

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por:

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

ANIMO DE INJURIAR, EXCEPTIO VERITATIS Y LIBERTAD DE EXPRESION

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1989)

M. TERESA CASTIÑEIRA PALOU

Profesora Titular. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. La sentencia de 21 de febrero de 1989. 2. Dolo y ánimo de injuriar en los delitos de calumnia e injurias. 3. La libertad de expresión como causa de justificación.

1. LA SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1989

Un profesor de EGB escribió una carta que se publicó en la sección «Escriben los lectores» de un periódico gallego. En ella se hacía referencia a las gratificaciones que recibían los miembros de la Asamblea de la Cruz Roja de Santiago, cuya Presidenta era calificada de «venerable anciana, poca cosa física, mujer de paja, ideal para dejar actuar en sus tejemanejes a los otros dos personajillos». Los «personajillos» eran el Secretario, a quien se formulaban en la carta una serie de preguntas: «¿qué pasaba con las alhajas que del Monte de Piedad mandaba ir a su casa por las tardes para ser pignoradas?; ¿qué pasaba con los tiques para la comida de la Cocina Económica?; ¿qué pasó con la Tómbola de la Caridad?; ¿qué pasaba con los billetes «grandes» de los recaudados en la «Fiesta de la Banderita» organizada por la Cruz Roja?, etc., y el Vicepresidente, a quien se calificaba de «hombre de poca educación, mal carado, dictador, ambicioso y ducho en los temas de tapar y callar» y como «alumno aventajado del Secretario en cuanto a la avaricia y mal hacer por desconocimiento total del régimen interno de la Cruz Roja Española». La carta concluía con la consideración de que era vergonzoso y deplorable que tales personas siguieran desprestigiando a la Cruz Roja Española.

La Audiencia Provincial, primero, y el Tribunal Supremo, después, calificaron estos hechos como constitutivos de un delito de injurias graves por escrito y con publicidad. El Tribunal Supremo consideró que concurrían los requisitos integrantes del delito de injurias: «a) el objetivo, constituido por unas expresiones con suficiente potencia ofensiva para agravar la honra y crédito de las personas a que se dirigen y b) el de carácter subjetivo, integrado por la intención dolosa de causar con ellas un ataque a la dignidad ajena».

En el recurso ante el Tribunal Supremo el procesado alegó haber actuado al amparo del artículo 20.1 apartado a) de la Constitución, es decir, que había ejercido su derecho a «*expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*». Esta alegación fue rechazada tras analizar la doctrina del Tribunal Constitucional en los casos de conflicto entre honor y libertad de expresión porque se trataba de imputación de hechos gravemente deshonrosos que «denotan más una intención de zaherir y desprestigiar que propiamente de criticar e informar a la opinión pública». El Tribunal Supremo pudo haber considerado que faltaba el elemento subjetivo de justificación, y ello le hubiera llevado a una resolución algo distinta, sin embargo, aplicó su doctrina tradicional y, una vez más, convirtió al ánimo de injuriar en el elemento decisivo del fallo.

2. DOLO Y ANIMO DE INJURIAR EN LOS DELITOS DE CALUMNIA E INJURIAS (1)

El dolo, entendido como conocer y querer los elementos de la parte objetiva del tipo, es el primer elemento de la parte subjetiva del tipo en los delitos de injuria y calumnia. Un importante sector de la doctrina (2) y la mayor parte de la jurisprudencia (3) exigen, además, un elemento subjetivo del injusto: *el áni-*

(1) Lo que se señala a continuación en el texto vale igualmente para todos aquellos delitos en los que las especiales características del sujeto pasivo dan lugar a la existencia de un delito distinto (desacato, injurias al Rey, injurias al Gobierno, etc.). El tipo básico de calumnia o de injuria también debe darse en los casos citados.

(2) MERCEDES ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*. «ADP», 1983, pp. 145 y ss.; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*. Madrid. Tecnos., 1987, pp. 75 y ss.; FRANCISCO A. CABELLO MOHEDANO, *Animus informandi*. «La Ley», 1985, pp. 545 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, pp. 117 y 122; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia (Tirant lo Blanch), 1988, pp. 657 y 661.

(3) Cfr. sentencias de: 23 de noviembre de 1983 (JC. 1.562); 13 de febrero de 1984 (JC. 153); 9 de febrero de 1984 (JC. 193); 16 de octubre de 1984 (JC. 1.375); 17 de octubre de 1984 (JC. 1.388); 7 de diciembre de 1984 (JC. 1.714); 11 de febrero de 1985 (JC. 210); 25 de febrero de 1985 (JC. 309); 5 de marzo de 1985 (JC. 361); 9 de abril de 1985 (JC. 591); 23 de mayo de 1985 (JC. 838); 27 de mayo de 1985 (JC. 855); 3 de junio de 1985 (JC. 914); 26 de junio de 1985 (JC. 1.086); 7 de octubre de 1985 (JC. 1.368); 14 de noviembre de 1985 (JC. 1.655); 29 de noviembre de 1985 (JC. 1.744); 5 de diciembre de 1985 (JC. 1.769); 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816); 23 de diciembre de 1985 (JC. 1.907); 2 de junio de 1986 (JC. 806); 18 de junio de 1986 (JC. 899); 27 de junio de 1986 (JC. 952); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 24 de septiembre de 1986 (JC. 1.141); 25 de septiembre de 1986 (JC. 1.147); 13 de noviembre de 1986 (JC. 1.445); 17 de noviembre de 1986 (JC. 1.464); 1 de diciembre

mo de injuriar. Elementos subjetivos del injusto son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige, además de aquél, para su realización (4).

