

Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Departamento de Derecho Penal. U.C.M.

SUMARIO: I. Introducción: Planteamiento de las cuestiones a tratar.—II. La exigencia del *animus iniuriandi*: 1. Fundamento gramatical: crítica. 2. La «naturaleza del delito» como fundamento: crítica.—III. Disfunciones dogmáticas de su exigencia: 1. El contenido específico del *animus iniuriandi*: crítica. Su identificación con el dolo. 2. Crítica a la resolución de conflictos a través del *animus*.—IV. Disfunciones político-criminales.—V. Disfunciones procesales: prueba y presunciones.—VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES A TRATAR

La exigencia del *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo del tipo diferente del dolo ha sido afirmada mayoritariamente por la doctrina (1), sin embargo dicho criterio nunca ha sido unánime. Así

(1) *Vid.* ALONSO ÁLAMO, M.: «Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», en *ADPCP* (t. XXXVI), fas. I (enero-abril), 1983, p. 191; BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Manual de Derecho Penal. Parte Especial» (III), *Delitos contra la libertad, seguridad, honestidad, honor y estado civil*, ed. Ceura, S.A., Madrid, 1989, p. 242, N.M. 67; BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *El derecho fundamental al honor*, ed. Tecnos. Colección Temas clave de la Constitución Española. Madrid, 1992. p. 160; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Delitos contra el honor», en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal), vol. 1, núms. 37/40, ed. Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, p. 637; *Idem*: *Honor y libertad de expresión (las causas de justificación en los delitos contra el honor)*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 78; BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de*

destaca la postura crítica que respecto de su exigencia adoptó RODRÍGUEZ DEVESA, al negar que tal *animus* fuera diferente del dolo (2). Desde ese momento ha ido en aumento el número de autores que se han inclinado por identificar el *animus iniuriandi* con el dolo de las injurias (3), lo que ha llevado a QUERALT JIMÉNEZ a afirmar

Derecho Penal. Parte Especial, ed. Ariel, Barcelona, 2.^a edición, 1991, p. 145; CABELLO MOHEDANO, F.: «Animus informandi», en *La Ley* (1985-4), p. 549; COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A. en *idem*, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (I)*, ed. Akal/lure, Madrid, 1990, p. 264; ESTRADA ALONSO, E.: *El Derecho al honor en la LO 1/1982, de 5 de mayo*, ed. Civitas, Colec. Cuadernos, Madrid, 1989, p. 110; GARCÍA PABLOS Y MOLINA, A.: «La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión», en *Estudios penales*, ed. Bosch, Barcelona, 1984, p. 378-9; MUÑOZ CONDE, F.: «Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de derecho», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona* (Libro-Homenaje al prof. A. Beristáin), ed. IVAC-KREI, Donostia-San Sebastián, 1989, p. 853; *Idem: Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch, 8.^a edición, Valencia, 1990, p. 117; POLAINO NAVARRETE, M.: *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Penal español*, ed. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, p. 249; POLITOFF, S.: *Los elementos subjetivos del tipo legal*, ed. Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965, p. 125; QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, vol. II, tomo I (Infracciones contra la personalidad), ed. Edersa, 2.^a edición puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, 1972, p. 1274; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. en *Traducción y notas a MEZGER, E.: Tratado de Derecho Penal (I)*, ed. Edersa, 2.^a edición revisada y puesta al día, Madrid, 1946, pp. 337-8; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Trivium, 2.^a edición, sept. 1987, p. 222; SAINZ CANTERO, J. A.: «El contenido sustancial del delito de injurias», en *ADPCP* (t. X), fas. I (enero-abril), 1957, p. 113; VALLE MUÑIZ, J. M.: «Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal del honor», en *Documentación Jurídica* (monográfico dedicado a la P.A.N.C.P.), vol. I (núms. 37/40), ed. Gabinete de Documentación y Publicaciones de la secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia; Madrid, 1983, p. 655. y VIVES ANTÓN, T. S.: «Libertad de expresión y derecho al honor», en *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero) (II), núm. 13 (segundo cuatrimestre de 1987), Granada, 1989, p. 263; *Idem* en COBO DEL ROSAL, M. et al.: *Derecho Penal. Parte Especial*, ed. Tirant lo Blanch. 3.^a edición, Valencia, 1990, p. 692.

(2) Así ya RODRÍGUEZ DEVESA en ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Derecho Penal (II) Parte especial*, Impresor Gráfica administrativa, Madrid, 1949, p. 289 y después en su *Derecho Penal español. Parte Especial*, ed. Dikynson, 13.^a edición revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, A. Madrid, 1990, p. 236.

(3) ASÚA BATARRITA, A.: «La tutela jurídica del honor. Consideraciones político-criminales en relación a la LO 1/1982», en *Estudios Penales* (libro-homenaje a Fernández Albor), ed. Universidad de de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, p. 30; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injurias», en *Rev. Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, mayo-agosto 1987, y también en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje a Sainz Cantero) (I) núm. 12 (primer cuatrimestre de 1987), Granada, 1989 (las páginas citadas lo serán de esta publicación), p. 18; JAÉN VALLEJO, M.: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, ed. Colex, Madrid, 1992, p. 203; MORALES PRATS, F.: «Adecuación social y tutela penal del honor:

que la exigencia del *animus iniuriandi* no es ya mayoritaria doctrinalmente (4).

Los argumentos que doctrinal y jurisprudencialmente se han manejado para destacar la existencia del *animus iniuriandi* han sido principalmente el gramatical y el derivado de la propia naturaleza del delito, amén de las positivas conclusiones político-criminales a las que abocaba.

Ahora bien, adelantando conclusiones, incluso en el caso de asumirse la validez de estos argumentos, sólo se afirma la existencia de un elemento de subjetividad en el precepto que podría ser reconducido al contenido propio del dolo. Ello, como se verá, ni contradice el tenor literal del precepto, ni representa una ampliación de la incriminación por injurias. De ese modo se cumplen igualmente unos contenidos político-criminales equivalentes y se evitan, por el contrario, las disfunciones dogmáticas y procesales que provoca la inclusión en el art. 456 de un elemento subjetivo del tipo.

Sin embargo, al margen de los resultados a los que puede llegarse a través de los criterios de interpretación, también parece indudable que el *animus iniuriandi* venía llamado a cumplir una función fundamental en la dogmática de los delitos contra el honor, por constituir la sede de resolución de conflictos en caso de concurrencia con otros animi —*informandi, narrandi, criticandi, iocandi...*— que lo neutralizarían. Ello, por un lado, conduce a la conclusión de la irrelevancia jurídico-penal por la atipicidad de la conducta y, por otro, a constituirlo en la válvula de admisión de la relevancia de la veracidad de la imputación en un delito, como el de las injurias, cuya eficacia aparece limitada por el tenor literal del art. 461.

Con ello la crítica a la exigencia de un concreto *animus* diferenciado del dolo ha de completarse además por el encuadre sistemático de la resolución de este conflicto en sedes más adecuadas y, como se comprobará, menos perturbadoras.

II. LA EXIGENCIA DEL *ANIMUS INIURIANDI*

1. Fundamento gramatical: crítica

La interpretación gramatical fue puesta de relieve por RODRÍGUEZ MUÑOZ (5), quien destacó que el uso en el art. 456 de la preposición

perspectiva despenalizadora», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (Homenaje a Sainz Cantero) (I) núm. 12 (primer cuatrimestre de 1987), Granada, 1989, p. 218; QUERALT JIMÉNEZ, J. J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, vol. 1, ed. Bosch, Barcelona, 1986, p. 232; *Idem: Animus iniuriandi*, en «La Ley» (1989-4), p. 984.

(4) QUERALT JIMÉNEZ: *Animus...*, p. 984.

(5) RODRÍGUEZ MUÑOZ: notas al Tratado de Mezger, pp. 337-8.

«en» daba al mismo un especial sentido que suponía la inclusión de un propósito que lo diferenciaba del dolo y constituía, por lo tanto, un elemento subjetivo del tipo.

Éste ha sido el argumento más repetido entre los defensores de la teoría del *animus* (6), llegando incluso a maximalizarse por algún autor al afirmar que «dicha preposición comporta un sentido de finalidad totalmente manifiesto fuera de toda discusión razonable» (7), aunque también se ha destacado, en sentido opuesto, que no puede asumirse que sea una interpretación irrefutable (8).

La crítica a la presente fundamentación exigiría, o bien negar que la propia preposición «en» indica una concreta intención (9) —y por lo tanto no tiene un contenido final en el que pueda basarse la existencia del *animus iniuriandi*—, o bien afirmar que esa subjetividad, lo que viene a reflejar no es un concreto y específico elemento subjetivo del injusto, sino el dolo mismo.

