiento está ausente y se produce una *falta de reconocimiento*, ocasionándose tres clases de desprecio que se proyectan sobre distintas capas espirituales del individuo. La primera relación de reconocimiento surge en el ámbito afectivo del amor y de la familia. La segunda tiene lugar en el entorno de la sociedad y supone el reconocimiento del sujeto como titular de una posición jurídica plena en la comunidad de derecho. El reconocimiento en el tercer nivel se obtiene por el

individuo cuando éste ve valoradas por la comunidad las cualidades, facultades, habilidades o especificidades que lo definen más característicamente, esto es, cuando recibe la aceptación o apreciación por la sociedad de esos rasgos definitorios. Cuando una persona ataca el honor de otra despreciando o descalificando sus cualidades definitorias, vulnera el *honor* entendido como *la legítima expectativa de reconocimiento social que el sujeto merece en atención a las facultades y especificidades que integran su identidad*, y niega al sujeto su intervención en *condiciones de paridad participativa en el entorno social*.

El honor, así entendido en el marco de la filosofía del reconocimiento, entronca con otros valores superiores y principios rectores del ordenamiento jurídico. Se vincula a la dignidad y a la igualdad del siguiente modo: el honor es la *expectativa de reconocimiento merecida por todo ser humano en atención a su status de persona dotada de dignidad en idéntica proporción que cualquier otra persona, con lo que la expectativa de reconocimiento derivada de la dignidad se reconoce a todos los ciudadanos por igual en virtud del principio de igualdad*. Integra el libre desarrollo de la personalidad de esta forma: *lo que debe ser reconocido es el camino vital emprendido por el ciudadano en el que hace efectivas sus propias decisiones sobre lo que entiende como vida buena y su perspectiva de autorrealización, materializando así dinámicamente la dignidad de la que es titular a través del libre desarrollo de su personalidad*. Y, finalmente, es coherente con la máxima del pluralismo democrático toda vez que el *ciudadano merece ser reconocido como sujeto libre, racional y maduro para tomar las decisiones que estime oportunas para la puesta en práctica y el despliegue de su proyecto vital, cualquiera que éste sea, como obliga un cumplimiento escrupuloso y riguroso del principio de pluralismo, que se opone a cualquier imposición, directa o encubierta, de limitaciones a las decisiones fundamentales individuales*.

**17<sup>a</sup>**. Así configurado el honor, debemos apartarnos de las concepciones normativo-fácticas o mixtas del bien jurídico honor, mayoritarias en la doctrina española, porque, si bien aciertan al atribuir el honor a todos los ciudadanos en tanto que derecho emanado de la dignidad, proceden a continuación a justificar las diferencias de trato que ofrece el ordenamiento jurídico amparándose en criterios discriminatorios como “lo socialmente esperado”, “las faltas de integridad o graves defectos de la

personalidad” o el “cumplimiento de los deberes y roles sociales”. Todos estos métodos remiten, en última instancia, a códigos éticos, morales, sociales y jurídicos que rompen la igualdad y que no se avienen bien con la exigencia del pluralismo de una sociedad democrática y con el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los individuos. Más allá del respeto a la ley, a los derechos humanos y a la dignidad, no debe existir a nuestro juicio ningún límite al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y a la elección del proyecto vital que cada ciudadano desee para sí, y una vez adoptado un camino, todo sujeto merece la protección de su honor con independencia de cuánto se ajuste su proyecto vital a lo que socialmente pueda considerarse una vida virtuosa u honorable.

Sólo la definición del honor desde una *perspectiva normativa* ofrece un concepto de honor auténticamente igualitario, no subordinado a códigos éticos, sociales, jurídicos o morales que limitan la libertad de elección y de decisión del ciudadano bajo la amenaza de no proteger determinadas parcelas de su honor. El concepto normativo de honor que defendemos pone en valor la conexión del honor con la dignidad, aunque no lo iguala a ella, y por esta razón consideramos confusa la referencia a la dignidad en el artículo 208 del Código Penal al tipificar el delito de injurias y reclamamos su eliminación.

*Se respeta el honor cuando se facilita que el proceso de acceso a la legítima expectativa de reconocimiento tiene lugar sin obstáculos ni impedimentos ni perturbaciones extrañas injustificadas (como expresiones o imputaciones deshonorosas), cualquiera que sea el modo personal de conducción y cualesquiera que sean las decisiones vitales libremente adoptadas por el individuo, dentro de un marco pluralista que no atiende a ningún código ético, social, moral ni jurídico y que sólo está sujeto a estrictas limitaciones (ley, derechos humanos y dignidad). Y, por lo mismo, constituyen delitos contra el honor aquellas conductas que sean aptas para (a) lesionar el derecho a la legítima expectativa de reconocimiento procedente de la comunidad y proyectado (el reconocimiento) sobre el proyecto vital que el ciudadano ha elegido libremente en ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el amplio marco de opciones vitales consentido por el principio de pluralismo, (b) atentando contra la “idea-pensamiento” de fama y/o la “idea-pensamiento” de autoestima. Así, si el honor se aproxima al reconocimiento, el ataque al honor sería la ausencia de reconocimiento,*

*el desprecio inherente a un ataque deshonoroso que comporta una lesión de la autoestima y/o de la fama.*

**18<sup>a</sup>.** Respecto a los *sujetos pasivos* de los delitos contra el honor, mostramos nuestro rechazo a la atribución de honor a las *personas fallecidas* que no pueden ser titulares del honor dado que es un valor personalísimo intrínsecamente unido a la personalidad humana, de modo que los difuntos no pueden ser ofendidos en su honor ya que carecen de él. Ello no impide que pueda solicitarse la tutela de la *memoria* (que es distinta al honor) por la vía dispuesta en la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, ejerciendo la acción los parientes del fallecido (art. 4.2).

En la medida en que construimos un concepto de honor directamente relacionado (que no equiparado) con la dignidad humana, no puede aceptarse que dicho honor pueda ser disfrutado por las *personas jurídicas*. El honor es un atributo exclusivo de las personas físicas. Ello no implica negar que las personas jurídicas deben recibir protección frente a los ataques que sufran contra su consideración social, reputación o prestigio, sin entender, lógicamente, que estas realidades son componentes del honor, sino que son objetos dignos de protección independientes del honor y cuya salvaguarda podría articularse a través de una reforma legislativa específica que atribuya a estos bienes tutela jurídica, incluso, jurídico-penal.

Finalmente, de la ubicación del honor en el marco de la teoría del reconocimiento se desprende una necesaria *dimensión colectiva del honor*, que nos permite hablar del *honor de los colectivos, como un bien jurídico intermedio* pues igual de importante que el reconocimiento individual, es el reconocimiento de los grupos de los que forma parte el sujeto. La lucha por el reconocimiento trasciende al individuo y se convierte en una lucha social por el reconocimiento. Esta tesis abre de cara al futuro vías que deben ser exploradas en torno a la penalización del discurso extremo (negacionista, racista, machista, homófobo). Además, nuestra propuesta es compatible con la concepción normativa del honor vinculado a la dignidad humana: es posible seguir manteniendo el substrato personalista o individualista (“dimensión deontológica”) de los derechos humanos, que conecta en última instancia con la dignidad, y defender al propio tiempo la existencia de derechos colectivos y bienes jurídicos colectivos, toda

vez que con los grupos y colectivos indeterminados el agente moral “individuo” sigue estando en la base.

**19<sup>a</sup>.** Definido el bien jurídico honor, se procede a la lectura e interpretación de los *delitos de injuria* (artículos 208 a 210), de *calumnia* (artículos 205 a 207) y las *disposiciones comunes* del capítulo de los delitos contra el honor (artículos 211 a 216) desde el prisma de la *legítima expectativa de reconocimiento*.

El eje sobre el que pivotan ambas figuras, desde la perspectiva que nosotros defendemos, es la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” (en las injurias, art. 208.3, y en las calumnias art. 205). La ubicación dogmática que se conceda a esta cláusula determinará la interpretación de ambas figuras delictivas y condicionará también el contenido de las otras categorías dogmáticas. Para nosotros, el “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” es un “*elemento de valoración global del hecho*”, concepto elaborado por Roxin y que nosotros trasladamos al ámbito de los delitos contra el honor. Como tal elemento de valoración global, forma parte del tipo de las calumnias y de las injurias en la medida en que ayuda a delimitar típicamente la conducta prohibida, permitiendo que ambos tipos cumplan la función por excelencia que les corresponde, de acuerdo con la teoría general, a los tipos penales: la función garantía, porque ofrecen una descripción precisa de la conducta proscrita a partir de la combinación de las circunstancias objetivas o fácticas del comportamiento (acción o expresión que lesiona la dignidad, menoscabando la fama o atentando contra la propia estimación, en el caso de las injurias, e imputación de un delito, en el caso de las calumnias) y de la actitud interna del sujeto que ha de concurrir en la comisión de los delitos (“con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”). Porque, y aquí continuamos con nuestra propuesta de interpretación dogmática de los delitos contra el honor, la cláusula del “conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” es un *elemento específico del tipo subjetivo* que refleja una actitud interna y negativa del autor hacia la verdad, que se hace presente en la desviación de lo que sabe respecto de lo que dice cuando conoce la falsedad de lo que trasmite o, cuando no estando en absoluto convencido de su veracidad, lo comunica igualmente con temerario desprecio hacia la verdad.

Así entendida la cláusula, no es la supuesta falsedad objetiva de lo imputado o afirmado lo que constituye el centro de gravedad de los delitos contra el honor, sino la *falsedad subjetiva*. Alrededor del concepto de falsedad subjetiva pivota no sólo la definición de las injurias y las calumnias sino también el siempre polémico conflicto de las libertades informativas y el honor. Frente a lo que sostiene la mayoría de la doctrina, que apuesta por la antijuridicidad y las causas de justificación, nosotros hemos defendido que el referido *conflicto se resuelve en la tipicidad*, pues esta es la única opción que permite mantenernos fiel al tenor literal de los preceptos y a la voluntad del legislador. En la tipicidad y a través de la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” se producirá la entrada de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la dimensión pública de la libertad de expresión y la veracidad subjetiva, que se poya básicamente sobre tres pautas o criterios: a) las informaciones suministradas o expresiones proferidas deben representar una manifestación de la libertad de expresión y de información al servicio de la formación de la opinión pública libre, extremo que se determinará a la luz de la materia sobre la que verse la información, que ha de ser interés general, y de las personas sobre las que se trate, que han de ser personajes públicos; b) las informaciones han de ser subjetivamente veraces, en el sentido de que quien las trasmite ha de haberse cerciorado de la adecuación de las mismas a la realidad mediante la realización de las correspondientes tareas de diligente comprobación y contrastación, sin que tal veracidad subjetiva pueda interpretarse como objetiva correspondencia de los datos comunicados con la realidad de los hechos; c) cuando se ejerza la libertad de expresión, los juicios de valor y opiniones, que por su naturaleza no pueden someterse al criterio de la veracidad/falsedad, no pueden superar el umbral del insulto, quedando prohibidas y no amparadas por la libertad de expresión constitucionalmente garantizada las frases formalmente injuriosas.

La apuesta por la categoría del “elemento de valoración global del hecho” influye no sólo en la tipicidad de las injurias y las calumnias, sino también en la antijuridicidad. Los elementos de valoración global del hecho, tal y como han sido definidos por Roxin, se caracterizan por repartir su fundamento entre la tipicidad y la antijuridicidad, en el sentido de que quien actúa típicamente (en nuestro caso “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”), ya actúa antijurídicamente (al menos, con antijuridicidad formal) porque el conocimiento de esa circunstancia le hace saber al sujeto, con certeza lógica, que actúa contrariamente a una



norma prohibitiva. Dado que el conflicto entre el honor y las libertades informativas ha sido solventado en la tipicidad, en sede de antijuridicidad de las injurias y las calumnias restará sólo por examinar la valoración global del hecho efectuada por el sujeto a fin de determinar si podría entenderse presente un error de prohibición.

Finalmente, la naturaleza jurídica del instituto de la prueba de la verdad o *exceptio veritatis* también debe decidirse conforme a la catalogación de la cláusula “con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como un elemento de valoración global del hecho perteneciente al tipo subjetivo. Desde esta perspectiva, la prueba de la verdad de los hechos imputados, cuya eficacia se reconoce en las calumnias (art. 207) y en las injurias consistentes en la imputaciones dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (art. 210), exonerará de toda responsabilidad a quien haya realizado una imputación subjetivamente inveraz o falsa pero relativa a hechos objetivamente verdaderos. La *exceptio veritatis* opera, por consiguiente, como una causa material u objetiva de exclusión de la punibilidad.

- Conclusiones finales -

## ENDGÜLTIGE SCHLUSSFOLGERUNGEN

### I.

1. Die Begrifflichkeit der Ehre war seit der griechischen und römischen Antike bis in unsere Zeit mit einer aus zwei Komponenten bestehenden Begriffsstruktur eng verbunden sowie mit dem Gefühl der persönlichen Zufriedenheit aufgrund eines gesetzeskonformen Verhaltens gegenüber dem herrschenden Moralkodex der Tugend und als Ausdruck ehrenhaften Verhaltens des Einzelnen vor einer Gemeinschaft. Damit wird der *Kreis der Ehre* geschlossen, indem dieses wertvolle Gut von einer Gesellschaft an eines seiner Mitglieder für tugendhaftes Handeln und sein als wertvoll und ehrenhaft eingestuftes Verhalten, verliehen wird – die Verbindung von Ehre und Gemeinschaft war damit für immer besiegelt.

2. Die geschichtliche Entwicklung des Ehrbegriffs erreicht einen entscheidenden Wendepunkt mit dem 18. Jahrhundert, an dem ein Bruch mit dem historischen Erbe stattfindet. Es ist der Eintritt in die *Neuzeit* und der *modernen Identität* im Sinne von Charles Taylor. Bis dahin besaß der Ehrbegriff immer einen vielseitigen, d. h. philosophischen, sozialen, religiösen und juristischen Sinn, deren unterschiedliche Konzeptionen sich nicht notwendigerweise entsprachen.

Wahrscheinlich war es die Philosophie, die sich durch Vernunft und ein gutes Urteilsvermögen auszeichnete und damit die sinnvollste Auslegung dieses Konzeptes anbieten konnte. Die griechischen Philosophen, Platon und Aristoteles, und die römischen, allen voran Seneca, die Kirchenväter, Augustinus und Thomas von Aquin sowie die Humanisten der Renaissance, Luis Vives, Francisco de Vitoria, Erasmus von Rotterdam und Petrarca forderten alle mit mehr oder weniger Nachdruck die Unterordnung der Ehre unter die göttlichen Güter, die philosophische Betrachtung und das höchste Gut und warnten vor der Gefahr eines ausschließlich von der Suche nach und dem Erhalt der Ehre geprägten Lebens, das an soziale Anerkennung und den Beifall des einfachen Volkes gebunden ist. Dadurch würde die Ehre auf Ruhm und Eitelkeit erniedrigt.

Parallel zu diesen Überlegungen nahm die soziale Wahrnehmung der Ehre einen völlig anderen Weg. In der Gesellschaft befindet sich die Ehre an der Spitze der wünschenswerten Güter. Jahrhundertlang war Ehre mit dem Landeigentum eng verbunden. Ehre wurde als angeborenes Vorrecht, gemeinsam mit dem Adelstitel und Ländereien, von einer Generation auf die nächste vererbt. In diesem Verständnis wurde Ehre zum bestimmenden Kriterium für die Schichtzugehörigkeit innerhalb einer Gesellschaft, für die Zugehörigkeit zum Adels- oder dem Bauernstand. Angehörige der letzten Schicht widmeten sich der Feldarbeit und diese Tätigkeit war absolut unehrenhaft. Die einzige Möglichkeit des Aufstiegs in die ehrbare Schicht bestand in einer militärischen Karriere und durch das Opfern des eigenen Lebens auf dem Schlachtfeld zum Ruhm der Expansionswünsche der jeweiligen Herrscher.

In einer zutiefst von den Medien geprägten Gesellschaft, wie der spanischen, wurde die Ehre auch von der Kirche zu ihren Zwecken manipuliert. Für die religiöse Homogenisierung des Landes wurde die Lüge des befleckten jüdischen Blutes aufgebracht. Angehörige des Judentums konnten aufgrund ihrer Berufe, die mit Feldarbeit nicht das Geringste zu tun hatten, leicht ausfindig gemacht werden. Die Bauern, die sich auf der untersten Stufe der gesellschaftlichen Hierarchie befanden, konnten sich also damit trösten, den alten Christen anzugehören, um ihre Ehrbarkeit zumindest im Bereich des Glaubens zeigen zu können. Aus diesem Grund wurden sie auch nicht zu Opfern der Inquisition, einer, den reinen Glauben vertretenden Gerichtsbarkeit, die einem der schwärzesten Kapitel der spanischen Geschichte angehört.

Bei einer einerseits vernünftigen, von der Philosophie geprägten Wahrnehmung des Ehrbegriffs und einer gesellschaftlich verstärkten Ehre, deren Übertreibungen es sogar bis auf die Bühnen des Theaters schafften, besaß die juristische Ehre eine unbestimmte und aufgrund ihres weiten Ausmaßes zweideutige Bedeutung. Die mittelalterliche Gesetzgebung, in treuer Befolgung des römischen Rechts, führte ein Regelsystem gegen Beleidigungen, abgeleitet vom lateinischen Begriff „*iniuria*“, ein, indem alle ungesetzlichen Handlungen Aufnahme fanden. In diesem Sinne wurden im „*Liber Iudicium*“, dem *Fuero Juzgo* sowie im Kodex der *Siete Partidas* als Beleidigung sowohl die verbalen („*denuestos*“) als auch die körperlichen (erniedrigenden

Handlungen) sowie auch verschiedene, rein körperliche Aggressionen als Angriffe gegen die Ehre geahndet.

3. Im 18. Jahrhundert dagegen wird der alte Ehrbegriff - wie praktisch alle Hinterlassenschaften der Vergangenheit - von einer Krise heimgesucht. Wissenschaft, Religion, gesellschaftliche Beziehungen und sogar die Individualität erhalten einen neuen Anstrich der Moderne. Bei diesem Epochenwechsel übernimmt die neue Einschätzung der zuvor schlecht angesehenen Produktionstätigkeiten und der Arbeit den Antrieb für den Wechsel. Diese Situation wurde am treffendsten von Hegel eingeschätzt. Gemäß des deutschen Philosophen fungiert die Arbeit als Ausgang für die Umwandlung des Sklaven zu seiner Befreiung, für seine Anerkennung als vollständiges universelles Individuum. Die Arbeit war Bedingung für die Anerkennung des Einzelnen durch andere und ferner auch für die Anerkennung des Individuums vor sich selbst als wertvoll, als „Zweck an sich“ (Kant). Der Einzelne erkennt seinen Wert, braucht aber auch, dass dieser durch die Gesellschaft, der er angehört, Familie, Gesellschaft und Staat, anerkannt wird, denn Individualität kann sich nur in der Gesellschaft mit anderen entwickeln. In diesem Verständnis sind die *Beziehungen der Anerkennung* zwischen Einzelnen oder in der Gesellschaft als Förderungskräfte der Autonomie tätig.

Im Zuge des Entstehens der modernen, von den Medien geprägten bzw. durch die Arbeit definierten Identität, entstand auch ein erster Begriff von Gleichheit und Würde und damit der Ausgang aus anderen, tief archaischen und ungleichen Konzepten wie die hierarchischen und aristokratischen Ehrvorstellungen. Der Niedergang der veralteten Vorstellung einer *Ehre des Standes bzw. der Schicht* verläuft parallel zum Entstehen einer *demokratisierten Ehre* im Sinne eines gleichen Respekts für alle Mitglieder einer Gesellschaft bezüglich ihrer *Würde*. In dieser Gesellschaft werden auch alle Personen als Teil eines Ganzen als „spezifisch menschlichen“ anerkannt. Parallel zu dieser *demokratisierten Ehre* entsteht auch eine weitere, eine *Verdienstehre*, die auf den Beitrag des Individuums zu den abstrakt definierten und eng mit der Arbeitsteilung verbundenen Gesellschaftszwecken abzielte. Diese *Verdienstehre* wird wieder auf die Anerkennung eines guten Rufes, Ansehens und gesellschaftlicher Anerkennung zurückgeführt. Die Aufwertung der produktiven Tätigkeiten wird ferner auch durch Gesetze und das Rechtssystem unterstützt, das die Ehre aus der Arbeit und die

Verdienstehre gemäß der Forderungen der wichtigsten Denker der Aufklärung unter seinen Schutz stellt.

## II.

4. In der Geschichte der spanischen Strafgesetzgebung ab dem Strafgesetzbuch von 1822 waren die Delikte gegen die Ehre Teil der *Gefahrenzone des Strafrechtes*, ein Umstand, der die Betrachtung des Rechtsguts der Ehre als ein schützenswertes Gut deutlich macht. Der Gesetzgeber hatte die Anforderung erkannt, den Schutz dieses Rechtsgut im Strafgesetzbuch gegenüber unerwünschtem sozialem Verhalten, das dieses Gut verletzen könnte, zu gewährleisten.

5. Von Anfang an stützte sich die Regelung der Delikte gegen die Ehre auf eine Struktur aus *zwei Komponenten*. In dieser wurde zwischen der *Verleumdung* und dem Straftatbestand der *Beleidigung* unterschieden. Die Verleumdung galt von jeher als Straftat, die angeklagt werden konnte, wenn auch mit Nuancen, die sich jedoch im Laufe der Zeit verschoben: a) Ursprünglich handelte es sich um eine Straftat, die von Amts wegen verfolgt wurde; dieser Aspekt verlor sich jedoch im Laufe der Zeit; b) Der Straftatbestand, bei dem es sich gemäß des Textes aus dem Jahr 1848 und anderen späteren, um eine Falschaussage handeln musste, veränderte sich und musste „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ begangen worden sein. Beleidigungen dagegen zeichneten sich durch Angriffe auf die Ehre entweder durch den Ausdruck von Tatsachenbestätigungen oder Werturteilen (verbale Beleidigungen) oder auch mittels Tätlichkeiten (tatsächliche Beleidigungen) aus; in jedem Fall aber besaß die Anklage keine strafrechtliche Stellung als offizielles Delikt. Im Laufe der Zeit vereinfachte der Gesetzgeber treffenderweise die Definitionsmerkmale der Beleidigungen unter Weglassung von Unterscheidungen und Regelungen über diskriminierende Werturteile, die wenig mit den Vorschriften eines Rechtsstaats zu tun hatten. In Ausnahmefällen gehörte zu den Delikten gegen die Ehre auch der Straftatbestand der *üblen Nachrede*. Es entstand eine Struktur aus drei Komponenten, die jedoch wenig Erfolg hatte, wie der Umstand zeigte, dass sie lediglich im nur sehr kurz geltenden Strafgesetzbuch von 1928 und in der Planung des Strafgesetzbuches von 1992 berücksichtigt wurde - in beiden Fällen mit dem verdächtigen Zweck, die Meinungsfreiheit zu zensieren.

6. Ein weiterer entscheidender Aspekt im strafrechtlichen Rechtsrahmen der Delikte gegen die Ehre, durch den der Ehrbegriff erhellt wird, ist die Einrichtung des Wahrheitsbeweises (*exceptio veritatis*). Der spanische Gesetzgeber legte unverzüglich die Grundzüge zur Durchführung dieser Angelegenheit fest. Bezüglich der Verleumdung definierte der Gesetzgeber im Jahr 1848 die dauerhafte Regelung des Wahrheitsbeweises durch die volle Wirksamkeit der Wahrheit, um den der Verleumdung Angeklagten von der Strafe zu befreien: Sollte sich herausstellen, dass das dem Opfer zur Last gelegte Delikt richtig war, wurde der Verleumder nicht verurteilt.