La exigencia de un elemento subjetivo del injusto significa que, en los delitos contra el honor, no basta la realización dolosa del tipo. Las manifestaciones injuriosas o calumniosas proferidas con conocimiento y voluntad pueden no constituir delito si no van acompañadas del ánimo de injuriar.

El fundamento de la exigencia del ánimo de injuriar suele situarse en la definición de injurias del artículo 457 del Código penal: «Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada *en* deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». La preposición *en* apunta a la necesidad de un ánimo específico, y adicional al dolo, consistente en la intención de lesionar el honor de otra persona (5).

Además de esta base legal, la exigencia del ánimo de injuriar se justifica en la propia naturaleza del delito. La injuria es «una incitación al rechazo social, un desprecio o una vejación, que sólo puede realizarse intencionadamente» (6).

El ánimo de injuriar se define como la intención de lesionar el honor ajeno, intención que de no concurrir determina la inexistencia del delito pero que puede concurrir junto a otros ánimos, como el de bromear, criticar, etc. (7).

Un sector, todavía minoritario, de la doctrina española pone en duda la necesidad del ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor (8) y propugna una concepción de los delitos contra el honor al estilo de la imperante en el derecho penal alemán en el que no se exige ningún elemento subjetivo del injusto adicional al dolo (9). A estas posiciones cabría añadir la de quienes, manteniendo formalmente la exigencia del ánimo de injuriar, le atribuyen un contenido que no difiere del propio dolo (10).

de 1986 (JC. 1.570); 3 de diciembre de 1986 (JC. 1.599); 3 de abril de 1987 (JC. 572); 12 de mayo de 1987 (JC. 803); 12 de mayo de 1987 (JC. 807); 6 de junio de 1987 (JC. 1.013); 6 de julio de 1987 (A. 5.279); 20 de julio de 1987 (A. 5.587); 22 de octubre de 1987 (A. 7.577); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.534); 5 de febrero de 1988 (A. 897); 10 de marzo de 1988 (A. 1.618); 18 de mayo de 1988 (A. 3.683); 3 de junio de 1988 (A. 4.430); 13 de junio de 1988 (A. 4.900); 7 de julio de 1988 (A. 6.515); 15 de julio de 1988 (A. 6.592).

(4) SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*. Barcelona, «PPU», 1985, p. 217.

(5) Véase, por todos, T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, p. 661.

(6) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, p. 117.

(7) Véase AURELIA M. ROMERO COLOMA, *Derechos al honor y a la intimidad y libertad de expresión*, «Actualidad Penal», 1988, pp. 375 y ss.

(8) ENRIQUE BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, «REDC», 1987, p. 88; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial*. Barcelona (Librería Bosch), 1986, vol. 1, p. 232 y *Animus iniuriandi e injurias*. «La Ley», 27 de octubre de 1989, pp. 1 y 2; JOSÉ M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*. Madrid, 1987, p. 238.

(9) LENCKNER en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Stafgesetzbuch. Ein Kommentar*. München (Beck), 1988, p. 1303.

(10) Así, T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, p. 661, sostiene que para el ánimo de injuriar «basta con que se conozca el potencial lesivo para el honor de la expresión proferida o acción ejecutada y se acepte una tal lesión». A no ser que se acepte que puede haber injurias aunque las expresiones proferidas o acciones ejecutadas no sean objetivamente injuriosas, el cono-

A la conclusión de que no es necesario el ánimo de injuriar se puede llegar por caminos distintos:

1) Interpretando la preposición «en» del artículo 457 de una forma distinta o
2) poniendo en duda la función material que normalmente se atribuye al ánimo de injuriar y negando que para conseguir los objetivos propuestos sea necesario el ánimo de injuriar.

1) La preposición «en» también se interpreta como referida a una propiedad de la acción. La acción típica en el delito de injurias debe ser una acción objetivamente lesiva para el honor ajeno. Así concebido el artículo 457 no requiere elemento subjetivo alguno.

Si lo anterior se pone en relación con el tipo del delito de calumnia, que literalmente no parece exigir elemento subjetivo alguno (11), se puede concluir que de la letra de ley no deriva la necesidad del ánimo de injuriar como un elemento distinto del dolo. De ser así, resultará mucho más fácil sostener que el dolo es el único componente de la parte subjetiva del tipo en los delitos contra el honor.

2) El segundo argumento utilizado para poner en cuestión la necesidad del ánimo de injuriar hace referencia a su función en los delitos de injuria y calumnia. En la actualidad se le atribuye una función doble:

a) En primer lugar se parte de la base de que las acciones o expresiones objetivamente injuriosas no constituyen delito si no van acompañadas de la intención específica de lesionar el honor ajeno (12).

b) En segundo término, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha utilizado el ánimo de injuriar como vía a dar entrada al ejercicio de otros derechos. El derecho a defenderse y, sobre todo, el derecho a la libertad de expresión. La concurrencia del ánimo de defenderse o del ánimo de informar puede determinar,

cimiento y aceptación del carácter lesivo para el honor formará parte del contenido propio del dolo. En este sentido véase, J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriandi e injurias*, cit., p. 1.