Afirmar la inexistencia de una concreta intención en este tipo es ciertamente difícil. Así, debo mostrar mi acuerdo con la doctrina mayoritaria en que dicha preposición introduce un sentido de intencionalidad y finalidad en la conducta típica (10) alejada de pretensiones objetivadoras.

A pesar de ello RODRÍGUEZ DEVESA entendía que dicha preposición «designa una propiedad de la acción, con independencia de la intención de injuriar que tenga el sujeto» (11). De modo que para este autor la interpretación gramatical ni es exponente de un elemento subjetivo del tipo, ni dota al mismo de esa especial intencionalidad, sino que tan sólo hace referencia al carácter necesario de menosprecio, deshonra o descrédito que «objetivamente» ha de revestir la acción ejecutada o la expresión proferida (12).

Sin embargo, la refutación de una determinada interpretación no puede introducirnos en una dinámica de «argumentos de autoridad»,

(6) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual...*, p. 145; CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, p. 548; MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117; SAINZ CANTERO: *El contenido...*, p. 87; VIVES ANTÓN, *Libertad de expresión...*, p. 269.

(7) VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, p. 269.

(8) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 638.

(9) En la misma nota a la traducción del Tratado de Mezger en que RODRÍGUEZ MUÑOZ fundamenta este argumento textual niega que esa preposición en la exigente de legítima defensa signifique la existencia de un concreto elemento subjetivo, pp. 337-8.

(10) Así también COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 264.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho... P.E.*, p. 236.

(12) Olvida sin embargo, a mi parecer, la característica eminentemente valorativa que asume la existencia de los elementos normativos; así no puede existir, ni existe, lo «objetivamente» injurioso, sino lo «valoradamente» injurioso. Valoración que, como veremos más adelante, corresponde al juez y cuyo conocimiento ha debido ser asumido por el sujeto activo. Y es en este sentido en el que debe afirmarse la tendencia subjetivadora del tipo.

con este fin intentaré analizar este fundamento desde otro punto de vista.

Para ello debe tenerse en cuenta la concepción del delito de la que partía RODRÍGUEZ MUÑOZ y la coherencia que respecto de ella tiene la argumentación textual, que después fue asumida miméticamente por la doctrina mayoritaria, aun sin defender sus presupuestos sistemáticos. En su concepción del delito, de raíz causalista, tanto la tipicidad como la antijuridicidad se caracterizan por su contenido objetivo, de modo que el dolo y la culpa se delineaban como formas de la culpabilidad. En tal sistema la inclusión textual en la descripción típica de una expresión indudablemente final —de carácter subjetivo— no podía sino significar la existencia de un elemento subjetivo del injusto no identificable con el dolo. Por tanto, si la preposición «en» denotaba una tendencia subjetiva, pero no identificada con el dolo (13), entonces, lógicamente, constituía un elemento subjetivo del injusto —el *animus iniuriandi*— cuyo contenido debería ser diferenciado del de aquél. El problema posterior que surgía era precisamente el de su contenido específico, problema éste que dicho autor no logró resolver, porque el pretendido *animus* no era sino el dolo, y su existencia no era sino una conclusión emanada de la lógica dogmática.

En paralelo a este argumento podemos ver un fenómeno semejante (14) en las causas de justificación con el uso de expresiones iguales o equivalentes —la preposición «en» en la legítima defensa y en el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o «impulsado por» en el estado de necesidad—, que en la actualidad también son consideradas unánimemente como expresiones que confirman la presencia de un elemento subjetivo de la justificación (15), pero que no se concretan en otra cosa que en el

(13) Si no se llegaría a la absurda conclusión de que el dolo no forma parte, en general, del tipo, pero que se exigiría esta ubicación en aquellos en los que el legislador expresamente así lo confirmara. Exposición crítica a esta concepción dualista la plantea RODRÍGUEZ MUÑOZ en: *La doctrina de la acción finalista*, ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2.^a edición, 1978, pp. 136 y ss.; a conclusión semejante se llegaría, como puso de manifiesto WELZEL, respecto de los delitos intentados, *Derecho Penal alemán. Parte General* (traducción de la 11.^a edición alemana por BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ), ed. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2.^a edición, 1976, pp. 90 y ss., igualmente exposición crítica de RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *La doctrina...*, pp. 141 y ss. y especialmente 145 a 147.

(14) Y no olvidemos que la afirmación objeto de controversia se produce en el seno de unas reflexiones sobre si existía o no un elemento subjetivo en la legítima defensa. RODRÍGUEZ MUÑOZ: notas a la traducción del Tratado de MEZGER, pp. 137-8.

(15) Conclusión a la que se llega tanto por los partidarios del injusto personal como por las corrientes predominantemente objetivistas, si bien a través de razonamientos diferentes. La primera la exige de forma genérica para todas las causas de justificación en coherencia con su fundamentación del injusto. Así, desde perspectivas finalistas, *vid.* CÓRDOBA RODÁ, en *idem*, RODRÍGUEZ MOURULLO y CASABO RUIZ:

conocimiento de la situación objetiva que da lugar, para estas concretas conductas, a la autorización de lesionar un bien jurídico (16). Con ello, si hacemos una identificación entre la fundamentación subjetiva del injusto y la de su exclusión por la concurrencia de una causa de justificación —ambas suponen un elemento cognoscitivo y volitivo de los elementos del tipo y de la situación de autorización respectivamente—, no se entiende por qué en el caso del tipo de injurias la preposición «en» ha de significar otra cosa distinta que el conocer y querer los elementos del tipo —el dolo—.

Por tanto, de todo lo anterior, puede concluirse que no hay base gramatical alguna para afirmar que en el tipo de injurias hay un elemento subjetivo diferenciado del dolo. Al menos, sino, debe abandonarse la idea de que el argumento gramatical es irrefutable.

Comentarios al Código Penal, t. I (arts. 1 a 22), ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 247 y ss., donde expresamente realiza una identificación entre la fundamentación subjetiva del injusto y la de su exclusión; igualmente, *vid.* en este sentido un examen pormenorizado del significado de la exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación y del contenido paralelo a la exigencia del dolo en el tipo en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *El ejercicio legítimo del cargo* (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal), ed. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1980, pp. 127 y ss., y especialmente p. 141, donde refiere que «el elemento subjetivo de justificación es conocimiento-volición de la justificación, es decir, conocimiento de la situación de justificación y volición de la justificación, o más propiamente, dirección de la acción hacia la causa de justificación». Desde la teoría de la motivación *vid.* MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, ed. Bosch, Barcelona, 2.^a edición, 1982, pp. 89 y ss.; *idem*: *Derecho Penal. Parte General*, ed. P.P.U. Barcelona, 3.^a edición, 1990, p. 480; MAQUEDA ABREU, M. L.: «Los elementos subjetivos de la justificación», en *Rev. La Ley* (1984-2), p. 1092, y COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: *Presupuestos del error sobre la prohibición*, ed. Edersa-Instituto de Criminología. UCM, Madrid, 1987, pp. 119 y ss. Desde la perspectiva objetivista, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 3.^a edición corregida y actualizada, 1990, p. 344 y CARBONELL MATEU, J. C.: *La justificación penal*, ed. Edersa, Madrid, 1987, p. 107, para quienes el carácter objetivo de la antijuridicidad niega la posibilidad genérica de los elementos subjetivos de la justificación, aunque ello no supone un límite para afirmar la exigencia en cada una de ellas particularizadamente, siempre que así venga exigido por el legislador, con lo que se llega también a un resultado semejante. Para una crítica a esta posición, *vid.* MAQUEDA ABREU: *Los elementos...*, pp. 1096 y ss., y especialmente 1099, y COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Presupuestos...*, p. 120.

(16) Niega la posibilidad de la existencia de una finalidad subjetiva de obrar conforme a derecho MAQUEDA ABREU, al afirmar que «el elemento subjetivo de la justificación estaría desprovisto de todo componente anímico que no sea la mera voluntad (y conocimiento) de realización de los presupuestos objetivos de las normas permisivas». *Los elementos...*, p. 1094; en el mismo sentido MIR PUIG: *La función...*, p. 89.

2. LA «NATURALEZA DEL DELITO» COMO FUNDAMENTO: CRÍTICA

Prescindiendo del argumento gramatical, se afirma que la necesidad del *animus iniuriandi* es consecuencia de la naturaleza del precepto (17), o más concretamente del bien jurídico protegido: el honor, ya que en palabras de MUÑOZ CONDE «la injuria no es más que una incitación al rechazo social de una persona (...) lo que sólo puede realizarse *intencionalmente*» (18). Prueba de ello sería que en todos los tipos protectores del honor se exige dicho *animus*. Ello con independencia —como ocurre en el delito de calumnias— de que su tenor literal recoja o no el elemento subjetivo mediante la partícula «en» o cualquier otra expresión equivalente (19).

