

Revisión del contenido del bien jurídico honor (*)

Por IGNACIO BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Profesor Titular del Derecho Penal. Universidad de Salamanca

1. El honor es uno de los bienes jurídicos con un contenido más difícil de precisar, tanto por su carácter inmaterial, como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello, los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en las peculiaridades del instrumento de tutela (1).

Una ojeada a las interpretaciones que se han dado sobre el honor, pone de relieve, que la evolución de la ciencia del Derecho penal y del concepto de bien jurídico han tenido siempre una directa repercusión sobre el contenido de las mismas (2). Las denominadas *concepciones fácticas* son en su origen consecuencia directa de la aplicación de la metodología positivista. Según ellas, el honor consiste en la representación que de las diversas cualidades de un individuo efectúa él mismo o los restantes miembros de la comunidad (3). El examen de la realidad permitirá constatar la presencia o no de ese sentimiento de honor o el contenido de la reputación; y sólo esa realidad, sin entrar a examinar su fundamentación, es la que recibe la tutela del Derecho penal.

Frente a esta postura, para las *concepciones normativas*, el honor es una parte de la dignidad de la persona, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de los deberes éticos.

(*) Este trabajo, que aparecerá publicado en el Libro Homenaje a la profesora Hilde Kaufmann, ha sido realizado gracias a la generosa ayuda de la Fundación Alexander von Humboldt.

(1) Como pone de relieve HIRSCH, p. 1, al comentar la muy citada frase de MAURACH, «el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de abarcar con los guantes de madera del Derecho Penal».

(2) MUSCO, p. 55 y ss., que recuerda, p. 62, cómo la elaboración por BIRNBAUM del concepto de bien jurídico se hizo precisamente en el marco de un trabajo sobre el honor.

(3) Entre otros defienden esta postura en Alemania: LIEPMANN, p. 228, ENGELHARD, p. 30 y pp. 65 y ss, FRANK, p. 388; recientemente, MAURACH/SCHROEDER, pp. 200-201. En Italia, ANTOLISEI, p. 145. Mayoritaria en España, entre otros, CUELLO CALÓN, p. 680, DÍAZ PALOS, p. 629, CASTÁN VÁZQUEZ, pp. 889-890 y la jurisprudencia sentencias de 16-XI-1979, 6-XII-1979, 3-X-1980, 3-XII-1980, entre otras.

En lugar del honor aparente de las concepciones fácticas, aquí sólo tendrá relevancia jurídica el honor merecido (4). Esta interpretación aparece metodológicamente favorecida por la incorporación de la referencia a valores que efectuó el Neokantismo y por el relanzamiento de la vinculación Derecho-Etica tras la Segunda Guerra Mundial.

La lectura de la abundante literatura que ha originado la determinación del concepto de honor, muestra las insuficiencias de los dos planteamientos expuestos y la preponderancia, en el momento actual, de posturas intermedias que pretenden combinar componentes fácticos y normativos (5). Ante esta situación parece necesario proceder a una revisión de este bien jurídico, sobre la base de reconstruir su contenido en razón de la postura que en general se defiende sobre la función del Derecho penal y el concepto de bien jurídico.

2. En los últimos tiempos se han abierto nuevas perspectivas en la determinación del concepto de bien jurídico, como consecuencia del debate doctrinal, que acompañó a la reforma del Derecho penal alemán (6), y de la vuelta a una consideración material de la Constitución (7).

La discusión del concepto de bien jurídico, debe situarse en el ámbito de lo social, tal como en su día adelantó Von Liszt (8), siempre que se estime que la razón de ser del Derecho penal, no es otra que facilitar la vida en comunidad, mediante la garantía del funcionamiento y evolución de un determinado sistema social (9).

El conocido libro de Amelung (10), que da traslado al campo penal de planteamientos funcionalistas, supone un primer paso para la reelaboración del concepto de bien jurídico. El establecimiento por el legislador de los comportamientos penalmente relevantes se efectúa, según este autor, en razón de su disfunciona-

(4) Propugnan la concepción normativa, entre otros, BINDING, 1902, pp. 135 y ss; HIRSCH, pp. 29 y ss.; WELZEL, pp. 304-305; TENCKHOFF, pp. 82 y ss. En nuestra doctrina recogen su influencia RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 224-225; BAJO, p. 125.

(5) Ya se acusa esta combinación en alguno de los modernos defensores de la concepción normativa, pero puede verse con claridad, entre otros, en LENCKNER, c. previo parág. 185, n. 1 y ss.; RUDOLPHI, 1981, c. previo parág. 185, n. s y ss., y en nuestra doctrina, ALONSO ALAMO, p. 142.

(6) En particular, por la búsqueda de un criterio que permitiera excluir la tutela penal de comportamientos meramente inmorales o de escasa trascendencia social. En este marco hay que situar los intentos de JAGER o ROXIN. Sobre ellos, cfr. AMELUNG, pp. 300 y ss, y en nuestra doctrina, MIR, 1976, pp. 133 y ss.

(7) Sobre la evolución del concepto de Constitución, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 41 y ss.

