

COLISION DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y JUSTIFICACION EN EL DELITO DE INJURIA

ENRIQUE BACIGALUPO

I

La problemática del conflicto de derechos fundamentales es uno de los temas más delicados de la dogmática de estos derechos. La cuestión tiene claras repercusiones no sólo en el ámbito del derecho penal, sino también en otros derechos (por ejemplo, en el derecho laboral). En el ámbito específico del derecho penal, conflictos de esta naturaleza han ocupado al Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones. Así, por ejemplo, en los casos del aborto en el extranjero (STC 75/84) y de la exclusión de la punibilidad de ciertos casos del aborto (STC 53/85). En el primer caso el conflicto se daba entre el derecho a la vida intrauterina y el derecho a no ser sancionado sin apoyo en una ley formal (art. 25.1 CE). En el segundo, nuevamente entre el derecho a la vida intrauterina y los derechos a la intimidad, a la vida y a la libre realización personal de la mujer. Asimismo, en la sentencia 104/86, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de decidir sobre el conflicto entre libertad de expresión e información y derecho al honor.

La cuestión del conflicto se plantea tanto si los derechos fundamentales se consideran como «derechos subjetivos de defensa» frente al Estado como si se los entiende como la «corporización de un orden objetivo de valores» o si se admite que poseen un «doble carácter», es decir, que junto a su carácter de derecho subjetivo poseen también el de «elementos fundamentales de un orden objetivo» (1). En todo caso, la posibilidad del conflicto es total-

(1) Cfr. HESSE, *Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 8.ª ed., 1975, pp. 118 y ss.; BÖCKENFÖRDE, en *NJW*, 1974, pp. 1529 y ss.; R. DREIER, en *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, pp. 106 y ss.; en relación al derecho penal, MÜLLER-DIETZ, en *Fest. f. Dreher*, 1977, pp. 97 y ss.

mente independiente de la naturaleza que se les atribuya a los derechos fundamentales.

El texto constitucional prevé en forma expresa, por regla general, algunos conflictos de derechos fundamentales con otros derechos o facultades de menor rango. Así, por ejemplo, en el caso de la detención provisional (artículo 17.2 y 4 CE), del derecho al honor y el uso de la informática (artículo 18.4 CE) o del derecho de huelga y los derechos afectados por servicios esenciales de la comunidad (art. 28.2 CE). Pero un conflicto de derechos fundamentales sólo se contempla en el caso del derecho a la libertad de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en el artículo 20.4 CE.

La trascendencia de esta problemática en el ámbito del derecho penal es de significación. Mientras el derecho penal protege el honor mediante el delito de injurias (art. 457 CP), el artículo 8.11 del Código Penal declara no punible al que realizare el supuesto de hecho de una prohibición penal amparado por el ejercicio de un derecho. Ese derecho, en el caso del delito de injurias podría ser, sobre todo, el derecho a la libertad de expresión e información. El alcance del derecho a la libertad de expresión e información es, consecuentemente, decisivo para determinar el ámbito de punibilidad de las lesiones que puedan ocasionarse al honor de otros.

En realidad este problema no es íntegramente producto de la sanción de la Constitución. La tensión entre libertad de expresión y derecho al honor ha existido ya antes de la vigencia de la Constitución. Sin embargo, desde 1978 adquiere una dimensión diferente que obliga a reconsiderar los marcos conceptuales tradicionales de tratamiento del conflicto entre el bien jurídico protegido por el delito de injuria y el derecho a la libertad de expresión. Lo nuevo de la situación proviene, en verdad, del carácter de la libertad de expresión en el contexto de un Estado democrático.

Sin embargo, a pesar de no tratarse de un problema novedoso el conflicto de derechos fundamentales se mantuvo, como tal, oculto para el derecho penal, en el ámbito de la injuria —que es donde, probablemente, se plantea con mayor agudeza—, como consecuencia de la forma en que se entendió este delito en la dogmática penal.

II

La dogmática del delito de injuria (art. 457 CP) se ha orientado excesivamente, en su punto de partida, al tipo subjetivo del delito a través del

elemento *animus injuriandi*, estrechamente ligado a una interpretación gramatical del artículo 457 del Código Penal.

Esto ha tenido como consecuencia que los problemas de justificación del delito de injuria, es decir, el problema del conflicto entre una norma que prohíbe lesionar el honor y una autorización que permite la realización de acciones que pueden lesionarlo, también se convirtieron, primordialmente, en cuestiones del tipo subjetivo, concretamente, en la determinación del *animus defendendi* o *animus criticandi* (2). De esta manera, la distinción entre realización del tipo objetivo y justificación, por un lado, y entre tipo objetivo y subjetivo, por otro, quedaron sumamente relativizadas (2 bis). Particularmente en lo referente a la justificación, una aplicación consecuente de la «teoría del *animus*» debería determinar que toda suposición (inclusive las erróneas y evitables) de estar obrando justificadamente tendría que excluir el *animus injuriandi* y, por tanto, que *cualquier* error relacionado con la justificación tendría efectos excluyentes de la tipicidad. Una solución, como se ve, difícilmente compatible con el artículo 6 bis a) del Código Penal, y sólo sostenible desde una posición extrema de la teoría personal de lo injusto (3).