En esta misma línea pueden incluirse aquellos autores que califican este delito como eminentemente circunstancial, por el uso que en el mismo se hace de elementos normativos (20) —deshonra, descrédito o menosprecio—. Con esta calificación de circunstancial se quiere afirmar que la caracterización de una expresión como injuriosa no depende sólo de lo infamante de su contenido, sino fundamentalmente de las circunstancias en que tal expresión o acción se han proferido o ejecutado, es decir, del modo u ocasión en que ha sido llevada a cabo la conducta.

Quien más claramente pone de manifiesto esta relación entre el carácter «extraordinariamente circunstanciado y relativo del delito contra el honor» y la exigencia del elemento intencional —entendiéndose como tal el *animus iniuriandi*— es BAJO FERNÁNDEZ (21), al afirmar que el uso de elementos normativos determinaría una «equivocidad objetiva de la infracción que sólo se corrige indagando sobre el elemento intencional» (22).

El propio legislador ha sido consciente de esa virtual equivocidad a la que da lugar la comprobación del conocimiento por parte del sujeto activo del carácter de deshonra, descrédito o menosprecio de su conducta. Por ello se introduce en el art. 464 la regulación de la injuria encubierta, entendiéndose como tal aquella en que no queda claro no ya el elemento objetivo de la injuria —acción o expresión deshonrosa, desacreditante o menospreciativa—, sino el conocimien-

(17) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117, y VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, p. 269.

(18) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117, cursiva mía.

(19) BAJO FERNÁNDEZ: «Manual...». p. 253. N.M. 14; MUÑOZ CONDE: «Derecho...», p. 122; VIVES ANTÓN: *Derecho...*, p. 691.

(20) *Vid.* sobre su problemática y su relevancia respecto del error SUAY FERNÁNDEZ, B. C.: «Los elementos normativos y el error», en *ADPCP*, tomo XLIV, fas. I (enero-abril), 1991, pp. 97 a 141.

(21) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242, N.M. 69.

(22) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242, N.M. 70.

to y volición que en torno a dichas acciones o expresiones ha tenido el sujeto activo. Único extremo sobre el que el sujeto podría dar explicación satisfactoria. Sin embargo, la indagación sobre ese elemento intencional, tal como afirma BAJO FERNÁNDEZ, no se produce como una comprobación de un pretendido *animus iniuriandi*, sino de la valoración de las circunstancias en que se lleva a cabo como lesivas del honor, es decir, como comprobación de la concurrencia de dolo.

Ello, en el fondo, supone la consagración en el art. 464 de una presunción de dolo, por lo que debe entenderse que dicho artículo es inconstitucional al ser imposible su compatibilización con la presunción de inocencia del art. 24 CE.

Así pues, el carácter circunstancial del bien jurídico que se intenta proteger ha hecho optar al legislador, a la hora de tipificar las conductas lesivas penalizadas, por la introducción de elementos normativos (23), que van a exigir del juez «sintonizar, en solitario, con las valoraciones sociales» (24), lo que hace del mismo un verdadero tipo abierto (25).

Sin embargo, tampoco parece éste un argumento irrefutable para demostrar la existencia del *animus iniuriandi*, sino que, en el mismo sentido que el anterior, sólo confirma su subjetividad, causada por los elementos normativo-valorativos. Éstos van a exigir del juez ir más allá de la comprobación de si las concretas circunstancias del hecho, conforme al modo y ocasión de la acción ejecutada o expresiones proferidas, son lesivas del honor —lo que constituiría la efectiva concurrencia de los elementos objetivos del tipo—, exigiéndose además, en virtud de la necesaria imputación subjetiva, que el juez compruebe la concurrencia del dolo. Tal comprobación se concreta en la prueba de la valoración que el sujeto hizo de las circunstancias, modo y ocasión, como virtualmente lesivas del bien jurídico honor —elemento cognoscitivo— y que además fueran queridas/asumidas de esa determinada manera haciendo efectiva su lesión —elemento volitivo (26).

(23) Vid. en ese sentido MORALES PRATS: *Adecuación...*, p. 257.

(24) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: *La tutela...*, pp. 398-9.

(25) GARCÍA PABLOS Y MOLINA: *La tutela...*, pp. 398-9, en donde además crítica esta característica por los problemas de seguridad jurídica que ello comporta, p. 399; también BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 635, citando al anterior autor.

(26) Ello se corresponde con la configuración del dolo respecto a los elementos normativos. Así, en referencia a ello, MEZGER afirma que «el actuar doloso exige (...) el conocimiento de las diversas características del tipo, por tanto cuando se trata de características típicas normativas (...) es preciso en cuanto a tal conocimiento de la significación una valoración paralela al autor en la esfera del profano; o más claramente una apreciación de las características del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y

De tal manera que, por ejemplo, un sujeto en una reunión de una iglesia, una de cuyas máximas de conducta sea la fidelidad conyugal, realiza unas afirmaciones acerca de las relaciones extramatrimoniales que mantiene otro de los allí presentes, igualmente comprometido con esa máxima. Las comprobaciones necesarias para poderle imputar su conducta como injuriosas exigirían: una primera indagación tendente a determinar la concurrencia de los elementos objetivos del tipo —carácter de deshonra, descrédito o menosprecio de la expresión—. Para ello el juez, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes —máximas de conducta del grupo en que se integraban ambos sujetos, imputación de una conducta que rompería con las mismas, sentido radical de este tipo de grupos...—, debería valorar si son susceptibles de producir una situación de menoscabo de su integración social y de sus posibilidades participativas en el grupo. Pero, además, una segunda comprobación para poder imputarle subjetivamente su conducta a título de dolo, esto es, que el sujeto activo conocía la virtualidad lesiva del honor del sujeto pasivo al realizar dicho comentario, que la situación de infidelidad conyugal iba a restarle capacidad participativa.

Como puede apreciarse, por la propia naturaleza de los elementos normativos —que también han de valorarse por el sujeto activo— se delinea especialmente el elemento cognoscitivo del dolo —conocimiento en la esfera paralela del profano—. Esto redundaría a su vez en el elemento volitivo del mismo —el sujeto quiere esos elementos conforme a la valoración circunstanciada que de los mismos ha llevado a cabo— lo que implicaría, en última instancia, que el sujeto activo sólo puede llevar a cabo este tipo delictivo de forma intencional —valoración actual y directa de esas circunstancias como lesivas del honor—. Y sólo a estas características se refiere tanto la inclusión de la preposición «en» como la naturaleza del delito.

Con ello parecería tener razón RODRÍGUEZ DEVESA cuando afirmaba que la preposición «en» «lo que hace es incluir una especial valoración de las circunstancias que hará que estas imputaciones fueran o no objetivamente injuriosas» (27). Pero, como podrá comprobarse, desde aquí no se hace depender de esas concretas valoraciones por parte del sujeto el carácter «objetivamente» injurioso de las imputaciones, ya que éste es independiente de las valoraciones paralelas efectuadas por el sujeto, estando condicionadas únicamente por las circunstancias, modo y ocasión en las que se hicieron. Sólo se hace depender de los mismos la relevancia jurídico-penal de la conducta.

sentido que la valoración legal-judicial»: *Tratado...*, t. II, p. 136. Respecto de la configuración del conocimiento de los elementos normativos de acuerdo con la filosofía analítica del lenguaje, *vid.* SUAY HERNÁNDEZ: *Los elementos normativos...*, pp. 108 y ss.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho...*, p. 238.

Así, continuando con el ejemplo propuesto, introduzcamos unas variantes a los efectos de poder comprobar cuál es el juego real de la intencionalidad en este delito.

Supongamos que el sujeto activo es un hombre ajeno al grupo ideológico de la reunión y, que por un defecto de conocimiento sobre sus creencias, entiende que la infidelidad conyugal supone una ruptura de su código moral, cuando en realidad la ideología que profesan permite relaciones estables sexuales extramatrimoniales.

En tal caso, de acuerdo con lo expuesto por RODRÍGUEZ DEVESA, parecería que, habiendo valorado el sujeto activo las circunstancias del hecho como lesivas del honor, estaríamos ante unas injurias y procedería la imputación dolosa de las mismas. Sin embargo, cuando el juez compruebe la concurrencia de los elementos objetivos, ha de concluir que, de acuerdo con las circunstancias, modo y ocasión en que fueron proferidas las expresiones, aunque éstas fueran *ex ante* consideradas potencialmente lesivas, no podían producir ningún menoscabo de su honor. En este caso sólo podrá incriminarse por una tentativa inidónea de injurias.