(8) Cfr. VON LISZT, pp. 133 a 156. Sobre el concepto de bien jurídico en VON LISZT, véase HASSEMER, 1973, pp. 37 a 41.

(9) Sintéticamente ya tuve ocasión de exponer cuál era mi postura en torno al concepto de bien jurídico. Cfr. BERDUGO, pp. 68 y ss.

(10) Aunque concluya su monografía prescindiendo del concepto de bien jurídico.

lidad para con la totalidad del sistema. Pero la permanencia en este escalón implica adoptar una postura políticamente «neutra» (11), en cuanto la afirmación de la disfuncionalidad de una conducta no conlleva el pronunciarse sobre la naturaleza del sistema del que es disfuncional. Es decir, con esta postura no existe ningún instrumento conceptual que garantice la orientación de un sistema social hacia el individuo. Tal objeción es decisiva si se tiene en cuenta, como afirma Mir (12), «que si el Derecho ha de proteger los intereses sociales, es sólo en cuanto ello supone la defensa del individuo», máxime en el marco de un Estado social y democrático de derecho, que, según el artículo 10.1 de nuestra Constitución, adopta «la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes», como fundamento del orden político y de la paz social.

Para salvar esta insuficiencia, el catedrático de Barcelona, siguiendo a Callies (13), aborda la formulación de un concepto de bien jurídico en el terreno de lo social. Así entiende, que a la afirmación del carácter de condición necesaria, según la observación empírica, para un correcto funcionamiento del sistema social, hay que añadir, que tal condición se traduzca en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social. La concurrencia de estos dos requisitos determina la existencia de un bien jurídico.

En esta misma dirección, la toma en consideración de la Constitución permite concretar en mayor medida el concepto de bien jurídico (14). Pues precisamente, la significación primaria de la Constitución es coincidente con el sentido personalista de la construcción de Mir. La Constitución, recuerda García de Enterría (15), «no es la norma que define en un instrumento único o codificado la estructura política superior de un Estado, sino, precisamente, la que lo hace desde unos determinados supuestos y con un determinado contenido». Supuestos y contenido, que no son sino la plasmación del carácter instrumental del Estado para la realización del individuo.

Luego, la existencia de una Constitución posibilita dar un paso más en la concreción del contenido del concepto de bien jurídico. Pues, en esta línea de razonamiento, parece lógico exigir la vinculación del resultado de la observación empírica al con-

(11) Así, MIR, 1976, p. 138. En sentido análogo, entre otros, BUSTOS, p. 123, y en particular la recensión que del libro de AMELUNG efectúa HASSEMER, 1975, pp. 148 a 164.

(12) MIR, 1976, p. 138.

(13) CALLIES, pp. 122 y ss. MIR, 1976, pp. 135 a 140.

(14) En esta línea de utilización de la Constitución para precisar el concepto de bien jurídico véanse los trabajos de RUDOLPHI, 1970, pp. 158 y ss., y BRICOLA, en especial pp. 15 y ss. Recientemente, GONZÁLEZ RUS, efectúa una síntesis de las orientaciones en torno al bien jurídico que parten de la Constitución.

(15) GARCÍA ENTERRÍA, p. 41. Cfr. sobre este punto la totalidad del epígrafe «La significación de la Constitución», pp. 41-48.

tenido material del texto fundamental, en cuanto éste constituye la plasmación de la participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

Pero el sistema social constitucionalmente reflejado es un sistema al que se aspira a llegar, que, tal como se deduce del texto del artículo 9.2 de la Constitución, no coincide con el sistema social realmente vivido. Este carácter dinámico, que ha de poseer nuestro sistema social, y que por exigencias del principio democrático debe ser plural, puede tener consecuencias sobre el contenido de los distintos bienes jurídicos. Ya que los mismos, al igual que el sistema social, no poseerán un carácter estático, sino que deberán evolucionar hacia las metas constitucionalmente señaladas. Más aún, el desarrollo del contenido de los distintos bienes jurídicos constituye un factor que facilita el cambio social constitucionalmente exigido. El principio democrático se traducirá en la existencia de condiciones formales, que posibiliten que el contenido de los diversos bienes jurídicos refleje los intereses de los distintos grupos sociales (16).

En consecuencia, a la afirmación de que un interés es empíricamente necesario para el mantenimiento del sistema, ha de aplicársele el criterio correctivo de si es necesario o no para que el sistema evolucione hacia las metas señaladas en la Constitución. Pues es el sistema que en ella se delimita y no el que hoy vivimos, el que corresponde a un Estado social y democrático de derecho. Como gráficamente afirma Häberle (17), la Constitución no es sólo un espejo de la realidad, sino un foco de luz al que ésta tiende.