(11) Por ejemplo, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 122, considera que en el delito de calumnia «es discutible» la necesidad de un elemento subjetivo del injusto, pero mantiene su exigencia por su naturaleza de delito contra el honor; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., p. 657, considera que «sin dicho elemento no puede estimarse la existencia del delito de calumnia»; pero mantiene el concepto de ánimo de injuriar como «conocimiento del carácter lesivo para el honor de lo que se imputa y asunción de las consecuencias dañosas» a que antes se ha hecho referencia.

(12) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 117 y 122. La jurisprudencia mantiene también un punto de vista semejante: sentencia de 17 mayo de 1985 (JC. 805) relativa a un caso de desacato dice: el «animus iniuriandi» «supone o implica, además del dolo que debe acompañar a toda infracción intencional, que, el agente, obre guiado o inspirado por un especial ánimo de vilipendio, desdoro y baldón del sujeto pasivo, esto es, con el especial propósito de agraviar y lesionar el honor de quien resulte “el blanco” de los “verba scripta, factum” que integren la mencionada dinámica comisiva»; sentencia de 6 de junio de 1987 (JC. 1.013), absoluta de un proceso por injurias por las manifestaciones del Presidente del un club de fútbol sobre un jugador del equipo rival, de quien dice «que va dejando a las mujeres embarazadas por las esquinas». El Tribunal Supremo entiende que «no es suficiente con que la expresión proferida o acción ejecutada redunde en descrédito o menosprecio de una persona, sino que resulta preciso..., que concorra un ánimo tendencial ofensivo...».

desde este punto de vista, la desaparición del ánimo de injuriar, y, por consiguiente, la inexistencia del delito (13).

a) Es discutible y, desde luego, discutido (14) que el ánimo de injuriar añada algo al contenido propio del dolo en los delitos contra el honor. En efecto, si el dolo se concibe como conocimiento y voluntad de realizar la parte objetiva del tipo, difícilmente se puede exigir luego la voluntad de ofender como un elemento diferenciado. Quien conoce que sus acciones o expresiones son objetivamente injuriosas y, pese a ello, las profiere, con dificultad podrá luego alegar que no quería ofender a nadie. La presencia de otros ánimos a los que frecuentemente aluden doctrina y jurisprudencia no desplaza el conocimiento y voluntad del carácter ofensivo de las acciones o expresiones. La crítica, la broma o la información debe realizarse dentro del respeto al honor de los demás.

Es cierto que la amplitud actual de los tipos de injurias puede explicar, en cierto modo, el intento de reducir el ámbito de estos tipos mediante la exigencia del ánimo de injuriar. Pero una interpretación restrictiva de aquello que se considera objetivamente ofensivo puede evitar el recurso al citado elemento subjetivo. Una configuración de los delitos de injurias que atienda básicamente al carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones e interprete restrictivamente los tipos vigentes hace innecesaria la exigencia de un elemento subjetivo distinto del dolo.

En resumen, para la existencia del delito de injurias basta que el sujeto conozca el carácter objetivamente ofensivo de sus manifestaciones. Si lo desconoce, se planteará un problema de ausencia de dolo, pero no otro de inexistencia de un elemento subjetivo del injusto. Entonces hay que asumir la principal consecuencia que deriva del hecho de prescindir del elemento subjetivo, la posibilidad de castigar la calumnia y la injuria cometidas por imprudencia.

Un análisis de la práctica jurisprudencial lleva a conclusiones que, quizá, puedan considerarse sorprendentes. De hecho el Tribunal Supremo, y a pesar de sus manifestaciones teóricas, interpreta muchas veces los tipos de injuria y calumnia como si no fuera necesario elemento subjetivo alguno.

En efecto, en la configuración jurisprudencial la parte subjetiva del tipo requiere la presencia de un elemento subjetivo del injusto. Siempre que el Tribunal Supremo hace referencia a los elementos del tipo de injuria o calumnia, incluye el ánimo de injuriar, a veces denominado «animus infamandi» en el delito de calumnia. En la aplicación práctica de sus puntos de partida, el Tribunal Supremo hace dos cosas que no resultan fácilmente aceptables: *presume la existencia del ánimo de injuriar e invierte la carga de la prueba*; la presunción sólo se destruye si el acusado de injuria o calumnia demuestra que tal ánimo no existió.

Antes de la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, la presunción del ánimo de injuriar se basaba en el párrafo 2 del artículo 1 del Código penal. Este establecía: «Las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias a no ser que conste lo

(13) Así lo ponen de manifiesto M. ALONSO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, cit., pp. 144 y ss.; e I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 75 y ss.

(14) Véase J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Animus iniuriando e injurias*, cit., p. 2.

contrario» (15). La reforma de 1983 suprimió el párrafo citado y, consecuentemente, dejó sin fundamento legal alguno la presunción del ánimo de injuriar. Pese a ello, se sigue presumiendo el mencionado ánimo (16).