III. DISFUNCIONES DOGMÁTICAS

1. El contenido específico del *animus iniuriandi*: crítica. Su identificación con el dolo.

Hasta el momento se ha intentado demostrar que ninguna de las interpretaciones propuestas en la doctrina resulta definitiva para fundamentar la exigencia de un elemento subjetivo del injusto. Ahora bien, el mayor problema de la teoría del *animus* radica en dotar al *animus iniuriandi* de un contenido específico diferencial. Lo cual no es una cuestión baladí, pues sólo sabiendo qué contenido tiene podremos conocer qué ha de probarse, para asegurar su concurrencia en el caso concreto.

Siendo esto obvio, es difícil extraer de los defensores de esta teoría una declaración fehaciente en torno a su contenido específico. Las caracterizaciones más repetidas son las de «intención específica» o «que trasciende a él (sic. dolo)» (28); «elemento intencional» (29); «sentido final» (30) o «intención del sujeto (31). Ninguna de ellas aclara en qué consiste esa intencionalidad, finalidad o trascendencia.

(28) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117.

(29) BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 242. N. M. 70, y SAINZ CANTERO: *El contenido...*, p. 113.

(30) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 264 y POLAINO NAVARRETE: *Los elementos...*, p. 249.

(31) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Manual...*, p. 265.

Sólo VIVES ANTÓN intenta concretar sobre este extremo afirmando que «para el *animus* basta el *conocimiento* del carácter lesivo para el honor de lo que se imputa y la *asunción* de las consecuencias dañosas para el bien jurídico que resulte de la imputación» (32). Se comprueba, pues, que hace referencia tanto a un «conocer», como a un «asumir» —querer— los eventos dañosos.

POLITOFF lo concreta, a su vez, en «la voluntad de dar a través de esta expresión el menosprecio» (33) y no la mera voluntad de que la expresión sea comprendida, lo que hace que ponga el acento del *animus* no tanto en el conocer como en el querer.

Ahora bien, el conocer y/o querer son contenidos también del dolo, por lo que debe indagarse sobre las diferencias entre ambos. Hay que saber si el pretendido *animus* es algo diferente del dolo que corresponde a un delito que incluye elementos normativos. Como en seguida se verá, no es así.

Esta misma conclusión ha sido defendida por los detractores del *animus*, si bien la mayoría de las veces limitándose a afirmarla (34). Su primer fundamentador fue RODRÍGUEZ DEVESA, quien menciona que «en efecto, hace falta un *animus iniuriandi*, pero no en un sentido distinto del dolo» (35). Lo argumenta en que al «dolo pertenece la conciencia de que la expresión proferida o acción ejecutada es adecuada para exteriorizar el menosprecio o lesionar la reputación y buena fama del ofendido» (36).

Para fundamentar esta identificación debe hacerse un recorrido, si bien somero, sobre los conceptos «elementos subjetivos del tipo» y «dolo», para señalar sus diferencias y comprobar si en este caso concurren.

En principio puede destacarse que se define el dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (37). Ello pone de manifiesto la existencia en el mismo de dos

(32) VIVES ANTÓN: *La libertad de expresión...*, pp. 263 y 269 y también, *Derecho...*, P.E., p. 692, cursiva mía. En el mismo, sentido citando a este autor, MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 122.

(33) POLITOFF: *Los elementos...*, p. 125.

(34) ASÚA BATARRITA: *La tutela...*, p. 30; BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 19; QUERALT JIMÉNEZ: *El animus...*, p. 985. Sin embargo, *vid.* JAÉN VALLEJO, para quien «el *animus iniuriandi* no sería más que el contenido del elemento volitivo del dolo en estos elementos»: *Libertad de expresión...*, p. 203. sobre ello volveremos más adelante, pues lo que desde aquí se viene a defender es que el llamado *animus iniuriandi* a lo que se refiere es al contenido cognoscitivo-intelectivo del dolo referido a los elementos normativos que lo configuran, y sólo mediatamente, por lógica, al elemento volitivo.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho...*, p. 283.

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, en ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Derecho...*, p. 283.

(37) *Vid.* por todos JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tra-

momentos: a) uno cognoscitivo —concretado en el conocimiento de los elementos del tipo— (38), y b) otro volitivo —concretado en el querer la realización de estos elementos—, con lo que dicha volición es diferente del mero «deseo» y presupone el previo momento cognoscitivo (39).

Analizaremos cada uno de esos momentos por separado. El cognoscitivo para destacar su especial configuración en función de las características de los elementos a conocer, y el volitivo para hacer lo propio en caso del contenido del dolo de propósito, intención o directo de primer grado, lo cual a su vez nos permitirá diferenciarlo de las características propias de los elementos subjetivos del tipo.

Respecto del cognoscitivo ha de tenerse en cuenta que no todos los elementos objetivos del tipo son iguales. Entre ellos destacan los de carácter normativo-valorativo (40), que van a exigir del sujeto activo una especial valoración «paralela a la contenida en la ley» (41), esto es, el momento intelectual cognoscitivo de los elementos normativos exige la prueba de que el sujeto activo ha hecho una valoración de los mismos «paralela en la esfera del profano» (42) ya que, como afirma STRATENWERTH, «el dolo requiere la comprensión de esta significación» (43).

Esta especial configuración del primer momento del dolo, por ser requerido, lógicamente, como previo al volitivo —sólo puede quererse o asumirse lo previamente conocido— habrá de tener un reflejo en el segundo, pero sólo de forma mediata.

Ello nos permite una primera diferenciación: entre el dolo requerido para los elementos normativos y el de propósito la diferencia está en que la comprobación de éste ha de radicar únicamente en el

ducción y adiciones al Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, ed. Bosch, Barcelona, 1982, p. 348.

(38) No entraremos ahora en la polémica sobre si además el dolo ha de abarcar la conciencia de la antijuridicidad —dolo malo—. En este sentido, *vid.* COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho Penal... P.G.*, p. 446, para quienes en el momento intelectual-cognoscitivo ha de incluirse no sólo el conocimiento de los hechos constitutivos del tipo sino el de su significación antijurídica.

(39) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito*, ed. Civitas, Madrid, 1984, p. 208.

(40) Una de las características de los elementos normativos frente a los descriptivos, a pesar de la relatividad de la distinción, está en que aquéllos se refieren a un proceso de valoración o comprensión intelectual. SUAY HERNÁNDEZ: *Los elementos...*, p. 103.

(41) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... P.G.*, p. 447.

(42) *Vid. supra* nota 27, en el mismo sentido MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*» (*Fundamento y teoría del delito*), ed. PPU, 3.ª edición corregida y puesta al día, Barcelona, 1990, p. 259.

(43) STRATENWERTH: *Derecho Penal. Parte General (I). El hecho punible*, Traducción de Gladys Romero de la 2.ª versión alemana (1976), ed. Edersa y Publicaciones del Instituto de Criminología de la UCM, Madrid, 1982, p. 95, N. M. 256.

momento volitivo del dolo, y que consiste en la persecución de la acción típica (44). Y la segunda con los elementos subjetivos del tipo que, igualmente, caracterizan el querer y no el conocer como persecución de un resultado distinto o ajeno al de los elementos objetivos.

Así, no ha de confundirse que la referencia a una propiedad subjetiva de la conducta sea siempre una intencionalidad identificada con un elemento subjetivo del tipo o con el contenido del dolo directo pues, como vemos, también puede hacer referencia al conocimiento circunstanciado o valorado que exigen ciertos elementos normativos. Éstos repercuten sólo indirectamente en la volición a través del necesario previo conocimiento valorado. Éste es el caso que encontramos en el tipo de injurias.

La problemática de los elementos subjetivos del tipo (45) es en cierto modo coincidente con la del dolo, ya que ambas se sitúan en el plano subjetivo, solapándose en el momento volitivo. Por ello sería incompleta la caracterización de los elementos subjetivos del tipo realizada por MIR PUIG cuando afirma que son «aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige» (46), pues debe hacerse la salvedad de que recaigan *directamente* en el momento volitivo y no en el cognoscitivo, que sólo puede pertenecer al dolo. Parece, por el contrario, más útil la concepción de JESCHECK que entiende que «caracterizan más precisamente la *voluntad* del autor» (47).

Entramos con estas consideraciones en la diferenciación de cuándo un concreto propósito o intención se refiere al contenido de un dolo directo y cuando lo que haría es configurar un elemento subjetivo. La diferencia más razonablemente apuntada es la de STRATENWERTH, para quien los elementos subjetivos del hecho típico —diferentes del dolo— no tienen correlativo alguno a los supuestos

(44) Vid. en ese sentido COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... PG*, p. 447; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, pp. 208 y 238; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, H.: *Derecho Penal. Parte General (Teoría Jurídica del Delito)*, ed. Rafael Castellanos, 2.^a edición corregida y aumentada, Madrid, 1986, p. 128; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho... PG*, p. 446; STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 106. Ns. Ms. 287-8 y WESSELS: *Derecho Penal. Parte General*, Traducción de la 6.^a edición alemana de 1976 por Conrado A. Finzi, ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 44 y 67.