3. En todo lo que acaba de exponerse está implícito el valor directamente normativo del texto fundamental, afirmado en el artículo 9.1 del mismo (18). Este rasgo, consustancial al concepto de Constitución, descarta de raíz la comprensión de ésta como mero mandato al legislador, y, asimismo, es rico en consecuencias sobre el tema que nos ocupa. En concreto, el valor directamente normativo del texto fundamental, conlleva que el concepto de bien jurídico esbozado no sólo sirve para concretar su papel de límite al poder punitivo del Estado, sino que las instancias encargadas de la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico, incluso de aquel que es cronológicamente anterior al texto fundamental, deben tener en cuenta las exigencias constitucionales. Es decir, el contenido que las distintas instancias de interpretación confieran a los bienes jurídicos tutelados ha de ser siempre conforme con los principios del texto constitucional (19).

(16) Esta idea ha sido ampliamente desarrollada por HÄBERLE, en particular cfr. pp. 45 y ss., pp. 79 y ss y pp. 163 y ss.

(17) HÄBERLE, p. 87.

(18) El artículo 9.1 establece: «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Sobre las consecuencias de este precepto, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 63 y ss.

(19) La necesidad de realizar siempre una interpretación conforme con la Constitución ha sido reconocida con rotundidad por nuestro Tribunal

Entre éstos tendrán particular trascendencia en relación con el honor:

— El principio de igualdad, artículo 1.1 de la Constitución. Por él, a diferencia de otros momentos históricos, el honor deberá ser detentado por todos los miembros de la comunidad. Su vigencia dificultará, sin duda, la defensa de una concepción fáctica del honor (20).

— El pluralismo, artículo 1.1 de la Constitución. Del que, por ejemplo, se deduce que el ordenamiento jurídico no pueda reflejar la tutela de un determinado orden ético. Su traslado al ámbito del honor impedirá la defensa de una concepción del mismo (21).

En otro sentido, la profundización en el ya apuntado carácter personalista del sistema social y en particular en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad, constituye una vía que puede ofrecer resultados para una reelaboración del bien jurídico honor que esté directamente conectada con las exigencias constitucionales.

4. No existe obstáculo para aceptar que el honor es en nuestra sociedad una realidad empírica, que los distintos miembros de la comunidad valoran las cualidades y los comportamientos de sus conciudadanos. Esta afirmación no implica la atribución de corporeidad, sino simplemente la posibilidad de su constatación como realidad social (22). Asimismo, la Constitución lo recoge de forma expresa, artículo 18.1, como una de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. Un problema distinto, en el que ahora no se va a entrar, es determinar su importancia comparativa respecto a otras condiciones (23).

Aceptado este punto de partida, el problema a dilucidar es el contenido que debe tener el honor jurídicamente protegido. Lo que, de acuerdo con el criterio expuesto, requiere la puesta en relación de esa realidad con el sistema social constitucionalmente consagrado. De forma reiterada se ha apuntado el carácter personalista del sistema, exteriorizado en la admisión como su fundamento, de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la dignidad de la persona es un valor social, que no debe entenderse ahistóricamente, sino que su contenido es fruto

Constitucional, cfr. sentencia núm. 19-1982, de 5 de mayo, fundamento 7. R. A. 40, en «Boletín Jurisprudencia Constitucional», n. 13 de 1982, p. 349.

(20) Una crítica muy minuciosa de la concepción fáctica puede verse en HIRSCH, pp. 14 y ss. Cfr. asimismo MUSCO, pp. 10 y ss.

(21) Sobre la vinculación entre concepción normativa y defensa de un determinado orden ético hace particular hincapié OTTO, 1977, p. 115 y Musco, p. 149.

(22) En este sentido, por ejemplo, MIR, 1981, pp. 369-370.

(23) El problema es de política legislativa y su solución determinará: la intensidad de la tutela dispensada y la utilización del Derecho Penal o de otros medios. Sobre estos problemas generales y en especial sobre el principio de nacionalidad, cfr. NOLL, pp. 63 y ss, 107 y ss y 146 y ss.

de una lenta evolución de los sistemas sociales (24). Por ella se reconoce al hombre como titular de los diversos derechos fundamentales, lo que implica la afirmación a nivel de igualdad, de un valor de autonomía frente a la sociedad y frente a los restantes miembros de la comunidad.

El libre desarrollo de la personalidad es una emanación de la dignidad de la persona (25), por él el individuo puede desarrollar estos valores en la comunidad. Añade, por tanto, un componente dinámico a la dignidad.

Una elemental reflexión sobre las relaciones sociales lleva a sostener, que un sistema que repose sobre estas bases requiere, como condición previa de su evolución, que la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sean reconocidos tanto por el Estado como por los restantes integrantes de la comunidad. La vida social parte de la existencia de unas relaciones mutuas de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, a través de ellas se condiciona la vida en comunidad y la propia colocación del hombre dentro de un determinado grupo social (26). El reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad son por tanto presupuestos de la participación en un sistema social.

Estas relaciones de reconocimiento funcionalmente contempladas constituyen el contenido del bien jurídico honor (27).

Por otro lado, las relaciones de reconocimiento generan unas concretas expectativas objetivas de reconocimiento para cada miembro de la comunidad. La actuación contraria a dichas expectativas constituye la lesión del honor.