Die Regelung der *exceptio veritatis* in der Beleidigung zeigt die herrschende Richtschnur im spanischen Modell von ihren Ursprüngen bis hin zu einer restriktiveren Auffassung der Einrichtung des Wahrheitsbeweises zu Gunsten des Schutzes der so genannten *scheinbaren Ehre*. Während die Beleidigung in der Abgabe von unehrenhaften Werturteilen besteht, ist der Wahrheitsbeweis davon ausgenommen, da solche Behauptungen keinen Gegenstand für die Abgleichung mit der Wirklichkeit darstellen. Die Haltung des Gesetzgebers bezüglich des Wahrheitsbeweises bei den Beleidigungen wird jedoch durch die andere Beleidigungsart, die in der Behauptung von Tatsachen besteht, besser verständlich; sie ist eine Konstante in allen Strafgesetzbüchern. Die allgemeine Vorschrift besteht im Verbot der *exceptio veritatis* beim Beleidigungsdelikt. Damit ist es völlig gleichgültig, ob die Behauptung richtig oder falsch ist, denn der Angriff auf die Ehre fand in jedem der beiden Fälle statt. Für diese Regelung bestand immer eine Ausnahme durch die Möglichkeit, den Wahrheitsbeweis bei Beleidigungen durchzuführen, die in der Behauptung von Tatsachen bei öffentlichen Beamten während der Ausübung ihrer Aufgaben bestand. In der kurzen Geltungsdauer des Strafgesetzbuches der Regierung von 1928 und seiner Neufassung aus dem Jahr 1944 wurde der Wahrheitsbeweis bei Beleidigungen für eine anderen Ausnahme genehmigt, wenn die Beschuldigung in einem Privatklagedelikt bestand, d.h. sie war nur auf Antrag einer Partei strafbar. Gleichwohl wurde diese Möglichkeit aufgrund einer internen Kohärenz mit der Regelung bezüglich der Verleumdung aufgehoben.

### III.

7. In Artikel 10 der europäischen Menschenrechtskonvention wird die Meinungsfreiheit geschützt und in ihrem zweiten Absatz ist als Grenze für diese Meinungsfreiheit unter anderem der Schutz des Ansehens aufgenommen. Somit findet der Ehrbegriff in die europäische Rechtsordnung Eingang. Bei der Auslegung dieser Bestimmung entwickelte der europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine umfassende Rechtsprechung, durch die die Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts und damit auch die gesamte spanische Rechtsordnung beeinflusst wurden.

8. Bei der Betrachtung des Interesses des *Ansehens* aus theoretischer Sicht, könnte eine kritische Bewertung der vom europäischen Gerichtshof für Menschenrechte vorgenommenen Aufgabe formuliert werden. Obwohl der Schutz des Ansehens als Grenze für die Meinungsfreiheit aus Art. 10 der europäischen Menschenrechtskonvention vorgesehen ist, und trotz der herrschenden Meinung, dass mit einem solchen Hinweis auf das Ansehen ebenfalls die Ehre gemeint ist, ist bei den europäischen Justizbehörden eine gewisse Sorglosigkeit bezüglich des internen bzw. subjektiven Aspektes der Ehre - und zwar desjenigen, der mit dem Selbstwertgefühl und der Würde zusammenhängt – zu beobachten.

9. In Bezug auf die *Tatopfer*, d. h. diejenigen, gegen die sich ein Angriff gegen das Ansehen richtet, übte die Rechtsprechung des Straßburger Gerichts einen bemerkenswerten Einfluss auf die Rechtsordnungen der die Konvention unterzeichnenden Länder aus. Der europäische Gerichtshof für Menschenrechte war der erste bei der Festlegung einer, heute vorherrschenden und richtungsweisenden Rechtsprechung, die ebenfalls in die Lehre Eingang fand - wenn auch nicht mit so großer Unterstützung und mit gewissen Nuancen je nach den Rechtsordnungen der einzelnen Staaten - bezüglich der Anerkennung des Rechts auf Ansehen zu Gunsten juristischer Personen. Diese können ihre, vorwiegend wirtschaftlichen Aufgaben unter den Bedingungen einer gesetzlichen und gegenseitigen Anerkennung ausüben. Alle verleumderischen Falschaussagen, die zu dem Zweck einer Rufschädigung in Umlauf gebracht werden, können gerichtlich verfolgt werden.



10. Auch im Konflikt zwischen der Meinungs- und Informationsfreiheit und der Ehre spielte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine bedeutende Rolle. Zunächst wurde eine eindeutige Lehrmeinung über die privilegierte Stellung der Meinungsfreiheit in den demokratischen Systemen festgelegt, in denen ihr gemäß der staatlich grundlegenden, im europäischen Recht geltenden Werte des Pluralismus, der Freiheit und der Toleranz ein großer Raum zugesichert wird. Und zweitens hat die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Straßburg zur konkreten Lösung des Konflikts zwischen Ansehen und Meinungsfreiheit die US-amerikanische Lehre der *actual malice* in den europäischen Rechtsbestand mit einem neuen Katalog an Konzepten und Filtern übernommen. Diese sind Wahrhaftigkeit, Treu und Glauben und journalistische Ethik. Diese Leitlinien wurden später auch in die Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichtes bezüglich der Meinungsfreiheit aufgenommen.

#### IV.

11. Die Untersuchung der Delikte gegen die Ehre aus der Perspektive der *Rechtsvergleichung* zeigte eine Entwicklung der strafrechtlichen Debatte über das Rechtsgut der Ehre, die in den einzelnen Ländern im geschichtlichen Ablauf parallel verlief, wobei sich die theoretischen Überlegungen aber in jeder Rechtsordnung auf unterschiedliche Weise in den staatlichen Regelungen niederschlug. Bezüglich des *Rechtsgut der Ehre* wurde auf dem europäischen Kontinent eine Entwicklung des begrifflichen Verständnisses gemäß des folgenden Schemas ersichtlich. Zunächst überwog in der Strafrechtswissenschaft ein auf Tatbeständen basierendes Verständnis, das in Italien (Carrara) und in Deutschland (Frank) entstanden war. Vorgeschlagen wurde dort, die Ehre mit verschiedenen psychologischen und soziologischen Faktoren zu verknüpfen. Theoretische Abhandlungen über die doppelte Begrifflichkeit der Ehre, zum einen der inneren Ehre (subjektive Ehre), die aus der Wertschätzung des Einzelnen bezüglich seiner Fähigkeiten und folglich des Gefühls des eigenen gesellschaftlichen Wertes besteht, und zum anderen der äußeren Ehre (objektive Ehre), die aus der Beurteilung durch andere besteht und im Besonderen durch die Achtung, die der Einzelne durch die Öffentlichkeit aufgrund des Ansehens, das er in der Gemeinschaft genießt, erhält, wurde späteren Generationen überlassen. Diese Lehrmeinungen wurden schrittweise zu Gunsten von normativ-tatbestandsmäßigen oder strengen normativen Einschätzungen (mit Hirsch u.a. als Vorläufer) und des verfassungsorientierten

Verständnisses auf der Grundlage des Verfassungsgesetzes aufgegeben – mit großer Aufnahme in Italien dank Bricola und Musco -, die alle gleichermaßen in der zeitgenössischen Lehre vertreten sind. Unter den vorrangigen Referenzparametern für die Definition des Ehrbegriffs steht die Würde des Menschen, ein Wert, der es ermöglicht, einem jeden Menschen aufgrund seiner menschlichen Bedingung Ehre zu gewähren. Dadurch wird eine gleichwertige Anerkennung dieses Rechtsgut erreicht. Davon ausgehend und unter Berücksichtigung sozialer oder faktischer Überlegungen in größerem oder geringerem Maße, werden Unterscheidungen in der konkreten individuellen, gesetzlich geschützten Ehre eingeführt. Im Rahmen der Theorien über Rechtsvorschriften gewinnen spannende Theorien an Boden, in denen die Ehre als ein Wert ausgelegt wird, der sich aus den „*Beziehungen der Anerkennung*“ ergibt. Diese konzentrieren sich auf den sozialen Aspekt der Ehre und gehen von der Überlegung aus, bei der Verwirklichung der Individualität handele es sich nicht nur um eine ausschließlich persönliche, von der Außenwelt abgeschlossene Aufgabe, sondern der Einzelne stelle diese Individualität in den Blick der Gemeinschaft, um von ihr die erhoffte *Anerkennung* zu erhalten (die Hauptvertreter dieser Richtung sind Wolff, Schöblier und Amelung). Bei den verfassungsrechtlich orientierten Einschätzungen auf dem Fundament eines Grundgesetzes basiert der Ehrbegriff auf objektiven Werten aus dem Grundgesetz, so dass in Verbindung mit der Würde aller Menschen, die als höherer Wert in den verfassungsrechtlichen Vorschriften gewürdigte Ehre ein von allen Menschen gleichermaßen anerkanntes Attribut ist. Es lässt sich jedoch gesellschaftlich bzw. in der Öffentlichkeit gemäß des Lebensstils des Einzelnen, der aus Sicht der Gesellschaft und Moral als erworbener gesellschaftlicher Wert eingestuft wird, relativieren.

Im „*Common Law*“ (Vereinigte Staaten und England) dreht sich das Rechtsgut der Ehre um den guten Ruf („*Ruf*“). Dies zeigt sehr gut die vorrangige Außenprojektion des Rechtsgut in diesem Rechtssystem, das gemäß Post, Ardia und Rolph in verstärktem Maße auf den Schutz ökonomischer Interessen und des Ansehens, die infolge eines Angriffs auf den guten Ruf geschädigt werden könnten, und weniger auf den Schutz direkter, geistiger oder innerer Werte, die unter dem typisch mitteleuropäischen Konzept der „subjektiven Ehre“ zusammengefasst sind, gerichtet ist.

12. Im Bezug auf die *Tatopfer*, d.h. diejenigen, die von einem Angriff auf die Ehre betroffen sind, sind die Fortschritte der staatlichen Rechtsordnungen vergleichbar. Sowohl auf dem europäischen Kontinent als auch im „*Common Law*“ wird eine Berücksichtigung *Verstorbener* als Tatopfer der Delikte gegen die Ehre abgelehnt, da – ungeachtet der Stärke der angenommenen Beziehung zwischen der Ehre und der Würde – davon ausgegangen werden muss, dass die Ehre ein mit der Persönlichkeit verbundenes Recht ist, das mit Aufhebung der Persönlichkeit verschwindet. Nichtsdestotrotz lassen es alle Rechtsordnungen zu, dass andere lebende, ebenfalls von der Beleidigung betroffene Personen ihr Recht auf eine Verleumdungsklage ausüben können. Ein Einvernehmen besteht ebenfalls in der Ablehnung der Ehre für *Einrichtungen ohne Rechtspersönlichkeit, Gruppen und Gemeinschaften*, da es sich bei diesen um größere Gruppen ohne eine eindeutig festgelegte Organisationsstruktur handelt, und sie weder Inhaber des Rechtsgut der Ehre sein können noch auf die strafrechtliche Verfolgung der Angriffe, die ihrem Verständnis nach gegen ihre „kollektive Ehre“ stattfand, drängen können.

In der Rechtsvergleichung wird mehrheitlich die Inhaberschaft der Ehre für *juristische Personen des Privatrechts* (Vereine, Handelsgesellschaften oder Einrichtungen) anerkannt, sofern diese juristischen Personen gleichberechtigte Mitglieder innerhalb der gesellschaftlichen Beziehungen sind und ihre geschützten Rechte in dieser Umgebung zu betrachten sind, denn wäre dem nicht so, wären sie ungestraft verleumderischen Angriffe ausgesetzt, durch die ihre Möglichkeiten der Beteiligung geschädigt würden. Hinsichtlich der *juristischen Personen des öffentlichen Rechts* besteht eine größere Kriterienvielfalt. In einzelnen Rechtsordnungen, darunter die deutsche, italienische, österreichische und portugiesische, ist ein Schutz der Ehre in entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen vorgesehen. Weit davon entfernt befindet sich die angloamerikanische Gesetzgebung und Rechtsprechung, in der gemäß ihrer unerschütterlichen Verfechtung der Meinungsfreiheit, die Legitimierung von politischen Körperschaften oder Einrichtungen und die der regionalen Behörden auf eine Verleumdungsklage abgelehnt wird, da sie einen inakzeptablen Abwehrmechanismus gegenüber der gesunden öffentlichen Kritik gegenüber staatlichen Handelns darstellen würde, die ein fester Bestandteil des „innersten, verfassungsrechtlich von der Meinungsfreiheit geschützten Raumes“ ist.

13. Vom Standpunkt einer konkreten gesetzlichen Regelung aus weisen *die Delikte gegen die Ehre*, in der Rechtsvergleichung eine beachtliche, sowohl formale bzw. nominale als auch materielle Vielfältigkeit auf. Zur Festlegung der Anzahl von Straftatbeständen zum Schutze des Rechtsguts der Ehre besteht kein einheitliches Kriterium. Einige Rechtsordnungen setzen auf die Einfachheit des dualen Modells; dazu gehören Portugal Frankreich und Italien (üble Nachrede und Beleidigung) und andere legen ein auf drei Straftatbeständen basierendes System fest; beispielsweise Deutschland (Beleidigung, üble Nachrede und Verleumdung) und Österreich (Beleidigung, Verleumdung und Vorwurf eines bereits strafrechtlich verfolgten Verhaltens) und Belgien (üble Nachrede, Verleumdung und boshafte Enthüllung).

Das unterscheidende Merkmal, das einen Überblick und somit eine Aufteilung der Rechtsordnungen in verschiedene Gruppen ermöglicht, ist die Einrichtung der *exceptio veritatis*, des Wahrheitsbeweises. Die Strafgesetzbücher Deutschlands und Österreichs (das deutsch-österreichische Modell) zeichnen sich durch eine großzügige Regelung aus (das deutsche noch mehr als das österreichische, in dem der Wahrheitsbeweis auf die Privatsphäre betreffende Tatbestände beschränkt wird). Dieser Straftatbestand wird im Allgemeinen, ausgehend von der typisch deutschen Regel, dass „die Wahrheit nicht beleidigen kann“ zugelassen. Das portugiesische Strafrecht und die französische Pressefreiheit folgen dieser Richtung und erlauben die *exceptio veritatis* generell, führen jedoch einige Ausnahmen (ausgenommen sind die Privatsphäre und die Familie) ein. Das italienische Strafrecht dagegen legt das Verbot des Wahrheitsbeweises im Allgemeinen fest; gleichwohl wird er in Ausnahmefällen zugelassen. Damit entsteht das restriktive Modell, das mediterrane Modell, dem auch Spanien, bezüglich der *exceptio veritatis*, angehört. Auch das belgische Strafrecht folgt diesem Gedanken und verbietet den Wahrheitsbeweis im Allgemeinen; aber auch hier gibt es einige gesetzliche Ausnahmen von dieser Regelung.

Übereinstimmend mit seiner traditionellen Rechtsprechung zeigt schließlich das Modell des „*Common Law*“ eine umfassende Akzeptanz der verzichtenden Wirkung der zivilrechtlichen Haftung, sofern die Wahrheit der Anschuldigungen bewiesen werden kann. An diesem Gesetz wurden erst kürzlich bedeutende Änderungen vorgenommen; eine Entwicklung der Rechtsprechung ausgehend vom Fall *New York Times v. Sullivan* kennzeichnet eine Richtungsänderung durch die Festlegung, dass der Kläger die

Falschheit der Aussage nachweisen muss. Damit wird der Wahrheitsbeweis zu einer Pflicht für den Kläger, wenn er ein öffentlicher Beamter oder eine öffentliche Person ist, das gilt sogar für Privatpersonen, die freiwillig eine herausragende Rolle bei einer öffentlichen Angelegenheit einnehmen und in jedem Fall, bei öffentlichen Angelegenheiten die für die Gemeinschaft von Bedeutung sind.

## V.

14. Des Weiteren ist das *Rechtsgut* eine gültige Kategorie zur politischen und strafrechtlichen Orientierung für die Vorgehensweise des Gesetzgebers im Strafrecht und zur Festlegung der Grenzen für das *ius puniendi*. Bei der Definition der Begrifflichkeit dieses Rechtsgut, entfernt man sich von den *funktionellen Thesen*, durch die das Strafrecht zum reinen und bedrohlichen „Schutz des systemischen Regelungsgefüges“, zur „Bewahrung des Systems“ und zur „Gültigkeit der Vorschrift“ führen, indem eine Ordnung der Rechtfertigung geschaffen wird, bei der das System durch das System ohne eine Aussicht auf kritische Analysen legitimiert wird. Im funktionalistischen Bereich werden der Einzelne und seine Interessen aufgehoben; er wird gewissermaßen vom System aufgesogen. Ein solches Verständnis kann nur fälschlicherweise vor der Gesellschaft als neutral, frei von ideologischen und technokratischen Vorurteilen präsentiert werden, wenn in Wirklichkeit die Verteidigung der Qualitäten des Systems ohne weiteres der Notwendigkeit der Systemaufrechterhaltung äußerst konservativer ideologischer Vorstellungen entspricht.

Die *konstitutionalistischen Thesen* bedeuten einen bemerkenswerten Fortschritt bei der Begründung des Rechtsguts. Gleichwohl ist auch der Aufbau des Rechtsguts auf den Grundlagen der Verfassung nicht zufriedenstellend. Einerseits ist die Verfassung nicht alles; sie ist nicht perfekt. Sie löst nicht alle Probleme, für die sie erstellt wurde, und viel weniger kann sie die Verantwortung, für die sie nicht geschaffen wurde, übernehmen, nämlich die größte Referenz für das *ius puniendi* zu sein. Zum anderen bringt diese These weder Gewissheit noch ist sie vollständig. Zunächst bringt sie keine Sicherheit, denn die Verfassungen stellen zwar einen stabilen und festen Wall dar, besonders zu Zeiten demokratischer Stärke und politischer Stabilität, sind jedoch nicht unbeweglich und könnten in regressiven Zeiten ins Wanken geraten. Dabei vermag das strafrechtliche Rechtsgut nicht am Rande regressiver Tendenzen zu verbleiben.

Zweitens ist dieser Ansatz unvollständig, denn durch ihn findet keine Lösung des Problems statt; es wird lediglich auf eine andere Ebene verschoben. Durch das Begründen des Rechtsguts auf die grundlegende Vorschrift wird es schwierig, eine Grundlage für die Verfassung selbst zu finden.

Aus diesem Grund wird hier ein über die Verfassung hinausgehender Referenzrahmen verlangt. Unser Blick ist auf den Rahmen für die Menschenrechte und die Theorie des „minimalen Strafrechts der Menschenrechte“ gerichtet, das in umfassender und vollendeter Weise von Alonso Álamó ausgearbeitet wurde. Die Menschenrechte stellen eine erreichbare und universelle historische und gesellschaftliche Referenz dar, auf die der Gesetzgeber bei der Auswahl der strafrechtlichen Rechtsgüter sein Augenmerk richten kann - eine zeitlose Referenz, d. h. sie unterliegt, nachdem sie erobert wurde, keinen geschichtlichen Fortschritts- und Rückschrittsprozessen und ist universell. Die Menschenrechte sind deshalb universell, weil sie nicht mit einem Mal und optimal für alle umsetzbar sind. Sie befinden sich immer in einer ständigen normativen Entwicklung und gelten für alle Menschen gleich. Die Aufnahme dieses Begründungsvorgangs für die Rechtsgüter, die bei den konstitutionalistischen Thesen aufgrund der Begründung der Verfassung auf der Verfassung selbst in eine Sackgasse führte, wird im Referenzrahmen für die Menschenrechte durch die *Theorie des rationalen Diskurses* (von Robert Alexy) erreicht. Ihre optimale Umgebung ist eine *deliberative Demokratie* im Sinne von *Habermas*, in der die Entscheidungen über künftige Menschenrechte, aus denen die kommende Grundlage strafrechtlicher Rechtsgüter entnommen wird, anhand eines argumentativen Verfahrens, durch das die Rationalität und Unparteilichkeit des Diskurses gewährleistet wird, ergriffen werden.

**15.** Nach der begrifflichen Bestimmung des Rechtsguts im Referenzrahmen der Menschenrechte, wird *die Auffassung des hier behaupteten Rechtsgut ausgehend von normativen Haltungen und im Kontext der von Hegel angeregten Philosophie der Anerkennung aufgebaut.*

**16.** Ausgangspunkt ist die von *Hegel* stammende und von verschiedenen philosophischen Strömungen in bestimmten Bereichen (Feminismus, Gleichbehandlung der Rassen, Rechte für Homosexuelle, Multikulturalität) neu ausgelegte und

aktualisierte *Philosophie der Anerkennung*. Im Besonderen wird hier der Ansatz der *Theorie der Anerkennung von Axel Honneth* als sehr treffend erachtet, da er eine abgerundete und perfekte Ausarbeitung der Wiederbelebung des *hegelschen* Konzepts der Anerkennung bietet.

Honneth geht vom Vorliegen drei verschiedener Anerkennungsklassen, die sich in drei unterschiedlichen Ordnungen bzw. Umgebungen entwickeln, aus. Jede dieser *intersubjektiven Anerkennungsbeziehungen*, kann an fehlender Anerkennung zerbrechen wodurch eine *Mangel an Anerkennung* entsteht. Das führt zu drei unterschiedlichen Verachtungsgruppen, die auf unterschiedliche geistige Schichten des Individuums projiziert werden. Die erste Anerkennungsbeziehung entsteht in der emotionalen Umgebung der Liebe und der Familie. Die zweite findet in der Gesellschaft statt und bedeutet die Anerkennung des Einzelnen als Inhaber einer vollen juristischen Stellung innerhalb einer Rechtsgemeinschaft. Die Anerkennung auf dem dritten Niveau erhält das Individuum, wenn es die ihn charakterlich am besten definierenden Qualitäten, Möglichkeiten und Fähigkeiten von der Gemeinschaft bewertet sieht, d. h. sobald diese wesentlichen Merkmale von der Gesellschaft akzeptiert und geschätzt werden. Wird die Ehre einer Person von einer anderen mittels der Verachtung bzw. Herabsetzung dieser wesentlichen Merkmale angegriffen, wird die *Ehre* im Sinne einer *legitimen Erwartung der gesellschaftlichen Anerkennung, die das Individuum mit Rücksicht auf die, seine Identität ausmachenden Fähigkeiten und Besonderheiten verdient*, verletzt und dem Einzelnen wird seine Teilnahme unter *gleichen Teilnahmebedingungen an der Gesellschaft* verweigert.

Die im Sinne der Philosophie der Anerkennung verstandene Ehre ist mit anderen höheren Werten und Leidgrundsätzen aus der Rechtsordnung verbunden. Sie steht mit Würde und Gleichstellung auf folgende Weise im Zusammenhang. Die Ehre ist *die Erwartung der verdienten Anerkennung eines jeden Menschen mit Rücksicht auf seine persönliche Stellung als eine in gleichem Maße wie alle Personen mit Würde ausgestattete Persönlichkeit. Daraus ergibt sich, dass die aus der Würde stammende Erwartung der Anerkennung gemäß des Gleichheitsprinzips allen Bürgern auf gleiche Weise zugestanden wird*. Die freie Persönlichkeitsentwicklung gehört auf folgende Weise dazu: *Anerkannt werden muss der vom Bürger ausgeführte Lebensweg, in dessen Verlauf er die Entscheidungen über sein Verständnis eines guten Lebens und seiner*

*Sicht der Selbstverwirklichung umsetzt und so in ständiger Bewegung seine eigene, durch die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit erhaltene Würde verwirklicht. Schließlich stimmt dies mit dem Grundgedanken eines demokratischen Pluralismus überein, da jeder Bürger verdient, als freies, rationales und reifes Wesen für die Ergreifung der von ihm als angemessen erachteten Entscheidungen zur Umsetzung und Ausführung seines Lebensprojektes – ganz gleich, um was es sich dabei handelt – anerkannt zu werden. Erforderlich ist dafür eine strenge und sorgfältige Erfüllung des Pluralismusprinzips, das jeder direkten oder indirekten Auferlegung von grundlegenden individuellen Entscheidungen widerspricht.*

17. Nachdem die Ehre auf diese Weise festgelegt wurde, muss von den in der spanischen Lehre vorherrschenden normativ-faktischen oder von den gemischten Ansätzen des Rechtsguts der Ehre Abstand genommen werden, denn, obwohl diese bei der Zuweisung der Ehre an alle Bürger bezüglich eines Rechts, das sich aus der Würde ergibt, zutreffend sind, wird im Anschluss dazu übergegangen, unterschiedliche Behandlungen aus der Rechtsordnung zu rechtfertigen, die sich auf diskriminierende Kriterien, beispielsweise das „sozial Erwartete“, den „Mangel an Integrität oder schwere Persönlichkeitsmängel“ sowie die „Erfüllung von gesellschaftlichen Pflichten und Rollen“ stützen. All diese Methoden verweisen in letzter Instanz auf gegen die Gleichheit verstoßende ethische, moralische, soziale und juristische Codices, die mit den Anforderungen des Pluralismus in einer demokratischen Gesellschaft und mit dem Respektieren einer freien Persönlichkeitsentwicklung der Individuen nicht im Einklang stehen. Über die Achtung vor dem Gesetz, die Menschenrechte und die Würde hinausgehend dürfen unserer Meinung nach der Ausübung einer freien Entwicklung der Persönlichkeit und der Wahl eines Lebensprojektes, das jeder Bürger nach seinem Wunsch gestalten kann, keine Grenzen gesetzt werden. Sobald ein Weg eingeschlagen wurde, verdient jeder Mensch den Schutz seiner Ehre unabhängig davon, in welchem Maße sich sein Lebensprojekt dem annähert, was gesellschaftlich als tugendhaftes und ehrenvolles Leben erwartet wird.