(45) Vid. estudio monográfico sobre las mismas en POLAINO NAVARRETE: *Los elementos...* y POLITOFF: *Los elementos...* y también respecto de la evolución histórica del concepto, vid. JESCHECK: *Tratado...*, p. 435 y MEZGER: *Tratado... (I)*, pp. 333 a 336.

(46) MIR PUIG: *Derecho...*, p. 217.

(47) JESCHECK: *Tratado...*, p. 434, cursiva nuestra. En el mismo sentido, vid. QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal. Parte General* (en colaboración con MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, J. M.), ed. Marcial Pons, 2.^a edición corregida, aumentada y puesta al día, Madrid, 1989, p. 307, y STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 113, N. M. 311.

del hecho típico objetivo, y se concreta en «la voluntad de realización de un suceso determinado, y sin embargo, tal se encuentra *fuera* de la descripción del supuesto de hecho típico objetivo» (48). Y ello es lógico, pues toda intención dirigida a un elemento objetivo del tipo sería, ya de por sí, comprobada en el dolo. Con lo que merece una valoración crítica la inclusión como clases de elementos subjetivos los de trascendencia interna intensificada (49), ya que no son algo diverso del dolo directo de primer grado, subsistiendo sólo los de tendencia trascendente.

Resumiendo: la diferencia de la intención que configura el dolo y la de un elemento subjetivo distinto radica en que aquélla va dirigida a un elemento objetivo del tipo y ésta a otro diferente, del cual se va a hacer depender la relevancia jurídico-penal de la conducta.

Así, por ejemplo, se considera una intención o subjetividad interna intensificada característica del contenido de un dolo de propósito o directo de primer grado, las conductas descritas en los arts. 418 y 419 del CP, en que los resultados lesivos para la indemnidad son de esa manera queridos por el sujeto activo, ya que en las mismas la conducta está dirigida a los propios elementos del tipo, entendidas no sólo como asunción del resultado, sino como su persecución. De tal modo que sin esa dirección de su voluntad dirigida directamente a la mutilación, inutilización, etc., nos tendríamos que situar en el ámbito de aplicación del art. 420 CP, aunque tal resultado se verificase.

Por el contrario, una intención o subjetividad conformadora de un específico elemento subjetivo del injusto la encontramos en el tipo del art. 424 CP, ya que dicha intención no se dirige a ningún elemento objetivo del mismo —mutilación— sino a una finalidad —persecución de un resultado— diferente, consistente en «la exención del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento».

Así, en las injurias, si se afirma que los elementos objetivos que la constituyen son la deshonra, descrédito o menosprecio, nada que suponga la intensificación de su producción podría, en modo alguno, constituir un elemento subjetivo del injusto diferente del dolo.

(48) STRATENWERTH: *Derecho...*, p. 113. N. M. 311, cursiva nuestra. En sentido semejante, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, p. 238.

(49) Incluyen esta categoría dentro de los elementos subjetivos del tipo CEREZO MIR: *Curso de Derecho Penal español. Parte General (I). Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, ed. Tecnos, 3.^a edición, Madrid, 1985, pág 337; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho... PG*, p. 301; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría...*, p. 240; JESCHECK: *Tratado...*, p. 437; MEZGER: *Tratado...*, t. I, p. 344; MIR PUIG: *Derecho...*, p. 218; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO y HUERTA TOCILDO: *Derecho...*, p. 137 y WELZEL: *Derecho...*, pág 114.

Con ello, incluso para los autores que entienden que el tenor literal del art. 456 va más allá que la referencia a la concreta valoración de los elementos normativos —como desde aquí se defiende— deberían concluir el carácter de dolo de propósito del mismo, pero nunca un elemento subjetivo trascendente a la propia asunción de los elementos que delinean las injurias. Postura esta que, como ya veremos, no puede ampararse en el tenor literal del precepto.

Tras este recorrido estamos en disposición de realizar una lectura crítica de los ya mencionados contenidos otorgados al *animus iniuriandi*. Lo afirmado por VIVES ANTÓN, de que se concreta en un conocer y asumir el resultado lesivo, se puede contraargumentar que si el dolo se compone de un elemento cognoscitivo (50), no es posible hacer la comprobación del conocimiento de esos elementos en otra sede que no sea el dolo. En efecto, como se afirmó, todo lo referido al conocimiento del supuesto de hecho típico nunca puede configurar un elemento subjetivo del tipo, que se limita al momento volitivo. Y respecto a la asunción de la lesión —introduciendo en esta línea de crítica a los que pretenden configurarlo como «especial intención» o «finalidad»— ésta se refiere a una intención dirigida a los propios elementos objetivos deshonra, descrédito y menosprecio, lo cual también corresponde al dolo.

Esta crítica también puede dirigirse a los autores que, aun siendo detractores de la teoría del *animus*, afirman que sí existiría un *animus iniuriandi* caracterizador del elemento volitivo del dolo (51), pues a la postre no hacen sino permutar el elemento subjetivo del injusto por un especial contenido del dolo, convirtiéndolo en un dolo de propósito, hecho para el que tampoco da pie la interpretación literal del art. 456.

Ambas posiciones llegan a resultados semejantes. Así, por ejemplo, volviendo a nuestro supuesto, imaginemos que el sujeto activo, conocedor del código de conducta, realiza el comentario sobre la infidelidad conyugal del otro hombre para, a continuación, expresar que tal no ha de valorarse negativamente, pues es una conducta que no puede ser condenada por moral alguna al no verse nadie perjudicado por ella. O el caso más conocido de diversas asociaciones de homosexuales norteamericanas que, a través de sus publicaciones, dan a conocer nombres de conocidas personalidades relacionándolas con tendencias y prácticas homosexuales, y cuya finalidad en ningún caso es la de menospreciar o menoscabar la situación personal o profesional del mismo, sino, al contrario, concienciar a la opinión pública de la normalidad y ubicuidad de un fenómeno que no los incapacita para los más importantes logros profesionales ni sociales.

(50) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN: *Derecho...* P. G., p. 446.

(51) *Vid.* nota 34.

En ambos casos, a pesar de concurrir los elementos objetivos del tipo y el conocimiento por parte de los sujetos activos de que en esas concretas circunstancias se puede producir un menoscabo de su honor, tanto los partidarios de la teoría del *animus*, como los que lo configuran como un dolo de propósito negarían que estas conductas fueran injuriosas, ya que en ningún caso se asumen/quieren los eventos dañosos (52). Los primeros porque no concurre el *animus iniuriandi*. Los segundos porque ésa no ha sido la finalidad de propósito perseguida, cuando, sin embargo, parecen cumplirse tanto los elementos objetivos, como los requisitos de la imputación subjetiva que requiere el dolo, y por lo tanto la tipicidad de su conducta.

2. Crítica a la resolución de conflictos a través del *animus*

La teoría del *animus* ha servido en numerosas ocasiones para destacar la importancia que tenía el *animus iniuriandi* como sede apta para la resolución de conflictos de intereses, fundamentalmente cuando concurre con otros *animi* —*informandi*, *criticandi*, *iocandi*...— (53). Esto produce una doble disfuncionalidad: la primera referida a la insuficiencia del proceso de intenciones para resolver conflictos institucionales entre derechos fundamentales, y la segunda porque indiferencia las funciones de cada categoría del delito, al producirse una confusión entre el ámbito de la tipicidad y el de la antijuridicidad (54).

(52) Aunque no haya nada más alejado de su intención, en el primer caso porque así lo hace manifiesto el sujeto al desvincularse del, para él, tan absurdo código moral y en el segundo porque la única finalidad es la propagandística.

(53) Vid. para los problemas de concurrencia entre estos diferentes *animi* QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado*..., pp. 1274 y ss., y BAJO FERNÁNDEZ: *Manual*..., pp. 242 y ss. Ns. Ms. 67 a 86.