La profundización en esta dirección permite una comprensión global de toda la problemática del honor. En primer término, la vinculación de las relaciones sociales de reconocimiento a la dig-

(24) Sobre la aparición del concepto de dignidad, su contenido histórico y su vinculación a los Derechos fundamentales, PECES BARBA, en especial pp. 28 y ss. Analiza la evolución del honor vinculándola a las variaciones en la consideración del hombre en los distintos momentos históricos, E. WOLF, pp. 893 y ss.

(25) Sobre el libre desarrollo de la personalidad y su vinculación a la dignidad de la persona, cfr. MAUNZ-DÜRING-HERZOG, c. art. 2, n. 1 y ss., afirma «en el sistema de valores de la Constitución el contenido material de la dignidad de la persona consiste ante todo en el libre desarrollo de la personalidad».

(26) Subrayado por OTTO, 1973, pp. 74 y 75.

(27) Este planteamiento tiene su origen en E. WOLFF, pp. 899 y ss. Con diversas matizaciones siguen esta dirección OTTO, 1973, en especial pp. 74 y ss., ENGISCH, pp. 416-417. RUDOLPHI, 1981 c. previo parág. 185, n. 1 y ss. MUSCO, pp. 143 y ss. SCHMID, pp. 38 y ss. Este último autor intenta formular un concepto de honor conforme a la Constitución. Distingue para ello un honor de la persona, vinculado a la dignidad de la persona, y un honor social, vinculado al desarrollo de la personalidad. La orientación metodológica coincide con la que se sigue en el texto y tiene estrechas relaciones con la de los autores mencionados, pero acusa el defecto de no subrayar la relación dignidad de la persona-libre desarrollo de la personalidad. Una crítica en este sentido puede verse en MUSCO, pp. 141 y ss.

nidad como persona explica sin dificultad, que el honor sea un derecho que, al igual que la dignidad, debe ser apreciado en la totalidad de los miembros de la comunidad, con independencia de sus condiciones personales y de su comportamiento social (28).

Pero, como sostiene Otto (29), el ordenamiento jurídico no puede contentarse con la protección de las expectativas emanadas del reconocimiento social del hecho de ser persona; ya que con ello no se estaría alcanzando la tutela de las posibilidades de realización que se abren con este primer paso. En concreto, la participación del hombre en la vida comunitaria y el cómo de esa participación incidirá en la extensión de sus expectativas de reconocimiento. En este sentido, puede actualizarse la frase de Binding (30): «el honor del hombre es una obra realizada por sus propias manos, no es un bien innato, sino totalmente adquirido».

Este aspecto del honor requiere una serie de precisiones. Mientras el contenido de la dignidad es estático en cada momento histórico, el del libre desarrollo de la personalidad es variable y está constitucionalmente enmarcado. De donde, el contenido de las relaciones de reconocimiento, que emanan del libre desarrollo de la personalidad, serán distintas en función de los ámbitos de participación social que comprendan y de su adecuación al marco de lo socialmente esperado constitucionalmente descrito.

En este caso, el respeto al principio constitucional de igualdad radica en el establecimiento de las condiciones materiales que permitan a todos los miembros de la comunidad un igual desarrollo de la personalidad y, por tanto, la consecución de unas iguales expectativas de reconocimiento. Así como, en la presunción de que la actuación de cada individuo en el ámbito de la vida social de que se trate se adecúa a lo socialmente esperado.

El honor, por tanto, se refiere a los distintos ámbitos de participación del individuo en la vida comunitaria, que determinan su concreta situación dentro de la comunidad. Desde esta perspectiva parece que sólo las relaciones de reconocimiento fundadas deben ser objeto de tutela jurídica (31). Pero con ello surge un nuevo problema, precisar cuál es el criterio que permite afirmar el carácter fundado o no de una relación de reconocimiento. Su solución pasa por tener presente que en esta dimensión del honor influye de forma decisiva la acción de los diversos sistemas de control social que existen en la comunidad. Pues la realidad demuestra que la posición de una persona dentro de la sociedad está determinada por la adecuación de su conducta a los comportamientos esperados por el resto de los miembros de la comunidad.

(28) Lo que no supone negar la posibilidad de que la eventual incidencia sobre el honor dependa de las circunstancias de cada caso concreto, al ser la dignidad una realidad histórica-social. Con amplitud en relación a la dignidad, VON MÜNCH, c. art. 1, n. 12.

(29) OTTO, 1973, p. 75.

(30) BINDING, 1892, p. 13.

(31) OTTO, 1973, p. 82.

El contenido de las distintas formas de control social y la actuación de las distintas instancias constituye una realidad cambiante en función: del momento histórico, de las características de un determinado grupo social o del propio proceso de control. Así, mientras en unos casos sólo el examen de la realidad social permitirá afirmar cuáles son los comportamientos esperados, en otros, existe una formalización de cuáles son las conductas cuya realización se espera, o cuya realización se pretende que no se produzca (piénsese en el ordenamiento jurídico punitivo o en las ordenaciones de determinadas profesiones).