Sin embargo, estos puntos de partida dogmáticos del delito de injuria, que en sí mismos son altamente discutibles, no han sido seguidos ni son aplicados en forma consecuente ni en la teoría ni en la jurisprudencia. En primer lugar, se ha sostenido que la intención de injuriar se debía apreciar

(2) Cfr. GROIZARD, *El Código Penal de 1870*, t. IV, 1873, p. 368. TS 9-II-35, 25-III-46, 12-VI-56, 19-I-82 (*animus defendendi*). TS 10-X-1892, 27-VI-1896, 21-I-1920, 5-VI-1920, 29-XI-1926, 8-VII-1946, 13-II-1968, 24-VI-1968, 15-II-1984 (*animus criticandi*). TS 15-X-1980 (crítica).

(2 bis) Ejemplo de ello es la STS de 3-VI-85, donde se dice que en el delito de injuria «se hace preciso atender más a la intencionalidad y propósito injurianté ... que al estricto y aislado significado gramatical de los vocablos o términos proferidos».

(3) Sobre los fundamentos de la dogmática del *animus injuriandi*, ALONSO ALAMO, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pp. 127 y ss., especialmente pp. 144 y ss. Sobre las posiciones extremas de la teoría personal de lo ilícito, por todos, ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973: «Así como el error de tipo inverso, por incomprensible que sea, fundamenta lo ilícito completo (de la tentativa acabada), precisamente porque sólo decide sobre la acción el disvalor de acción, la representación subjetiva del autor, el error inverso sobre (el tipo) de una causa de justificación —aunque sea un error producto de la ligereza del autor— tendría que excluir lo ilícito, pues sólo la representación subjetiva del autor decide sobre la acción de salvación del bien jurídico, es decir, sobre el valor de la acción y su necesidad» (p. 268). Cuestionando este punto de vista, ARMIN KAUFMANN, en *Fest. f. Welzel*, 1974, pp. 393 y ss.

siempre «cuando resultaba claramente el valor difamatorio de las expresiones empleadas (en relación con otras circunstancias subjetivas)» (4). Dicho de otra manera: dado el tipo objetivo se presume el tipo subjetivo, con lo cual se invierte totalmente el punto de partida y se llega a una solución constitucionalmente difícil de sostener. En segundo lugar, se ha pensado que, si la conducta lesiona el honor, es decir, si es típica, no cabe alegar el derecho a la libertad de expresión o información, pues, se aduce, estos derechos tendrían su límite objetivo en el respeto del honor. Dicho de otra manera: aquí ya no importa el *animus*, sino los límites objetivos del derecho a la libertad de expresión y de información. Estas inconsecuencias con la teoría del *animus* son *pragmáticamente explicables*: una aplicación estricta del punto de vista subjetivista conduciría a una peligrosa desprotección del bien jurídico honor. Pero, paralelamente, son dogmáticamente inconsistentes.

La contradicción entre los puntos de partida dogmáticos y las deducciones que se hacen a partir de ellos, por tanto, es tan palmaria que se impone una urgente revisión. Una dogmática que carece de consistencia lógica no contribuye a la seguridad jurídica, sino todo lo contrario. La cuestión de la justificación en el delito de injuria requiere, por tanto, una amplia reelaboración dogmática de este delito.

En otras palabras: en el marco conceptual tradicional de la dogmática del delito de injuria no es posible un tratamiento adecuado del problema de la justificación, o sea, de las consecuencias que el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor tienen en este delito, ya que la comprobación de la existencia objetiva de una causa de justificación (autorización) sería totalmente inútil. En efecto, si se quiere salvar la coherencia de la teoría del *animus injuriandi*, la creencia del autor de actuar justificadamente tendrá que determinar ya la exclusión de dicho *animus* y, por tanto, de la tipicidad, con lo cual la verificación de si el autor de la acción típica tuvo, o no, a su favor una especial autorización legal para obrar de esa manera, no se podría plantear (5).

(4) STS 9-II-35, 29-IX-43, 6-X-67, 13-III-70, 25-IV-75, 24-II-76.