(54) Hay autores que intentan solventar también el problema del conflicto de derechos en sede de tipicidad, pero no a través de los enfrentamientos entre *animi*, sino, como MORALES PRATS, a través de la adecuación social, siendo la tipicidad una sede apta para resolver «la tensión honor-libertad de expresión en cuanto problema objetivo-valorativo». *Adecuación*..., p. 254, y también ulteriormente en pp. 268 y 279, sin embargo, dejando un ámbito de actuación también en esa colisión al art. 8.11. *Adecuación* ..., p. 278. Por su parte ASUA BATARRITA introduce el problema del ejercicio del derecho en la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva, referida al riesgo permitido que dentro del desarrollo de los límites derivados de la función de informar se reconocen en un Estado social y democrático de derecho. *La tutela*..., pp. 28-29. De modo que sólo la ausencia de alguno de los requisitos para el ejercicio de la libertad de información supondría la presencia de un riesgo no permitido que posibilitara afirmar la tipicidad de la conducta. *La tutela*..., p. 29. Crítica a esta vía de resolución de la imputación objetiva puede verse en MORALES PRATS: *Adecuación*..., ya que tal no es viable, para dicho autor, en los delitos de mera actividad, tal como caracteriza las injurias —«al no tener un resultado verificado en su

El primer aspecto ha sido claramente puesto de relieve por GARCÍA PABLOS al afirmar que «el conflicto entre el honor y la libertad de expresión (...), no puede resolverse en el ámbito *subjetivo* de los móviles (...) sino en el plano *objetivo* e *institucional* de los principios generales. Esto es, en el de las causas de justificación» (55); máxime si destacamos que para la mayoría de la doctrina la concurrencia de diferentes *animi* no es apta por sí sola para desplazar el *animus iniuriandi* (56), debiendo esperar a una posterior comprobación que dilucidara cuál de ellos es preponderante (57). Y esto sí, inequívocamente, corresponde a un juicio de antijuridicidad, en que además ha de comprobarse la concurrencia del resto de los elementos que permiten afirmar el carácter justificado de la lesión al honor —normalmente el del interés general de la información, su necesidad y su veracidad (58)—.

Ello nos pone en relación con la segunda crítica ya señalada, puesto que con el intento de resolución de conflictos a través de la concurrencia de *animi* se llegaría a la siguiente paradoja: todos los elementos subjetivos se comprueban en sede de tipicidad, incluyendo, en principio, también los concurrentes y con posible eficacia justificativa. Pues bien, una vez afirmados, se entra en el juicio de antijuridicidad para comprobar si se da el resto de los elementos que afirmarían la presencia de una causa de justificación —normalmente la libertad de información (59)—. Una vez también comprobados, ha-

efecto exterior separable espacio-temporalmente» (pp. 267-8)—, con lo que viene a entender que la adecuación social juega un papel paralelo en los delitos de mera actividad a la que en los de resultado juega la imputación objetiva, al dotar ambos de una significación normativo-valorativa al tipo, desde el enfoque teleológico, que exige una estructura construida en torno al bien jurídico protegido, p. 268.

(55) GARCÍA PABLOS y MOLINA: *La tutela...*, p. 400, cursiva en el original y también en *Delitos...*, p. 867; en el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 79, JAÉN VALLEJO: *Libertad de expresión...*, p. 234, y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos*, en *Estudios sobre la Constitución Española* (Homenaje a E. García de Enterría), ed. Civitas, Madrid, 1990, pp. 900-1.

(56) ASÍ BUSTOS RAMÍREZ: *Derecho... PE*, p. 169; ESTRADA ALONSO: *El derecho...*, p. 110; MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 117; VIVES ANTÓN: *Libertad de expresión...*, pp. 263-4 y 269.

(57) ASÍ INEQUÍVOCAMENTE QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado...*, pp. 1275-6.

(58) *Vid.* en ese sentido más pormenorizadamente BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, pp. 22 a 24; BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, pp. 246 y ss. Ns. Ms. 98 a 108.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, pp. 121 y ss.; JAÉN VALLEJO, M.: «La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (homenaje a Sainz Cantero), núm. 12 (primer semestre de 1987), Granada, 1989, p. 181, e *idem*, *Libertad de expresión...*, pp. 271 y ss.; ROMERO COLOMA: «Derecho al honor y a la intimidad y libertad de expresión», en *Actualidad Penal*, 1988, pp. 1016-7.

(59) sobre la diferenciación entre la libertad de expresión y de información, *vid.* BAJO FERNÁNDEZ: *Manual...*, p. 241, N.M. 60; CABELLO MOHEDANO, F.: «El art. 20

bría que retrotraerse nuevamente, volviendo a la tipicidad (?), para en sede del elemento subjetivo del tipo desplazarle y concluir con el carácter atípico de la conducta (60). Pero, si ya hemos afirmado la tipicidad —incluyendo el *animus*—. ¿Cómo después, en virtud del juicio de antijuridicidad, puede concluirse que se niega lo previamente afirmado?

Es más, teniendo en cuenta que para hacer la comprobación de una concreta intención es necesario previamente saber si concurrían los elementos objetivos sobre los que recae el conocimiento/volición, en realidad lo que se está haciendo en sede del *animus iniuriandi* es solventar el conflicto entre derechos fundamentales (61), fundamentados en la mera subjetividad.

Una cosa es afirmar la lesión del bien jurídico honor y otra el que dicha lesión esté autorizada por la presencia de un interés preponderante —juicio de antijuridicidad— que nada nuevo puede añadir sobre la efectiva lesión del mismo, sino sólo sobre su conformidad a derecho.

Para ilustrar estas afirmaciones situémonos en los siguientes casos: a) un periodista publica un artículo afirmando que el director de cierta central nuclear, con el que mantiene una conocida enemistad, es un alcohólico y acude frecuentemente en estado de embriaguez a su trabajo; dicho extremo es cierto; b) un vecino en una reunión de la comunidad de propietarios imputa a otro su condición de alcohólico; ello no es cierto.

En ambos casos existe un *animus iniuriandi*, pero ¿cómo podría afirmarse además si concurre otro *animus*? y, en tal caso, ¿cuál de ellos sería preponderante? De acuerdo con la teoría del *animus*, ¿en qué se fundamentaría la presencia del *animus informandi*? Y en el segundo, ¿por qué se afirma su no concurrencia?

En los dos casos se estaría actuando, en sede del elemento subjetivo del injusto, intuitivamente, adelantando un análisis de la antijuridicidad. En el primero porque su concurrencia aparece inducida

CE. ¿Una nueva configuración de la *exceptio veritatis*?, en *Poder Judicial*, 1987, pp. 39 y ss., y ESTRADA ALONSO: *El derecho...*, pp. 122 y ss. Sin embargo hace una utilización indistinta de los mismos MORALES PRATS, en ese sentido *Vid. Adecuación...*, pp. 252-3, nota núm. 6.

(60) *Vid.* en este mismo sentido la crítica de BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18, y también JAÉN VALLEJO: *La libertad de expresión...*, pp. 201 y 2.

(61) Esta misma posición en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 77, que la aplica sólo a los no defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo, a la que él se adhiere, sin embargo esta misma confusión tipicidad-antijuridicidad que les achaca es aplicable a él mismo por la confusión entre elemento positivo-elemento negativo del tipo, pues la comprobación del elemento negativo —causa de justificación— no se produce con posterioridad a la afirmación del positivo —el tipo— sino dentro del elemento subjetivo de la parte positiva de la tipicidad. Crítica al mismo en JAÉN VALLEJO: *La libertad de expresión...*, pp. 204 y ss., especialmente 216 a 224.

de la presencia de una relevancia general pública de la imputación y por su carácter verídico, dato este que sin embargo hasta ese momento no ha podido ser comprobado, al no pertenecer al ámbito objetivo del tipo, sino al ámbito objetivo de la causa de justificación. En el segundo, igualmente, porque dichos extremos no se verifican. La preponderancia de un *animus* sobre el otro también es un juicio intuitivo y dogmáticamente ubicado de forma incorrecta, puesto que la comprobación del conocimiento de esa situación de justificación también corresponde a la antijuridicidad, si bien en este caso al de su elemento subjetivo.

Este carácter paradójico aparece en MUÑOZ CONDE (62), para quien en la mayoría de los casos en que se confirme la presencia del ejercicio de un derecho —segundo juicio sobre la conducta— faltaría ya el *animus iniuriandi* —primer juicio sobre la conducta—. Y sin embargo cabría preguntarse: ¿En qué casos minoritarios se estaría pensando en que esto no sea así? Realmente parece que no cabría nunca un juicio de antijuridicidad al negarse siempre la tipicidad. Ello es a su vez contradictorio con lo afirmado posteriormente por el mismo autor cuando señala que «el *animus* no sería técnica de resolución de conflictos entre libertad de expresión y honor sino que se resolvería a través del ejercicio legítimo de los derechos del art. 20.1 CE» (63).

Con estas reflexiones parece ponerse de manifiesto que si bien el *animus* fue una vía válida —la única probablemente— para la resolución de conflictos antes del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión, hoy no puede seguir manteniéndose por los problemas ya señalados que plantea. Por tanto, la finalidad dogmática de este concreto *animus* decae por innecesaria ante la presencia del art. 8.11 CP (64).

IV. DISFUNCIONES POLÍTICO-CRIMINALES

No obstante, no debe desconocerse la consistencia de sus beneficiosas consecuencias político-criminales (65): la exigencia del *animus iniuriandi* como una mejor selección criminalizadora de las conductas en función de los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que se proclaman del Derecho penal. Con ello no todas las lesiones del derecho al honor serían constitutivas de un ilícito penal,

(62) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, pp. 117-8.