Luego, en principio, en este aspecto variable del honor van a influir los valores cambiantes que tengan vigencia dentro de una comunidad. Más aún, la vinculación a los procesos de control social determina que su contenido sea el resultado de una suma de componentes fácticos y valorativos. Todo ello explica, por un lado, que la expectativa de reconocimiento de cada individuo tenga un componente variable en función de la extensión y el cómo de su participación en el sistema, y por otro, que un mismo comportamiento tenga consecuencias diversas según la comunidad de que se trate.

Pero estas consideraciones no son suficientes, con ellas no se estaría sino actualizando una concepción fáctica del honor, con lo que se reproducirían muchas de las viejas objeciones a estas posturas. Por ejemplo, que la valoración de un comportamiento puede estar influenciada por motivaciones irracionales (32) o que un mismo hecho puede ser objeto de valoraciones opuestas en el seno de una misma comunidad.

En estos casos debe actuar como correctivo, de cara a su relevancia jurídico-penal, la escala de valores que aparece recogida en nuestra Constitución. En cuanto ella enmarca el modelo social en el que tiene que situarse el libre desarrollo de la personalidad, de la que esta dimensión del honor constituye una emanación.

Así, por principio, la realización de comportamientos contrarios al ordenamiento jurídico tendrá siempre una incidencia negativa sobre el honor (33). De donde, en ningún caso, podrá afirmarse que de un hecho delictivo se deriva un aumento de las expectativas de reconocimiento de su autor, con independencia de la valoración que dicho comportamiento merezca en determinados sectores sociales. Al contrario, a efectos de su tutela jurídica, el contenido de las relaciones de reconocimiento habrá variado y esas expectativas habrán sufrido una disminución (34).

Por otro lado, el carácter pluralista del sistema social exige que el libre desarrollo de la personalidad no se efectúe en una única dirección. Luego valoraciones irracionales o fundadas en una perspectiva ética unilateral deben quedar, en principio, dentro

(32) ARZT-WEBER, 1981, p. 156.

(33) Cfr. más adelante 5.1.

(34) Lo que se vincula al carácter cambiante de la posición del individuo dentro de la comunidad. Subrayado por OTTO, 1973, p. 75.

de los comportamientos que el legislador quiere evitar mediante la tutela del ordenamiento jurídico, en cuanto pueden incidir negativamente sobre las expectativas de reconocimiento, que emanan de la opción que esta persona ha escogido para el libre desarrollo de su personalidad. Formulados positivamente, deben garantizarse jurídicamente las relaciones de reconocimiento derivadas del libre desarrollo de la personalidad dentro del marco constitucional, aunque las mismas respondan a planteamientos minoritarios (35).

En síntesis, el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. El honor, en cuanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social. Esta última dimensión estará directamente condicionada por la actuación y contenido de los diversos procesos de control social, y con la intervención, en último término, como criterio corrector de los principios constitucionales.

5. Un segundo escalón consiste en comprobar si los tipos del vigente Código penal son susceptibles de una interpretación que se acomode al contenido propuesto del bien jurídico honor. En caso negativo, habría que plantearse si estamos ante un caso de posible inconstitucionalidad.

Bajo el epígrafe «De los delitos contra el honor» el Título X del Libro II recoge dos delitos: la calumnia y las injurias.

5.1. Mientras existe acuerdo unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado en las injurias, no puede decirse lo mismo en relación a la calumnia. Un sector doctrinal (36) subraya la incidencia de este delito sobre la Administración de Justicia, postura que aparece dificultada por la existencia del delito de acusación y denuncia falsa (art. 325) (37).

En mi opinión, la diferencia entre calumnia y acusación y denuncia falsa se produce ya a nivel de bien jurídico tutelado. Mientras que en la calumnia se protege únicamente el honor, en la acusación y denuncia falsa el bien jurídico es doble: el funcionamiento de la Administración de Justicia y el honor personal (38).

Sáinz Cantero, uno de los defensores de la consideración de la calumnia como delito contra la Administración de Justicia, aduce

(35) Por ejemplo, las valoraciones despectivas sobre una madre soltera quedarían dentro de los comportamientos que quieren ser evitados por los delitos contra el honor. Pese a que el comportamiento de ésta no se haya adecuado a lo esperado por el orden ético mayoritario.

(36) SAINZ CANTERO, p. 86. También MUÑOZ CONDE, 1983, p. 103, se inclina por esta postura.

(37) El mismo MUÑOZ CONDE, 1983, p. 103, es consciente de esta dificultad.

(38) Subrayan el carácter pluriofensivo de este delito, entre otros, QUINTERO OLIVARES, pp. 821-822; CÓRDOBA, p. 1087.

que en ella se tutela el honor legal (39), en el sentido de que, a diferencia de las injurias, donde siempre se deberá efectuar una valoración sobre la posible incidencia o no de la conducta de que se trate sobre el honor, en la calumnia siempre se presume la incidencia de la falsa imputación de un delito perseguible de oficio. Presunción, añade, que puede no coincidir con lo que socialmente se estima como negativo para este bien jurídico.