Pocos meses después de la reforma el Tribunal Supremo advirtió que el ánimo de injuriar ya no podía presumirse: Así sucedió en el caso de la película «Rocio» en la que aparecía la fotografía de una persona, ya fallecida, a quien se atribuían, entre otras cosas, múltiples asesinatos. El Tribunal Supremo dijo: «el “animus injuriandi” no puede entenderse acreditado por la presunción de voluntariedad del antiguo párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, hoy derogado ...sino que debe acreditarse debidamente y corregirse de la lectura del relato fáctico...» (17).

Cuando, en otras sentencias posteriores, el Tribunal Supremo trata de proporcionar criterios para determinar la existencia del ánimo de injuriar, se pone de manifiesto que se toman en consideración circunstancias, que más que determinar la existencia de un ánimo específico y distinto del dolo, influyen en el carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones; paralelamente reaparece la presunción del elemento subjetivo del injusto. Por ejemplo: «el “animus iniuriandi” o “infamandi” ...si no es exteriorizado directamente, puede deducirse que las palabras o expresiones mismas si éstas no significan gramaticalmente descrédito o menosprecio (*quando verba sunt per se iniurosa animus presumitur*; que decían los clásicos) o significado de los términos empleados mediante una interpretación racional y socio-cultural, efectuada por el juzgador en concordancia con las circunstancias que rodearon los hechos y los motivaron» (18).

Los criterios anteriores se concretan en la sentencia de 5 de marzo de 1985 (JC. 361) (19): «el carácter eminentemente intencional del delito de injurias obliga ...a la consideración adecuada que merezcan no sólo el valor gramatical de las proferidas..., sino también los accidentes de lugar y tiempo, los personales de los sujetos pasivo y activo del delito supuesto, y los muy precisos de la situación ambiental y estado de ánimo de quien profiriese aquéllas, a efectos de servir como determinantes del “animus iniuriandi”».

El valor gramatical de las palabras, los accidentes de lugar y tiempo, las circunstancias personales y estado de ánimo de los sujetos y la situación ambiental son datos que sirven para determinar la gravedad objetiva de las injurias y no para demostrar la existencia del ánimo de injuriar.

A partir de estas consideraciones el Tribunal Supremo sigue presumiendo el ánimo de injuriar, en ocasiones lo dice así explícitamente: El ánimo de injuriar

(15) Es discutible que esta disposición pueda servir de base a la presunción de un elemento del tipo. Pero al haber sido derogada, carece de sentido entrar en el tema.

(16) Así se hace, por ejemplo, en la sentencia de 23 de noviembre de 1983 (JC. 1.562).

(17) Sentencia de 13 de febrero de 1984 (JC. 153), P. Luis Vivas Marzal.

(18) Sentencia de 16 de octubre de 1984 (JC. 1.375), P. Bernardo F. Castro Pérez. El procesado en esta causa realizó unas declaraciones a una revista en las que se decía que «El mito de la Patria, el sentimiento patriótico es el cebo para justificar la existencia del Ejército, pero bajo este sentimiento se oculta mucha mierda». Las Fuerza Armadas se calificaban como institución represiva al servicio de los intereses del Estado y del Gran Capital. El hecho se calificó como constitutivo de un delito de injurias graves al ejército y se impuso una pena de 7 meses de prisión menor. Cfr., también, la sentencia de 17 de octubre de 1985 (JC. 1.388).

(19) P. BENJAMÍN GIL SÁEZ.

se presume (20). Otras veces lo deduce, sin más, del carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones; o, por último, considera que «se percibe» está «insito» o «embebido» en ellas (21). Todo ello conduce irremediabilmente a la conclusión de que *es suficiente con que las acciones o expresiones sean objetivamente lesivas para el honor y el sujeto lo sepa para que exista el delito.*

Esta conclusión se refuerza a partir de sentencias, como la de 10 de marzo de 1988 (A. 1.618) (22), en la que se juzgó a una persona que dijo haber mantenido relaciones sexuales con una mujer durante diez años, haberle pasado dinero y haberla agredido porque le habría sorprendido haciendo el amor con el tapicero. En esta resolución ya se identifica el ánimo de injuriar con el dolo y, más concretamente, con el factor cognoscitivo del dolo: «el recurrente era consciente al hacer esas imputaciones de su significado y no podía desconocer la trascendencia que entrañaban, revela inequívocamente que fue el “ánimo iniuriandi” ...el que guió al procesado a proferir las expresiones injuriosas».

Si el carácter objetivamente injurioso y de su conocimiento por parte del autor se deduce no sólo el dolo sino también la existencia del elemento subjetivo del injusto, no se entiende por qué el citado elemento se exige como algo adicional y distinto de aquél.

Con todo, exigir o no el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto no es indiferente. En primer lugar, porque provoca una considerable incertidumbre, agravada por el criterio amplio que utiliza el Tribunal Supremo para decidir si algo es objetivamente injurioso. En segundo término, porque, en cualquier momento, el Tribunal Supremo puede decidir que, a pesar del carácter objetivamente injurioso de las acciones o expresiones, no hay ánimo de injuriar. Así lo ha hecho en algunas sentencias al considerar que el ánimo de injuriar queda desplazado por el ánimo de defenderse o por el ánimo de informar.