(5) Por ello no parece acertado, ni siquiera desde la perspectiva de la teoría de los elementos negativos del tipo, afirmar que la cuestión del artículo 8.11 del Código Penal «tiene interés también para aquellos que hayan optado por la vía del *animus injuriandi*», como sostiene BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, 1987, p. 81. No nos es posible, de todos modos, entrar aquí en detalles sobre la monografía de BERDUGO, aparecida con posterioridad a la redacción del presente trabajo.

III

La solución recomendable, sin embargo, no consiste, a mi modo de ver, en retornar a una aplicación estricta de la «teoría» del *animus injuriandi* y a la consiguiente disolución del problema de la justificación en el correspondiente *animus defendendi* o, en su caso, *animus criticandi*. Tal actitud —como vimos— no haría sino producir la considerable desprotección del honor que explica la necesidad que tuvo la jurisprudencia de introducir correcciones radicales con respecto a sus puntos de partida.

Si se admitieran, lo que es —a mi juicio— altamente discutible, la existencia de mandatos constitucionales tácitos de penalización (6), la interpretación de la injuria desde el punto de vista tradicional sería, inclusive, difícilmente compatible con la Constitución, pues dejaría la punibilidad de las lesiones dolosas del honor libradas a que el autor haya querido o no hacer un esfuerzo de conciencia para comprobar si su comportamiento estaba realmente prohibido.

Por otra parte, la práctica reducción del delito a la dirección de su elemento subjetivo favorece un alto grado de manipulabilidad de la prueba en el proceso. Por tanto, no sólo produce inseguridad para la víctima del hecho, sino también para el supuesto autor. En un cierto sentido, la «teoría del *animus*» no es sino una consecuencia específica, en el ámbito del delito de injuria, de la teoría subjetiva de la autoría (*animus auctoris*) y, consecuentemente, las críticas que se formulan contra ésta por las facilidades que otorga para la manipulación de la prueba son perfectamente extensibles a la tradicional interpretación subjetivista del delito de injurias. Este aspecto es mucho más preocupante si se tiene en cuenta que el Tribunal Supremo sostiene, de manera difícilmente defendible desde el punto de vista constitucional, que «si las expresiones son objetivamente deshonorantes es al procesado a quien corresponde la carga probatoria de la existencia de un ánimo distinto y excluyente de la antijuricidad» (STS de 26 de junio de 1986, referida al desacato, en Rep. Jurispr. 3095/86).

Por tanto, no hay razones político-criminales ni dogmáticas que nos impongan mantener el esquema tradicional subjetivista del delito de injuria. Al contrario, este esquema se presenta como político-criminalmente inadecuado y como dogmáticamente falso. Esta comprobación permite abordar el

(6) Cfr. MÜLLER-DIETZ, *loc. cit.* en nota 1.

problema de la reconstrucción de la dogmática del delito de injuria desde una perspectiva diferente a la tradicional.

Probablemente la reelaboración debería comenzar por el sentido mismo del *animus injuriandi*. En la teoría es discutida, ante todo, su relación con el dolo. Mientras para algunos «esta intención específica es un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo y que trasciende a él» (7), minoritariamente se piensa —aunque sin dar fundamentos— que el *animus injuriandi* no se diferencia del dolo (8). Si se define el dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, no cabe duda que *animus injuriandi* no puede diferenciarse del dolo: el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe que lo hace, queriéndolo, habrá obrado con dolo. Para la supuesta «intención específica de injuriar» no queda, por tanto, espacio alguno. En consecuencia, cuando se afirma que en el caso de expresiones claramente difamatorias debe presumirse el *animus injuriandi*, lo que en verdad se presume es el dolo. En efecto, la manifestación (de palabra, o por escrito o mediante imágenes) de expresiones lesivas del honor de otro constituyen el tipo objetivo del tipo de injuria (art. 457 CP). El conocimiento de estos elementos y la voluntad de realizar la manifestación constituyen el dolo del tipo. El «ánimo de injuriar» no podría consistir sino en «querer injuriar», es decir, en «querer lesionar el honor de otro». Pero, como es evidente, todo el que sabe que sus manifestaciones serán lesivas del honor, y quiere hacerlas, habrá querido *necesariamente* lesionar el honor de otro. Consecuentemente, el ánimo de injuriar y el dolo se superponen de una manera total y completa.

De esta manera, entonces, trasladar los problemas de la justificación a la cuestión del *animus* es, en realidad, desplazarla al dolo. No es necesario abundar aquí en argumentos que demuestren lo inadecuado de tal solución del problema.

Para demostrarlo basta con verificar que la problemática de la justificación no se puede disolver en la comprobación en el tipo subjetivo de un *animus defendendi* o *criticandi*, porque estos elementos subjetivos no se contraponen al dolo de la injuria, pues no excluyen el conocimiento del carácter lesivo del honor de las expresiones vertidas ni la voluntad de realizarlas. Por tanto, son totalmente ajenos a la problemática del tipo subjetivo

(7) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, P. E., 6.ª ed., 1986, p. 99; BUSTOS, *Derecho Penal*, P. E., 1986, p. 168; probablemente también R. DEVESA, *Derecho Penal Español*, P. E., 9.ª ed., 1983, p. 221, que lo considera un elemento de la antijuridicidad.