Una reflexión sobre la naturaleza que en general poseen los comportamientos tipificados como delictivos, permite encontrar una respuesta satisfactoria a esta objeción. En principio, los hechos calificados como delictivos deben consistir, en la legislación de un Estado social y democrático de derecho, precisamente en la no realización de conductas realmente esperadas por la comunidad. En consecuencia, la persona que bajo estos presupuestos lleva a cabo un hecho delictivo deberá ver siempre disminuidas las expectativas de reconocimiento derivadas de su participación en el sistema social.

Pero el examen de la realidad social y su puesta en relación con las conductas penalmente relevantes, parece abonar la postura contraria, pues muestra que a veces las valoraciones del legislador, concretadas en los tipos penales, y las de la totalidad de los miembros de una comunidad o de sectores de la misma no coinciden. Situación que, por otra parte, es relativamente frecuente en momentos históricos de profundos cambios político-sociales. Las razones de esta falta de coincidencia son susceptibles de una valoración político-criminal. Sin pretender realizar un análisis exhaustivo de todas las posibles situaciones a las que nos llevaría el examen de la realidad social, pueden considerarse varios grupos extremos de no coincidencia.

En primer lugar, aquellos casos que constituyen una perversión del concepto de bien jurídico, en cuanto a través de los tipos en cuestión se tutelan, exclusivamente, intereses de un grupo o clase determinados. Lo que a medio plazo, traería consigo graves problemas de disfuncionalidad dentro del sistema social (40). La solución a los supuestos de este primer grupo es clara: debe desaparecer la consideración de los mismos como delictivos.

En segundo lugar, la no coincidencia puede deberse a que se trate de bienes jurídicos, que en razón de la función promocional que debe desarrollar el Derecho penal (41), están aún en fase de interiorización por parte de los miembros de la comunidad, pero que en absoluto suponen una oposición al conjunto de valores que determinan sus comportamientos. Esta situación merece una valoración positiva desde una perspectiva político-criminal,

(39) SAINZ CANTERO, p. 85.

(40) Ampliamente estudiado por MUÑOZ CONDE, 1975, pp. 52 y ss. El mismo, 1978, pp. 32 y ss.

(41) Acerca de la función promocional que, en mi opinión, se deriva del artículo 9.2 de la Constitución, puede verse en MANTOVANI, pp. 22-23.

en cuanto supone la constatación de que el Derecho penal está contribuyendo a la evolución del sistema social.

Finalmente, la falta de relevancia de determinados comportamientos de cara a las valoraciones, que socialmente configuran el honor de una persona, puede estar vinculada a la escasa trascendencia de la conducta tipificada. Este es el caso de determinados comportamientos imprudentes o de la mayor parte de las faltas. La consecuencia debería ser su no relevancia penal en función del principio de «ultima ratio» (42).

Luego el problema que plantea Sáinz Cantero es un problema de política legislativa, vinculado a la validez o no de un ordenamiento jurídico-penal. Pero, en el momento actual, no puede servir de argumento para negar que, por definición, en el marco del ordenamiento jurídico que corresponde a un Estado social y democrático de derecho, la imputación de conductas delictivas constituye los más graves ataques al honor, y que en consecuencia debe de tener una incidencia negativa sobre las posibilidades de participación de ese individuo en el sistema social.

5.2. En cuanto al delito de injurias, el tipo básico, artículo 457, se refiere a que la expresión proferida o la acción ejecutada debe serlo en «deshonra, descrédito o menosprecio» de otra persona.

En relación a la deshonra, que desde una perspectiva fáctica suele vincularse al honor subjetivo, no existen dificultades semánticas para entender que, aunque gramaticalmente sea susceptible de una interpretación más amplia, se refiere a la incidencia negativa sobre el honor, en cuanto emanación de la persona humana.

Respecto a los otros dos términos, «descrédito» y «menosprecio», puede defenderse que hacen referencia a las expectativas de reconocimiento de las relaciones de participación del individuo en el sistema social. Con ello se enlaza con la interpretación tradicional de estos vocablos (44).

Los diversos tipos del artículo 458, injurias graves, también tienen que ser analizados desde esta perspectiva constitucional.

El número 1, «la imputación de un delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio», puede ser materialmente considerado de forma paralela al delito de calumnia. El que se trate de una imputación de un comportamiento delictivo justifica, por razones que antes se expusieron, su inclusión dentro de las injurias graves.

(42) Téngase en cuenta, que a la hora de plantearse la criminalización de un comportamiento, la interrogante a dilucidar consiste en valorar hasta qué punto su calificación como delito contribuye de hecho al mantenimiento y evolución de un orden social dado. Cfr. STRATENWERTH, p. 37.

(43) La jurisprudencia refiere normalmente la deshonra «al honor subjetivo o sentimiento de la propia estimación», por todas, Sts. 3-10-1980, 16-11-1979.

(44) El Tribunal Supremo vincula normalmente el significado de «descrédito» y «menosprecio» al denominado honor objetivo, a la valoración de los restantes miembros de la comunidad hacen de la actuación de un sujeto. Cfr., entre otras, las ya citadas Sts. de 6-12-1979, 3-10-1980 y 3-12-1980.