La prueba de que no existe ánimo de injuriar corresponde al procesado (23). Así, no sólo, se presume un elemento del tipo, presunción difícilmente admisible en Derecho penal, sino que también se infringe el derecho a la presunción de inocencia; con ello se viola el artículo 24.2 de la Constitución.

b) *La exclusión del ánimo de injuriar por otros ánimos*

La presencia de otro ánimos, por ejemplo los de criticar, bromear, informar, etc., puede desplazar el ánimo de injuriar. Así lo sostienen la doctrina, cuando exige el ánimo de injuriar como elemento subjetivo del injusto (24), y la propia

(20) Sentencia de 7 de diciembre de 1984 (JC. 1.714); 25 de febrero de 1985 (JC. 309); 26 de junio de 1985 (JC. 1.086); 12 de mayo de 1987 (JC. 803).

(21) Sentencia de 9 de abril de 1985 (JC. 591); 27 de junio de 1986 (JC. 952); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 24 de septiembre de 1986 (JC. 1.141); 17 de noviembre de 1986 (JC. 1.464); 3 de abril de 1987 (JC. 572); 20 de julio de 1987 (A. 5.587); 13 de junio de 1988 (A. 4.900); 7 de julio de 1988 (A. 6.515).

(22) P. ANTONIO HUERTA y ALVAREZ DE LARA.

(23) Sentencia de 2 de junio de 1986 (JC. 806); 18 de junio de 1986 (JC. 899); 18 de septiembre de 1986 (JC. 1.108); 12 de mayo de 1987 (JC. 803).

(24) F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, p. 117; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 657 y 661.

jurisprudencia (25). La concurrencia de alguno de los ánimos a que se ha hecho referencia no implica automáticamente la desaparición del ánimo de injuriar. Este último puede ser desplazado por aquéllos, pero éstos también pueden coexistir con él sin que desaparezca el delito contra el honor de que se trate. La simple presencia de un ánimo de informar, de criticar o de defenderse no anula el ánimo de injuriar. La información, crítica o la defensa deben realizarse dentro del respeto al honor ajeno. Pero también puede suceder que el ánimo de informar, el de criticar, etc., desplacen al ánimo de injuriar, o, al menos, tengan prevalencia sobre aquél.

A partir de este planteamiento no es de extrañar que el camino seguido por el Tribunal Supremo, cuando ha tenido que dar entrada al ejercicio de la libertad de expresión haya sido este último. El ánimo de informar puede anular o desplazar el ánimo de injuriar. Entonces la conducta objetivamente injuriosa dejaría de ser típica por falta del elemento subjetivo del injusto (26).

Hay casos en los que se considera que ni siquiera existió ánimo de injuriar: Por ejemplo, en la sentencia de 13 de noviembre de 1986 (27): Un concejal dijo en el curso de una sesión del Ayuntamiento que la Sanidad estaba desatendida, ya que el único practicante de la localidad se emborrachaba y desatendía a los militantes del PSOE (28). El Tribunal Supremo consideró que los hechos eran atípicos porque: «se ha venido admitiendo tradicionalmente que palabras, conceptos, gestos o expresiones que pudieran tener un significado objetivamente injurioso, queden desvalorizados desde el punto de vista jurídico-penal, cuando del análisis o ponderación conjunta de las circunstancias concurrentes se deduzca que el inculpado no procedió con el ánimo de menospreciar, desacreditar o deshonrar, sino con otro distinto como el de ejercitar un derecho, obrar en cumplimiento de un deber, el de ejercitar la crítica, etc.». El Tribunal, al aplicar este criterio al caso, llega a la conclusión de que el concejal en cuestión se limitó a realizar una crítica a la alcaldía que no pasó del exceso verbal y que, por ello, su conducta «ha de reputarse atípica al faltar el elemento subjetivo del injusto» (29).

(25) Véanse, por ejemplo, las sentencias de: 11 de febrero de 1985 (JC. 210); 23 de mayo de 1985 (JC. 838); 3 de junio de 1985 (JC. 914); 7 de octubre de 1985 (JC. 1.368); 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816); 25 de septiembre de 1986 (JC. 1.147); 13 de noviembre de 1986 (JC. 1.445); 1 de diciembre de 1986 (JC. 1.570); 3 de diciembre de 1986 (JC. 1.599); 6 de junio de 1987 (JC. 1.013); 6 de junio de 1987 (JC. 5.279); 22 de octubre de 1987 (A. 7.577); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531); 17 de noviembre de 1987 (A. 8.534); 5 de febrero de 1988 (A. 897); 18 de mayo de 1988 (A. 3.683).

(26) Críticamente sobre la utilización de esta vía: M. ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor*, cit., p. 148; E. BACIGALUPO, *Colisión entre derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 84 y ss.; M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, t. III, p. 241; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 75 y ss.; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona (Ariel), 1987, pp. 36 y ss.

(27) P. MANUEL GARCÍA MIGUEL.

(28) La Audiencia Provincial condenó al concejal como autor de un delito de injurias leves a la pena de 15.000 pesetas de multa y a indemnizar en otras 20.000 por daños morales.