(8) Cfr QUERALT, *Derecho Penal*, P.E., I, 232.

de este delito. Su lugar, en todo caso, estará en el aspecto subjetivo de las posibles causas de justificación que pudieran entrar en consideración (9). Luego el llamado «ánimo de ejercer el derecho a la información o a la crítica» (10) nunca podría excluir la tipicidad, sino, en su caso, sugerir la existencia de un error de prohibición en los términos del artículo 6 bis a) del Código Penal.

IV

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la problemática de la justificación no debería tener en el delito de injurias ninguna particularidad teórica que la diferencie de los demás delitos. Los problemas especiales que pueden presentarse serán, en todo caso, cuestiones propias de la extensión y los límites de las autorizaciones legales que fundamenten la justificación en cada supuesto.

En este sentido adquieren una particular importancia los derechos cuyo ejercicio puede significar, al mismo tiempo, la realización del tipo de la injuria. Como se dijo, entran aquí en consideración, sobre todo, *los derechos de la libertad de expresión y de información*. La cuestión de la justificación se plantea, en consecuencia, desde el punto de vista del ejercicio de un derecho (art. 8.11 CP). Pero la particularidad que aquí existe está dada porque el derecho a la libertad de expresión y de información (art. 20 CE) son derechos fundamentales, respecto de los cuales la misma Constitución establece que tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I de aquélla y «especialmente en el derecho al honor» (10 bis).

El conflicto de intereses que aquí se plantea sólo puede resolverse, como es obvio, sobre la base del principio de la ponderación de bienes. Para ello se requiere una determinación valorativa de los intereses en juego a partir del propio sistema de valores de la Constitución.

(9) Cfr. GARCÍA PABLOS, en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, 1986, pp. 205 y ss.

(10) MUÑOZ CONDE, *loc. cit.* nota 7, 100.

(10 bis) Cfr. R. RAMOS, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, 1983, pp. 140 y ss.; G. PABLOS, *loc. cit.*; BAJO FERNÁNDEZ, en *Comentarios a la legislación penal*, 1, pp. 97 y ss.; COBOS GÓMEZ DE LINARES, en *Rev. de la Fac. de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 6, pp. 251 y ss.; MORILLAS CUEVA, en *ADPCP*, XXXV (1981), pp. 669 y ss., refiriéndose especialmente al desacato; CABELLO MOHEDANO, en *La Ley* de 21 de noviembre de 1985, pp. 1 y ss.

Estamos, por tanto, en presencia de una cuestión relativa a la interpretación de la Constitución y no simplemente frente a un problema del Código Penal. Esto no cambiaría ni siquiera en el caso en que un futuro Código Penal regulara expresamente la justificación en lo referente al delito de injuria, por ejemplo, siguiendo los modelos del § 193 StGB alemán o del § 114 StGB austríaco. En este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo alemán (BGH) en más de una oportunidad al considerar al § 193 StGB como una circunstancia acuñada sobre el derecho a la libertad de expresión del artículo 5 de la Ley Fundamental alemana (11). Esta misma tesis ha sido sostenida también por el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE) (12). También en la teoría alemana se ha recogido este punto de vista sobre la base del llamado *efecto irradiante* del derecho a la libertad de expresión. Así, se sostiene que «a causa del efecto irradiante del artículo 5.I GG (similar al art. 20 CE) en el campo de la protección jurídico-penal del honor, también el alcance del § 193 StGB se debe determinar a la luz de la significación del derecho fundamental de la libertad de expresión y de prensa» (13). En la jurisprudencia española es ilustrativa en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1986, en la que se sostiene que «cualquiera que sea la concepción que se acepte para la fundamentación de los derechos humanos básicos o fundamentales de la persona, del ciudadano, tales derechos ni en su alcance ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad, ostentan, en ninguna de las tablas constitucionales contemporáneas, parigual significación, por lo que resulta necesario en los supuestos de colisión eventual establecer una gradación jerárquica entre los mismo». Asimismo, son ilustrativas las sentencias del Tribunal Constitucional números 104 y 159/86, en las que el alcance del derecho a la libertad de expresión se interpreta en función del sentido constitucional de una opinión pública libre dentro de un Estado democrático de Derecho.

La cuestión de la ponderación de bienes es totalmente independiente, como es obvio, del *animus* con el que pueda haber obrado el autor.

Una interpretación gramatical del texto constitucional, sin embargo, po-

(11) Cfr. BVerfGE 12, 114/125; 14, 169; 54.136; 60.240; 61,10.