Allein die Definition der Ehre aus *normativer Perspektive* bietet eine tatsächlich gleichwertige und nicht durch ethische, soziale, juristische oder moralische Codices eingeschränkte Ehrauffassung, durch die die Wahl- und Entscheidungsfreiheit des Bürgers unter der Bedrohung bestimmter Ehrbereiche nicht geschützt wird. Das hier



vertretene Ehrkonzept bringt die Verbindung zwischen Ehre und Würde zur Geltung - sie wird jedoch nicht gleichgestellt – deshalb wird der Hinweis auf die Würde aus Art. 208 des Strafgesetzbuches als verwirrend erachtet, da dort die Beleidigung als Straftat eingestuft wird. Diese sollte beseitigt werden.

*Die Ehre wird anerkannt, wenn ermöglicht wird, dass der Zugang zur legitimen Erwartung auf Anerkennung ohne Hindernisse, Hemmnisse und ungerechtfertigte äußere Störungen, z. B. ehrenrührige Aussagen oder Anschuldigungen, stattfinden kann, ungeachtet der individuellen Lebensführung und gleich, welche lebenswichtigen Entscheidungen auf freie Weise vom Individuum innerhalb eines, nicht an ethische, soziale, moralische oder juristische Codices gebundenen pluralistischen Spielraums, lediglich an strenge Einschränkungen, wie dem Gesetz, den Menschenrechten und der Würde unterstehenden Richtlinien gebunden, getroffen werden. Aus dem gleichen Grund werden als Straftaten gegen die Ehre diejenigen Verhaltensweisen erachtet, durch die (a) das Recht auf die legitime Erwartung der Anerkennung durch die Gemeinschaft und diese Anerkennung auf das Lebensprojekt projiziert wird, das vom Bürger frei in Ausübung seines Rechts auf freie Persönlichkeitsentwicklung gewählt wurde und im weitgefassten Spielraum der durch das Pluralismusprinzip vorgegebenen Lebensmöglichkeiten, verletzt wird und (b) „der Gedanke des Vorhabens“ des Rufes und/oder der „Gedanke des Vorhabens“ des Selbstbewusstseins angegriffen wird. In diesem Sinne wird ein Angriff auf die Ehre, wenn sich die Ehre der Anerkennung nähert, zur Abwesenheit der Anerkennung, der einem ehrenrührigen Angriff inne wohnenden Verachtung, die eine Verletzung des Selbstwertgefühls und/oder des Rufes mit sich bringt.*

**18.** Bezüglich der *Person, die Gegenstand* der Delikte gegen die Ehre ist, möchten wir hier die Zuweisung der Ehre für *verstorbene Personen* ablehnen, da sie keine Träger der Ehre sein können, denn bei der Ehre handelt es sich um einen äußerst persönlichen Wert, der mit der Persönlichkeit eines Menschen eng verbunden ist. Infolgedessen können Verstorbene nicht in ihrer Ehre beleidigt werden, da sie keine solche besitzen. Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Schutz des *Andenkens* (welches sich von der Ehre unterscheidet) auf dem vom Organengesetz 1/1982 über den zivilrechtlichen Schutz des Rechts auf Ehre, der Privatsphäre und des Rechts am

eigenen Bild vorgesehenen Weg verlangt werden kann, und zwar durch eine Klage der Verwandten des Verstorbenen (Art. 4.2).

In dem Maße, in dem ein Ehrbegriff in direktem Zusammenhang – jedoch ohne Gleichstellung beider Begrifflichkeiten – mit der menschlichen Würde entwickelt wird, kann nicht akzeptiert werden, dass diese Ehre von *juristischen Personen* in Anspruch genommen wird. Die Ehre ist ausschließlich natürlichen Personen vorbehalten. Dies bedeutet jedoch keinesfalls die Ablehnung eines Schutzes von juristischen Personen gegenüber Angriffen auf ihr gesellschaftliches Ansehen, Ruf oder Prestige. Logischerweise werden diese Aspekte nicht als Bestandteile der Ehre verstanden, sondern als schützenswerte Güter, unabhängig von der Ehre, deren Schutz durch eine besondere gesetzliche Neufassung geregelt werden könnte, die diese Werte unter juristischen, sogar strafrechtlichen, Schutz stellen könnte.

Schließlich ergibt sich aus der Stellung der Ehre im Rahmen der Anerkennungstheorie notwendigerweise eine *kollektive Dimension der Ehre*, die uns von der *Ehre bestimmter Gruppen als ein Rechtsgut auf mittlerer Ebene* sprechen lässt, denn ebenso bedeutend wie die individuelle Anerkennung ist auch die Anerkennung von Gruppen, denen das Individuum angehört. Der Kampf um Anerkennung führt über den Einzelnen hinaus und wird zu einem sozialen Kampf um Anerkennung. Diese These eröffnet angesichts der Zukunft verschiedene Wege, die bei der Bestrafung eines extremen Diskurses (von Negationisten, Rassisten, Machisten und der Intoleranz gegenüber Homosexuellen) untersucht werden muss. Der hier gemachten Vorschlag ist ferner mit der normativen Einschätzungen der Ehre in Verbindung mit der menschlichen Würde vereinbar. Die Aufrechterhaltung des persönlichen bzw. individuellen Substrats, „die standesrechtliche Dimension“ der Menschenrechte ist möglich, welche in letzter Instanz mit der Würde verbunden ist, bei gleichzeitiger Verteidigung des Bestehens von kollektiven Rechten und Rechtsgütern, wenn in unbestimmten Gruppen und Gemeinschaften der sittlichen Vertreter „das Individuum“ weiterhin die Grundlage bildet.

**19.** Nach der Bestimmung der Begrifflichkeit des Rechtsguts der Ehre wird nun zur Lesung und Auslegung der *Straftat der Beleidigung* (Art. 208-210) der *Verleumdung* (Art. 205-207) und der *allgemeinen Bestimmungen* aus dem Kapitel über

die Delikte gegen die Ehre (Art. 211-216,) aus der Sicht der *legitimen Erwartung auf Anerkennung* übergegangen.

Die Achse, auf der sich beide Straftatbestände befinden, ist aus unserer Sicht die Klausel „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ (bei den Beleidigungen, Artikel 208.3, und bei den Verleumdungen Artikel 205). Die dogmatische Stellung, die dieser Klausel zugewiesen wird, ist bestimmend für die Auslegung beider Straftatbestände und bedingt ebenfalls die Begrifflichkeit der übrigen dogmatischen Kategorien. Für uns stellt „die Kenntnis ihrer Falschheit oder die leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ ein „*globales Bewertungselement für den Straftatbestand*“ dar. Dieses Konzept wurde von Roxin ausgearbeitet und von uns auf den Bereich der Delikte gegen die Ehre übertragen. Als globales Bewertungselement ist es Bestandteil des Tatbestands der Verleumdungen und der Beleidigungen in dem Maße, in dem es hilft, die Straftattypifizierung auf ein verbotenes Verhalten einzuschränken. Dadurch wird möglich, dass beide Straftatbestände die ihnen entsprechende Aufgabe *par excellence* gemäß der allgemeinen Theorie der Straftatbestände erfüllen. Diese Aufgabe besteht in der Gewährleistung, denn sie bieten eine präzise Beschreibung des verbotenen Verhaltens ausgehend von einer Verbindung objektiver bzw. faktischer Verhaltensumstände (ein Handeln oder das sprachliche Ausdrücken einer Verletzung der Würde, die Beeinträchtigung des Rufes oder ein Angriff auf die eigene Achtung im Falle der Beleidigungen und das Anlasten einer Straftat im Falle der Verleumdung) und der inneren Haltung des Individuums, welche mit dem Begehen der Straftat zusammenfallen muss; und zwar „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“. Denn - und hier wird unser Vorschlag für die Auslegung der Lehrmeinung bezüglich der Delikte gegen die Ehre weiter ausgeführt - die Klausel der „Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ ist ein *spezifisches Element des subjektiven Tatbestands*, welches eine innere und negative Haltung des Täters gegenüber der Wahrheit widerspiegelt. Dies wird an der Abweichung dessen vom Gesagten deutlich, was er weiß, sofern er die Unwahrheit seiner Aussage kennt, oder aber, sollte er nicht völlig vom Wahrheitsgehalt überzeugt sein, äußert er sich dennoch unter leichtfertiger Missachtung der Wahrheit.

Wird die Klausel in diesem Sinne verstanden, ist es nicht die mutmaßliche objektive Unwahrheit der Beschuldigung bzw. der Behauptung, die im Mittelpunkt der Schwere des Deliktes gegen die Ehre steht, sondern die *subjektive Unwahrheit*. Um das Konzept der subjektiven Unwahrheit dreht sich nicht nur die Definition der Beleidigung und Verleumdung, sondern auch der jederzeit polemische Konflikt zwischen Informationsfreiheit und Ehre. Im Gegensatz zur Ansicht eines Großteils der Lehre, die auf die volle Gesetzlichkeit und die Rechtfertigungsgründe setzt, wird in der vorliegenden Arbeit vertreten, dass der oben genannte *Konflikt in der Tatbestandsmäßigkeit gelöst werden soll*, da es sich dabei um die einzige Möglichkeit handelt, dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Wunsch des Gesetzgebers treu zu bleiben. In der Tatbestandsmäßigkeit und mittels der Klausel „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ findet der Eingang der Verfassungsgerichtslehre in die politische Dimension der Meinungsfreiheit und die subjektive Wahrhaftigkeit statt, welche sich im Wesentlichen auf drei Richtlinien bzw. Kriterien stützt. a) Die vorgelegten Informationen bzw. die verleumderischen Aussagen müssen eine Äußerung der Meinungs- und Informationsfreiheit im Dienste der Bildung der freien öffentlichen Meinung darstellen; dieses Extrem wird in Anbetracht der Materie, um die es bei der Information geht - die im allgemeinen Interesse liegen muss – betrachtet werden und der Personen, die dabei betroffen sind, bei denen es sich um Personen des öffentlichen Lebens handeln muss und b) die Informationen müssen subjektiv wahr sein, in dem Sinne, dass derjenige, der sie übermittelt, sich zuvor von ihrer Übereinstimmung mit der Wirklichkeit durch eine entsprechende sorgfältige Prüfung und Abwägung überzeugt haben muss, ohne dass diese subjektive Wahrhaftigkeit als objektive Übereinstimmung der übermittelten Daten mit der tatsachenbasierten Realität ausgelegt werden kann und c) bei der Ausübung der Meinungsfreiheit dürfen die Werturteile und Meinungen, die aufgrund ihres Wesens nicht dem Kriterium der Wahrheit/Unwahrheit unterzogen werden können, nicht die Schwelle der Beleidigung überschreiten; verboten und nicht von der Meinungsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt sind formal beleidigende Aussagen.

Vom Engagement für die Kategorie des „globalen Bewertungselements für den Straftatbestand“ wurde nicht nur die Tatbestandsmäßigkeit der Beleidigungen und Verleumdungen beeinflusst, sondern auch die Ungesetzlichkeit. Die globalen Bewertungselemente des Tatbestands, in dem von Roxin festgelegten Sinne, zeichnen

sich durch die Aufteilung ihrer Grundlage zwischen der Tatbestandsmäßigkeit und der Ungesetzlichkeit aus. Das bedeutet, dass derjenige, der den Tatbestand erfüllt (im hier vorliegenden Fall „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“), bereits ungesetzlich handelt – zumindest mit formaler Ungesetzlichkeit – denn durch die Kenntnis dieses Umstandes weiß die Person mit logischer Gewissheit um ihr unvorschriftsmäßiges Handeln. Da der Konflikt zwischen der Ehre und der Informationsfreiheit mit der Tatbestandsmäßigkeit durch die Ungesetzlichkeit von Beleidigung und Verleumdung gelöst wurde, bleibt nun nur noch die globale Bewertung des von der Person erfüllten Tatbestandes zu prüfen, um festzustellen, ob ein Verbotsirrtum vorliegt.

Abschließend ist auch der rechtliche Charakter der Einrichtung des Wahrheitsbeweises bzw. der *exceptio veritatis* gemäß der Einordnung der Klausel „mit Kenntnis ihrer Falschheit oder mit leichtfertiger Missachtung der Wahrheit“ als globales, dem subjektiven Tatbestand angehörendes Bewertungselement zu entscheiden. Aus dieser Perspektive wird durch den Wahrheitsbeweis der zur Last gelegten Tatsachen, dessen Wirksamkeit bei den Verleumdungen (Artikel 207) und bei den Beleidigungen - Anschuldigungen gegen öffentlichen Beamte - bezüglich in der Ausübung ihres Amtes geschehener Tatsachen, bzw. das Begehen von strafrechtlichen Vergehen oder Ordnungswidrigkeiten (Artikel 210) anerkannt wird, derjenige, der eine subjektiv unwahre oder falsche Anschuldigung, aber bezüglich objektiv wahren Tatsachen vornahm, vollständig von seiner Haftung entlastet. Die *exceptio veritatis* wirkt folglich wie ein materieller bzw. ein objektiver Schuldausschließungsgrund.

- Endgültige Schlussfolgerungen -

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: “Developments in the Law-Defamation”, *69 Harvard Law Review*, March, 1956.
- AA.VV.: *Sócrates y Platón. Vida, pensamiento y obra*, Planeta DeAgostini, España, 2007.
- AA.VV.: *Aristóteles. Vida, pensamiento y obra*, Planeta DeAgostini, España, 2007.
- AA.VV.: *DICCIONARIO DE USO DEL ESPAÑOL*, MARÍA MOLINER, edición abreviada, Gredos, Madrid, 2008, primer volumen (a-d).
- ABRAHAM, K. S.: *The Forms and Functions of Tort Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Foundation Press, New York, 2007.
- ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: “Los delitos de mera actividad”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10 (2<sup>a</sup> época, 2002).
- ACALE SÁNCHEZ, M<sup>a</sup>.: *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.
- ADDO, M. K.: *Freedom of Expression and the Criticism of Judges. A comparative study of European legal standards*, Ashgate, Burlington, 2000.
- ADKINS, A. W. H.: “Homeric goods and the values of Homeric society”, *Journal of Hellenic Studies*, 92 (1972).
- ADKINS, A. W. H.: “Homeric values and Homeric society”, *Journal of Hellenic Studies*, 91 (1971).
- AIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- AIRNS, D. L.: *Aidós. The Psychology and Ethics of Honour and Shame in Ancient Greek Literature*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. y MAGO BENDAHÁN, O.: “Reconocimiento constitucional de la dignidad, individualidad y derechos de la personalidad”, *Revista de Derecho Político*, 66 (2006).
- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A.: *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, Secretariado de Publicaciones, León, 1996.
- ALEXY, R.: “La institucionalización de la razón” (traducción de SEOANE, J. A.), *Persona y Derecho*, 43 (2000).
- ALEXY, R.: “Justicia como corrección” (traducción de HAQUÍN, A. I.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003).
- ALEXY, R.: “¿Derechos humanos sin metafísica? (traducción de SODERO, E. R.)”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30 (2007).
- ALEXY, R.: “Los principales elementos de mi Filosofía del derecho” (traducción de OLIVES-LALANA, A. D.), *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32 (2009).
- ALMUIÑA FERNÁNDEZ, C. J.: “Sagasta ante la opinión pública española”, DELGADO IDARRETA, J. M. y OLLERO VALLÉS, J. L. (eds.): *El liberalismo europeo en la época de Sagasta*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 36 (Fasc/Mes 1, 1983).
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico material y bien jurídico procedimental... y discursivo”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTOS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal y Dignidad Humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 12 (2011).
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Bien jurídico penal: más allá del constitucionalismo de los derechos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIX (2009).
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Bases para la delimitación de los bienes jurídicos en la sociedad multicultural. (Lucha por el reconocimiento y bien jurídico penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, 18 (2012).
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Sentimientos y Derecho Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 116 (2012).
- ALONSO ÁLAMO, M.: “Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos. (Derecho Penal mínimo máximo)”, *Revista Penal*, 32 (julio, 2013).
- ALONSO ÁLAMO, M.: *Bien jurídico penal y derecho penal mínimo de los derechos humanos*, Ediciones Universidad de Valladolid, Valladolid, 2014.
- ALVARADO PLANAS, J.: “El Proyecto de Código Penal de 1884, de Silvela, y el Código Penal del Protectorado español de Marruecos”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 1 (1992) (en línea: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1992-1-911857FD&dsID=PDF>, 10/06/2011).
- ALVARADO PLANAS, J.: “La codificación penal en la España Isabelina: la influencia del código penal del Brasil en el código penal español de 1848”, AA.VV: *España en la época de la fundación de la Guardia Civil (V Seminario Duque de Ahumada)*, Ministerio de Educación, 1994.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Contribución al estudio sobre la aplicación del C.P de 1822”, *Cuadernos de Política Criminal*, 5 (1978).
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, 43 (1991).
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 1999.
- ÁLVAREZ VIZCAYA, M.: *Libertad de expresión y Principio de Autoridad: el delito de desacato*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.
- ÁLVAREZ-OSSORIO ALVARIÑO, A.: “El arte de medrar en la Corte: rey, nobleza y el código de honor”, CHACÓN JIMÉNEZ, F. y HERNÁNDEZ FRANCO, J. (eds.): *Familia, poderosos y oligarquías*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2001.
- AMELUNG, K.: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft : Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage ; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Athenäum-Verlag, Frankfurt am Main, 1972.
- AMELUNG, K.: “Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystem von Roxin”, SCHÜNEMANN, B. (herausgegeben): *Grundfragen des modernen Strarechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1984.
- AMELUNG, K.: “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- AMELUNG, K.: *Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrebegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- AMELUNG, K.: “El concepto de “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER. R., MARTÍN, Mª. y



- ORTIZ DE URBINA. I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- ANDERSON, D. A.: "Is Libel Law Worth Reforming?", SOLOSKI, J. y BEZANSON, R. P. (editors): *Reforming Libel Law*, The Guilford Press, New York, 1992.
- ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: "La libertad de expresión y los derechos al honor e intimidad en la jurisprudencia española y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", <http://portal.sre.gob.mx/pcd/h/libreria/libro9/06.pdf>.
- ANES, G.: *El Antiguo Régimen: los Borbones*, Historia de España Alfaguara IV, Alianza Editorial y Ediciones Alfaguara, Madrid, 1975.
- ANTEQUERA, J. M.: *La Codificación moderna en España*, Analecta, Pamplona, 2002.
- ANTOLISEI, F.: *L'offesa e il danno nel reato*, Instituto Italiano D'Arti Grafiche, Bergamo, 1930.
- ANTOLISEI, F.: *Manual de Derecho Penal. Parte General* (traducción directa del italiano por DEL ROSAL, J. y TORÍO LÓPEZ, A.), Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (U.T.E.H.A), Buenos Aires, 1960.
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, 8ª ed., Mialno, 1981.
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale (I)*, 15ª edizione, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 2008.
- ANTÓN ONECA, J.: "Los antecedentes del nuevo Código Penal", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 159 (1929).
- ANTÓN ONECA, J.: "El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XVIII, fasc. III, septiembre-diciembre (1945).
- ANTÓN ONECA, J.: "Historia del Código Penal de 1822", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XVIII, Fasc. II (mayo-agosto 1965).
- ANTÓN ONECA, J.: "El Código Penal de 1870", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXIII, Fasc. II, 1970.
- ANTÓN ONECA, J.: "Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXV, Fasc. II (1972).
- ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986.
- ARAGÓN REYES, M.: "El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información", *Revista jurídica de la Universidad Autónoma*, 1 (1990), p. 14; el mismo texto también está presente en MORODO LEONCIO, R y VEGA, P. (coords.): *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú* (vol. 3), Universidad Complutense, Madrid, 2001.
- ARDIA, D. S.: "Reputation in a Networked World: Revisiting the Social Foundations of Defamation Law", *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Summer, 2010.
- ARIAS GUILLÉN, F.: "Honor y guerra. La tensión entre la realidad bélica y el discurso ideológico en la crónica castellana de la primera mitad del siglo XIV", *Hispania. Revista Española de Historia*, 232 (mayo-agosto, 2009, vol. LXIX).
- ARISTÓTELES.: *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia* (introducción por LLEDÓ ÍNIGO, E. Traducción y notas por PALLÍ BONET, J.), Gredos, Madrid, 1985.
- ARISTÓTELES.: *Política* (edición Bilingüe y traducción de MARÍAS, J., y ARAÚJO, M. Introducción y notas por MARÍAS, J.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, C.: "Breve referencia al delito de difamación a propósito de su introducción en el Anteproyecto de Código Penal de 1992", AA.VV.: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- ARMENDÁRIZ LEÓN, M. C.: "El tipo del injusto en el delito de desacato", Tomo I, 2002 (en línea: <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/S/0/S0020201.pdf>)(10/05/2011).
- ARNIM, D.: *Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der*

- Grundrechtsarchitektur Europas*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006.
- ARROYO ZAPATERO, L.: “Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución”, *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, 1 (agosto, 1987).
- ARROYO ZAPATERO, L.: “Derecho penal económico y Constitución”, *Revista Penal*, 1 (1998).
- ARROYO ZAPATERO, I., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FERRÉ OLIVÉ, J. L., et. al: *Comentarios al Código Penal* (NIETO MARTÍN, A y PÉREZ CEPEDA, A. I., coord.), Iustel, Madrid, 2007.
- ASKAYAR, M.: *Die strafrechtsdogmatische Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu Art. Abs. 1 GG*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2010.
- ASÚA BATARRITA, A.: *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos penales españoles del siglo XIX*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1982.
- ASÚA BATARRITA, A.: “La tutela jurídica del honor. Consideraciones político criminales en relación a la L.O. 1/1982”, AA.VV.: *Estudios penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Servicio de Publicacións e Intercambio científico da Univesidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J.: “La regla del reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 16, 47 (mayo-agosto 1996).
- AUBERT, G.: *Des infractions à la loi sur la Presse en matière électorale*, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, París, 1899.
- AVERROES: *Exposición de la “República” de Platón* (traducción y estudio preliminar de CRUZ HERNÁNDEZ, M.), Tecnos, Madrid, 1986.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (mayo-agosto, 1987).
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: “¿Necesita el Derecho penal español un delito de indiscreción?”, *Poder Judicial*, 15 (septiembre, 1989).
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000.
- BADENHOP, J.: *Normtheoretische Grundlegn der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Nomos, Baden-bBden, 2010.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: “Protección del honor y de la intimidad”, COBO DEL ROSAL, M. (dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (coord.): *Comentarios a la Legislación Penal. Tomo I. Derecho Penal y Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.
- BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S. A., Madrid, 1989.
- BAKER, C. E.: “Autonomy and Hate Speech”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010.
- BALAGUER CALLEJÓN, M<sup>a</sup>. L.: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BALKER, W.: “Persönlichkeitschutz und Massenmedien im Licht der Grunfreiheiten und Menschenrechte”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005.
- BALTIN, M.: *Das Rechtsgut der Ehre und sein Schutz gegen üble Nachrede*, Buch und Werkdruckerei Phil. Baltin, Gevelsberg, 1917.
- BARATTA, A.: “Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica” (traducción de GARCÍA-MÉNDEZ, E. y SANDOVAL HUERTAS, E.), *Revista de Doctrina Penal*, año 8, 29 (1985).