(29) En la sentencia de 12 de diciembre de 1985 (JC. 1.816) (P. Fernando Cotta y Márquez del Prado), que enjuicia el comportamiento de una periodista que publicó un reportaje sobre los malos tratos a que eran sometidos los ancianos internados en una residencia de pensionistas. El Tribunal Supremo entiende que en este caso es impo-

En cambio, otras veces se considera que el ánimo de injuriar existe pero puede quedar contrarrestado por otros (30).

Desde el punto de vista aquí defendido, que prescinde del elemento subjetivo del injusto, no es posible utilizar la misma vía que el Tribunal Supremo para dar entrada al ejercicio de derechos constitucionales. Además, es dudoso que ésta sea la más adecuada pues provoca una gran inseguridad (31), que se pone de manifiesto por la existencia de otras sentencias en las que, pese a reconocerse la intención de crítica o de información, se mantiene la calificación de injurias. Por ejemplo: sentencia del 1 de diciembre de 1986 (JC. 1.570) (32) sobre un objetor de conciencia, condenado a 7 meses de prisión menor por un delito de injurias al ejército, que comparó su caso con el de un capitán que había llamado cerdo al Rey y había sido condenado a un mes de arresto y llegó a la conclusión de que «una gran parte de los Jueces son realmente incorruptibles. Nada, absolutamente nada puede obligarles a hacer justicia». En este caso el Tribunal Supremo entendió que la crítica «traspasa los límites legalmente establecidos, para menospreciar, desacreditar o desprestigiar a un Tribunal, a los Tribunales o Jueces...» (33). Esta sentencia fue declarada inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988 (34). El Tribunal Constitucional entendió, que si bien las manifestaciones del objetor de conciencia podían incidir negativamente en el prestigio de la institución a la que se referían, se trataba de un comportamiento justificado por el ejercicio del derecho a expresar libremente opiniones.

3. LA LIBERTAD DE EXPRESION COMO CAUSA DE JUSTIFICACION

La sentencia comentada recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de conflicto entre honor y libertad de expresión. El propio Tribunal Consti-

sible desprender de los hechos la intención dolosa de deshonrar, desacreditar o menospreciar. Y aunque algunas de las frases utilizadas (en el reportaje se decía que el Director de la residencia golpeó a un anciano y encerró a otro, que era ciego, desnudo en una habitación) «pueden ciertamente molestar ...no lo es menos que, empleadas como lo han sido con el evidente propósito de informar a la opinión pública del trato vejatorio que se dispensaba en un centro asistencial a personas pertenecientes a la tercera edad, no rebasan los límites de la crítica ordinariamente tolerada respecto a la conducta de quienes desempeñan cargos de mando y responsabilidad...».

(30) Véase la sentencia de 6 de julio de 1987 (A. 5.279).

(31) Véanse las críticas de E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación*, cit., pp. 84 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., páginas 75 y ss.; J. J. QUERALT, *Animus iniuriandi e injurias*. «La Ley», cit., p. 2.

(32) P. ANTONIO HUERTA y ALVAREZ DE LARA.

(33) Véanse, también, las sentencias de 17 de noviembre de 1987 (A. 8.531): Concejales que difunden una nota crítica sobre el alcalde al que acusan de una serie de irregularidades. La función de crítica de un concejal de la oposición no se admite en este caso y se considera que hay «manifiesta preponderancia de "animus" difamador y vejatorio»; sentencia de 5 de febrero de 1988 (A. 897), también sobre crítica de la actuación de un, en este caso ex, alcalde. Los procesados acusaron, en unas declaraciones a la prensa, a un ex alcalde de serias irregularidades en el ejercicio de sus funciones como alcalde. El Tribunal Supremo considera que el propósito último que movió a los procesados fue el de «atentar contra el honor y la dignidad ajena» porque de otro modo hubieran acudido a los cauces reglamentarios: al Gobernador Civil o al Ministerio del Interior para denunciar las irregularidades.

(34) P. Sr. DIAZ EIMIL.

tucional ha puesto de relieve la insuficiencia del recurso al «animus iniuriandi» para resolver el tema (35). Sin embargo, tras una exposición de los criterios constitucionales para decidir en los casos de conflicto entre honor y libertad de expresión, la sentencia antes citada basa su decisión en la presencia del «animus iniuriandi».

El ejercicio legítimo de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) puede justificar un comportamiento lesivo para el honor (36). Lo anterior se basa en la importancia de la libertad de expresión, información y opinión en el marco de un Estado democrático y naturalmente está sujeto a una serie de limitaciones (37). Por un lado, el recurso al artículo 8.11 del Código penal requiere la legitimidad del ejercicio del derecho, por otro, el propio fundamento de la prevalencia de la libertad de expresión limita ésta a los casos de interés general.