(12) Cfr. BVerfGE 12, 114/125.

(13) LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 22.ª ed., 1985, § 193, 15; en la misma dirección, RUDOLPHI, en SKStGB, 1980, § 193, 23; ESER, *Wahrnehmung berechtigter Interessere als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, 1969, p. 39; ARZT/WEBER, *Strafrecht*, BT, 1, 2.ª ed., 1981, p. 165; KREY, *Strafrecht*, BT, 1, 6.ª ed., 1986, p. 142; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Die einzelne Delikte*, 1977, p. 121.

dría poner en duda la posibilidad de una ponderación de intereses y sostener que el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y de información carece de capacidad para justificar la lesión del honor, es decir, la realización del tipo de injuria. Los límites del derecho a la libertad de expresión e información estarían dados de una manera rígida en el artículo 20.4 CE, de tal forma que allí donde comience la lesión del honor terminaría el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información. Tal punto de vista vendría a sostener, en realidad, que los derechos a la libertad de expresión e información tienen menos jerarquía que el derecho al honor. Esta óptica domina en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Ejemplo de ello son las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 2 y 18 de junio de 1986 (con amplias referencias a la jurisprudencia anterior), de 27 de junio de 1986 y, más recientemente, la de 1 de diciembre de 1986 (Rec. 2.573/84). En todas estas sentencias el Tribunal Supremo ha entendido uniformemente que la realización del tipo de injurias (en su caso del desacato) determina el límite del derecho a la libertad de expresión e información. Dicho de otra manera: el Código Penal (es decir, una ley del Parlamento) establece el límite de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y decide sobre la posición preferente de unos derechos en relación a otros. Un punto de vista semejante caracterizó a la doctrina constitucional alemana de la época de la Constitución de Weimar. En la actualidad, sin embargo, se piensa que ello «significaría que el legislador podría intervenir en el derecho fundamental de la libertad de expresión, si y en la medida en que él, por sí, lo estime conveniente para la protección de otro bien jurídico determinado, o —formulado de una manera más cortante— que el derecho fundamental de la libertad de expresión tiene que ceder en caso de conflicto con cualquier otro bien jurídico, por insignificante que sea» (14).

(14) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *Komm. zum Grundgesetz*, 6.^a ed., 1986, artículo 5, I y II, núm. 251. Naturalmente que esta interpretación estaba condicionada, en gran parte, por el texto del artículo 118 de la Constitución de WEIMAR, que establecía como límite genérico de la libertad de expresión únicamente el de «la ley general» («Jede Deutsche hat das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Gesetze seine Meinung... frei zu äussern»). Sin embargo, la cuestión se plantearía igualmente cuando el texto constitucional menciona no sólo «las leyes que lo desarrollan (al derecho a la libertad de expresión)», sino también, «especialmente, el derecho al honor», etc., como ocurre en el art. 20.4 CE y en el correspondiente al art. 5, II GG. Con estos textos no podría sostenerse que el derecho a la libertad de expresión debería ceder ante *cualquier* otro bien jurídico, pero cabría pensar en que *siempre* debería hacerlo ante el derecho al honor.

Esta forma de encarar el problema puede ofrecer reparos desde el punto de vista del artículo 9.3 CE, en tanto éste garantiza el principio de jerarquía normativa, es decir, en la medida en que impone al legislador ordinario también el respeto de la Constitución como norma de rango superior. La cuestión del efecto justificante de los derechos de opinión y de información con relación al delito de injuria debe comenzar, entonces, por la Constitución y no por el Código Penal. Desde esta perspectiva la ponderación de los intereses subyacentes bajo los derechos fundamentales en colisión debe tomar necesariamente en cuenta el significado institucional de unos y otros en una *relación flexible*, en la que el punto de partida de la interpretación debe estar dado por la posición fundamental que ocupa la libertad de expresión en el sistema del Estado democrático de Derecho (15). Esta relación flexible, como proponemos designarla, exige tomar en cuenta el llamado *efecto irradiante* de los derechos fundamentales en la interpretación de sus límites legales y constitucionales. El Tribunal Constitucional alemán se ha expresado en esta línea tempranamente en la sentencia del famoso caso *Lüth* (16). «Las leyes generales —dice la sentencia— deben ser interpretadas, en lo referente a su efecto limitador del derecho fundamental, a la vista de la significación de este derecho fundamental, de tal manera que quede salvaguardado el contenido axiológico especial del mismo, del que se deriva necesariamente en una democracia libre la presunción fundamental de la libertad de palabra en todos los ámbitos, pero especialmente en la vida pública.» Y agrega la sentencia: «La relación de oposición entre el derecho fundamental y la ley general no debe concebirse como una limitación unilateral de la fuerza de validez del derecho fundamental por parte de la ley procesal; por el contrario, se da un efecto recíproco, en el sentido que la ley general, según su texto, pone límites al derecho fundamental, pero esta ley a su vez tiene que ser interpretada a partir de la idea de la significación valorativa de este derecho fundamental (la libertad de expresión) en un Estado libre democrático y, consecuentemente, restringida en su efecto limitador del derecho fundamental» (17). En su formulación, el punto de vista del Tribunal Constitucional alemán ha sido criticado, con razón, como un razonamiento circular (18); sin embargo, tiene un núcleo aprovechable: la interpretación de los límites de

(15) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *loc. cit.*, núm. 257.