- BARATTA, A.: "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale", *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-dicembre 1985).
- BARBERO SANTOS, M.: "Honor e Iniuria en el Derecho Romano", *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1972.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, M.: "Libertad de expresión: un derecho que no todos pueden ejercer del mismo modo", en: *La declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario* (BALADO, M. y GARCÍA REGEUIRO, J. A., dirs), Bosch, Barcelona, 1998.
- BARENDT, E.: *Freedom of Speech*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, New York, 2005.
- BARÓ PAZOS, J.: "Historiografía sobre la Codificación del Derecho Penal en el Siglo XIX", RUEDA HERNANZ, G. (editor): *Doce estudios de Historiografía Contemporánea*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria y Asamblea Regional de Cantabria, 1991, Madrid.
- BARRETT, D. A.: "Declaratory Judgments for Libel: A Better Alternative", *California Law Review*, May, 1986.
- BASTIDA FREIJEDO, F. J.: "La libertad de información en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- BEATO VÍBORA, M.: "La reforma de los delitos contra el honor: nueva configuración de los delitos de injuria y calumnia", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 12-13 (1994-1995).
- BEIGNIER, B.: *L'honneur et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1995.
- BEL MALLÉN, J. I.: "La libertad de expresión en los textos constitucionales españoles", *Documentación de las Ciencias de la Información*, 13 (1990) (en línea: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/inf/02104210/articulos/DCIN9090110023A.PDF>; 19/07/2011).
- BELEZA DOS SANTOS, J.: "Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúrias", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 92-93 (1959-61).
- BELLAGAMBA, F. y GUERRINI, R.: *Delitti contro l'onore*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010.
- BELLAH, R. N.: "The Meaning of Reputation in American Society", *California Law Review*, May, 1986.
- BELTJENS, G.: *Encyclopédie du Droit Criminel Belge. Premier Partie. Le Code Pénal et les Lios Pénales Spéciales*, Bruylant/Librairie a. Maresq, Ainé, Bruxelles/Praris, 1901.
- BENEYTEZ MERINO, L.: "Título XI. Delitos contra el honor", CONDEPUMPIDO FERREIRO, C. (dir.): *Código penal comentado: con concordancias y jurisprudencia, actualizado a la LO 5/2010 de 23 de junio de 2010 (Tomo I)*, Bosch, Barcelona, 2012.
- BENITO FRAILE, E.: "Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822", *Foro, Nueva época*, 8 (2008).
- BENNASSAR, B.: *Inquisición española: poder político y control social*, Crítica, Barcelona, 1981.
- BENTHAM, J.: *Tratados de Legislación civil y penal* (edición reparada por RODRÍGUEZ GIL, M.), Editora Nacional, Madrid, 1981.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Revisión del contenido del bien jurídico honor", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico penal", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 44 (Fasc/Mes 2, 1991).
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Introducción al debate jurídico sobre la libertad de prensa", BARBERO SANTOS, M. y DIEGO DÍAZ-

- SANTOS, M<sup>a</sup>. R. (coords.): *Criminalidad, medios de comunicación y proceso penal. VII jornadas Greco-latinas de Defensa Social*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., ARROYO ZAPATERO, L., FERRÉ OLIVÉ, J. C. et al.: *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2<sup>a</sup> edición adaptada a la reforma de 2010 del Código Penal, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2010.
- BERGER, J.: "On the Obsolescence of the Concept of Honor", HAUERWAR, S. y MacINTYRE, A. (eds.): *Revisions: Changing Perspectives in Moral Philosophy*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1983.
- BERKA, W.: *Medienfreiheit und Persönlichkeitschutz*, Springer-Verlag, Wien, 1982.
- BERLIN, I.: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1993.
- BERMEJO CABRERO, J. L.: "Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822", *Anuario de Historia del Derecho*, Tomo XLVI (1996).
- BERNAL DEL CASTILLO, J.: *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994.
- BERNSDORFF, N.: "Artikel 11. Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit", MEYER, J. (hrgs.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- BEZANSON, R. P., CRANBERG, G. y SOLOSKI, J.: *Libel Law and The Press. Myth and Reality*, Free Press, New York, 1987.
- BICKERT, A.: *Objekt der Beleidigung*, Buchdruckerei L. Beller, Franfenthal, 1908.
- BICO, F. y SORGATO, A.: *Diffamazione. Aspetti pratici e nuove problematiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.
- BINDING, K.: *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1892.
- BINDING, K.: *Lehrbuch des Gemein Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil (Erster Band)*, 2. Auflage, Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902, Freiburg i. Br., 1902.
- BINDING, K.: *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, Bd. I, reimpresión de la 4<sup>a</sup> ed., Scientia Verlag, Aalen, 1965.
- BIRNBAUM, J. M. F.: "Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, zweites Stüd. (1834).
- BISORI, L.: "I delitti contro l'onore", CADOPPI, A., CANESTRASI, S., PAPA, M.: *I reati contro la persona (II. Reati contro l'onore e la libertà individualae)*, Utet, Milano, 2006.
- BISORI, L.: "I delitti contro l'onore (artt. 594-599)", CADOPPI, A., CANESTRASI, S., MANNA, A. et al.: *Trattato di Diritto Penale. Parte Speciale (vol. VIII: I Delitti contro l'onore e la libertà individualle)*, Utet, Milano, 2010.
- BLANCO LOZANO, C.: *Tratado de Política Criminal. Tomo II. La política criminal aplicada*, Bosch, Barcelona, 2007.
- BLECKMANN, A.: *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997.
- BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. et al.: *Droit de la presse*, Licet, París, 1990, Fasc. 120.
- BOBBIO, N.: "Prólogo a la edición española", FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5<sup>a</sup> ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T. S.: *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- BOLEA BARDÓN, C.: "Título XI. Delitos contra el honor", CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (dirs.): *Comentarios al Código penal: reforma LO 5-2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- BOLLINGER, L. C.: *Uninhibited, Robust, and Wide-Open. A Free Press for New Century*, Oxford University Press, New York, 2010.
- BONESANA, C. (Marqués de BECCARIA): *Tratado de los delitos y*

- de las penas (precedido de un estudio previo sobre BECCARIA y su obra por CABANELLAS, G., y seguido del Tratado de las virtudes y de los premios escrito por DRAGONETI, J., para servir de continuación al Tratado de los delitos y de las penas)*, Heliasta, Buenos Aires, 1978.
- BONET I PÉREZ, J.: *El derecho a la información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), Barcelona, 1994.
- BORCIANI, A.: *Le offese all'onore. I reati di ingiuria e diffamazione nel diritto italiano*, 2ª edición, Utet, Torino, 1927.
- BOROWSKY, M.: "Artikel 52. Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze", MEYER, J. (hrgs.): *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- BRABO LIRA, B.: "Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio hasta Filipinas", *Revista de estudios Histórico-Jurídicos*, XXV (2004).
- BRABO LIRA, B.: "La fortuna del Código Penal de 1848. Historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 74 (2004).
- BRAVO BOSCH, M. J.: "Sobre el dolo y la culpa en la iniuria", *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 11 (2007).
- BRAVO BOSCH, M. J.: *La injuria verbal colectiva*, Dykinson, Madrid, 2007.
- BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RORÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012.
- BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: "Diffamation, calomnie, divulgation mechante", BRUNET, E., SERVAIS, J. y RESTEAU, Ch.: *Répertoire pratique du Droit Belge. Législation, Doctrine et Jurisprudence* (t. III), Brylant/Librairie Générale de Droit, Bruxelles/París, 1949.
- BUENO ARÚS, F.: "La reforma del Código Penal español, de 1963", *Revista de estudios Penitenciarios*, 162, (julio-septiembre, 1963).
- BÚRCA, G.: "Human Rights: The Charter and Beyond", *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001 ([http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013601-02.html#P13\\_754](http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/01/013601-02.html#P13_754)).
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Ariel, Barcelona, 1986.
- BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. J. y HORMAZÁBEL MALARÉE, H.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Trotta, Madrid, 2006.
- CALDERÓN MADRIGAL, S.: *Cuestiones sobre el honor. El honor militar y su reflejo en los textos histórico/jurídicos de Roma, la edad media y el antiguo régimen españoles*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2002.
- CALLAHAN, W. J.: *Honor, commerce and industry in eighteenth-century Spain*, Harvard Graduate School of Business Administration Soldiers Field, Boston, 1972.
- CALLEJO, J.: "El instituto sociológico de la opinión pública", TORRES DEL MORAL, A., (dir.): *Libertades Informativas*, Colex, Madrid, 2009.
- CALLEJÓN CARRIÓN, S.: *El derecho al honor: el honor como objeto del proceso civil de amparo especial*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Barcelona, .
- CALLENDER SMITH, R.: *Press Law*, Sweet & Maxwell, London, 1978.
- CALVERT, C.: "Harm to Reputation: an Interdisciplinary Approach to the Impact of Denial of Defamatory Allegations", *Pacific Law Journal*, July, 1995.
- CAMPOS PAVÓN, D.: "La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas", *La ley*, 4 (1996).
- CANDIL JIMÉNEZ, F.: "Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código Penal de 1848", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXVIII, Fasc. III, septiembre-diciembre (1975).
- CANDIL JIMÉNEZ, F.: "Manuel Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 34 (1981).

- CANDIL JIMÉNEZ, F.: “Algunos datos sobre el pensamiento y actividad política de Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865)”, ARROYO ZAPATERO, L., BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., (coords.) y NIETO MARTÍN, A. (dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “in memoriam*, Universidad de Salamanca y Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación de Derecho Penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 27 (1996).
- CARBONELL MATEU, J. C.: “Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, CARBONELL MATEU, J. C. (coord.), GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), ORTS BERENGUER, E. (coord.), *et al: Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- CARDENAL MURILLO, A. y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L.: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993.
- CAREY, P. y VEROW, R.: *Media and Entertainment Law*, College of Law Publishing, Guildford, 2005.
- CARMONA SALGADO, C.: “El significado personalista del honor en la Constitución y su relación con algunos delitos del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 41 (1990).
- CARMONA SALGADO, C.: “Los delitos de expresión ante la reforma del proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1992”, AA.VV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, COBO DEL ROSAL, M. (coord.): *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2004.
- CARMONA SALGADO, C.: “Delitos contra el honor”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- CARMONA SALGADO, C.: *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CARNELUTTI, F.: *Il danno e il reato*, Casa Editrice=Dott. ANtolino Milani, Padova, 1926.
- CARO BAROJA, J.: “Honor y vergüenza”, PERISTIANY, J. G.: *El concepto de honor en la sociedad mediterránea*, Labor, Barcelona, 1968.
- CARO BAROJA, J.: *Inquisición, brujería y criptojudasismo*, Ariel, Barcelona, 1970.
- CARRARA, F.: *Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte Speciale (vol. III)*, Lucca, Tipografia di B. Canovetti, 1880.
- CARRASCO MARTÍNEZ, A.: *Sangre, honor y privilegio. La nobleza española bajo los Austrias*, Ariel, Barcelona, 2000.
- CARRILLO LÓPEZ, M.: “Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor (I)”, *Derecho Privado y Constitución*, 10 (septiembre-diciembre, 1996).
- CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario*, 9, 2001.
- CARRIÓN MORILLO, D.: “El Honor, y su relación con la virtud, en el pensamiento de Tocqueville”, *Revista telemática de Filosofía del Derecho*, 11 (2007/2008).
- CASABÓ RUIZ, J. R.: “Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fasc. II (mayo-agosto 1969).
- CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1830. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1974.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz de*

- Andino. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Criminal de 1834. Estudio Preliminar y edición*, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de la F.E.T y de las J.O.N.S. estudio preliminar y edición*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: *El Proyecto de Código Penal de 1939. Estudio preliminar y edición*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Murcia, Murcia, 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R.: “La aplicación del Código Penal de 1822”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXII, Fasc. II (mayo-agosto 1979).
- CASACUBERTA, D. y SENEGES, M.: “Do we need new rights in Cyberspace? Discussing the case of how to define on-line privacy in an Internet Bill of Rights”, *Enrahonar*, 40/41 (2008).
- CASAS BAAMONDE, M. E.: “De los derechos y deberes fundamentales”, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008.
- CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Teoría general de los llamados derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952 (julio-agosto).
- CASTEJÓN, F.: *Derecho Penal (tomo I). Criminología General y especial*, Reus, Madrid, 1931.
- CASTEJÓN, F.: *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1946.
- CASTEJÓN, F.: “Apuntes de Historia política y legislativa del Código Penal de 1848”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 153 (1953).
- CASTEJÓN, F.: “Las ideas penales en la época del Código Penal de 1870”, AA.VV: *Conmemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1970.
- CASTIÑEIRA PALAU, M<sup>a</sup>. T.: “Delitos contra el honor”, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dir.) y RAGUÉZ i VALLÉS, R. (coord.): *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Atelier, Barcelona, 2009.
- CASTIÑERA PALAU, M<sup>a</sup>. T.: “Delitos contra el honor”, SILVA SÁNCHEZ, J-M<sup>a</sup>.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, 2<sup>a</sup> edición, Atelier, Barcelona, 2009.
- CASTRO, A.: “Algunas observaciones acerca del concepto de honor en los siglos XVI y XVII”, *Revista de Filología española*, tomo III, cuaderno 1<sup>o</sup> (enero-marzo 1916).
- CASTRO, A.: “Español”, *palabra extranjera: razones y motivos*, Taurus Ediciones, 1970.
- CASTRO, A.: *La realidad histórica de España*, Editorial Porrúa, México, 1971.
- CATALÁ I BLAS, A.: “El derecho al honor en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial*, 62, 2001.
- CATALÁ I BLAS, A.: *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2001.
- CATASTINI, F.: *Della consumazione dei delitti mediante la scrittura*, Tip. Dell’Ancora di G. Bargellini, Siena, 1883.
- CEREZO MIR, J.: “Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal”, en AA.VV: *La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980.

- CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho Penal Español. Parte General. II Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2002.
- CEREZO MIR, J.: “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, *Revista de derecho penal y criminología*, 10 (2ª época, 2002).
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Introducción, I*, 6ª ed, Tecnos, Madrid, 2005.
- CHAFEE, Z. Jr.: “Freedom of Speech in War Time”, *Harvard Law Review*, 32 (June, 1919).
- CHAUCHADIS, C.: “Las denuncias de la ley del duelo en El postrer duelo de España: *nuevo examen*”, CANAVAGGIO, J. (editor): *La Comedia*, Colección de la Casa de Velázquez, Madrid, 48 (1975).
- CHAUCHADIS, C.: “Libro y leyes del duelo en el Siglo de Oro”, *Criticón*, 39 (1987).
- CHAVANNE, A.: “Diffamations et injures spéciales”, BLIN, H., CHAVANNE, A., DRAGO, R. et. al.: *Droit de la presse*, Licet, 1990.
- CHISLETT, W.: *La prensa extranjera durante la Transición española, 1974-1978. Un relato personal (Documento de Trabajo número 2)*, Fundación Transición Española, Madrid, 2011 (en línea: <http://www.transicion.org/90publicaciones/DocumentoTrabajo2.pdf>; 19/07/2011).
- CICERÓN, M. T.: *Del Supremo Bien y del Supremo Mal* (introducción, traducción y notas HERRERO LLORENTE, V.-J.), Gredos, Madrid, 1987.
- CICERÓN, M. T.: *Sobre los deberes* (estudio preliminar, traducción y notas de GUILLÉN CABAÑERO, J.), Tecnos, Madrid, 1989.
- CIVELLO, G.: *Il concetto penalistico di “onore”: per una concezione «relazionale» del bene giuridico tutelato*, <http://paduaresearch.cab.unipd.it/1834/1/CIVELLO.PDF>.
- CLAVERIA GOSÁLBEZ, L-H.: “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, AA.VV: *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984.
- CLAYTON, R. y TOMLINSON, H.: *The Law of Human Rights (volumen I)*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2009,.
- CLEMENTE PICÓN, A.: “Los delitos de injurias y calumnias. La protección del honor, la intimidad y la propia imagen”, *Revista técnico-laboral*, 117 (2008).
- CLEMENTS, L.: *European Human Rights. Taking a case under the Convention*, Sweet & Maxwell, 1994.
- CLIMENT DURÁN, C.: *Código Penal. Jurisprudencia sistematizada*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- COBO DEL ROSAL, M.: “Introducción”, COBO DEL ROSAL, M. y BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Comentarios a la Legislación Penal. La reforma del Código Penal de 1983 (Libro I del Código Penal)*, Tomo V-vol. 1º, Edersa, Madrid, 1983.
- COLLICA, M. T.: “L’exceptio veritatis”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l’onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- COLLICA, M. T.: “L’inguiria: elementi costitutivi e forme di manifestazione”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l’onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- COLLINS, M.: *The Law of Defamation and the Internet*, 3ª edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- COLLINS, R. K. L. y CHALTAN, S.: *We Must Not Be Afraid to Be Free. Stories of Free Expression in America*, Oxford University Press, New York, 2011.
- CONSTANT, J.: *Manuel de Droit Pénal (Deuxième Partie. T. II. Les Infractions)*, Imp. Des Invalides, Liège, 1954.
- CONSTANTINESCO, V.: “La Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Una visión desde Francia”, *Anuario de Derechos Humanos*, 2001.
- CONTAMINE, P.: *La guerra en la Edad Media*, Nueva Clío, Editorial Labor, Barcelona, 1984.
- CONTE, Ph.: *Droit pénal spécial*, 2ª édition, Lexis Nexis, París, 2005.



- CONTRERAS, F. J.: “Derechos colectivos, libertad individual y mitología multiculturalista en Will Kymlicka”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- CONTRERAS NAVIDAD, S.: *La Protección del Honor, la Intimidad y la Propia Imagen en Internet*, Aranzadi, Navarra, 2012.
- COOK, G. C.: “Reconciling The First Amendment With The Individual’s Reputation: The Declaratory Judgment as an option for Libel Suits”, *Dickinson Law Review*, Winter, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M.: “Crisis de las garantías constitucionales a partir de las reformas penales y de su interpretación por los tribunales”, MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.)/HORTAL IBARRA, J. C. (coord.): *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- CÓRDOBA RODA, J.: “Valoración crítica”, AA.VV: *El Proyecto de Código Penal*, Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona, 1980.
- CORREA MÚJICA, M.: “El campesinado y el concepto del honor en El alcalde de Zalamea de Pedro Calderón de la Barca”, <http://www.letralia.com/70/en02-070.htm> (11/02/2011).
- CORREA, G.: “El doble aspecto de la honra en el teatro del siglo XVII”, *Hispanic Review*, vol. XXVI (1958).
- COSTA, J. P.: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Persona y Derecho*, 44, 2001.
- COUNCIL OF EUROPE (DIRECTION GÉNÉRALE DE DROITS DE L’HOMME): *La liberté d’expression en Europe. La jurisprudence relative à l’article 10 de la Convention européenne des Droits de l’ Homme. Dossiers sur les droits de l’homme, n° 18 (révisé)*, Editions du Conseil de l’Europe, Strasbourg, 2002.
- COURTNEY C., NEWELL D. y RASAIAH, S.: *The Law of Journalism*, Butterworths, London/Edinburgh, 1995.
- CRIPPS, Y.: *The Legal Implications of Disclosure in the Public Interest*, 2<sup>nd</sup> edition, Sweet & Maxwell, London, 1994.
- CRUZ VILLALÓN, P.: “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 25 (enero-abril, 1989).
- CRUZ VILLALÓN, P.: “Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35 (1992).
- CRUZ VILLALÓN, P.: “Impulse aus der spanischen Verfassungstradition für den europäischen Grundrechtsschutz”, TETTINGER, J y STERN, K. (hrgs.): *Europäische Grundrechte-Charta*, C.H.Beck, München, 2006.
- CRUZ, A. J.: “Corazón alarbe: los moriscos, el código de honor y la crítica de la guerra en Amar después de la muerte”, ARELLANO AYUSO, I.: *Homenaje a Kurt Reichenberger en su 80 cumpleaños. Actas del Congreso Internacional, IV Centenario del nacimiento de Calderón (vol. II)*, Universidad de Navarra, Edition Reichenberger, Kassel, 2002. CUELLO CALÓN, E.: *El nuevo Código Penal español (exposición y comentario, vol. I)*, Bosch, Barcelona, 1929.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General (tomo I)*, 5ª ed., Bosch, Barcelona, 1940.
- CUELLO CALÓN, E.: *La reforma penal en España. Discurso de recepción del Académico de número D. Eugenio Cuello Calón y contestación del académico de número Excmo. Sr. D. Eloy Montero Gutiérrez*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1946.
- CUELLO CALÓN, E.: *Código Penal y Leyes Penales Especiales*, Bosch, Barcelona, 1963.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Parte General (Tomo I. Volumen I)*, 18ª ed. (revisado y puesto al día por CAMARGO HERNÁNDEZ, C.) Bosch, Barcelona, 1980.
- CUELLO CALÓN, E.: *Derecho Penal. Tomo II. Parte especial (volumen segundo)*, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- CUELLO CONTRERAS, J.: “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822”, *Anuario de Derecho*

- Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, Fasc. I (enero-abril 1977).
- CUELLO CONTRERAS, J.: “Fundamentos para un sistema lógico-funcional de derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 8 (2006).
- CULTRERA, S.: *Diffamazione, Internet e libertà di stampa*, Halley Editrice, Matelica, 2006.
- DAVARA TORREGO, F. J.: “Los periódicos españoles en el tardo Franquismo. Consecuencias de la nueva ley de prensa”, *Revista de Comunicación y Hombre*, 1 (2005).
- DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen XXII, 4 (1959).
- DE CASTRO Y OROZCO, J., y ÓRTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código Penal reformado, con el texto ajustado a la nueva edición oficial y con anotaciones y observaciones sobre las reformas y sus motivos*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1850.
- DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, A. Guiffré, Milán, 1959.
- DE LA MAZA SAMHABER, L.M.: “Actualizaciones del concepto hegeliano de reconocimiento”, *Veritas*, 23 (septiembre, 2010).
- DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “La(s) Sociedad(es) Multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, VI (2001).
- DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Otra vez sobre el imperativo de universalidad de los derechos humanos y el pluralismo cultural”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 5 (2002).
- DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Sobre el papel del Derecho y el Contrato Político en el Proyecto Multicultural”, *Isonimia*, 19 (octubre 2003).
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “Sobre reconocimiento, derechos y Democracia”, AA.VV.: *Teoría de la Justicia y Derechos Fundamentales. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* (volumen III), Dykinson, Madrid, 2008.
- DE LUCAS MARTÍN, J.: “La democracia pluralista. ¿Redefinir el pluralismo?”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- DE LUCAS MARTÍN, J. F.: “Dignidad y naturaleza humana. “Alles et retours” del discurso iusnaturalista”, *Mètode*, 67 (otoño 2010).
- DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: *Derecho Penal. Parte General*, 1ª ed., Reus, Madrid, 1940.
- DE PABLO SERRANO, A.: “El bien jurídico y otros problemas del delito de negación y justificación del genocidio (art. 607.2 CP). “Crónica de una muerte anunciada”, ANITUA, G. I., SKULJ, A. I., RAMOS VÁZQUEZ, J. A. y ZAPICO BARBEITO, M. (coords.): *Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro*, Fabián J. Di Plácido, Buenos Aires, 2012.
- DE PABLO SERRANO, A.: “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos [art. 9.2.d) de la LO 1/1982]. El último ataque contra la invisible frontera entre el derecho penal y el derecho civil”, GÓMEZ TOMILLO, M.: dir.): *Límites entre el Derecho sancionatorio y el Derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, Valladolid, 2012.
- DE PABLO SERRANO, A.: “La protección del derecho al honor: entre los *punitive damages* del *Common law* y el comiso. Consideraciones político-criminales en torno a la reforma del art. 9.2.d) de la LO 1/1982”, PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la*

- información y de la comunicación en las modernas ciencias penales*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2012.
- DE SIMONE, G. y DE FRANCESCO, S.: “Die Rolle der Ehre im Strafrecht in Italien”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlín/Freiburg i. Br., 2007.
- DE VIZMANOS, T. M. y ÁLAVREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal (tomo II)*, Establecimiento tipográfico de J. González y A. Vicente, Madrid, 1848.
- DEL MORAL GARCÍA, A.: “Novedades del Código Penal de 1995 en la regulación de los delitos de injuria y calumnia”, en AA.VV: *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- DEL MORAL GARCÍA, A.: *Reparación del honor lesionado (abusos déficits y excesos: confusionismo y promiscuidad en la tutela de un derecho fundamental)*, Comares, Granada, 2010.
- DEL ROSAL, J.: *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones. Tomo I)*, Imprenta y Librería Casa Martín, Valladolid, 1945.
- DEL ROSAL, J.: “Ideas histórico-dogmáticas del Código Penal de 1944 (Doctrina general y especial)”, *Información Jurídica*, 54 noviembre (1947).
- DEL ROSAL, J.: “De las injurias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo VI/Fasc. I (enero-abril, 1953).
- DEL ROSAL, J.: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2ª ed., Imprenta de la Exma. Diputación de Valladolid, Valladolid, 1953.
- DEL ROSAL, J., COBO, M., MOURULLO, G. R., et al.: *Código Penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Imprenta Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1964.
- DEL ROSAL, J.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General (vol. I)*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1969.
- DEL ROSAL, J.: “La palabra y la expresión en el Código Penal de 1870”, AA.VV: *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1970.
- DENNINGER, E. y GRIMM, D.: *Derecho constitucional para la sociedad multicultural* (edición y traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.), Trotta, Madrid, 2007.
- DEYERMOND, A. D.: *Historia de la literatura española. La Edad Media*, Ariel, Barcelona, 1976.
- DIAMOND, J. L., LEVINE, L. C. y STUART MADDEN, M.: *Understanding Torts*, Matthew Bender & Co., Inc, New York, 1996.
- DÍAZ CREGO, M.: “El triple origen de la parte dogmática de la Constitución Europea”, [http://www.unizar.es/union\\_europea/files/La%20parte%20dogm%20El%20de%20la%20Constituci%20Europea.pdf](http://www.unizar.es/union_europea/files/La%20parte%20dogm%20El%20de%20la%20Constituci%20Europea.pdf).
- DÍAZ LEMA, J.M.: “¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?”, *Revista de Administración Pública*, 120 (septiembre-diciembre, 1989).
- DÍAZ PALOS, F.: “Calumnia”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, Seix, Barcelona, 1951.
- DÍAZ PALOS, F.: “Injurias”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, XII, Seix, Barcelona, 1965.
- DÍEZ ECHARRI, D. E.: “Un nuevo sistema dentro del régimen Penitenciario: La Redención de las Penas por el Trabajo”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1, abril (1945).
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Trotta, Madrid, 2003.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *Derecho Penal Español. Parte General en esquemas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: *La categoría de la antijuridicidad en el Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial IBdef, Buenos Aires, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, L. Mª.: *Sistema de derecho fundamentales*, 3ª ed., Civitas, Navarra, 2008.
- DOBBS, D. B.: *The Law of Torts*, West Group, Minnesota, 2000.

- DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: *The Law of Torts. Practitioner Treatise Series (volume 1)*, 2<sup>nd</sup> edition, Minnesota, West, 2011.
- DOBBS, D. B., HAYDEN, P. T. y BUBLICK, E. M.: “§ 531. Defaming the plaintiff by defaming a group”, *Dobb’s Law of Torts*, 2012 (August).
- DOMINGO, T.: *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ DE PAZ, E.: “Sobre la honra y la soledad en A secreto agravio, secreta venganza de Calderón”, ARELLANO AYUSO, I.: *Homenaje a Kurt Reichenberger en su 80 cumpleaños. Actas del Congreso Internacional, IV Centenario del nacimiento de Calderón (vol. II)*, Universidad de Navarra, Edition Reichenberger, Kassel, 2002.
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: *Sociedad y Estado en el siglo XVIII español*, Ariel, Barcelona, 1976.
- DONINI, M.: “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa” (traducido por RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), *Revista General de Derecho Penal*, 13 (2010).
- DOMÍNGUEZ ORTIZ, A.: “Trasformaciones sociales”, DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., PESET, J. L., PESET, M. y SOLANO, F.: “Esplendor y decadencia. De Felipe III a Carlos II”, *Historia 16*, año IV, extra XIX, 1981.
- DONINI, M.: “Prólogo a la traducción al castellano”, BRICOLA, F.: *Teoría General del Delito* (traducción de RESTREPO RODRÍGUEZ, D.), BdeF, Buenos Aires, 2012.
- DONINI, M.: “Un Derecho Penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana” (traducido por MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C.), *Revista Penal*, julio-2001.
- DÖRR, D.: “Informationsfreiheit”, MERTEN, D. y PAPIER, H.-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- DOUCET, J.-P.: *La protection de la personne humaine*, 3<sup>a</sup> edition, Ed. Gazette du Palais, Paris, 1999.
- DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, J.: “Droits de l’homme. La Charte des droits fondamentaux et au delà”, *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001.
- DWORKIN, R.: *Freedom’s law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2000. (DWORKIN, R.: *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003).
- ECHARRI CASI, F. J.: “Derecho al honor «versus» libertad de expresión e información. A propósito del juicio de ponderación”, *La Ley*, 2989/2013.
- EDITORIAL COMMENTS: “The EU Charter of Fundamental Rights still under discussion”, *Common Market Law Review*, vol. 38, 1, 2001.
- EINTER, T.: “Die Rolle der Ehre im Strafrecht in Deutschland”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlin/Freiburg i. Br., 2007.
- EISLER, F.: *Rechtsgut und Erfolg bei Beleidigung und Kreditgefährdung*, Schletter’sche Buchhandlung, Breslau, 1911.
- EISNER, C.: *Die Schrankenregelung der Grundrechtecharta der Europäischen Union. Gefahr oder Fortschritt für den Grundrechtsschutz in Europa?*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- ELDER, D. A.: *Defamation: a lawyer’s guide*, Thomson Reuters, Minnesota, 2012.
- EMANUELE, P. P.: *Il delitto di calunnia*, Aiello & Martino Editori, Calabria, 2011.
- EMERSON, T. I.: *Toward a General Theory of the First Amendment*, Random House, New York, 1963.

- ENGELHARD, E.: *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1921.
- ENGISCH, K.: “Bermeking über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff”, WARDA/WAIDER/von HIPPEL *et al.* (Hrsg.): *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.
- ESCUADERO ALDAY, R.: “Los derechos colectivos. Frente al disparate y la barbarie”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- ESCUTIA ROMERO, R.: “Consideraciones entorno a la difamación escrita en Derecho Romano”, *Revista de Derecho UNED*, 4 (2009).
- ESER, A.: “Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, 18 (1998).
- ESPIGARES PINILLA, A.: “La cuestión del Honor y de la Gloria en el humanismo del siglo XVI a través del estudio del “Gonsalus” de Ginés de Sepúlveda y del “De Honore” de Fox Morcillo”, <http://eprints.ucm.es/tesis/19911996/H/3/H3040401.pdf> (7-02-2011).
- ESSLINGER, L.: *Das Schuldmoment bei der Üblen Nachrede*, C. J. Beckers Universitäts-BUchdruckerei, Würzburg, 1905.
- ESTRADA ALONSO, E.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, *Poder Judicial*, nº especial XIII (Jornadas nacionales sobre libertad de expresión y medios de comunicación), 1990.
- FABRIZY, E. E.: *Strafgesetzbuch. StGB samt ausgewählten Nebengesetzen*, 10 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2010.
- FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal da Comunicação. Alguns escritos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- FARIA COSTA, J.: “Capítulo VI. Dos crimes contra a honra”, FIGUEIREDO DIAS, J.: *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial. Tomo I. Artigos 131º a 201º*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- FARIA COSTA, J. F.: *Direito Penal Especial. Contributo a uma sistematização dos problemas “especiais” da Parte Especial*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- FAURE, M. y MASSET, A.: “Atteintes a l’honneur ou à la consideration des personnes”, GORLE, F., DE NAUW. A y BODSON, P.L.: *Qualifications et jurisprudence penales*, Bruges, La Chartre, 2007.
- FAVOREU, L.: “La protection constitutionnelle de la liberté de la presse”, AA.VV. (Université de Droit, d’Économie et des Sciences d’Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l’Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994.
- FECHNER, N.: *Wahrung der Intimität? Grenzen des Persönlichkeitsrechtsschutzes für Prominente*, Peter Landg, Frankfurt am Main, 2010.
- FELIU REY, M. I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNANDES DE OLIVERIA MENDES, A. J.: *O direito á honra e a sua tutela penal*, Almedina, Coimbra, 1996.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A.: “El daño moral en los delitos contra el honor”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LIV (1967).
- FERNÁNDEZ BARRUTIA, J.: *Datos prácticos sobre el Código Penal de 1944. Exposición y breve comentario de las reformas del cuerpo legal no aludidas en su preámbulo. Cuadro de correspondencia de su articulado. Esquema comparativo de penalidad*, Imprenta Viuda del Juan Pueyo, Madrid, 1945.
- FERNÁNDEZ PALMA, R.: *El delito de injuria*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- FERNÁNDEZ PALMA, M. R.: “Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El nuevo Derecho Penal español. Estudios en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- FERNÁNDEZ PINÓS, J. E. y FRUTOS GÓMEZ, C.: *Delitos contra el honor*.

- Delitos contra las relaciones, derechos y obligaciones familiares*, Bosch, Barcelona, 1998.
- FERNÁNDEZ PRIETO, M.: *La difamación en el Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 39 (1993).
- FERRAJOLI, L.: “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, anno III, 3 (settembre-diciembre 1985).
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, L.: *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Gius. Laterza & Figli Spa, Roma, 2007.
- FERRAJOLI, L.: *Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 122 (mayo-agosto 2012).
- FERRER RIBA, J.: “Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor”, *Revista jurídica de Catalunya*, 3 (1996).
- FIANDACA, G. y MUSCO, E.: *Diritto Penale. Parte speciale. Volumen II, tomo primero: I delitti contro la persona*, 3ª edición, Zanichelli Editore, Bologna, 2011.
- FICHTE, J. G.: *Doctrina de la Ciencia* (traducción de CRUZ CRUZ, J.), Biblioteca Filosófica Aguilar, Buenos Aires, 1975.
- FICHTE, J. G.: *Fundamento del derecho natural: según los principios de la doctrina de la ciencia* (estudio introductorio de VILLACAÑAS BERLANGA, J.; traducción de BERLANGA, J. L., RAMOS VARELA, M., ONCINA COVES, F. et al), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- FIESTAS, A.: “Algo más sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822”, *Revista de Historia del Derecho*, II, I (1977-1978).
- FIGUEIREDO DIAS, J.: “Direito de informação e tutela da honra no Direito Penal da Imprensa Português”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 115 (1983).
- FILANGIERI, G.: *Scienza della Legislazione. Tomo VII* (escrita en italiano por Cayetano Filangieri; y traducida al castellano por Jaime Rubio), 3ª ed., Imprenta de Núñez, Madrid, 1822; en línea: [http://156.35.33.113/derechoConstitucional/pdf/espana\\_siglo19/ciencia\\_legislacion\\_7/ciencia\\_legislacion\\_7.pdf](http://156.35.33.113/derechoConstitucional/pdf/espana_siglo19/ciencia_legislacion_7/ciencia_legislacion_7.pdf), (17/05/2011).
- FISCHER, T.: *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 59 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2012.
- FISS, O.: “Human Rights as Social Ideas”, GRAZÓN VALDÉZ, E., KRAWIETZ, W., HENRIK von RIGHT, G. et al. (eds.): *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997.
- FLEMING, J. G.: *The Law of Torts*, 6ª edition, The Law Book Company Limited, Sidney, 1983.
- FLORIAN, E.: *Inguiria e diffamazione. Sistema dei delitti contro l'onore secondo il código penale italiano*, 2ª edizione, Società Editrice Libreria, Milano, 1939.
- FOERSTNER, G.: *Kollektivbeleidigung, Volksverhetzung und “lex Tucholsky”. Eine Untersuchung zu Äußerungsdelikten und Meinungsfreiheit*, Berlin-Verl. Spitz, Berlín, 2002.
- FOLQUE FERREIRA, E. A.: “Liberdade de Criação Artística, Liberdade de Expressão e Sentimentos Religiosos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLII, nº 1 (2001).
- FONSECA MORILLO, F. J.: “La gestación y el contenido de la Carta de Niza”, MATIA PORTILLA, F. J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- FORNASARI, G.: “Conquiste e Sfide della Comparazione penalistica”, DOLCINI, E., y PALIERO, C. E.: *Studi in onore di Giorgio Marinucci. I. Teoria del Diritto Penale, Criminologia e Politica Criminale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2006.

- FORNASARI, G.: “Nuove riflessioni sulle categorie dogmatiche del diritto penale davanti alla sfida del multiculturalismo”, *La Magistratura* (2010).
- FOURQUIN, G.: *Los levantamientos populares en la Edad Media*, EDAF, Madrid, 1976.
- FRANK, R.: *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18 Auflage, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931.
- FRANK, W. F.: *The General Principles of English Law*, 3<sup>rd</sup> edition, George G. Harrap & Co. Ltd, London, 1964.
- FRANKENBERG, G.: “Teoría Crítica”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, 17 (2011).
- FRASER, N.: “Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, 8 (1996).
- FRASER, N.: “Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo: una respuesta a Judith Butler”, *New Left Review*, 2 (2000).
- FRASER, N. y HONNETH, A.: “Introducción. ¿Redistribución o reconocimiento?”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- FRASER, N.: “Una deformación que hace imposible el reconocimiento. Réplica a Axel Honneth”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- FRASER, N.: “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, FRASER, N. y HONNETH, A.: *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- FRASER, N.: *Escalas de Justicia* (traducción de MARTÍNEZ RIU, A.), Herder, Barcelona, 2008.
- FRASER, N.: “El feminismo, el capitalismo y la astucia de la Historia”, *New Left Review* 56 (march-april 2009).
- FRASER, N.: “La política feminista en la era del reconocimiento: un enfoque bidimensional de la justicia de género” (traducción de POSTIGO ASENJO, M.), *Arenal: Revista de historia de mujeres*, vol. 19, 2 (2012).
- FREEMAN, M.: “Are there collective Human Rights?”, *Political Studies*, XLIII (1995).
- FREIXES SANJUÁN, T.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 2003 (mayo-agosto).
- FUENTES OSORIO, J. L.: “El bien jurídico “honor”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LX (2007).
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 1994.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. (dir.): *Práctica jurisprudencial del Código Penal. Análisis temático y sistemático de Jurisprudencia Penal* (tomo II), Bosch, Barcelona, 2006.
- GARCÍA HERRERA, M.: “Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° Extra 2 (1979; ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978).
- GARCÍA MATA, F. y GUTIÉRREZ CELMA, G.: “Comentario a la STC 11.11.91”, *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*, Tomo XI-3° (1991).
- GARCÍA MORENO, M. E.: “Constitución y bien jurídico como límite al *Ius puniendi* del Estado”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 8 (2° semestre, 2006).
- GARCÍA RIVAS, N.: “Delitos contra el honor”, BOIX REIG, J. (dir.): *Derecho Penal. Parte Especial I*, Editorial Iustel, Madrid, 2012.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D. I.: *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Universidad de Sevilla (Secretariado de Publicaciones), 2001.
- GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L.: “Sobre el paternalismo”, GARCÍA SAN MIGUEL

- RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.
- GARCÍA SANZ, A.: *Desarrollo y crisis del Antiguo Régimen en Castilla la Vieja. Economía y Sociedad en tierras de Segovia. 1500-1814*, Akal, Madrid, 1977.
- GARCÍA VALDECASAS, A.: *El Hidalgo y el Honor*, Revista de Occidente, Madrid, 1958.
- GARCÍA VALDÉS, C.: *El Proyecto de nuevo Código Penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Estudios Penales*, Bosch Barcelona, 1984.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, AA.VV: *Libertad de Expresión y Derecho Penal*, Instituto de Criminología de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.
- GARÉ T.: *Le droit des personnes*, Dalloz, París, 1998.
- GARÓFALO, B., LEHR, E. y KIRCHHENHEIN.: *El Proyecto de Código Penal del Gabinete Liberal Conservador juzgado por los extranjeros. Juicios críticos de Garófalo, B., Lehr, E. y Kirchenhein*, Imprenta y Fundición de M. Tello, Madrid, 1887.
- GIL DOMÍNGUEZ, A.: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- GILLEN, C.: *Das Verhältnis von Ehren- und Privatsphärenschutz im Strafrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1999.
- GIL-ROBLES GIL-DELGADO, J. M. a.: “El derecho al honor en las personas jurídicas”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Contra el delito de difamación”, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos Penales*, Tecnos Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “La Reforma Penal. A) Contra el delito de difamación”, GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: “Presentación”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- GOLDEN, T. H. y VOGEL, S. B.: “United States”, GLASSER Jr., C.: *International Libel & Privacy Handbook. A Global Reference for Journalists, Publishers, Webmasters, and Lawyers*, 2<sup>nd</sup> edition, Boolmerg Press, New York, 2009.
- GÓMEZ BENÍTEZ, M.: “Sobre la teoría del “bien jurídico” (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 69 (1983).
- GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: “Prólogo”, MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GÓMEZ MONTORO. A. J.: “La titularidad de los derechos fundamentales por personas jurídicas”, AA.VV: *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- GÓMEZ PÉREZ, R.: *Historia básica de la Filosofía*, Magisterio, Madrid, 1985.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “La Sociedad de la Información en Europa (I)”, TORRES DEL MORAL, A., (dir.): *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “La responsabilidad civil derivada de los delitos de injuria y calumnia en el Código Penal de 1995”, *Actualidad Penal*, 23 (1997).
- GÓMEZ TOMILLO, M.: *Libertad de información y teoría de la codelinencia. la autoría y la participación en los delitos cometidos a través de los medios de comunicación de masas*, Comares, Granada, 1998.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos



- de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, CARBONELL MATEU, J. C., DEL ROSAL BLASCO, B., MORILLAS CUEVA, L., et al (coords.): *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GÓMEZ TOMILLO, M.: “Capítulo III. Disposiciones generales”, GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.): *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2011.
- GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E.: “La Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta: un modelo de autocensura”, *Dereito*, vol. 16, 1 (2007).
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor”, AA.VV: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L.: “El difícil equilibrio entre la libre circulación de mercancías y los derechos fundamentales en materia de libertad de expresión y de reunión: la sentencia Schmidberger”, en: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 227, 2003.
- GÖTTING H-P.: “Inhalt, Zweck und Rechtsnatur des Persönlichkeitsrechts”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- GOUNALAKIS, G. y RHODE, L.: *Persönlichkeitsschutz im Internet. Grundlagen und Online-Spezifika*, Verlag C. H. Beck, München, 2002.
- GOUNALAKIS, G. y RÖSLER, H.: *Ehre, Meinungs und Chancengleichheit im Kommunikationsprozeß*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- GOYET, F.: *Droit pénal spécial*, 8ª édition, Sirey, París, 1972.
- GRANADOS PÉREZ, C.: “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dir.): *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998.
- GREENAWALT, K.: *Speech, crime, and the uses of language*, New York, oxford, Oxford University Press, 1989.
- GREENAWALT, K.: *Fighting words. Individuals, communities, and liberties of speech*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1995.
- GREENWOOD, W. y WELSH, T.: *Essential Law for Journalists*, Butterworths, 12<sup>th</sup> edition, London/Edinburgh, 1992.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870 concordado y comentado (Tomo V)*, Esteban-Hermanos, Impresores, Salamanca, 1893.
- GUERRERO LEBRÁN, M.: *La injuria indirecta en el Derecho Romano*, Dykinson, Madrid, 2005.
- GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J.: *Honor y honra en la España del siglo XVIII*, Departamento de Historia Moderna, Facultad Geografía e Historia, Universidad Complutense, Madrid, 1981.
- GUILLÉN BERRENDERO, J. A.: “Juan Benito Guardiola: honor y nobleza en el siglo XVI: pervivencia y "mudanza" en los valores nobiliarios”, *BROCAR: cuaderno de investigación histórica*, 28 (2004).
- GULLO, A.: “Il bene giuridico onore come oggetto di tutela dei delitti di ingiuria e diffamazione”, COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- GULLO, A.: “Delitti contro l'onore”, VIGANÓ, F. y PIERGALLINI, C.: *Trattato teorico/practico di Diritto Penale. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011.
- GULLO, L.: *Il delitto di calunnia*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1946.

- GÜNTHER, H-L.: “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal (traducción de LUZÓN-PEÑA, D-M.), LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- GÜNTHER, K.: “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un cambio de paradigma” en el derecho penal?” (traducción de SILVA SÁNCHEZ, J. M.), AA.VV.: *La insostenible situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000.
- GUTIÉRREZ BENITO, E.: *La revolución Industrial. 1750-1850*, Historia del Mundo Contemporáneo, Akal, Madrid, 1984.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Honra y utilidad social. En torno a los conceptos de honor y honra”, GARCÍA LORENZO (dir.): *Calderón. Actas del Congreso Internacional sobre Calderón y el teatro español del Siglo de Oro (tomo II)*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1983.
- GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Los conversos y la limpieza de sangre en la España del siglo XVI”, *Boletín de la real Sociedad Económica Matrinense de Amigos del País*, 26 (1994).
- GUTIÉRREZ NIETO, J. I.: “Valores nobiliarios en España en la transición del s. XVI al XVII”, *Boletín de la real Sociedad Económica Matrinense de Amigos del País*, 28 (1994).
- HÄBERLE, P.: *La libertad fundamental en el Estado Constitucional* (edición a cargo de MONEREO PÉREZ, J. L.), Comares, Granada, 2003.
- HÄBERLE, P.: “Rectas y rodeos, caminos de ida y vuelta en la dogmática alemana de los derechos humanos -un esbozo-. La Programática de los Derechos Humanos” (traducción de LLOREDO ALIX, L.), CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 693.
- HÄBERLE, P. y LÓPEZ BOFILL, H.: *Poesía y derecho constitucional: Una conversación*, Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis, Barcelona, 2004.
- HABERMAS, J.: *Conciencia moral y acción comunicativa* (traducción de GARCÍA CORTARELO, R.), Edicions 62, Barcelona, 1985.
- HABERMAS, J.: *Teoría de la acción comunicativa. I Racionalidad de la acción y racionalización social* (versión castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Taurus Algafera, Madrid, 1988.
- HABERMAS, J.: *Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa* (traducción castellana de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Ediciones Episteme, Valencia, 1994.
- HABERMAS, J.: “Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State” (traducción de WEBER NICHOLSEN, S.), GUTMANN, A. (ed.): *Multiculturalism: examining the politics of recognition*, Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- HABERMAS, J.: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of law and Democracy* (traducción al inglés de REHG, W.), Massachusetts Institute of Technology Press, Massachusetts, 1996.
- HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (introducción y traducción, sobre la 4ª ed. revisada, de JIMÉNEZ REDONDO, M.), Trotta, Madrid, 1998.
- HABERMAS, J.: *La inclusión del otro. Estudios de Teoría Política* (traducción de VELASCO ARROYO, C. y VILAR ROCA, G.), Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.
- HABERMAS, J.: *Aclaraciones a la ética del discurso* (traducción de MARDOMINGO, J.), Trotta, 2000.
- HABERMAS, J.: *La ética del discurso y la cuestión de la verdad* (traducción de VILÁ VERNIS, R.), Paidós, Barcelona, 2003.