El recurso al artículo 8.11 del Código penal puede ser el camino correcto para resolver los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión; para ello será necesaria la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la causa de justificación. Pero, el Código penal español presenta algunas peculiaridades que provocan conflictos entre el honor —penalmente protegido— y la libertad de expresión en muchos más casos de los necesarios. Esto sucede sobre todo por causa de la amplitud y vaguedad de los tipos de injurias y de la inadmisión, como regla general, de la *exceptio veritatis* en los delitos de injurias.

a) La falta de precisión de los tipos de injurias de los artículos 457 y 458 del Código penal da lugar a que puedan considerarse típicos comportamientos carentes de relevancia suficiente para dar lugar a responsabilidad penal. Esto puede suceder tanto en la imputación de hechos como la formulación de opiniones pero es sobre todo en el segundo caso donde se manifiesta con mayor claridad (38).

(35) «El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor» (STC de 8 de junio de 1988, FJ. primero).

(36) Así lo han establecido algunas sentencias del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1981; 17 de julio de 1986; 27 de octubre de 1987. El Tribunal Supremo en las sentencias más modernas recoge esta doctrina. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 21 de enero de 1988, 3 de junio de 1988, 7 de julio de 1988, 12 de mayo de 1989, 3 de octubre de 1989, 23 de mayo de 1989.

(37) Véase, E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 93 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 79 y ss.; A. GARCÍA PABLOS, *La tutela del honor y la intimidad como límite a la libertad de expresión*, en «Estudios Penales». Barcelona (Bosch), 1984, p. 400; KARL E. WENZEL, *Tatschenbehauptungen und Meinungsäußerungen*. «NJW», 1968, pp. 2353 y 20 siguientes.

(38) Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha considerado injurias leves la utilización de vocablos como «necio» y «chorizo», y en el segundo caso se matizaba «chorizo», en el buen sentido de la palabra» (sentencia de 17 de junio de 1986 y 18 de mayo de 1988). Cuando el insulto se realiza utilizando palabras groseras la calificación suele pasar a injurias graves, por ejemplo, llamar a otro «hijo de puta y trepador» o decir de una chica que «es una puta y que por puta la han dejado varios novios» (sentencia

El reconocimiento constitucional de la libertad de opinión permite exponer opiniones negativas acerca de otras personas (39), siempre, naturalmente, que no se haga de un modo formalmente intolerable. Ahora bien, para que una acción o expresión sea formalmente intolerable ha de ser algo más que una grosería basada en la utilización de palabras que, aunque vulgares, son de uso frecuente.

b) La *exceptio veritatis* sólo se admite en las injurias cuando «éstas fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, o cuando tenga derecho a perseguir el delito imputado en el caso número 1 del artículo 458» (art. 461 del Código penal). La no admisión de la *exceptio veritatis* en las injurias consistentes en la imputación de hechos obliga a recurrir a la causa de justificación para obviar la posible inconstitucionalidad del artículo 461 del Código penal.

Aplicando el artículo 461 a la sentencia comentada, aunque se hubiera demostrado que los hechos imputados al Secretario y Vicepresidente de la Asamblea de la Cruz Roja eran ciertos, subsistiría la responsabilidad por injurias. Que la información sobre hechos ciertos no realizada de un modo formalmente inaceptable pueda reputarse constitutiva de delito es difícilmente compatible con la libertad de expresión (40).

La libertad de expresión como derecho básico en un Estado democrático requiere que en los asuntos de interés general se pueda informar sobre hechos verdaderos. Si el tipo de injurias reflejara esta posibilidad incluyendo la falsedad como elemento del tipo (41) desaparecerían muchos de los casos en los que hoy es necesario recurrir a la causa de justificación. Esto sólo es posible mediante una reforma del Código penal.

Ahora bien, la exigencia de la falsedad en la injuria consistente en la imputación de hechos plantearía algunos otros problemas que no pueden perderse de vista: La calificación de la información sobre hechos ciertos relativos a la vida

de 29 de noviembre de 1985 y 20 de julio de 1988). Si el tipo de la injuria se redujera a los casos más graves y no se confundiera la injuria con el insulto o la grosería, se plantearían menos conflictos entre el honor y la libertad de expresión.

(39) Véase la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988.

(40) La doctrina española ha puesto de relieve el escaso ámbito de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias y ha propuesto algunas vías de solución generalmente consistentes en recurrir a una causa de justificación del artículo 8.11. Cuando las imputaciones de hechos son verdaderas resultarían amparadas por el legítimo ejercicio a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución Española. Véase F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, p. 121; J. J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte Especial, t. I, cit.*, pp. 231 y 232; T. S. VIVES en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial, cit.*, pp. 655 y 656. La valoración que merece el escaso ámbito de la *exceptio veritatis* en el Código penal es distinta; mientras en algunos casos se califica como corto —J. J. QUERALT, *loc. cit.*— en otros se explica para evitar que se sofoque el derecho a la intimidad o se someta a los ciudadanos a un control excesivo por parte del Estado —T. S. VIVES, *ob. y loc. cit.*

(41) Así se hace en otras legislaciones donde se concede a la *exceptio veritatis* una amplitud mucho mayor. Por ejemplo la doctrina alemana entiende que las imputaciones de hechos han de ser falsas para constituir un delito de injurias. La falsedad se considera por algunos autores como un elemento del tipo y por otros como una causa de exclusión de la pena. Véase, LENCKNER en SCHONKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar, cit.*, pp. 1297 y ss.

privada o íntima de las personas y la calificación de los casos en que no se pueda probar que los hechos son verdaderos o falsos.