(16) BVerfG 7, 198 y ss.

(17) Con respecto a la justificación en los delitos contra el honor, en este mismo sentido, véase BVerfGE 12, 113 y ss. (124 y ss.).

(18) Cfr. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, *loc. cit.*, núm. 262.

un derecho fundamental debe realizarse tomando en cuenta el sistema institucional de la Constitución.

Precisamente esto último es lo que exige el artículo 53.1 CE cuando dispone que la regulación (por tanto, también la fijación de límites, en su caso) de los derechos fundamentales sólo tendrá lugar por ley, «que en todo caso respetará su contenido esencial».

Sin embargo, la problemática que aquí se estudia no es la de establecer el límite impuesto al derecho a la libertad de expresión por la ley que regula el delito de injuria. En la medida en que el derecho al honor, protegido por el tipo penal de la injuria, también es un derecho fundamental y no simplemente un bien jurídico establecido por ley, el eventual conflicto sólo puede resolverse en el plano normativo de la Constitución. Estamos, consecuentemente, ante una cuestión previa a la interpretación de la ley penal: el «efecto irradiante» se producirá sobre la ley penal de una manera doble, es decir, tanto en la determinación del tipo como en el alcance de la justificación.

En un Estado democrático de Derecho, la libertad de expresión tiene un carácter constitutivo y una jerarquía específica cuando se trata del ejercicio del derecho a participar en la formación de la voluntad política de la comunidad. En tales situaciones, y bajo ciertas condiciones, que todavía es necesario esclarecer, el derecho a la libertad de expresión e información puede tener una jerarquía superior al derecho al honor y, consecuentemente, operar como una causa de justificación respecto de la realización del tipo penal de la injuria. En este sentido no tiene ninguna importancia que la realización del tipo de injuria implique siempre una lesión del honor, pues *toda* justificación es la justificación de una lesión de un bien jurídico. Más aún, si no hay lesión de un bien jurídico penalmente protegido (o al menos el comienzo de ejecución de una acción de ataque al mismo), no cabe plantear la cuestión de la justificación. En otras palabras: una lesión del honor puede resultar, bajo ciertas condiciones, justificada por el ejercicio de la libertad de expresión o de información; precisamente cuando la realización del tipo de la injuria coincida con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información, en una de las situaciones en las que cabe reconocer a este derecho, por su significado institucional, una posición preponderante frente al derecho al honor.

Aun cuando quizá de una forma excesivamente limitada, la idea de una protección del honor que puede ceder ante intereses públicos superiores no es ajena a la actual regulación del delito de injuria en el Código Penal. De otra manera, el artículo 461 del Código Penal, que permite la prueba de la

verdad y establece en tales casos la impunidad del hecho lesivo del honor, carecería totalmente de fundamento.

V

Dada la jerarquía constitucional como derecho fundamental que tiene el derecho al honor, no cabe duda que es de superlativa importancia en la dogmática de la justificación en el ámbito del delito de injuria la cuestión de las *condiciones* bajo las cuales pueden operar el derecho a la libertad de expresión y de información como causas de justificación.

El artículo 8.11 del Código Penal reconoce carácter justificante al ejercicio legítimo de un derecho. Esta cláusula deja, sin embargo, abierto el problema de cuáles son las condiciones respecto de la legitimidad de cada derecho ejercido en el caso concreto. Estas dependen, en general, de las características propias del derecho ejercido. En el caso de los derechos a la libertad de expresión y de información, esas condiciones deberían ser las siguientes:

a) En primer lugar, es necesario que en el caso concreto —como se dijo— el derecho a la libertad de expresión o de información aparezca, ponderadas todas las circunstancias, como *preferente frente al derecho al honor*. Debe existir un interés preponderante en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información con relación al interés en la protección del honor (19). Esta preponderancia será de apreciar, sobre todo, cuando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información tenga por objeto la participación en la formación de opinión pública en asuntos de Estado, de la comunidad social o de interés público en general. Ello se deriva del carácter institucional que la opinión pública libre tiene en el Estado democrático de Derecho (20).