- HAFT, F.: *Strafrecht. Besonderer Teil II*, 8 Auflage, C. H. Beck, München, 2005.
- HAGER/ZÖCHABUER: *Persönlichkeitsschutz im Strafrecht und Medienrecht*, 4 Auflage, Verlag Medien und Recht, Wien, 2000.
- HAIDER, F.: *Die Ehre als Menschliches Problem*, Verlag Ferdinand Schöningh, Paderborn, 1972.
- HALKHOREE, P.: "Calderón de la Barca: El Alcalde de Zalamea", *Critical Guides to Spanish Texts*, Grant and Cutter Ltd, Londres, 1972.
- HALL, K.: "New York Times v. Sullivan: The Case and Its Times", AA.VV.: *Twenty-five Years After New York Times v. Sullivan*, Drake University, Constitutional Law Resource Center, Iowa, 1990.
- HAMMESFAHR, R. W. y NUGENT, L. S.: *Punitive Damages. A State-by-State Guide to Law and Practice, edition 2012-2013*, Thomson/West, Minnesota, 2012.
- HASSEMER, W.: *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1980.
- HASSEMER, W.: "Lineamientos de una teoría persona del bien jurídico", *Doctrina Penal*, 46/47 (abril-septiembre 1989).
- HASSEMER, W.: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F. y DÍAZ PITA, M<sup>a</sup>. M.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- HASSEMER, W.: "Los rostros del derecho penal" (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste* (2004).
- HASSEMER, W.: ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- HEFENDEHL, R.: "¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto" (traducción de SALAZAR ORTUÑO, E.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 4 (2002).
- HEFENDEHL, R.: "El bien jurídico como eje material de la norma penal" (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- HEFENDEHL, R.: "El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa" (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), GARCÍA VALDÉS, C., CUERDA REIZU, A., MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., et al. (coords.): *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (tomo I), Edisofer, Madrid, 2008.
- HEGEL, G. W. F.: *Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho* (traducción de VICENT, F. E. G.), Revista de Occidente, Madrid, 1933.
- HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología del Espíritu* (traducción de ROCES, W., con la colaboración de GUERRA, R.), Fondo de Cultura Económica, México, 1966.
- HEGEL, G. W. F.: *Escritos de Juventud* (edición, introducción y notas de RIPALDA, J. M<sup>a</sup>; traducción de SZANKAY, Z. y RIPALDA, J. M<sup>a</sup>), Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- HEGEL, G. W. F.: *El Sistema de la Eticidad* (edición preparada por NEGRO PAVÓN, D. y traducción de GONZÁLEZ-HONOTORIA, L.), Editora Nacional, Madrid, 1982.
- HEGEL, G. W. F.: *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (edición ILTING, K. H. y DÍAZ, C.), Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1993.
- HELDRIK, A.: "Persönlichkeitschutz und Pressefreiheit nach der Europäischen Menschenrechtskonvention", KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of*

- Personality Rights against Invasions by Mass Media*), SpringerWienNewYork, Wien, 2005.
- HERMIDA DEL LLANO, C.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *El honor, la intimidación y la propia imagen como derechos fundamentales. Su protección civil en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Colex, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ MARCOS, M.: “Las sombras de la tradición en el alba de la ilustración penalista en España. Manuel de Lardizábal y el proyecto de código criminal de 1787”, *Res Publica*, 22 (2009) (en línea: <http://saavedrafajardo.um.es/WEB/archivos/respublica/numeros/22/04.pdf>, 10/05/2011).
- HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.: “Axel Honneth: estaciones hacia una teoría crítica reconocitiva”, HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.: “Conversación con Axel Honneth”, HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- HEUCHEMER, M.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- HEYMAN, S. J.: “Hate Speech, Public Discourse, and the First Amendment”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010.
- HEYMAN, S. J.: “Righting the Balance: an Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression”, *Boston University Law Review*, December, 1998.
- HILGENDORF, E.: “Vorsätzliche Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts ‘Ehre’, §§185 ff.”, ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, Bielefeld, 2009.
- HILGENDORF, E.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, LAUFHÜTTE, H. W., RISSING-van SAAN, R. y TIEDEMANN, K. (Hrsg.): *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (Sechster Band, § 146 bis 210)*, 12 Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2010.
- HINOJOSA Y NAVEROS, E.: *El elemento germánico en el derecho español*, Marcial Pons, Clossas-Orcoyen, 2003.
- HIRSCH, H. J.: *Ehre und Beleidigung*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1967.
- HIRSCH, A.: “El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- HO YOUM, K.: “Actual Malice in U.S. Defamation Law: The Minority of One Doctrine in the World?”, *Journal of International Media & Entertainment Law*, 2011-2012.
- HÖCH, D.: “Ehrenschutz, Schutz vor Schmähkritik”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- HOEBEKE, S. y MOUFFE, B.: *Le Droit de la Presse. Presse écrite. Presse audiovisuelle. Presse électronique*, Academia Bruyillant, Louvain la Neuve, 2000.
- HOLOUBEK, M., KASSAI K. y TRAIMER, M.: *Grundzüge des Rechts der Massenmedien*, 4 Auflage, SpringerWienNewYork, Wien, 2010.
- HONNETH, A.: *La lucha por el reconocimiento, Por una gramática moral de los conflictos sociales* (traducción castellana de BALLESTERO, M.), Crítica, Barcelona, 1997.
- HONNETH, A.: *Reificación. Un estudio en la Teoría del Reconocimiento*, Katz, Frankfurt am Main, 2005.
- HONNETH, A.: “Redistribución como reconocimiento: Respuesta a Nancy Fraser”, FRASER, N. y HONNETH, A.:

- ¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico* (traducción de MANZANO, P.), Ediciones Morata, Madrid, 2006.
- HONNETH, A.: *Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea* (edición de LEIVA, G., e Introducción de MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M.), Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009.
- HONNETH, A.: *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz, Buenos Aires, 2010.
- HONNETH, A.: *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de HERNÁNDEZ, F. J. y HERZOG, B.), Editorial Trotta, Madrid, 2011.
- HUNGER, K-W.: *Des Rechtsgut des § 189 StGB*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- IACOVIELLO, F. M.: “Dei delitti contro l’onore”, LATTANZI, G. y LUPO, E.: *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina (volume XI, tomo primo: I delitti contro la familia. I delitto contro la persona)*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 2010.
- IGNOR, A.: *Der Straftatbestand der Beleidigung. Zu den Problemen des § 185 Strafgesetzbuch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Artikel 103, Absatz 2 Grundgesetz*, Nomos, Baden-Baden, 1995.
- INGRAM, P. G.: *Censorship and Free Speech*, Vermont, Ashgate Publishing Company, 2000.
- IÑESTA PASTOR, E.: “La proyección hispanoamericana del Código Penal español de 1848”, GONZÁLEZ VALE, L. E.: *Actas de derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, tomo II*, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003.
- IÑESTA PASTOR, E.: *El Código Penal de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- ISENSEE, J.: “Würde des Menschen”, MERTEN, D. y PAPIER, H-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- JACOPIN, S.: *Droit pénal spécial*, Hachette, París, 2010.
- JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992.
- JAKOBS, G.: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 1996.
- JAKOBS, G.: *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B.), Civitas, Madrid, 2003.
- JAKOBS, G.: *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad* (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J.), Civitas, Madrid, 2004.
- JAKOBS, G.: “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma” (traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- JAKOBS, G.: “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la antijuricidad” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B. (ed.): *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Civitas, Madrid, 2008.
- JAKOBS, G.: *El Derecho penal como disciplina científica* (traducción de WEEZEL, A.), Aranzadi, Navarra, 2008.
- JAKOBS, G.: “Sozialschaden?-Bemerkungen zu einem strafrechtstheoretischen Fundamentalproblem”, BÖSE, M. y STENBERG-LIEBEN, D. (ed.): *Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- JANNITTI PIROMALLO, A.: *Inguiria e diffamazione*, Utet, Torino, 1953.
- JARASS, H. D.: *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*, C.H.Beck, München, 2010.

- JAUREGUI, G.: “Derechos individuales versus derechos colectivos: una realidad inescindible”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- JAVATO MARTÍN, A. M<sup>a</sup>.: *El Delito de Atentado. Modelos Legislativos. Estudios Histórico-Dogmático y de Derecho Comparado*, Comares, Granada, 2005.
- JESCHECK, H.-H. y WEIGEND, T.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (traducción de OLMEDO CARDENETE, M.), 5<sup>a</sup> ed., Comares, Granada, 2002.
- JESTAED, M.: “Meinungsfreiheit”, MERTEN, D. y PAPIER, H.-J. (Hrsg.): *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (Band IV: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I)*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.
- JIMÉNEZ CAMPO, J.: “Artículo 10.1”, CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario* Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. y ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal conforme al Código de 1928 obra ajustada al programa de 10 de Julio de 1929 para el Cuerpo de aspirantes a la judicatura*, Reus, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La legislación penal de la República española”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 159 (1931).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: “La reforma de la legislación penal española”, JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Temas Penales*, Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicidad, 1931.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Proceso histórico de elaboración de la Constitución republicana*, Reus, Madrid, 1932.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal (tomo I)*, Losada, Buenos Aires, 1950.
- JIMÉNEZ Y GÓMEZ-CHAMORRO, J.: “Prestigio atesorado o reputación concedida. Evidencias desplegadas en los signos de nobleza de una élite de poder en la Edad Moderna: Concejo, Justicia y Regimiento de la muy noble, muy leal y coronada Villa de Ocaña”, en SORIA MESA, E. y BRAVO CARO, J. J.: *Las élites en la Época Moderna: La Monarquía Absoluta* (vol. 4, Cultura), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2009.
- JOECKS, W.: *Studienkommentar StGB*, 9 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010.
- JONES, C. A.: “Spanish honour as historical phenomenon, convention and artistic motive”, *Hispanic Review*, 33 (1965).
- KAHN, B.: “Freedom of the Press and the Fundamental Right of Reputation under the Pennsylvania Constitution”, *Albany Law Review*, 1993.
- KALVEN, H. Jr.: *A Worthy Tradition*, Harper & Row, Publishers, New York, 1984.
- KANT, E.: *Principios Metafísicos del Derecho* (nota preliminar de IZQUIERDO HERNÁNDEZ, J. L.), 2<sup>a</sup> ed., Editorial Américalee, Buenos Aires, 1974.
- KANT, E.: *Transición de los Principios Metafísicos de la Ciencia Natural a la Física (Opus Postumum)* (edición de DUQUE, F.), Editorial Antrophos, Barcelona, 1991.
- KANT, E.: *Crítica de la razón práctica* (traducción de MIÑANA Y VILLAGRASA, E. y GARCÍA MORENTE, M.), 4<sup>a</sup> ed., Salamanca, Sígueme, 1998.
- KARGL, W.: “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopiético” (traducción de FEIJOO SÁNCHEZ, B.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- KARPF, B.: *Die Begrenzung des strafrechtlichen Schutzes der Ehre. Durch die Meinungsfreiheit (Art. 5 I GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 III GG) und die Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB)*, Nomos, Baden-Baden, 2004.

- KERSCH, K. I.: *Freedom of Speech. Rights and Liberties under the Law*, ABC-CLIO, California, 2003.
- KIENAPFEL, D.: *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil (Band I. Delikte gegen Personenwerte)*, 4 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011.
- KINDHÄUSER, U.: “Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal” (traducción de PASTOR MUÑOZ, N.), *InDret*, 1 (2009).
- KINDHÄUSER, U.: *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*, 5 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2012.
- KIONKA, E. J.: *Torts in a Nutshell*, 4<sup>th</sup> edition, Thomson/West, Minnesota, 2005.
- KNECHT, M. H.: *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Eine Würdigung der Entstehung und rechtsvergleichende grundrechtsdogmatische Analyse*, Kohlhammer, Stuttgart, 2005.
- KOZIOL, H. y WARZILEK, A.: “Der Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Massenmedien in Österreich”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005.
- KRETSCHMER, P.: *Strafrechlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1994.
- KYMLICKA, W.: “Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal” (traducción de COLOM, F.), *Isegoría*, 14 (1996).
- KYMLICKA, W.: *Ciudadanía multicultural* (traducción de CASTELLS AULEDA, C.), Paidós, Barcelona, 1996.
- KYMLICKA, W.: “Multiculturalismo”, *Diálogo político*, año XXIV, 2 (junio, 2007).
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SÁNCHEZ REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., et al: *Elementos de Derecho Civil. I Parte General. Volumen segundo, Personas*, Dykinson, 4<sup>a</sup> ed., Madrid, 2004.
- LAGODNY, O.: “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I.), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- LALIENA CORBERA, C. y IRANZO MUÑO, M. T.: “Poder, honor y linaje en las estrategias de la nobleza aragonesa (siglos XIV-XV)”, *Revista d’historia medieval*, 9 (1998).
- LALINDE ABADÍA, J.: “El eco de Gaetano Filangieri en España”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54 (1984).
- LAMBAUER, H.: “Vierter Abschnitt Strafbare Handlungen gegen die Ehre (§§ 111-117)”, TRIFFTERER/ROSDAUB/HINTERHOFER (Hrsg.): *StGB. Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. System und Praxis (Band III)*, 20 Lieferung, Orac, Wien, 2009.
- LAMPE, E-J.: “Gedankenfreiheit, Meinungsfreiheit, Demokratie”, LAMPE, E-J.: *Meinungsfreiheit als Menschenrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1998.
- LANDROVE DÍAZ, G.: “Protección del honor y Derecho Penal”, *Estudios Penales y Criminológicos* (1988-1989).
- LANDROVE DÍAZ, G.: “La reforma de los delitos contra el honor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 16 (1992-1993).
- LANDROVE DÍAZ, G.: “En torno al Proyecto Sáinz de Andino de Código Criminal”, en línea: <http://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/12358> (27/05/2011).
- LAPUERTA MONTOYA, D.: *Estudio sobre el “Edictum de adtemptata pudicitia”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas contraído a las leyes*

- criminales de España para facilitar su reforma*, 2ª ed., Imprenta de Repullés, Madrid, 1828.
- LARENZ, K.: *Metodología de la ciencia del Derecho* (traducción de RODRÍGUEZ MOLINERO), Ariel, Barcelona, 1980.
- LAS SIETE PARTIDAS DEL REY DON ALONSO EL NONO (*Partidas V-VI-VII; nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López*), Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1974.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: “Derechos fundamentales y personas jurídicas de derecho público”, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (De los derechos y deberes fundamentales)*, Civitas, Madrid, 1991.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil I. Parte general y Derecho de la persona*, Marcial Pons, Madrid, 14ª ed., 2008.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. L.: “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, AA.VV.: *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., MENDOZA BUERGO, B. y RODRÍGUEZ MOURULLO, G (coords.): *Código Penal*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
- LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la Codificación española. 5 Codificación Penal (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Centro de Publicaciones, Madrid, 1970.
- LAURENZO COPELLO, P.: *Los delitos contra el honor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- LAURENZO COPELLO, P.: “Los especiales elementos subjetivos de los delitos contra el honor”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.): *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.
- LAZCANO BROTONS. I.: “Artículo 10: Libertad de expresión”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas Thomson, Navarra, 2009.
- LE GOFF, J.: *La civilización del occidente medieval*, Editorial Juventud, Barcelona, 1969.
- LE GOFF, J.: *Mercaderes y banqueros de la Edad Media (traducida del francés por MASSANES, N.)*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Rivadavia, 1969.
- LEAL-HENRIQUES, M. y SIMAS SANTOS, M.: *Código Penal Anotado (Parte Especial; 2º Volume)*, 3ª edição, Rei dos Livros, Lisboa, 2000.
- LÉCUYER, G.: *Liberté d’expression et responsabilité. Étude de droit privé*, Dalloz, París, 2006.
- LEMMENS, K.: *La presse et la protection juridique de l’individu. Attention aux chiens de garde!*, Larcier, Bruxelles, 2004.
- LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010.
- LENCKNER/EISELE: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung. Vorbemerkungen zu den §§ 185 ff”, SCHÖNKE/SCHRÖDER: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25 Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1997.
- LETSAS, G.: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford, 2007.
- LEUKAUF, O. y STEININGER, H.: *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3 Auflage, Prugg Verlag Eisenstadt, Eisenstadt, 1992.
- LIEPMANN, M.: *Die Beleidigung*, Puttkammer & Mühlbrecht, Berlin, 1909.
- LINDSKY, L. B.: “Where is the Harm? Free Speech and Regulation of Lies”, *Washington and Lee Law Review*, Summer, 2008.



- LISZT, F. v.: *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª ed. alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L.; y adicionado con el Derecho Penal Español por SALDAÑA, Q.), tomo II, Hijos de Reus, Editores, Madrid, 1916.
- LLOYD, H.: *The Legal Limits of Journalism*, Pergamon Press, Oxford/London/Edinburgh, 1968.
- LONG, A. A.: "Moral and values in Homer", *Journal of Hellenic Studies*, 90 (1970).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "El Código Penal de 1870 y su contexto histórico", en: RICO PÉREZ, F.: *Centenario del Código Civil*, Universidad Popular Enrique Tierno Galván, Alicante, 1989.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: "Título XI. Delitos contra el honor", CONDEPUMPIDO TOURÓN, C. (dir.) y LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (coord.): *Comentarios del Código Penal* (tomo 3; arts. 205 al 318), Bosch, Barcelona, 2007.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., RODRÍGUEZ RAMOS, L. y RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, L.: *Códigos penales españoles: recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.
- LÓPEZ CALERA, N.: *Hegel y los derechos humanos*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Granada, 1971.
- LÓPEZ CALERA, N.: *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.
- LÓPEZ CALERA, N.: "Sobre los derechos colectivos", ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- LÓPEZ CASTILLO, A.: "Artículo 10, apartado 1º", RUBIO LLORENTE, F. (coord.): *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina constitucional)*, Ariel Derecho, Barcelona, 1995.
- LÓPEZ PEREGRÍN, C.: *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo blanch, Valencia 2002.
- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "La doctrina del Tribunal Constitucional alemán sobre los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas: su influencia sobre nuestra jurisprudencia constitucional", *Revista de Administración Pública*, 125 (mayo-agosto, 1991).
- LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: *Estudio comparado del concepto de honor en "Othello" de William Shakespeare y los dramas de honor de Pedro Calderón de la Barca*, Universidad de Granada, Granada, 1995.
- LÓPEZ-PELÁEZ CASELLAS, J.: "Social Function of the Renaissance Concept of Honour: An Introduction", [http://sederi.org/docs/yearbooks/08/8\\_10\\_lopez-pelaez.pdf](http://sederi.org/docs/yearbooks/08/8_10_lopez-pelaez.pdf) (13/02/2011).
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: "La reforma del Código Penal", *Revista de Derecho Público*, 14 (1932).
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.: "Rectificaciones a la reforma del Código Penal", *Revista de Derecho Público*, enero-diciembre 1932.
- LÓPEZ-REY Y ARROYO, M. y ÁLVAREZ VALDÉS, F.: *El nuevo Código Penal (notas, jurisprudencia, tablas, referencias, etc.)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.
- LORENTE SIÑINERA, M.: "De la suerte normativa de la ciencia de la legislación: Filangieri y la codificación en la España decimonónica", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, [en línea], puesto en línea el 28 enero 2007, <http://nuevomundo.revues.org/3510> (16/05/2011).
- LOUCAIDES, L. G.: *The European Convention on Human Rights. Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.
- LUHMANN, N.: "El derecho como sistema social", GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- LUIS AGUIRRE, E.: "Baratta y el bien jurídico penal", PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- LUZÓN CUESTA, J. Mª.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2003.

- LUZÓN PEÑA, D-M.: “Causas de atipicidad y causas de justificación”, LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- LUZÓN PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- MACIÁ GÓMEZ, R.: “Los diferentes conceptos del delito de injuria”, *Revista General de Derecho Penal*, 10 (2008).
- MACIÁ GÓMEZ, R.: *El Delito de Injuria*, Cedecs, Barcelona, 1997.
- MacKINNON, C. A.: *Only words*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1993.
- MAGNIEN, P.: “Les atteintes portées à l’honneur et à la considération des personnes”, BEERNAERT, M-A., BOSLY, H-D., CLESSE, Ch-E., et al.: *Les Infractions (volumen 2: Les Infractions contre les personnes)*, Larcier, Bruelles, 2010.
- MAIA GONÇALVES, M. L.: *Código Penal Português. Anotado e comentado*, 18ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.
- MAIER: *Aktuelles Strafrecht. Für Ausbildung, Prüfung, Praxis*, 6 Lieferung, Verlagsgruppe Jüngling.gbb, Karlsfeld, 1998.
- MAIHOFER, W.: *Estado de Derecho y Dignidad Humana* (traducción del alemán de GUZMÁN DALBORA, J. L.), IBdeF, Buenos Aires, 2008.
- MAIZA OZCOIDI, C.: “La definición del concepto de honor. Su identidad como objeto de investigación histórica”, *Espacio, tiempo y forma (serie IV, Historia moderna)*, t. 8 (1995).
- MALABAT, V.: *Droit pénal spécial*, 4ª édition, Dalloz, París, 2009.
- MALQUER DE MOTES BERNET, C. J.: “Los llamados derechos de la personalidad”, MALQUER DE MOTES BERNET, C. J. (coord.): *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 2003.
- MALKOÇ, I. N.: *Les délits contre l’honneur commis par voie de la presse. Étude de droit comparé*, Imprimerie Genevoise, Genève, 1952.
- MANGAS MARTÍN, A.: “Introducción. El Compromiso con los derechos fundamentales”, MANGAS MARTÍN, A. (dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008.
- MANGAS MARTÍN, A.: “Artículo 52. Alcance e Interpretación de los derechos y principios”, MANGAS MARTÍN, A. (dir.): *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Fundación BBVA, 2008.
- MANTOVANI, F.: *Fatto determinato, exceptio veritatis e libertà di manifestazione del pensiero*, Guiffirè Editore, Milano, 1973.
- MANTOVANI, F.: *Diritto Penal. Parte Speciale. I. Delitti contro la persona*, 4ª edizione, CEDAM, Padova, 2011.
- MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano* (volumen primo), 5ª edizione, Utet, Torino, 1981.
- MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, 5ª edizione, Utet, Torino, 1985.
- MARAVAL, J. A.: *El concepto de España en la Edad Media*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.
- MARAVAL, J. A.: *Poder, honor y élites en el siglo XVII*, Siglo XXI de España, Madrid, 1984.
- MARCO AURELIO: *Meditaciones* (traducción y notas de BACH PELLICER, R.), Gredos, Madrid, 1977.
- MARESCA, S. J.: *Aidós*, <http://www.elsigma.com/site/detalles.asp?IdContenido=10949> (7/02/2011).
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (coord.): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MARINI, G.: *Delitti contro la persona*, 2ª edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1996.
- MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Servicio de Publicaciones. Universidad de Granada, Granada, 1994.
- MARTIN, K. J., WILK, N y ROGAL, L.: “Protecting One’s Reputation. How to Clear a Name in a World Where Name

- Calling is So Easy?", *Phoenix Law Review*, Fall, 2010.
- MARTINEZ DHIER, A.: "Un tránsito del Antiguo Régimen al estado liberal de derecho en España". *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*. [online], 30 (2008); en línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0716-54552008000100015&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552008000100015&lng=es&nrm=iso) (25/05/2011).
- MARTÍNEZ ZORRILA, D.: "Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley", *Revista Española de Derecho Constitucional* (mayo-agosto, 2009).
- MARTÍNEZ-ALCUBILLA Y BORONAT, M. y HENCHE YAGÜE, V.: *Código Penal de 27 de octubre de 1932, anotado, concordado y precedido de la Ley de Bases de 8 de septiembre de igual año para la reforma del Código penal*, Imprenta Sáez Hermanos, Madrid, 1933.
- MARTON, K. J., WILK, N. y ROGAL, L.: "Protecting One's Reputation. How To Clear A Name in a World Where Name Calling Is So Easy", *Phoenix Law Review*, Fall, 2010.
- MASFERRER DOMINGO, A.: "La pena de infamia en la codificación penal española", *Ius fugit: Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 7 (1998).
- MASFERRER DOMINGO, A.: *La pena de infamia en el derecho histórico español. Contribución al estudio de la tradición penal española en el marco del ius commune*, Dikynson, Madrid, 2001.
- MASFERRER DOMINGO, A.: *Tradición y reformismo en la codificación penal española*, Universidad de Jaén, Jaén, 2003.
- MASFERRER DOMINGO, A.: "La Ciencia del derecho Penal en la Codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales", ALVARADO PLANAS, J y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007.
- MASSARI, E.: *Il momento esecutivo del reato. Contributo alla teoria dell'atto punibile*, Casa Editrice. Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1934.
- MATA Y MARTÍN R.: "Aproximación histórica al robo con fuerza en las cosas", *Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 5-6 (1996-1997).
- MATA Y MARTÍN, R.: *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Comares, Granada, 1997.
- MATIA PORTILLA, F. J.: "Seis tesis, un comentario y dos hipótesis de futuro sobre la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea", en: *50 años de la Unión Europea. Reflexiones desde la Universidad*, Septem Ediciones, Asturias, 2001.
- MATIA PORTILLA, F. J.: "La eficacia de la Carta de Niza", MATIA PORTILLA, F. J. (dir.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- MATSUDA, M. J.: *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, And The First Amendment (New Perspectives on Law, Culture & Society)*, Westview Press, Colorado, 1993.
- MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 7 Auflage 7, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1988.
- MAURACH/SCHOEDER/MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil. Teilband 1*, 9 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2003.
- MAYER, M. F.: *The Libel Revolution: A New Look at Defamation and Privacy*, Law Arts Publishers, New York, 1987.
- MCCRORY, J. B.: "The Discovery Phase of Libel Litigation", WINFIELD, R. N.: *New York Times v. Sullivan. The Next Twenty Years*, Practising Law Institute, New York, 1984.
- MCCRUDDEN, C.: "The Future of the EU Charter of Fundamental Rights", *Jean Monnet Working Papers*, 10, 2001.
- McNAMARA, L.: "Bigorty, Community and the (In)visibility of Moral Exclusion: homosexuality and the capacity to defame", *Media and Arts Law Review*, vol. 6, 2001.
- MEIKLEJOHN, A.: *Political freedom. The Constitutional Powers of The People*, New York, Oxford University Press, 1965.