La interpretación del número 2, «la de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agravado», tiene que ser revisada sobre la base de tener presente las exigencias constitucionales. En especial dando entrada a los diversos órdenes éticos que concurren en una sociedad pluralista, lo que conllevará una mayor amplitud en las posibilidades de concreción de la tutela penal.

Desde la perspectiva del concepto del bien jurídico formulado, tampoco presenta dificultades el número 3, «las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueran contenidas en el concepto público por afrentosas». En él no se hace sino subrayar el carácter eminentemente circunstancial de este delito y su vinculación a los procesos de control social.

Mayores problemas presenta, desde este planteamiento, como ya ha puesto de relieve Alonso Alamo (45), la interpretación del último número del artículo 458, que establece la posibilidad de que las injurias sean consideradas graves, «atendidos el estado de dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor», al dar entrada a situaciones que estarían en contradicción con el principio constitucional de igualdad, en cuanto parecen contemplar la posibilidad de que, en función de circunstancias o relaciones personales, existan miembros de la comunidad que posean más honor que otros, independientemente de su nivel de participación social.

El rechazo de esta interpretación y el circunscribir el contenido del tipo a las circunstancias que concurren en el hecho, le convierten en superfluo, en cuanto serían supuestos que quedarían comprendidos dentro del número anterior (46).

5-3. Las mayores dificultades para el planteamiento expuesto se presentan al considerar los estrechos márgenes que se concede a la «exceptio veritatis» en nuestro código, que parecen invitar a seguir una concepción fáctica (tutela de honor aparente) (47). Pero si se tienen presentes las relaciones del honor con otros bienes jurídicos y se lleva a cabo una interpretación de las eximentes, en particular de la número 11 del artículo 8, conforme con la Constitución, se pueden salvar estos aparentes inconvenientes.

En el alcance de la tutela que se da al honor y más en concreto en el ámbito de la «exceptio veritatis» convergen otros bienes jurídicos, cuanto más reducido sea el ámbito de la prueba de la verdad, indirectamente mayor será la protección que se dispense a la intimidad de la persona. Pero, en sentido opuesto incidirá de forma negativa sobre el ámbito de la libertad de expresión. Las consecuencias de una admisión generalizada de la prueba de la verdad serán, obviamente, las contrarias, escasa protección de la intimidad y gran amplitud de la libertad de expresión (48). Esta situa-

(45) ALONSO ALAMO, p. 143.

(46) QUINTERO, p. 1196.

(47) Cfr., en este sentido, ALONSO ALAMO, p. 139.

(48) Véase ARZT, 1970, p. 144, con ejemplos extraídos de la jurisprudencia alemana.

ción hace que en derecho comparado se tienda a buscar soluciones a nivel legislativo y jurisprudencial, que permitan un equilibrio entre los bienes jurídicos apuntados: honor, intimidad y libertad de expresión.

Con independencia de un estudio de mayor amplitud y profundidad se puede interpretar nuestro código en el sentido de lograr este objetivo. Así, el ámbito reducido que en principio se concede a la prueba de la verdad se explica por la necesidad de tutelar la intimidad personal. Los casos en que dentro de los delitos contra el honor se da relevancia a la «exceptio veritatis», son supuestos en que por su contenido existe un interés general, que «iuris et de iure» justifica la lesión de los bienes de la personalidad (49). Finalmente, la vía del número 11 del artículo 8 puede ser utilizada para dar entrada a aquellos supuestos, en que a través de la ponderación de los intereses en conflicto (en función del tema, circunstancias personales de los intervinientes, etc.) pueda afirmarse la preponderancia del ejercicio de la libertad de expresión sobre el honor y la intimidad (50).

(49) La justificación en base a la presencia de un interés preponderante es admitida por la doctrina de forma unánime en relación con la prueba de la verdad en la calumnia (art. 456) y en el caso de injurias contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (art. 461). Por el contrario, la prueba de la verdad en el caso de la imputación de delito perseguible a instancia de parte (art. 461) es considerada como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, por no ser exigible otra conducta. Así, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 238-239, y MUÑOZ CONDE, 1983, p. 102.

Desde la perspectiva de un Derecho Penal preventivo también este último caso debe ser considerado como un supuesto de justificación. Pues no se trata de que un comportamiento concreto deje de ser penalmente relevante tras la constatación de la alteración sufrida por el sujeto en su capacidad normal de motivación, sino, tal como afirma MIR, 1982, pp. 85-86, «de que toda acción que realiza el tipo abstractamente descrito» deja de estar prohibida de forma general. No es que no se «pueda» llevar a cabo la motivación por las particulares condiciones que concurren en el sujeto, sino que no se «quiere» ponerla en marcha. A todo ello únase la no satisfactoria conclusión a la que debe llegarse en el caso de que se estime que estamos ante una causa de exclusión de la culpabilidad y no de la antijuricidad. Pues, lógicamente, ante la imputación de un delito perseguible a instancia de parte, que aunque cierta sería ilegítima, el autor del mismo podría reaccionar mediante legítima defensa contra la que ya una vez fue su víctima.