(63) MUÑOZ CONDE: *Derecho...*, p. 121.

(64) Respecto de la aptitud del *animus iniuriandi* para resolver los problemas de la prueba de la verdad puede verse la crítica en ALONSO ÁLAMO: *Protección penal...*, pp. 146 y 151.

(65) Así BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Delitos...*, p. 638, y CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, p. 549.

sino tan sólo las más graves, que aparecen seleccionadas por la concurrencia en la conducta de esa especial intención que es el *animus iniuriandi*. Así pues, en principio, no toda conducta «dolosa» de lesión del honor se consideraría subsumible en el tipo de injurias, sino sólo aquellas a las que se una este elemento.

También, además, se trazaría una línea fronteriza en la difuminada —si no en ocasiones intencionalmente solapada— delimitación entre el ámbito del ilícito civil (66) y el penal.

Indirectamente también se produce un efecto despenalizador en el ámbito de las conductas imprudentes, que por exigencia del elemento subjetivo del tipo quedarán desplazadas a ser meros ilícitos civiles, por su imposible encuadre en las cláusulas generales de imprudencia —arts. 565 y 586 bis) del CP—.

Ante tan sugerentes y compartibles resultados político-criminales debe indagarse si realmente son tales, o bien, también pueden conseguirse a través de los presupuestos aquí delineados.

En el primer supuesto —tipos dolosos sin el elemento subjetivo— dicha función se muestra tan sólo como una pretensión dogmática irrealizable en el proceso penal. En este sentido debe partirse de la anteriormente afirmada identificación de contenido *animus iniuriandi*-dolo. Ante dicha confusión, en sede procesal, se produciría también una automática identificación entre ambas. La prueba del dolo presupondría la del *animus*, y ésta la del dolo, con lo que se confirma la falacia consistente en asignar una virtud político-criminal a esta teoría cuando en realidad carece de ella; a saber: que no toda lesión del honor dolosa fuera típica penalmente, si falta el *animus iniuriandi*.

Se puede todavía afirmar, en contestación a esta crítica, que no toda conducta dolosa sería típica si se actuara con *animus* concurrente o diferente del de injuriar —normalmente el de informar—. Sin embargo, las consecuencias que se extraen no sólo no son beneficiosas, sino contraproducentes, ya que ante una colisión de *animi* a resolver en el tipo subjetivo es cierto que se excluye la tipicidad penal, pero esto no prejuzga la exclusión de la posible responsabilidad civil, ya que «lo atípico penalmente puede perfectamente ser civil o administrativamente injusto» (67), cuando en realidad lo que se concluye es un juicio de adecuación a derecho de la conducta por el ejercicio de la libertad de información (68). Aparte, por supuesto, de la confusión

(66) Que reconduciría estas conductas a lo regulado en la LO 1/1982 de protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

(67) COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Presupuestos...*, p. 108.

(68) *Vid.* en el mismo sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 80 y MORALES PRATS: *Adecuación...*, p. 280, este último a partir de la resolución de un primer conflicto entre derecho al honor y libertad de expresión en la tipicidad, a través de la adecuación social, argumenta que su exclusión por este motivo haría también inviable la responsabilidad civil de la conducta.

dogmática que ello produce tal como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior.

En el segundo supuesto —lesiones imprudentes del honor— su exclusión es dogmáticamente correcta, de acuerdo con la teoría del *animus*, pero negando la presencia de un elemento subjetivo del tipo no por ello abocamos a la posible incriminación por imprudencia si tal es imposible, como ahora veremos, a partir de la propia finalidad del precepto y de la naturaleza de los elementos normativos que lo conforman.

El legislador al tipificar el delito de injurias ha optado por hacerlo de tal manera que su subjetividad es patente. Por la relevancia fundamental que ha dado a la necesaria valoración que el sujeto ha de hacer de las circunstancias, modo y ocasión de la expresión proferida, ha excluido su incriminación culposa, remitiendo en tal caso su responsabilidad al ámbito civil.

Igualmente, sólo a esta conclusión puede llegarse a partir de la conformación de los elementos objetivos exclusivamente con elementos normativos, que, recordémoslo, para asegurar su presencia se exige sean previamente valorados por el sujeto. Si bien el sujeto puede generar mediante la lesión del deber de cuidado una situación de deshonra, descrédito o menosprecio, ello no puede fundamentar la responsabilidad por imprudencia, pues el tipo exige, además de la objetividad del menosprecio, que el sujeto sea consciente de que la situación va a producir ese menoscabo de las posibilidades participativas, y que así se verifique. Y eso sólo puede realizarse dolosamente.

Asimismo, la exigencia del *animus* produce un efecto político-criminal distorsionante por la insoportable tendencia subjetivizadora que conduce a «una peligrosa desprotección del bien jurídico honor» (69), y hace desplazar el carácter lesivo del honor, entendido normativamente (70) como posibilidades de participación y asunción de los roles sociales, únicamente a la valoración injuriosa que de las circunstancias concurrentes hace el sujeto activo, sin dar lugar a la necesaria comprobación que de las mismas haga el juez como lesivas del honor.

(69) BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18, y en el mismo sentido MORALES PRATS quien afirma que «la exacerbada subjetivización del conflicto desatiende las exigencias del principio penal del hecho», *Adecuación...*, p. 277.

(70) En torno al concepto de honor como bien jurídico protegido, *vid.* ALONSO ÁLAMO: *Protección penal...*, pp. 139 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN: *El derecho...*, pp. 133 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *ADPCP*, 1984, pp. 305 y ss.; *idem*: *Honor...*, pp. 68 y ss., y COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A.: «Consideraciones *de lege ferenda* sobre procedibilidad y perdón en los delitos de calumnias e injurias contra particulares», en *Rev. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico núm. 6, 1983, pp. 254 y ss.

Por ello, si a lo que debemos atender, en orden a la comprobación del comportamiento típico, es a «los intereses que se pretenden defender» (71), y éstos son los emanados de un concepto normativo de honor, no puede hacerse depender únicamente la relevancia jurídico-penal de unas expresiones proferidas, de la evanescente trascendentalidad del *animus iniuriandi*, sino de la concreta valoración que de las circunstancias del hecho se realice en orden a la posible lesión ilegítima del honor de un sujeto y al menoscabo consecuente de su ingreso y progreso económico-social (72).

V. DISFUNCIONES PROCESALES: PRUEBA Y PRESUNCIONES

Una vez señalados los problemas de derecho material que supone la exigencia del *animus iniuriandi*, todavía es de destacar la problemática que se plantea en sede procesal y principalmente el de su prueba y correlativo uso de presunciones. Si bien ha de señalarse que la mayoría de las siguientes reflexiones no son insalvables para los defensores de la teoría del *animus*, ni de la simple defensa de la existencia de este elemento puede extraerse automáticamente la necesidad del uso de las presunciones.

Los elementos subjetivos del tipo, y en general todos los conceptos que reflejan una disposición o tendencia interna del sujeto —*Dispositions begriffe*— (73), no pueden ser directamente probados (74). Esto hace que de las mismas se afirme que sean «complicaciones de la prueba en el proceso» (75). Así no serían casos de ambigüedad —en la mayoría de las ocasiones aparece perfectamente delimitado a qué ha de referirse la prueba— sino que ésta es posterior y proviene de la interpretación de los indicios para comprobar dicha disposición.

Es obvio que compartiendo el *animus* la naturaleza de concepto que refleja una tendencia o disposición, su prueba no puede deducirse directamente, sino que necesita poder inducirse —que no presumirse— de otros hechos objetivos. Estos hechos se denominan por HASSEMER «indicadores» (76), correspondiéndoles las siguientes características: «ser observables, completos y revelar la disposición» (77).

(71) QUERALT JIMÉNEZ: *Derecho...*, p. 232.

(72) *Vid.* en ese sentido COBOS GÓMEZ DE LINARES: *Consideraciones...*, p. 255, siguiendo en ello a ARTZ.

(73) HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal*, Traducción y notas de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero. Ed. Bosch. Barcelona, 1984, p. 227.

(74) MUÑOZ CONDE: *Libertad de expresión...*, p. 853.

(75) HASSEMER: *Fundamentos...*, p. 227.

(76) HASSEMER: *Fundamentos...*, p. 228.

(77) HASSEMER: *Fundamentos...*, pp. 228-9.

Con ello la atribución de la disposición subjetiva por parte del juzgador ha de producirse a través de «un complejo proceso de decantación de la prueba» (78).

Entre la técnica de los indicadores y la de las presunciones existen virtuales diferencias ya que éstas, si bien son observables, no dan prueba completa —y por ello admiten la prueba en contrario— y no son aptas para revelar esa disposición sino sólo para apuntar «presumiblemente» dicha tendencia.