- MELKONIAN, H.: *Defamation, Libel Tourism and the Speech Act of 2010. The First Amendment colliding with the Common Law*, Cambria Press, New York, 2011.
- MÉNDEZ CASTRILLÓN, G.: “Un aspecto de la reforma del Código Penal”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1, abril (1945).
- MENDOZA BUERGO, B.: “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2ª época, 2009).
- MENÉNDEZ PIDAL, R.: *España y su historia (tomo II)*, Ediciones Minotauro, Madrid, 1957.
- MERRILLS, J. G.: *The development of international law by the European Court of Human Rights*, 2<sup>nd</sup> edition, Manchester University Press, Manchester, 1993.
- MERZ, S.: *Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungsfreiheit*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998.
- MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M.: “Introducción”, HONNETH, A.: *Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea* (edición de LEIVA, G., e Introducción de MESQUITA SAMPAIO DE MADUREIRA, M.), Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2009.
- MESSINA, S.: *Teoria Generale dei Delitti contro l'onore*, Libreris Recherche Editrice, Roma, 1953.
- MEYER-LADEWIG, J.: *EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- MEZGER, E.: “Die subjektive Unrechtselemente”, *Gerichtssaal*, 89 (1924).
- MEZGER, E.: *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte Especial (traducido del alemán por CONRADO A. FINZI)*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959.
- MEZGER, E.: *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal* (traducción de MUÑOZ CONDE, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MILL, J. S.: *On liberty* (edited by John Gray and G. W. Smith), New York, Routledge, 1991.
- MILO, D.: *Defamation and Freedom Speech*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- MILMO, P. y ROGERS, W. V. H.: *Gatley on Libel and Slander*, 10ª edition, Sweet & Maxwell, London, 2004.
- MILTON, J.: *Areopagítica = Areopagitica / John Milton (estudio preliminar de Marc Carrillo; traducción, edición y notas de Joan Curbet)*, Madrid, Tecnos, 2011.
- MIR PUIG, S.: “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite del *Ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV (1991).
- MIR PUIG, S.: *El derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- MIR PUIG, S.: “Límites del normativismo en Derecho Penal”, MIR PUIG, S. (dir.): *Derecho Penal del siglo XXI*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.
- MIR PUIG, S.: “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENQUER, E., et. al.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2011.
- MIRKOFF, W.: *Strafbare Handlungen wider die Ehre nach deutschen und bulgarischen Rechte*, Druck und Verlag von C. A. Kaemmerer & Co., Halle, 1905.
- MITNICK, E. J.: “Procedural Due Process and Reputational Harm: Liberty as Self-Invention”, *U.C. Davis Law Review*, November, 2009.
- MOLINA, M.: *Les Journalistes. Statut professionael, libertés et responsabilités*, Victoires, París, 1989.
- MOLINER NAVARRO, R.: “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de

- expresión y el derecho a la información”, DE VERDA Y BEAMONDE, J. R. (coord.): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano* (traducción del alemán por DORADO, P.), Tennis, Bogotá, 1976.
- MORAL RONCAL, A. M.: “Honor, vileza y honra los oficios mecánicos en el siglo XVIII”, *Estudios de arte, geografía e historia*, 18 (1996).
- MORALES ORTIZ, “*αδώς, νέμεσις* y el mundo al revés en Eurípides, *Med.* 410-445”, *Emérita. Revista de Lingüística y Filología Clásica (EM)*, LXVIII 2 (2000).
- MORALES PRATS, F.: “Adecuación Social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, *Cuadernos de Política Criminal*, 36 (1998).
- MORÁN MARTÍN, R.: “De la difusión cultural de la *virtud* caballeresca a la defensa del honor”, *Espacio, tiempo y forma (serie III, Historia medieval)*, t. 13 (2000).
- MORANGE, J.: *La liberté d’expression*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- MORETÓN TORQUERO, M<sup>a</sup>. A.: *Delitos contra el honor: la injuria*, Bosch, Barcelona, 2001.
- MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y Ciencia Penal*, Universidad de Granada, Granada, 1993.
- MOWBRAY, A.: *Cases and Material on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- MOYANO GARCÍA, R.: “Delitos contra el honor en el nuevo Código Penal”, en GIMENO SENDRA, V., QUERALT, J. J., MARTÍN PALLÍN, J. A., et al.: *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995. Tomo II. Parte Especial*, Colex, Madrid, 1997.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Introducción”, ROXIN, C.: *Política criminal y sistema de derecho penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972.
- MUÑOZ CONDE, F. (coord.), BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y GARCÍA ARÁN, M.: *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado Social y Democrático de Derecho”, ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E. (coord.), DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (coord.) y DENDALUCE SEGUROLA, I. (coord.): *Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F.: “Protección de Bienes Jurídicos como Límite Constitucional al Derecho Penal”, QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (coords.): *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 5<sup>a</sup> edición revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 8<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 18<sup>a</sup> edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- MUÑOZ LLAMOSAS, V.: “La Trasgresión de *αί δῶς* en situaciones de máxima tensión: Ifigenia, Casandra, Clítemestra, Polixenia y Helena”, *Habis*, 32 (2001).
- MUÑOZ LORENTE, J.: “La libertad de información como causa de justificación de las lesiones al honor”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y de Ciencias Económicas y Empresariales*, 42 (1997).
- MUÑOZ LORENTE, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ LORENTE, J.: “Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los

- delitos contra el honor”, *Jueces para la Democracia*, 35 (Julio, 1999).
- MUÑOZ LORENTE, J.: “Injurias, calumnias y libertades de expresión e información. Elementos de interacción”, *La Ley*, 28 (2006).
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación”, *Poder Judicial*, 1 (2ª época, marzo, 1986).
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Libertad de expresión y procesos por difamación*, Bosch, Barcelona, 1988.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 72 (1992).
- MUÑOZ Y ROMERO, T.: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de los Reinos de Castilla, León, Corona de Aragón y Navarra*, Lex Nova, Valladolid, 1987.
- MUSCO, E.: *Bene guiridico e tutela dell'onore*, Dott. A. Guiffré Editore, Milano, 1974.
- MÜSSIG, B.: “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema” (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y PEÑARANDA RAMOS, E.), *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 9 (2002).
- MÜSSIG, B.: “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en derecho penal. Puntos de partida para una sistematización” (traducción de CANCIO MALIÁ, M.), GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- NIMMER, M. B.: “Right of Publicity”, *Law and Contemporary Problems*, Spring 1954.
- NUÑEZ BARBERO, R.: *La Reforma Penal de 1870*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1969.
- NUÑEZ PAZ, M. A.: “El nuevo Código Penal. Parte General y Parte Especial. Innovaciones y juicio crítico”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 12 (1997).
- NYPELS, J-S-G. y SERVAIS, J.: *Le Code Pénal Belge interprété principalement au point de vue de la pratique*, Bruylant-Christophe & C<sup>ie</sup>: Bruxelles, 1989.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Derecho al honor, intimidad y propia imagen”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo”, AA.VV: *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Parte General*, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 5ª ed., 2004.
- OEHLING DE LOS REYES, A.: *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.
- OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.: “Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade”, *Revista Mestrado em Direito* ([http://132.248.9.1:8991/hevila/Revista\\_mestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf](http://132.248.9.1:8991/hevila/Revista_mestradoemdireito/2006/vol6/no1/7.pdf)), 2006 (año 6, nº1).
- OLIVEIRA ASCENÇÃO, J.: “Sociedade da informação e liberdade de expressão”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, XLVIII, 1 y 2 (2007).
- OLLERO TASSARA, A.: “La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal”, *La ley*, 6, 1998.
- OLZBERGER, P.: *Ehrenschtutz und Medienstrafrecht*, 2 Auflage, Verlag Österreich, Wien, 1997.
- OSORIO ITURMENDI, L.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites a la libertad de expresión e información”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades*

- públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional*, julio-septiembre (2006).
- OTERO GONZÁLEZ, P.: “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *La Ley*, 28 (2006).
- OTTO y PARDO, I.: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y OTTO y PARDO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1998.
- OTTO, H.: *Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte*, 6 Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2002.
- PACHECO, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado (tomo I)*, Imprenta de Santiago Saunaque, Madrid, 1848.
- PACHECO, J. F.: *El Código Penal concordado y comentado (tomo III)*, 2ª ed., Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856.
- PALACIO ATARD, V.: *La España del siglo XVIII. El siglo de las reformas*, U.N.E.D., Madrid, 1978.
- PANTALEÓN PRIETO, F.: “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 4033 (1996).
- PAPA, A.: *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009.
- PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derechos Constitucional*, 34 (enero-abril, 1992).
- PARDO FALCÓN, J.: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M (dirs): *Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters Kluwer (España), Madrid, 2008.
- PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- PARELO, V.: “Entre honra y deshonra: el Discurso de fray Agustín Salucio sobre los estatutos de limpieza de sangre (1559)”, *Criticón*, 80 (2000).
- PECES-BARBA, G.: “Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* (ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978) (1979).
- PECES BARBA, G.: “Los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- PEDLEY, P.: *Essential Law for information professionals*, Facet Publishing, London, 2003.
- PELLETIER, H. y PERFETTI, J.: *Code Pénal*, 15ª édition, Litec, París, 2003.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A-E.: *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995.
- PÉREZ LUÑO, A-E.: “Diez tesis sobre la titularidad de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- PÉREZ LUÑO, A-E.: *La tercera generación de derechos humanos*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2003.
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L.: “La noción de dignidad y algunos conceptos afines”, CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., ORTS BERENGUER, E. y otros (coords.): *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo*

- del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón* (vol. 1), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ, J. M.: “La prensa y el Código Penal de 1870”, *Hispania. Revista Española de Historia*, 119 (1971).
- PERRON, S.: *La diffamazione tramite mass-media*, CEDAM, Padova, 2006.
- PERRON, W.: “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del Derecho comparado”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 41 (Fasc/Mes 1, 1998), p. 141.
- PERRON, W.: “Principios estructurales de la justificación en los Derechos penales español y alemán” (traducción de PAREDES CASTAÑÓN, J. M.), LUZÓN PEÑA, D-M. y MIR PUIG, S. (coords.): *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- PI LLORENS, M.: *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*, Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N.: “Calomnie et Diffamation”, PICARD, E. y d’HOFFSCHMIDT, N. *et. al.*: *Pandectes Belges. Encyclopédie de Législation, et Doctrine et de Jurisprudence* (t. XV), Larquier, Bruxelles, 1885.
- PIDAL, P. J.: “Adiciones al Fuero Viejo de Castilla”, en *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Tomo I*, Imprenta de la Publicidad, a cargo de M. Rivadeneyra, Madrid, 1847.
- PIETSCH, J.: *Das Schrankenregime der EU-Grundrechtecharta. Dogmatik und Bewertung auf der Grundlage einer Prinzipientheorie der Rechte*, Nomos, Baden-Baden, 2005.
- PIN, X.: “L’honneur et le Droit Pénal en France”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Berlín/Freiburg i. Br., 2007.
- PINTO DE ALBUQUERQUE, P.: *Comentário do Código Penal à luz de Constituição de República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.
- PIÑA ROCHFERT, J. I.: “Algunas consideraciones acerca de la legitimación del derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?”, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (ed.): *Teoría de Sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- PIQUERAS BAUTISTA, R.: “El derecho al honor y las instituciones públicas”, AA.VV: *Los derechos fundamentales y libertades públicas. I (volumen I)*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.
- PITARCH, J. L.: *El honor y el honor militar*, Ediciones Grijalbo, Barcelona-Buenos Aires-Méjico D.F, 1984.
- PITT-RIVERS, J.: “Honor y categoría social”, PERISTIANY, J. G.: *El concepto de honor en la sociedad mediterránea*, Labor, Barcelona, 1968.
- PLATÓN: *La República o Coloquios sobre la Justicia. Tomo II (Traducidos en castellano é ilustrados con notas por TOMÁS Y GARCÍA, J.)*, Librería de Perlado, Páez y C.ª, Madrid, 1920.
- PLATÓN: *Diálogos (Apología de Sócrates, Eutifrón, Critón, Fedón, Symposio, Fedro)*, Universidad Nacional de México, México, 1921.
- PLATÓN: *Diálogos. VIII. Leyes (Libros I-IV)* (introducción, y notas de LISI, F.), Gredos, Madrid, 1999.
- PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- POLAINO NAVARRETE, M.: *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.
- POLAINO NAVARRETE, M. y POLAINO-ORTS, M.: *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004.
- POLELLE, M. J.: “Racial and ethnic group defamation: a speech-friendly proposal”, *Boston College Third World Law Journal*, 23 (Spring, 2003),.



- POLVANI, M.: *La diffamazione a mezzo stampa*, 2ª edición, CEDAM, Padova, 1998.
- PONTE ESCARTÍN, G.: *Discurso leído por el Excmo. Señor D. Galo Ponte Escartín, Ministro de Gracia y Justicia en la Solemne Apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1928*, Reus, Madrid, 1928.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: “La influencia de las ciencias sociales, en el derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre selección de los intereses penales”, ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U., NIETO MARTÍN, A.: *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: “La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., GURDIEL SIERRA, M. y CORTES BECHARELLI, E.: *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- POST, R. C.: “The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution”, *74 California Law Review*, May, 1986.
- POST, R. C.: “Hate Speech”, HARE, I. y WEINSTEIN, J. (editors): *Extreme Speech and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2010.
- POST, R. C.: *Democracy, Expertise and Academic Freedom. A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 2012.
- POSTIGO CASTELLANOS, E.: *Honor y privilegio en la Corona de Castilla. El Consejo de las Órdenes y los caballeros de Hábito en el siglo XVII*, Junta de Castilla y León, Consejería de Cultura y Bienestar Social, Soria, 1988.
- POUND, R.: “Interests of Personality. II”, *Harvard Law Review*, vol. XXVIII, 5 (March, 1915).
- PRADEL, J. y DANTI-JUAN, M.: *Droit pénal spécial*, 4ª edición 2007/2008, Cujas, París, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L.: “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, 71 (mayo-agosto 2004).
- PROSSER, W. L.: “Privacy”, *California Law Review*, vol. 48, August 1960, No. 3.
- PROSSER, W. L.: *Handbook of The Law of Torts*, 4<sup>th</sup> edition, West Publishing Co., 1971.
- PUIG PEÑA, F.: *Comentarios a las últimas disposiciones penales (las principales reformas habidas en el Código)*, Editorial J. Schmoll, San Sebastián, 1943.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Contestaciones a los programas de las oposiciones a la Judicatura y al Ministerio Fiscal*, Tomo II, Imprenta Clarasó, Barcelona, 1946.
- PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: “Animus iniuriandi e injurias”, *La ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4 (1989).
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal* (tomo II), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte especial del Derecho Penal II (Tomo I. II Infracciones contra la personalidad)*, 2ª ed. (puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, E.), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: “Delito formal”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo VI, 1975.
- QUINTERO OLIVARES, G.: “La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones”, *Poder Judicial*, número especial XIII (1990).
- QUINTERO OLIVARES, G.: “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, VIVES ANTÓN, T. S. y MANZANARES, J. L. (dirs.): *Estudios de derecho judicial* (ejemplar dedicado a los Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial; número 2), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del Derecho Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Parte General del derecho Penal*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, QUINTERO OLIVARES, G. (coord.) y MORALES PRATS, F. (coord.): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 8ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F.: “Título XI. Delitos contra el honor”, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Navarra, Aranzadi, 2009.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F.: *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983.
- RAMI, M.: “Vierter Abschnitt Strafbare Handlungen gegen die Ehre (§§ 111-117)”, HÖPFEL, F. y RATZ, E. (Hrsg.): *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Band), 2 Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2011.
- RAO, N.: “Three Concepts of Dignity in Constitutional Law”, *Notre Dame Law Review*, 86 (2001).
- RASSAT, M-L.: *Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers*, 3ª edition, Dalloz, París, 1997.
- REDISH, M H., y MOLLY, A. B.: “Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression”, *Northwestern Public Law Research Paper No. 08-26*, <http://ssrn.com/abstract=1177788> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1177788>.
- REGGE, J.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, JOECKS, W. y MIEBACH, K.: *Münchener Kommentar zum StGB* (Band 3, §§ 185-262 StGB), Verlag C.H. Beck, München, 2003.
- REINER, H.: *Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens- und Sittlichkeitsform*, E. S. Mittler & Sohn, Dortmund, 1956.
- RICHARD PARKES, H. H. J.: “Privacy, Defamation and False Facts”, TUGENDHAT, M. y CHRISTIE, I. (Hrsg.): *The law of privacy and the media*, 2<sup>nd</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- RIGAUX, F.: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
- ROBERTSON, G. y NICOL, A.: *Media Law*, 5ª edition, Sweet & Maxwell, London, 2007.
- ROBLES MORCHÓN, G.: “El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)”, GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, L. (coord.): *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1995.
- ROCKEFELLER, S. C.: “Comentario”, TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- RÖDER, C. D. A.: *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal* (traducido del alemán por GINER DE LOS RÍOS, F.), Maxtor, Valladolid, 2002.
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A. B.: “Libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de Razón Práctica*, 72 (1997).
- RODRÍGUEZ BEREIJO, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

- Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 1, 2001 (2º trimestre).
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M<sup>a</sup>. y SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 18ª ed. revisada y puesta al día, Dykinson, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ GIL, M.: “Joaquín Francisco Pacheco, un penalista en el marco constitucional”, *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 83 (1993).
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C. y VALLE GÁLVEZ, A.: “El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales nacionales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2, 1992.
- RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup>. J.: “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09-10 (2007).
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T.: *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: “Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos”, MARTÍN-RETORTILLO VAQUER, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (De los derechos y deberes fundamentales, Vol. II), Civitas, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E.: “Los intereses colectivos en el discurso de los derechos humanos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- RODRÍGUEZ PALOP, M<sup>a</sup>. E.: *Claves para entender los nuevos derechos humanos*, Catarata, Madrid, 2011.
- ROEDER, H.: “Wahrheitsbeweis und Indiskretionsdelikt nach deutschem und österreichischem Strafgesetzwurf”, SCHROEDER, F.C. y ZIPF, H. (Hrsg.): *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- ROGALL, K.: “Beleidigung und Indiskretion”, WEIGEND, T. y KÜPPER, G. (Hrsg.): *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999.
- ROGERS, W. V. H.: “The protection of personality rights against invasions by Mass Media in England”, KOZIOL, H. y WARZILEK, A. (eds.): *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media)*, SpringerWienNewYork, Wien, 2005.
- ROIG TORRES, M.: “Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 22 (1999-2000).
- ROLDÁN BARBERO, J.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16, 2003 (septiembre-diciembre).
- ROLPH, D: *Reputation, Celebrity and Defamation Law*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2008.
- ROMANI, R. y TENENTI, A.: *Los fundamentos del mundo moderno. Edad Media tardía, reforma, Renacimiento* (traducción de SUÁREZ, M.), Siglo XXI, México-Madrid, 1971.
- ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>.: “Derecho penal y libertades de expresión y comunicación en Internet”, BAUZÁ REILLY, M. y BUENO DE MATA, F. (coords.): *El Derecho en la Sociedad telemática. Estudios en homenaje al profesor Valentín Carrascosa López*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012.
- ROMEO CASABONA, C. M<sup>a</sup>., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coords.): *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, Comares, Granada, 2013.

- ROUSSEAU, J. J.: *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres* (traducción de LÓPEZ Y LÓPEZ, J., e introducción de STAROBINSKI, J.), Aguilar, Madrid, 1981.
- ROVIRA SUEIRO, M. E.: “El honor de la persona jurídica: una cuestión de hermenéutica constitucional”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2 (1989).
- ROVIRA SUEIRO, M. E.: “Derecho al honor y prestigio profesional. Comentario a la sentencia del T. S. de 16 de diciembre de 1996”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1(1997).
- ROXIN C.: *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (traducción e introducción de MUÑOZ CONDE, F.), Bosch, Barcelona, 1972.
- ROXIN, C.: “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena” (traducción al castellano de POLAINO NAVARRETE, M.), *Cuadernos de Política Criminal*, 46 (1992).
- ROXIN, C.: “Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión” (traducción de SANTANA VEGA, D. M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIX (2006).
- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I; Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito; traducción de LUZÓN PEÑA, D-M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y VICENTE REMESAL, V.), 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006.
- ROXIN, C.: ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMANO, I.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- ROXIN, C.: “El bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (2013).
- RUBIO LLORENTE, F.: “Mostrar los derechos sin destruir la Unión”, ALONGO GARCÍA, R. (coord.): *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.
- RUBIO LLORENTE, F.: “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, 4 (2006).
- RUDOLPHI, H. J.: “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, AA.VV.: *Festschrift für Richard M. Honig*, Verlag Otto Schwartz & CO, Göttingen, 1970.
- RUDOLPHI, H-J.: “El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- RUDOLPHI, H-J. y ROGALL, R.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER/SAMSON: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 66 Lieferung, Wolters Kluwer Dutschland, München, 2006.
- RUFILANCHAS, S.: *Derecho Penal*, Eujes, Madrid, 1932.
- RUIZ ANTÓN, L. F.: “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, CEREZO MIR, J., SUÁREZ MONTES, R. F., BERISTAÍN PIÑA, A. y ROMEO CASABONA, C. Mª.: *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- RUIZ VADILLO, E.: *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.
- RUSSELL, C.: “The Defamation Act 2013 –a first look. It’s not all change ... and it’s not yet in force”, <http://www.charlesrussell.co.uk/>

- UserFiles/file/pdf/ITV\_articles/week\_18\_7\_media\_article.pdf, (11/06/2013).
- SAAVEDRA, M.: “Opinión pública libre y Medios de comunicación social en la argumentación jurídica del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 14, 1993.
- SACK, R. D.: *Sack on Defamation. Libel, Slander and Related Problems*, 3<sup>rd</sup> edition, vol. 1, Practising Law Institute Press, New York, 2002.
- SAINZ CANTERO, J. A.: “El contenido sustancial del delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal*, 1957.
- SAINZ CANTERO, J.: “El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XX, 1-2 (1967).
- SAINZ CANTERO, J.: “Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código Penal de 1822”, *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, 1(1977).
- SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*, Bosch, Barcelona, 1980.
- SAINZ CANTERO, J. A.: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990.
- SAINZ GUERRA, J.: *La evolución del Derecho Penal en España*, 1<sup>a</sup> ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, Jaén, 2004.
- SAINZ GUERRA, J.: “José María Calatrava o la Codificación Penal a comienzos del Siglo XIX”, ALVARADO PLANAS, J y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007.
- SAIZ ARNAIZ, A.: “Los derechos fundamentales y la integración: de las Comunidades al Tratado Constitucional”, <http://www.euskonews.com/0191zbbk/gaia19106es.html>.
- SALDAÑA, Q.: “Historia del Derecho Penal en España”, VON LISZT, F.: *Tratado de de Derecho Penal (traducido de la 18<sup>a</sup> ed. Alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España de SALDAÑA, Q.)*, tomo I, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1914.
- SALDAÑA, Q.: *La Reforma del Código Penal de 1870*, 2<sup>a</sup> ed. aumentada, Reus, Madrid, 1918.
- SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria de España, II*, Analecta, Madrid, 1918.
- SALVADOR CODERCH, P.: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Introducción. Difamación y libertad de expresión”, SALVADOR CODERCH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 25.
- SALVADOR CODERCH, P.: “Causación de daños emocionales y difamación”, SALVADOR CODERCH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SALVADOR CODERCH, P.: “El concepto de difamación en sentido estricto”, SALVADOR CORDECH, P. (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990.
- SAN MARTÍN LOSADA, L.: *El Código Penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1928.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, C.: *Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas, México, 1985.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M.: “Historiografía penal española (1808-1870): la Escuela Clásica española”, ALVARADO PLANAS, J. y SERRANO MAÍLLO, A.: *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Dykinson, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. D. M: *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII/Fasc. I (enero-abril, 1994).
- SÁNCHEZ-TEJERINA, I.: *Derecho Penal Español. Parte especial: los delitos y las*