Por el contrario, la libertad de expresión y de información cederán siempre frente al derecho al honor cuando se trate de *acciones privadas* del afectado que carezcan de vinculación con los asuntos de Estado, con el interés público o con las cuestiones propias de la comunidad social. Como es claro, la determinación de estas vinculaciones en los casos particulares puede ser de difícil concreción.

(19) Cfr. STC 104/86; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, StGB, 22.^a ed., 1985, § 193, 12; RUDOLPHI, *loc. cit.*

(20) STC 104 y 159/86.

a') El derecho a la información presupone expresamente en el artículo 20 CE la *veracidad* de ésta. Es claro que la Constitución no podría proteger un derecho a «informar» que amparara también la información falsa. Más aún, aunque la veracidad no está expresada en el artículo 20.1, a), CE, no cabe duda que el derecho a la libertad de expresión se limita también a la expresión de la verdad. De todos modos, la verdad sólo puede predicarse de *hechos*, pero tanto el derecho de informar como el de expresarse libremente pueden referirse a la comunicación de *juicios de valor* cuyo enunciado podría afectar al honor de alguien, como, por ejemplo, cuando en una entrevista pública alguien dice que «el discurso del ministro X carece de todo fundamento serio». Los juicios de valor, por tanto, no pueden estar sujetos a la comprobación de su «verdad», sino simplemente limitados a la «necesidad», de que nos ocuparemos más adelante (*infra b*).

La exigencia de veracidad no se puede comprender adecuadamente sin tomar en consideración la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y de información *veraz*. Estos derechos otorgan, en verdad, sólo una *autorización de acción*, que no tiene efectos justificantes sobre el resultado mismo. En efecto, una parte considerable de la teoría distingue actualmente en el marco de las causas de justificación entre las *autorizaciones de acción* y las *autorizaciones de intervención* (21). Mientras las primeras permiten sólo la realización de la acción, las segundas autorizan también a lesionar, mediante la realización de la acción, un bien jurídico ajeno. La distinta configuración de ambos supuestos repercute, en primer lugar, en el derecho de defensa del afectado: éste puede defender el bien jurídico que resultaría lesionado cuando el autor del ataque sólo obra amparado por una autorización de acción. Así, por ejemplo, la defensa necesaria autoriza una intervención de los bienes jurídicos del agresor, quien no puede, por tanto, invocar la legítima defensa para repeler la defensa del agredido. El ejercicio del derecho de información y de la libertad de expresión, por el contrario, no excluyen el de legítima defensa de parte del titular del honor agredido. Piénsese en el caso del que, en defensa de su honor, se apodera de unos documentos que lo comprometen seriamente, sustrayéndolos a un periodista que los dará a conocer en las próximas horas. El hurto de los documentos y, en su caso, el

(21) Cfr. LENCKNER, en *Fest. f. H. Mayer*, 1966, pp. 165 y ss.; el mismo, en *loc. cit.*, Vor § 32 ff., núm. 9 y ss.; HAFT, *Strafrecht*, I, 2.ª ed., 1984, p. 70; WESSELS, *Strafrecht*, AT, 14.ª ed., 1984, p. 76; GÜNTHER, *Strafrechwidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, pp. 309 y ss.

allanamiento de morada podrían resultar cubiertos por la defensa necesaria (art. 8.4 CP).

b') Por otra parte, la autorización de acción puede depender de una *comprobación adecuada al deber de los presupuestos de la autorización*. En el caso del derecho a informar y a expresar libremente las opiniones en relación a hechos concretos que puedan afectar el honor de terceros, el ejercicio legítimo de los mismos no dependerá, en consecuencia, de una veracidad total y objetiva de lo que se informa y expresa, *verificada ex post*, sino de la realización por el autor de todas las comprobaciones necesarias para establecer la veracidad de la información. De tal forma que quien haya efectuado tales comprobaciones *antes* de actuar obrará en el ejercicio legítimo de los derechos contenidos en el artículo 20 CE, aunque *posteriormente* no se pueda demostrar la veracidad de la información o, inclusive, se pueda establecer que es inveraz.

Este punto de vista suele criticarse, pues se piensa que si la justificación depende de la comprobación adecuada al deber, en los casos en los que el autor los haya omitido pero, de todos modos, haya propagado una información cierta, habría que negar la justificación (22). Sin embargo, tal crítica no debería prosperar en el caso concreto del conflicto de derechos fundamentales que se manifiesta en la justificación del delito de injurias. El autor que dice la verdad habrá ejercido, en todo caso, legítimamente el derecho de información y de libertad de opinión. En los casos, por el contrario, en los que *ex post* se compruebe que la información no es veraz o no sea posible comprobar la veracidad, el autor podrá ser justificado, de todos modos, si obró previa comprobación ciudadosa de las circunstancias que *ex ante* permitían afirmar la veracidad de la información o de los hechos comunicados en sus manifestaciones.