(50) La utilización de la vía de las eximentes del artículo 8 para dar cabida a supuestos de ejercicio de la libertad de expresión ha sido apuntada en nuestra doctrina por MUÑOZ CONDE, 1983, pp. 99 y 100, y COBO-VIVES, p. 36.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ALONSO ALAMO: *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales», 1983.
- AMELUNG: *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.
- ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale, P. Speciale*, I, 7 ed., Milano, 1977.
- ARZT: *Der Strafrechtlicher Schutz der Intimsphäre*, Tübingen, 1970.
- ARZT-WEBER: *Strafrecht. Besonderer Teil*, I, 2 ed., Bielefeld, 1981.
- BAJO: *Protección al honor y a la intimidad*, en Derecho Penal y Constitucional, Madrid, 1982.
- BERDUGO: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.
- BINDING: *Die Ehre in Rechtssine und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892.
- BINDING: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, I, 2 ed., Leipzig, 1902.
- BRICOLA: *Teoria Generale del Reato*, en Novissimo Digesto, T. XIX, Torino, 1974.
- BUSTOS: *Política criminal e injusto*, en «Revue internationale de Droit Penal»; 1978.
- CALLIES: *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974.
- CASTÁN VÁZQUEZ: *La protección del honor en el Derecho español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1957.
- COBO-VIVES: *Derecho penal. Parte General*, III, Valencia, 1982.
- CÓRDOBA: *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978.
- CUELLO CALÓN: *Derecho Penal. P. Especial*, 14 ed., Barcelona, 1980.
- DÍAZ PALOS: voz *Injurias* en «Enciclopedia Jurídica Seix», 1965.
- ENGELHARD: *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, Mannheim, 1921.
- ENGISCH: *Bemerkungen über Normaticität im Ehrbegriff*, en Lange Festschrift, Berlín, 1976.
- FRANK: *Das Stafrgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15 ed., Tübingen, 1924.
- GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2 ed., Madrid, 1982.
- GONZÁLEZ RUS: *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983.
- HÄBERLE: *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt, 1980.
- HASSEMER: *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt, 1973.
- HASSEMER: ZSTW (87), 1975.
- HIRSCH: *Ehre und Beleidigung. Grundfrage des strafrechtlichen Ehrenschutzes*, Karlsruhe, 1967.
- LENCKNER: en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 21 ed., München, 1982.
- LIEPMANN: *Die Beleidigung*, en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, B. Teil, IV, Berlín, 1906.
- VON LISZT: *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und im der Encyclopedie der Rechtswissenschaft*, en ZSTW (8), 1888.
- MANTOVANI: *Diritto Penale, P. Generale*, Padova, 1979.
- MAUNZ-DÜRING-HERZOG: *Grundgesetz. Kommentar*, München.
- MAURACH/SCH OEDER: *Strafrecht*, B. Teil, 6 ed., Heidelberg-Karlsruhe, 1977.

- MIR: *Adiciones a Jescheck: Tratado de Derecho Penal*, trad. Mir y Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- MIR: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976.
- MIR: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2 ed., Barcelona, 1982.
- VON MÜNCH: *Grundgesetz. Kommentar*, 2 ed., München, 1981.
- MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal. P. Especial*, 5 ed., Sevilla, 1983.
- MUÑOZ CONDE: *Función motivadora de la norma y marginalización*, en «Doctrina penal», 1978.
- MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975.
- MUSCO: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.
- NOLL: *Gesetzgebungslehre*, Frankfurt, 1973.
- OTTO: *Grundkurs. Strafrecht. Die einzelne Delikte*, Berlín, 1977.
- OTTO: *Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre*, en Schwinge Festchrift, Köln, 1973.
- PECES BARBA: *Derechos Fundamentales*, 3 ed., Madrid, 1980.
- QUINTANO RIPOLLÉS: *Tratado de la parte especial del Derecho Penal*, T. 1-2, 2.ª ed., puesta al día por Gimbernat, Madrid, 1972.
- QUINTERO OLIVARES: *Notas sobre la acusación falsa*, en «Revista jurídica de Cataluña», 1976.
- RODRIGUEZ DEVESA: *Derecho Penal español, P. Especial*, 8 ed., Madrid, 1980.
- RUDOLPHI: *Systematischer Kommentar*, 2 ed., Frankfurt, 1981.
- RUDOLPHI: *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en Honig Festchrift, Göttingen, 1970.
- SAINZ CANTERO: *El contenido sustancial del delito de injurias*, en «Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales», 1957.
- SCHMID: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschatz*, Tübingen, 1972.
- STRATENWERTH: *Strafrecht, A. Teil*, 3 ed., KÖLN, 1981.
- TENCKHOFF: *Die Bedeutung des Ehrbegriffs für die Systematik der Beleidigungstabestände*, Berlín, 1974.
- WELZEL: *Das Deutsche Strafrecht*, 11 ed., Berlín, 1969.
- E. WOLFF: *Ehre und Beleidigung*, en ZSTW (81), 1969.