Sin embargo, la teoría del *animus* acaba afirmando la presencia del mismo en función de verdaderas presunciones *iuris tantum*. Presunciones que emanan de la concurrencia en el caso concreto de los elementos objetivos de la injuria (79). Estos elementos no vienen dados por la expresión proferida sino por las circunstancias, modo y ocasión en que tales han sido proferidos por el sujeto activo, con lo que se concluiría con el siguiente resultado político-criminal: a pesar de la subjetivización del delito de injurias por la presencia del *animus*, en realidad, por el juego de las presunciones, acaba convirtiéndose en una verdadera responsabilidad objetiva. Se produce en tal caso una doble solución constitucionalmente inaceptable: a) la de presumir el elemento subjetivo a partir de lo «objetivamente injurioso» de las expresiones que, con la identificación previamente realizada, pasa a ser una *presumptio doli* contraria a la presunción de inocencia del art. 24 CE (80) y b) la inversión de la carga de la prueba (81).

Ante semejantes problemas, la mayoría de los defensores de la teoría del *animus* han criticado la prueba del *animus iniuriandi* a través de las presunciones (82).

Los mayores problemas se plantean cuando son varios los *animi* concurrentes en la conducta, puesto que ello va a exigir una decisión acerca de en favor de cuál aparece la presunción, lo que a su vez condicionaría la carga de la prueba. Así, el *animus iniuriandi* aparece presunto a partir de «expresiones o circunstancias objetivamente injuriosas» (83) y el *animus informandi* a partir de las circunstancias

(78) MUÑOZ CONDE: *Libertad de expresión...*, p. 853.

(79) Elementos objetivos que a su vez no son descriptivos sino normativos-valorativos, y ha de tenerse en cuenta que no pueden considerarse elementos objetivos del tipo básico de injurias los referidos en el art. 458, ya que éstos sólo servirían para calificar de graves las mismas, hecho que sólo puede ser comprobado con posterioridad a la constatación del carácter menospreciativo de la acción ejecutada o expresión proferida, so pena de entender, lo cual sería absurdo, que el *animus iniuriandi* se ha de inducir no de los propios elementos de su tipo básico, sino del de su caracterización como graves.

(80) En ese sentido BACIGALUPO ZAPATER: *Colisión...*, p. 18.

(81) En ese sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 78.

(82) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE: *Honor...*, p. 78, y CABELLO MOHEDANO: *Animus...*, pp. 548-9.

(83) Destaca la inexistencia de conductas injuriosas *per se* GARCÍA PABLOS, A.: *De los delitos contra el honor*, en VV.AA.: *Código Penal Comentado*, coordinado

objetivas de la situación de justificación. Sin embargo no parece de recibo entender que siempre que aquéllas se den estemos en presencia del *animus iniuriandi*, y sin embargo revertir esas consideraciones cuando, a pesar de lo mismo —pues en caso contrario no se darían ni siquiera los elementos objetivos del tipo—, concurren circunstancias objetivas del ejercicio de un derecho, y entonces lo que se presume es el *animus informandi*. Ello haría que arbitrariamente se produjera una situación casuística de responsabilidad en la carga de la prueba (84).

Es por tanto necesario entender que tanto el dolo de injuriar como la intención de ejercer la libertad de expresión son elementos que plantean las mismas complicaciones de prueba que el resto de los elementos subjetivos del delito, sin que sea de recibo realizar en su virtud unas presunciones inconstitucionales y aún menos emanadas de expresiones de las que, individualmente consideradas, se proclama su pretendido carácter objetivamente injurioso (85). De modo que los elementos llamados a probarse son el conocimiento y valoración previa realizados por el sujeto activo, acerca de las circunstancias, modo y ocasión en los que se afirma algo de alguien, sabiendo que dichas acciones o manifestaciones producen menosprecio, deshonra o descrédito. Pero entonces no es lo afirmado lo que indica el dolo sino el concreto modo en que tal se ha producido, y de ahí deriva su carácter circunstanciado. Con ello el tipo de injurias se aleja de los peligros de convertirse en una responsabilidad objetiva a la que se veía abocada por la automática identificación «expresión objetivamente injuriosa»-*animus iniuriandi*.

VI. CONCLUSIONES

— No puede entenderse que ni la argumentación gramatical, ni la derivada de la propia naturaleza del delito sean irrefutables en orden a la fundamentación de la existencia de un elemento subjetivo

por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y RODRÍGUEZ RAMOS, ed. Akal/Iure, Madrid, 1990, p. 847.

(84) Sobre esta situación, *vid.* BALAGUER CALLEJÓN: *El derecho...*, p. 173, que la define como grave disfuncionalidad.

(85) Pues hasta donde alcanza el entendimiento de la concepción de un Estado social y democrático de derecho y pluralista no puede, en buena lógica, argumentarse, por ejemplo, que el ser homosexual o prostituta sean expresiones «objetivamente» injuriosas *per se*, pues sería lo mismo que afirmar el propio carácter de menosprecio, deshonra o descrédito de los portadores de estas características, lo cual es inaceptable, cuando la propia Constitución protege la no discriminación por razón de sexo —práctica sexual sea esta homófila o promiscua a través de una retribución económica—, por lo que dichas imputaciones, de ser falsas, no pueden por sí solas tacharse de injuriosas fuera del marco en que han sido verdidas, y en el caso de ser ciertas, al margen de lo anterior, suponen verdaderos ataques a la intimidad personal.

del tipo distinto del dolo, aunque sí para demostrar el carácter subjetivo con que el legislador ha delineado el comportamiento típico incriminado.

— Tanto la proposición «en» como la naturaleza subjetiva del supuesto de hecho tipificado se derivan del uso de elementos normativos, que exigen, para afirmar que concurre el dolo, una especial valoración de las circunstancias como momento cognoscitivo-intelectivo del mismo.

— El *animus iniuriandi* no tiene un contenido específico diferenciado del dolo, pues su contenido puede reconducirse o bien a la sede del momento cognoscitivo del dolo, como especial valoración de los elementos normativos, o bien a la sede del momento volitivo, como intención interna respecto de los elementos objetivos del mismo —dolo directo de primer grado—, pero nunca como contenido trascendente al mismo conformador de un elemento subjetivo del tipo.

— El *animus iniuriandi* tampoco se presenta como apto para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales por producir una confusión dogmática entre las funciones que a cada categoría del delito se otorga: la tipicidad como comprobación de la lesión de un bien jurídico indiciariamente antijurídica y la antijuridicidad como la comprobación de la no adecuación de la misma al Ordenamiento jurídico penal y general. Igualmente ello supone trasladar la resolución de conflictos entre derechos fundamentales, sometidos a presupuestos propios, al campo de la mera subjetividad.

— No son definitivas las virtudes político-criminales despenalizadoras de la teoría del *animus* pues ni tales se producen en las lesiones del honor dolosas, pero sin la concurrencia del *animus* por la imposible diferenciación material dolo-*animus*, ni es privativa de esta teoría la exclusión de la incriminación culposa de la misma.

— La imposible imputación culposa de las injurias, desde la perspectiva que defendemos, deriva de la propia voluntad del legislador y de la imposibilidad de concurrencia de elementos objetivos que han de ser previamente valorados por el sujeto activo, a través de la infracción del deber de cuidado.

— Se producen por parte de la teoría del *animus* disfuncionalidades político-criminales. En primer lugar al considerarse excluido el *animus iniuriandi* por otro/s concurrente/s no se prejuzgaría la posible responsabilidad civil. Por otro lado provocaría una tendencia subjetivadora que margina el principio penal de responsabilidad por el hecho.

— También se plantea como inviable la solución procesal de la teoría del *animus*: por la comprobación de su concurrencia a partir de presunciones de expresiones objetivamente injuriosas, que, por una parte, abocan a este tipo, de facto, a una responsabilidad objetiva,

y por otra invierte la carga de la prueba vulnerando el principio de presunción de inocencia.

— En contraposición a todo lo planteado, la tesis aquí defendida conduce a unas consecuencias igualmente beneficiosas: a) la ausencia de incriminación culposa y b) una mejor delineación de lo ilícito penal frente al civil. Y se evitan las disfunciones: a) desde el punto de vista material, la exacerbada subjetivización que supondría una desprotección del bien jurídico honor; b) desde el punto de vista procesal, la paradójica, aunque real, responsabilidad objetiva, y c) un esclarecimiento del contenido de los elementos subjetivos que comporta este tipo.

— Por lo tanto la prueba se concreta en: a) la concurrencia de los elementos objetivo-normativos en el caso concreto y b) la valoración de las circunstancias, modo y ocasión en que se ha efectuado la acción o expresión como lesivas del honor —conocimiento de los elementos objetivos-normativos como dolo del sujeto— y el quererlas de esa manera —elemento volitivo del dolo—.