Esta estructuración de los derechos a la libertad de información y de opinión tiene, como es claro, repercusiones en el ámbito del error de prohibición [art. 6 bis, a), III, CP] (23). En efecto, en el caso de un periodista que ha tomado todas las precauciones que la experiencia profesional aconseja para cerciorarse de la veracidad de la información que quiere publicar y llega —mediante esta ponderación *ex ante*— a la conclusión de que dicha información debe tenerse por veraz, la acción de publicarla se debe considerar

(22) Cfr. ARTZT, *Strafrecht*, BT, 1, 2.ª ed., 1981, núm. 452.

(23) Cfr. ARMIN KAUFMANN, *loc. cit.* en nota 3, p. 401; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal español*, 1985, pp. 88 y ss.

justificada, aunque con posterioridad se compruebe que la veracidad no era tal, sin entrar a tratar la cuestión del error sobre los presupuestos de la justificación. Por el contrario, si se quisiera decidir la cuestión sobre la base de un juicio *ex post*, al comprobarse que la información no posee veracidad habría que plantear la cuestión en el ámbito del error de prohibición, como un supuesto de error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación.

b) En segundo lugar, el ejercicio legítimo de los derechos del artículo 20 CE requiere que la realización del tipo de la injuria sea *necesario* para el ejercicio del derecho a la libre expresión o a la información. Es decir, la lesión del honor será justificada como consecuencia del ejercicio de los derechos previstos en el artículo 20.1, a) y d), si el titular de los mismos no tenía otra forma de ejercerlos que lesionando el honor de otro. La lesión *no será necesaria* cuando el autor tenía a su disposición medios de una eficacia análoga para ejercer sus derechos (24). En este sentido no se debe tener por justificada la injuria producida, por ejemplo, a una persona a la que se señala en la prensa con nombre y apellido si ello no resultaba necesario para el ejercicio del derecho de informar.

c) En tercer lugar, se requiere que la expresión de la opinión o de la información, *por su forma misma*, no sea manifiestamente injuriosa (injuria formal). La expresión lisa y llana de un juicio de valor, negativo e insultante sobre una persona, puede reunir estas características y, consecuentemente, excluir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información.

VI

La cuestión del conflicto de derechos fundamentales y su incidencia en la justificación importa, por otra parte, una considerable modificación en el marco de la *exceptio veritatis* (art. 461 CP), según una interpretación conforme a la Constitución. En efecto, en la medida en que la legitimidad del ejercicio del derecho de libertad de información o del derecho a la libertad de opinión está condicionada por la veracidad de lo expresado, el ámbito de aplicación del artículo 461 del Código Penal se verá ampliado a situaciones que no se encuentran contempladas en su texto. Este se limita a las imputaciones dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al

(24) Cfr. RUDOLPH I, SKStGB, 1980, § 193, núm. 20; LENCKNER, *loc. cit.*, núm. 10.

ejercicio de su cargo y a los supuestos previstos en el artículo 458.1 del Código Penal. En lo sucesivo, cuando entre en consideración la cuestión del ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 20.1, *a)* y *d)*, CE, es decir, cuando se compruebe el carácter preponderante de los derechos de información y libre opinión sobre el honor, la prueba de la falta de veracidad no sólo no quedará fuera del proceso, sino que estará a cargo de la acusación.

Consecuentemente, la cuestión de la verdad de la imputación, en los casos en que sea preponderante el derecho a libertad de expresión e información, no sólo será relevante cuando las imputaciones «fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos», sino también cuando se refieran a personas que no ostentan la calidad de funcionarios, como por ejemplo políticos.

A la inversa, la prueba de la verdad con los alcances despenalizadores del artículo 461 del Código Penal no se deberá admitir cuando se trate de hechos privados carentes de toda vinculación con los intereses de la generalidad.

Estas consecuencias se extenderán, por otra parte, al delito de desacato cometido mediante injuria, con independencia del carácter de autoridad o de funcionario del sujeto pasivo, por lo menos en los casos en que el autor haya obrado en el legítimo ejercicio de los derechos previstos en el artículo 20.1, *a)* y *d)*, de la CE.

VII

Las tesis sostenidas se refieren, como se ha visto, a los derechos a la libertad de expresión y de información y se deducen, fundamentalmente, del carácter constitutivo que estos derechos tienen en un Estado democrático. La cuestión de si la libertad a la producción artística, literaria, científica y técnica [art. 20.1, *b)*, CE] y la libertad de cátedra [art. 20.1, *c)*, CE] pueden alcanzar la misma significación en el conflicto con el derecho al honor excede el alcance de este trabajo y es un tema que requeriría una investigación particular.