- faltas en particular y sus penas*, Tomo II, 4ª ed., Reus, Madrid, 1945.
- SANFORD, B. W.: *Libel and Privacy*, 2<sup>nd</sup> edition, Wolters Kluwer Law & Business, New York, 2013.
- SANTAMARÍA LLAMBÁS, F.: *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2002.
- SANTAOLALLA LÓPEZ F.: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión: una valoración”, *Revista de Administración Pública*, 128 (mayo-agosto, 1992).
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo IV* (Tratado de la bienaventuranza y de los actos humanos: 1-2 q. 1-12; versión e introducciones del Padre FR. TEOFILO URDANOZ, O. P. Tratado de las pasiones: 1-2 q. 22-48; versión e introducciones de los Padres FR. MANUEL UBEDA PURKISS, O. P. y FR. FERNANDO SORIA, O. P.), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1954.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica. Tomo V* (Tratado de los hábitos y virtudes en general: 1-2 q. 49-70; versión, introducciones y apéndices del Padre FR. TEOFILO URDANOZ, O. P. Tratado de los vicios y los pecados: 1-2 q. 71-89; versión del Padre FR. CANDIDO ANIZ, O. P., con introducciones y apéndices del Padre FR. PEDRO LUMBRERAS, O. P.-), Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1954.
- SANTOLAYA MACHETTI, P.: “Derecho a la vida privada y familiar”, en SANTOLAYA MACHETTI, P. y GARCÍA ROCA, J. (coords.): *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- SANTORIELLO, C.: *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, CEDAM, Padova, 2004.
- SANZ MORÁN, A. J.: *Elementos subjetivos de justificación*, Bosch, Barcelona, 1993.
- SANZ MORÁN, A. J.: “Teoría general de la justificación”, *Revista Penal*, 5(2000).
- SANZ MORÁN, A. J.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, 1ª ed., Lex Nova, Valladolid, 2003.
- SANZ MORÁN, J. A.: “Reflexiones sobre el bien jurídico”, CARBONELL MATEU, J.C., GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ORTS BERENGUER, E., et. al.: *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)* (vol. II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- SARAZÁ JIMÉNEZ, R.: *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- SAUQUILLO, J.: “Totem y tabú de los derechos colectivos”, ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. (ed.): *Una discusión sobre derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- SCANDELLARI, S.: “La difusión del pensamiento criminal de Gaetano Filangieri en España”, *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Coloquios, 2007, [en línea], puesto en línea el 28 enero 2007, <http://nuevomundo.revues.org/3484> (16/05/2011).
- SCHMID, K.: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschtz*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972.
- SCHMIDHÄUSER, E.: *Strafrecht Besonderer Teil*, 2 Auflage, J. B. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983.
- SCHNEIDER, H.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, DÖLLIG/DUTTGE/RÖSSNER (Hrsg.): *Gesamtes Strafrecht. StGB/StOP/Nebengesetze. Handkommentar*, 2 Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- SCHÖBLER, F.: *Anerkennung und Beleidigung. Rechtsgut und Strafzweck des § 185 StGB*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1997.
- SCHUIND, G.: *Traité de Pratique de Droit Criminel (Tome Premier)*, 4ª édition, Swinnen, Bruxelles, 1980.
- SCHÜNEMANN, B.: “Einführung in das strafrechtliche Systemdenken”, SCHÜNEMANN, B. (herausgegeben): *Grundfragen des modernen*

- Strarechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín, 1984.
- SCHÜNEMANN, B.: “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, B.: “La función del principio de culpabilidad y el Derecho penal preventivo”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- SCHÜNEMANN, B.: “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia-jurídica alemana” (traducción de CANCIO MELIÁ, M.), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 49, 1 (1996).
- SCHÜNEMANN, B.: “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación” (traducción de MARTÍN LORENZO, M. y FELDMANN, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- SCHUTTER, O.: “The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination”, *Jean Monnet Working Papers* (<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/04/040701.pdf>), 7, 2004.
- SCHWAIGHOFER, K.: “Strafbare Handlungen gegen die Ehre”, BERTEL, C. y SCHWAIGHOFER, K. (Hrsg.): *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I (§§ 75 bis 168e StGB)*, 11 Auflage, SpringerWienNewYork, Wien, 2010.
- SCONDA, M. V.: “La iniuria en el derecho de las obligaciones”, <http://www.edictum.com.ar/miWeb4/La%20Iniuria-Dra.%20Sconda.doc.pdf> (7-02-2011).
- SEELMAN, K.: “El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo de reconocimiento como criterios de merecimiento de pena” (traducción de MARTÍN LORENZO, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- SEHER, G.: “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios?* (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, Mª. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. I. Libros I-IX, Epístolas 1-80* (introducción, traducción y notas de ROCA MELIÁ, I.), Gredos, Madrid, 1986.
- SÉNECA: *Epístolas morales a Lucilio. II. Libros X-XX y XXII [FRS.], Epístolas 81-125* (traducción y notas de ROCA MELIÁ, I.), Gredos, Madrid, 1989.
- SÉNECA: *Sobre la Clemencia* (introducción, traducción y notas de CODOÑER, C.), Tecnos, Madrid, 2005.
- SERRA RUIZ, R.: *Honor, honra e injuria en el Derecho medieval español*, Departamento de Historia del Derecho de la Universidad de Murcia, Murcia, 1969.
- SERRANO GÓMEZ, A.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 9ª edición, Dykinson, Madrid, 2004.
- SIEBER, U.: “Límites del Derecho Penal. Fundamentos y desafíos del nuevo programa de investigación jurídico-penal en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional” (traducción de DEMETRIO CRESPO, E.), *Revista Penal*, 22 (2008).

- SILVA ARAÚJO, L.: *Crimes contra a honra*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957.
- SILVA DIAS, A.: *Alguns aspectos do regime jurídico dos crimes de difamação e de injúrias*, A.A.F.D.L., Lisboa, 1989.
- SILVA RODRIGUES, B.: *Direito Penal. Parte Especial. Tomo I. Direito Penal Informático-digital*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- SILVA SÁNCHEZ, J-M.: “Introducción”, SCHÜNEMANN, B.: *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario* (introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ, J-M.), Tecnos, Madrid, 1991.
- SIRACUSANO, P.: (voce) “Inguiria e diffamazione”, *Digesto della Discipline Penalistiche*, VII, Torino, 1993.
- SLAUGHTER, M. M.: “The Development of Common Law defamation Privileges: from Communitarian Society to Market Society”, *14 Cardozzo Law Review*, 1992-1993.
- SMOLLA, R. A. y GAERTNER, M. J.: “The Annenberg libel Reform Proposal: The Case for Enactment”, *William and Mary Law Review*, Volume 31, Issue 1 Article 3.
- SMOLLA, R. A.: “Presenting the Reform Proposals”, AA.VV.: *Twenty-five Years After New York Times v. Sullivan*, Drake University, Constitutional Law Resource Center, Iowa, 1990.
- SMOLLA, R. A.: *Law of Defamation*, 2<sup>nd</sup> edition, Thomson Reuters West, Minnesota, 2012.
- SOLÁZABAL ECHEVERRÍA, J. J.: “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 71 (Enero-marzo, 1991).
- SOLAZÁBAL ECHEVERRÍA, J. J.: “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 32 (1991).
- SOTO NAVARRO, S.: *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- SPASARI, M.: *Sintesi de uno studio sui delitti contro l'onore*, Dott. A. Guiffre Editore, Milano, 1961.
- SPEISER, S. M., KRAUSE, C. F. y GANS, A. W.: *The American Law of Tort*, West/Thomson Reuters, Minnesota, 2011.
- STARK, R.: *Ehrenschutz in Deutschland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.
- STEPEHNS, M. y STEPHENS INNOCENT, F.: “England and Wales”, GLASSER Jr., C.: *International Libel & Privacy Handbook. A Global Reference for Journalists, Publishers, Webmasters, and Lawyers*, 2<sup>nd</sup> edition, Boolmerg Press, New York, 2009.
- STERN, K.: “Art. 11. Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit”, TETTINGER, J y STERN, K. (hrgs.): *Europäische Grundrechte-Charta*, C.H.Beck, München, 2006.
- STOFFEL VALLOTON, N.: “La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales: evolución de la cuestión, previsiones y posibles consecuencias”, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*, Iustel, Madrid, 2008.
- STONE, G. R.: “Content-Neutral Restrictions”, *54 University Chicago Law Review*, 46 (1987).
- STONE, L.: *La crisis de la aristocracia. 1558-1641* (versión española de RODRÍGUEZ ALONSO, M.), Alianza Editorial, Madrid, 1985.
- STONE, R.: *Civil Liberties & Human Rights*, 8<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- STRATENWERTH, G.: “Zum Begriff des “Rechtsgutes””, ESER, A., SCHITTENHELM, U. y SCHUMANN, H.: *Festschrift für Theodor Lenckner*, C. H. Beck, München, 1998.
- STRATENWERTH, G.: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (traducción de CANCIO MELIÁ, M. y SANCINETTI, M. A.), Aranzadi, Navarra, 2005.
- STRATENWERTH, G.: “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos” (traducción de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M.), HEFENDEHL, R. (ed.): *La Teoría del*



- bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios? (edición española a cargo de ALCÁCER, R., MARTÍN, M<sup>a</sup>. y ORTIZ DE URBINA, I), Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- SAUER, W.: *Die Ehre und ihre Verletzung*, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 1915.
- SUÁREZ ESPINO, M<sup>a</sup>. L.: “Comentario a la sentencia 235/2007 por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio”, *InDret*, 2 (2008).
- SUÁREZ FERNÁNDEZ, L.: *Nobleza y Monarquía. Puntos de vista sobre la Historia política castellana del siglo XV*, Estudios y Documentos, Departamento de Hisotoria Medieval, 1975.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial*, 5<sup>a</sup> ed., Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (coord.), JUDEL PRIETO, A. y PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.: *Manual de Derecho Penal. Tomo I. Parte General*, 4<sup>a</sup> edición, Aranzadi, Navarra, 2006.
- SUNSTEIN, C. R.: *Democracy and The Problem of Free Speech*, The Free Press, New York, 1993.
- SWOBODA, E.: *Das Recht der Presse. Handbuch für die Praxis*, 2 Auflage, Verlag Medien und Recht, Wien, 1999.
- TASENDE CALVO, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *Poder Judicial* 43-44 (1996).
- TASENDE CALVO, J.: “La tipificación de las injurias en el Código Penal de 1995, *Cuadernos de derecho Judicial*, 1 (1998).
- TAYLOR, C.: *Hegel y la sociedad moderna* (traducción de UTRILLA, J. J.), Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”* (traducción de UTRILLA DE NEIRA, M.), Fondo de Cultura Económica, México, 1993 (TAYLOR, C.: *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, S. Fischer Verlag, Frankfurt am Main, 1993)
- TAYLOR, C.: *La ética de la autenticidad* (introducción de THIEBAUT, C.; traducción de CARBAJOSA PÉREZ, P.), Paidós, Barcelona, 1994.
- TAYLOR, C.: *Fuentes del Yo. La construcción de la identidad moderna* (traducción de LIZÓN, A.), Paidós, Barcelona, 2006.
- TAYLOR, C.: *Hegel* (traducción de CASTRO MERRIFIELD, F., MENDIOLA MEJÍA, C. y LAZO BRIONES, P.), Antrophos, Barcelona, 2010.
- TELLENBACH, S.: “Die Rolle der Ehre im Strafrecht. Rechtsvergleichende Zusammenfassung”, TELLENBACH, S. (Hrsg.): *Die Rolle der Ehre im Strafrecht*, Duncker & Humblot/Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationlaes Strafrecht, Berlín/Freiburg i. Br., 2007.
- TENCKHOFF, J.: *Die Bedeutung des Ehrebegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. J.: “Derecho al honor y su limitación por la libertad de expresión y el derecho a la información”, TORRES DEL MORAL, A. (dir.): *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009.
- TERIS, B. S.: “Procedural Due Process. The Right to Reputation in New Hampshire Supreme Court creates a Liberty Interest in a Person’s Reputation Protected by the Due Process Clause of the State Constitution and extends the Protection to Competency Determinations. State v. Veale, 972 A.2D 1009 (N.H. 2009)”, *Rutgers Law Journal*, Summer, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “La satisfacción de las necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 63 (1981).
- TERRADILLOS BASOCO, J. M.: “La Constitución penal. Los derechos de la libertad”, en línea: [http://portal.uclm.es/descargas/id\\_p\\_docs/doctrinas/terradillos-constitucionpenal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/id_p_docs/doctrinas/terradillos-constitucionpenal.pdf) (25/12/2013).

- TESAURO, A.: *La diffamazione come reato debole e incerto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2205.
- TETTINGER, P. T.: *Die Ehre – ein ungeschütztes Verfassungsgut?*, Verlag. Dr. Otto Schmidt, Köln, 1995.
- TIEDEMANN, K.: “Constitución y Derecho Penal” (traducción de ARROYO ZAPATERO, L.), *Revista Española de Derecho Constitucional*, Separata nº 33 (septiembre-diciembre 1991).
- TIEDEMANN, P.: *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, BWV-Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, Berlin, 2007.
- TILLMANS, L.: “Persönlichkeitsrechts und Pressecodex”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *De los delitos y de las penas* (Introducción, notas y traducción de TOMÁS Y VALIENTE, F.), Aguilar, Madrid, 1976.
- TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.
- TORÍO LÓPEZ, A.: “Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 34 (Fasc. II y III, 1981).
- TORÍO LÓPEZ, A.: “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 39 (Fasc/Mes 1, 1986).
- TORO, A.: *De las similitudes y diferencias. Honor y drama de los siglos XVI y XVII en Italia y España (traducido del alemán por REPÁRAZ ANDRÉS, A.)*, Verunet e Iberamericana, Frankfurt am Main – Madrid, 1998.
- TORRES SANZ, D.: “La represión penal en la época de Felipe IV”, MERCHÁN FERNÁNDEZ, C. (dir. y coord.): *Poder y Derecho bajo el reinado de Felipe IV. Actas del Congreso Nacional de Historia del derecho y de las Instituciones Político-Administrativas*, Ayuntamiento de Valladolid, Valladolid, 2007.
- TOULEMON, A.: *Nouveau Code de la Presse*, Recueil Sirey, París, 1952.
- TRAPERO BARREALES, M<sup>a</sup>. A.: *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.
- TREVOR DAVIES, R.: *La decadencia española. 1621-1700* (traducción de GARCÍA DE LA MORA, J. M.), Labor, Barcelona, 1969.
- TRIANAFYLLOU, D.: “The European Charter of Fundamental Rights and the Rule of Law: restricting fundamental rights by reference”, *Common Market Law Review*, vol. 39, 1, 2002.
- TUGENDHAT, E.: *Problemas de la ética* (traducción de VIGIL, J.), Crítica, Barcelona, 1988.
- TULKENS, F. y CALLEWAERT, J.: “Le point de vue de la Cour européenne des droits de l’homme”, CARLIER, J-Y. y SCHUTTER, O. (dir.): *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne. Son apport à la protection des droits de l’homme en Europe*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- VÁLCARCEL, A.: *Sexo y filosofía. Sobre “mujer” y “poder”*, Horas, Madrid, 2013.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: “Notas Sobre las mercedes de Enrique II de Castilla”, *Hispania. Revista Española de Historia*, 108 (1968).
- VALDEÓN BARUQUE, J.: “Crisis y recuperación (siglos XIV-XV)”, *Historia de Castilla y León*, Ámbito, Valladolid, 1985.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: “La plenitud de la Edad Media. Siglos XI al XV”, en GARCÍA DE CORTÁZAR Y RUIZ DE AGUIRRE, J. A., y VALDEÓN BARUQUE, J.: *Manual de Historia Universal. Principios de la Edad Media*, Ediciones Nájera, Madrid, 1987.
- VALDEÓN BARUQUE, J.: “Señoríos y Nobleza en la Baja Edad Media. El ejemplo de la Corona de Castilla”, *Revista d’historia medieval*, 8 (1997).
- VALDEÓN BARUQUE, J.: *Alfonso X el Sabio. La Forja de la España Moderna*, RBA, Barcelona, 2006.
- VALLE MUÑIZ, J. M.: *El elemento subjetivo de justificación y la*

- graduación del injusto penal, PPU, Barcelona, 1994.
- VÁZQUEZ SÁNCHEZ, E.: *Un historiador del derecho, Pedro José Pidal*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1998.
- VEEDER, V.: "The History and Theory of the Law of Defamation. II", *Columbia Law Review*, Vol. 4, No. 1 (Jan., 1904).
- VELÁSQUEZ, O.: "Platón: el banquete o siete discursos sobre el amor", [http://books.google.es/books?id=Rr8ba7HjncwC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=platon+y+el+honor&source=bl&ots=u97dqnbxuS&sig=BWbneYcJ2OV7NagF0Jsd5trcvo&hl=es&ei=gjtNTemUH9CGhQf20JWMDw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCoQ6AEwAzgK#v=onepage&q&f=false](http://books.google.es/books?id=Rr8ba7HjncwC&pg=PA50&lpg=PA50&dq=platon+y+el+honor&source=bl&ots=u97dqnbxuS&sig=BWbneYcJ2OV7NagF0Jsd5trcvo&hl=es&ei=gjtNTemUH9CGhQf20JWMDw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=4&ved=0CCoQ6AEwAzgK#v=onepage&q&f=false) (7-02-2011).
- VERA SANTOS, J. M.: *Las personas jurídicas privadas como titulares del derecho al honor en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- VÉRON, M.: *Droit pénal spécial*, 12<sup>a</sup> édition, Dalloz, París, 2008.
- VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, 3<sup>a</sup> ed., Librería de Fernando Fé, Madrid, 1885.
- VIADA Y VILASECA, S.: *Código Penal reformado de 1870 con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de julio de 1876, concordado y comentado para su mejor inteligencia y fácil aplicación, con una multitud de ejemplos y cuestiones prácticas extractadas de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo*, Tomo III, 5<sup>a</sup> ed., Fernando Fé, A. San Martín y Donato Guío, Madrid, 1890.
- VIANGALLI, M.: "Diffamations et injures spéciales", AA.VV. (Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l'Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994.
- VICENS VIVES, J.: *Cataluña en el siglo XIX*, Rialp, Madrid, 1961.
- VICENS VIVES, J.: *Historia General Moderna* (tomo I), Montaner y Simón, Barcelona, 1967.
- VIDAL MARÍN, T.: "Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional", *InDret*, 1 (2007).
- VILLA, A.: *I delitti contro l'onore*, CEDAM, Padova, 1992.
- VIRIOT-BARRIAL, D.: "A la découverte de la notion d'injure et de diffamation", AA.VV. (Université de Droit, d'Économie et des Sciences d'Aix-Marseille; Faculté de Droit et de Science Politique): *Liberté de la Presse et Droit Pénal (XIII Journées de l'Association Française de Droit Pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 1994.
- VISLLÚ, E.: *El Código Penal y el sentido común*, Tipográfica de Manuel G. Hernández, Madrid, 1886.
- VITARELLI, T.: "Diritto di cronaca e limiti", COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- VITARELLI, T.: "L'esercizio del diritto", COLLICA, M. T., GULLO, A. y VITARELLI, T.: *I delitti contro l'onore. Casi e materiali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- VITORINO, A.: "La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2001.
- VITU, A.: *Droit pénal spécial*, Cujas, París, 1982.
- VIVES ANTÓN, T. S.: "Libertad de expresión y derecho al honor", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada. Homenaje al Profesor J. A. Sainz Cantero (II)*, 13 (2<sup>o</sup> cuatrimestre, 1987).
- VIVES ANTÓN, T. S.: "Delitos contra el honor", VIVES ANTÓN, T. S. y BOIX REIG, J.: *Derecho Penal. Parte*

- Especial*, 1ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Libertad de expresión e información: límites penales”, AA. VV.: *El derecho a la información. Teoría y práctica (presentación de RAMÍREZ, M.)*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995.
- VIVES ANTÓN, T.S.: “Título XI. Delitos contra el honor”, en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995 (Volumen I: arts. 1 a 233)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos contra el honor”, en VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONEL MATEU, J. C., et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VIVES ANTÓN, T.S.: “Constitución, sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valencia*, 16 (2005).
- VIVES ANTÓN, T. S.: “Delitos contra el honor”, VIVES ANTÓN, T.S., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J. C. et al.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del Sistema Penal* (Acción significativa y derechos constitucionales; estudio preliminar de JIMÉNEZ REDONDO, J.), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- VON ARNIM, D.: *Der Standort der EU-Grundrechtecharta in der Grundrechtsarchitektur Europas*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2006.
- VON DANWITZ, T.: “Art. 52. Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze”, TETTINGER, J y STERN, K. (hrsg.): *Europäische Grundrechte-Charta*, C.H.Beck, München, 2006.
- VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal* (traducido de la 20ª edición alemana por JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y adicionado con el Derecho Penal Española por QUINTILIANO SALDAÑA), Tomo II, 3ª edición, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1927.
- VOUIN, R.: *Droit penal special*, 5ª edition, Dalloz, París, 1983.
- WACHSMANN, P.: *Libertés publiques*, 5ª édition, Dalloz, París, 2005.
- WACHSMANN, P.: “La liberté d’expression”, CABRILLAC, R., FRISON-ROCHE, M-A. y REVET, T.: *Libertés et droits fondamentaux*, 12ª ed., Dalloz, París, 2006.
- WALDRON, J.: “Dignity and Defamation: The Visibility of Hate”, *Harvard Law Review*, 123 (2010).
- WALDRON, J.: *The Harm in Hate Speech*, Harvard University Press, Massachusetts, 2012.
- WATHEL, M.: “Charte des droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue”, *Cahiers de Droit Européen*, 5-6, 2000.
- WEAVER, R. L., KENYON, A. T., PAERLETT, D. E. y otros: *The Right to speak ill. Defamation, Reputation and Free Speech*, Carolina Academic Press, North Caroline, 2005.
- WEGNER, K. y SCHMELZ, C.: “Meinungs- und Pressefreiheit”, GÖTTING, H-P., SCHERTZ, C. y SITZ, W. (Hrsg): *Handbuch des Persönlichkeitsrechts*, Verlag C.H. Beck, München, 2008.
- WEINRICH, C.: *Statusmindernde Nebenfolge als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB*, Nomos, Baden-Baden, 2009.
- WEINSTEIN, J.: *Hate Speech, Pornography, and the Radical Attack on Free Speech Doctrine*, Colorado, Westview Press, 1990.
- WELLMAN, C. H.: “Liberalism, Communitarism, and Group Rights”, *Law and Philosophy*, 18 (1999).
- WELZEL, H.: *Derecho penal alemán. Parte General* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J. y YAÑÉZ PÉREZ, S.), 12ª ed. (3ª ed. castellana), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987.
- WESSELS/HETTINGER: *Strafrecht. Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechts- und Gemeinschaftswerte*, 32 Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2008.
- WESSING, T.: “Defamation Act 2013”, Taylor Wessing

- Analysis”, <http://www.taylorwessing.com/fileadmin/files/docs/The-Defamation-Act-2013.pdf> (11/06/2013).
- WESTKAMP, G.: *Privacy & Publicity. Schutz und Kommerzialisierung der Persönlichkeit im modernen britischen Common Law*, Nomos, Baden-Baden, 2011.
- WIECZKOWSKI, W.: *Das Delikt des § 189 StGB*, Karl Sinftorffs Buchdruckerei, Rostock, 1901.
- WITKER, J.: *Cómo elaborar una tesis en Derecho. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*, Civitas, Madrid, 1991.
- WOLF, S.: “Comentario”, TAYLOR, C.: *El Multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- WOLFF, E. A.: “Ehre und Beleidigung. Zugleich eine Besprechung des gleichenamigen Buches von H. J. Hirsch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81 (1969).
- WOLFSON, N.: *Hate Speech, Sex Speech, Free Speech*, Westport, Connecticut, Praeger, 1997.
- YANES MESA, R.: “La complicada evolución de la libertad de prensa en España durante el siglo XX. Apuntes para su estudio”, *Espéculo. Revista de estudios literarios*, en línea, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/especulo/numero30/liprensa.html>
- YOUNG, I. M.: “Categorías irregulares: una crítica de la teoría de sistemas duales de Nancy Fraser”, *Utopías, nuestra bandera: revista de debate político*, 177 (1998).
- YOUNG, I. M.: *La justicia y la política de la diferencia* (traducción de ÁLVAREZ, S.), Ediciones Cátedra, Madrid, 2000.
- YUSSEF SAMSÓN, N.: “La República. El libro, la escena y sus personajes”, <http://www.zonaeconomica.com/files/Platon%20-%20La%20Republica.pdf> (7-02-2011).
- ZACZYK, R.: “§ 193 als Rechtfertigungsgrund”, WEIGEND, T. y KÜPPER, G.(Hrsg.): *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999.
- ZACYCK, R.: “Vierzehnter Abschnitt. Beleidigung”, KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (Hrsg.): *Strafgesetzbuch (Band 2)*, 3. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2010.
- ZEILER, G.: *Persönlichkeitsschutz. Kreditschädigung und Ehrenbeleidigung-Anschwärzung- Bildnisschutz-Medienrecht. Handbuch für die Praxis*, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1998.
- ZIEGENHORN, Z.: *Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta. Genuin chartarechtlicher Grundrechtsschutz gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh*, Duncker & Humblot, Berlin, 2009.
- ZÖCHBAUER, P.: *Grundfragen des Medienstrafrechts*, Orac, Wien, 1992.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: “¿Otra vez la vuelta a Von Liszt?”, LISZT, F. v.: *La idea del Fin en el derecho Penal* (introducción y nota biográfica de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; traducción de PÉREZ DEL VALLE, C.), Comares, Granada, 1995.