La difusión de hechos ciertos pero relativos a la vida privada o íntima de las personas puede constituir un delito de injurias según el Código penal vigente. Ello no significa que esa difusión pueda calificarse sin más como delito de injurias, sino que ha de tratarse de hechos que, además de pertenecer a la esfera íntima, implique «deshonra, decrédito o menosprecio de otra persona». En este grupo de casos no se da el interés general o público que permite justificar en otros casos la difusión de hechos ciertos.

En cambio, si la falsedad de la imputación fuera un elemento del tipo, la veracidad de los hechos, aunque fueran relativos a la vida privada, daría lugar a la atipicidad del comportamiento. Esta consecuencia puede parecer excesiva (42). Pero no resulta fácil aceptar que la difusión de la verdad sea considerada como delito, ni siquiera cuando se trata de hechos relativos a la vida íntima. La intimidad goza por sí misma de protección penal (43) y si se ha llegado a conocimiento de los hechos por un comportamiento constitutivo de un delito contra la intimidad deberá exigirse responsabilidad por esta vía, en la que además suele preverse como agravación la divulgación de lo descubierto (44). En cambio, si los hechos han sido conocidos por quien los difunde porque los propios interesados que hay que exigir responsabilidad penal.

La inclusión de la falsedad de la imputación como elemento del tipo del delito de injurias tiene una consecuencia importante: no es el autor de las imputaciones quien debe probar que son verdaderas, sino que sólo se le puede condenar si se demuestra que son falsas. El juez deberá decidir en cada caso si se ha probado suficientemente la falsedad de las imputaciones.

La cuestión resulta muy clara cuando se prueba que las imputaciones son verdaderas o falsas pues en el primer caso no existe delito alguno y en el segundo puede haber responsabilidad penal por injurias. Mas, es posible que quede un importante número de casos en los que no se pueda demostrar que los hechos son verdaderos o falsos. Al considerar la falsedad como elemento del tipo, estos supuestos deben quedar sin duda fuera del tipo de injurias y, sin embargo, no parece descabellado pensar que, al menos algunas veces, puedan resultar lesivos para el honor de la persona a quien se refieren (45).

Con el Código penal vigente es posible calificar estos supuestos como delito de injurias. Como se ha visto antes, para evitar que informaciones verdaderas se puedan considerar delito hay que recurrir a una causa de justificación del ar-

(42) La doctrina española ha considerado que la difusión de hechos relativos a la vida íntima de las personas puede constituir un delito de injurias. Véase, M. ALONSO ALAMO, *Protección penal del honor*, cit., pp. 132 y ss. y 151; M. BAJO FERNANDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, cit., pp. 248 y 249.

(43) Véase sobre el tema, J. TENCKHOFF, *Grundfälle zum Beleidigungsrecht*. «Jus», 1988, p. 788.

(44) La protección penal de la intimidad presenta algunas deficiencias, como por ejemplo la falta de regulación de la captación de la imagen, pero no parece aceptable subsanar los defectos de la protección de la intimidad recurriendo al delito de injurias.

(45) Véase, G. ARTZ, *Der strafrechtliche Ehrenschutz - Theorie und praktische Bedeutung*. «Jus», 1982, pp. 721 y ss.; E. HELLE, *Die Rechtswidrigkeit der ehrenrührigen Behauptung*. «NJW», 1961, pp. 1896 y ss.; J. TENCKHOFF, *Grundfälle zum Beleidigungsrecht*. «Jus», 1989, pp. 35 y ss.

título 8.11 del Código penal en relación con el artículo 20.1 a) de la Constitución española. El derecho a dar y recibir libremente información indispensable en un Estado democrático sólo puede ser el derecho a la información *veraz* (46). Si no se demuestra que la información es verdadera no se podrá aplicar la causa de justificación. En el futuro Código penal la opción puede ir desde considerar la veracidad de las imputaciones como una causa de exclusión de la culpabilidad o de la pena y atribuir la carga de la prueba a quien ha proferido las manifestaciones, hasta la creación de un tipo al estilo de la «üble Nachrede» del parágrafo 186 del StGB, o, simplemente, dejar estos casos para el ámbito del Derecho civil. La segunda solución parece preferible a la primera; pues, en primer lugar, permite mantener la falsedad de la imputación como elemento del tipo de injurias y, en segundo término, porque así se establecen diferencias claras entre hechos bastante distintos; no es lo mismo la imputación de un hecho falso que la imputación de un hecho cuya verdad o falsedad no se puede demostrar (47). La introducción de un precepto semejante en el Código penal puede ser tomada en consideración pero no debería descartarse la posibilidad de exigir en estos casos únicamente responsabilidad civil.

(46) Así lo han destacado E. BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, cit., pp. 95 y ss.; I. BERDUGO, *Honor y libertad de expresión*, cit., pp. 83y ss.

(47) Sobre los problemas de interpretación del parágrafo 186 StGB referidos sobre todo a la falsedad o imposibilidad de demostrar la verdad o falsedad véase, H. K. HIRSCH, *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschatzes*. «Karlsruhe» (C. F. Müller), 1967, pp. 150 y ss.; LENCKNER en SCÖNCKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar*, cit., p. 1309.