



***HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN:
TENSIONES EN EL ÁMBITO DE LA INJURIA***

**Tesis Doctoral que presenta
el Doctorando RAÚL EDUARDO GARCÍA VÍQUEZ
para la colación del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. *Dr. h. c. mult.* MIGUEL POLAINO NAVARRETE**

Universidad de Sevilla

Curso 2016/2017

SUMARIO

Abreviaturas

CAPÍTULO I

PUNTO DE PARTIDA:

PERSONA Y PERSONA JURÍDICA

COMO TITULARES DE DERECHOS Y DE DEBERES

- I. Concepto de persona como punto de partida:
una hojeada histórica
- II. Del concepto naturalístico al concepto
normativo-funcional de persona
- III. Estructura y contenido del concepto de persona
- IV. La persona jurídica como concepto normativo:
aplicación del esquema
- V. Rendimiento dogmático del concepto funcional
de persona jurídica

CAPÍTULO II

LIBERTAD DE EXPRESIÓN:

CONCEPTO, LÍMITES Y APLICACIÓN

A PERSONAS JURÍDICAS

- I. Formulación de la libertad de expresión

- II. Significado de la libertad de expresión
- III. Libertad de opinión como parte de la libertad de expresión y los medios de comunicación
- IV. La libertad de expresión en sentido constitucional
- V. La libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional
- VI. No existe un concepto autónomo o propio de libertad de expresión en Derecho Penal

CAPÍTULO III

HONOR, HISTORIA Y CONCEPTOS

- I. Conceptos históricos de honor
- II. Conceptos actuales de honor
- III. Planteamiento de la problemática
- IV. Honor y libertad de expresión (e información) como conceptos funcionales (comparado con los conceptos ontológicos y la dignidad)
- V. Dignidad

CAPÍTULO IV

HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- I. Límites constitucionales y problemática (art. 20.4 y art. 20.1 A y D): libertad de expresión e información
- II. ¿Cómo se compatibilizan los conceptos penales de honor y libertad de expresión e información y sus límites ontológicos y normativos?

CAPÍTULO V
PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:
CONSIDERACIONES LEGALES
Y POLÍTICO-CRIMINALES

- I. Introducción
- II. Contenido de la regulación penal: panorámica de los arts. 205-216 CP
- III. Injuria
- IV. Calumnia
- V. Agravación de la injuria y calumnia por precio
- VI. La publicidad en la injuria y calumnia
- VII. Responsabilidad civil en la injuria y calumnia con publicidad
- VIII. Publicación de la sentencia y reparación del daño
- IX. La retractación en la injuria y calumnia
- X. La responsabilidad penal de la persona jurídica:
 - ¿sujeto de responsabilidad jurídico-penal?
 - A) Consideraciones previas
 - B) Lo moderno del Derecho penal económico
 - C) ¿Es necesario ampliar la responsabilidad penal a las personas jurídicas?
 - D) ¿Es posible una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas?
 - E) ¿Tienen Honor las Personas Jurídicas y los Colectivos?
 - 1. Regulación legal
 - 2. Posturas jurisprudenciales
 - 3. El derecho al honor de las personas jurídico-privadas

4. El derecho al honor de las personas jurídico-públicas
- F) ¿Tienen Derecho al Honor los Colectivos?

CAPÍTULO VI

INJURIA A PERSONAS JURÍDICAS:

ANÁLISIS DOGMÁTICO

- I. Introducción
- II. Concepto de injuria (art. 208, primer párrafo, CP)
- III. Conducta típica
- IV. Antijuricidad u ofensividad: la “gravedad” de la injuria
 - A) Generalidades sobre el bien jurídico
 - B) Bien jurídico en los delitos contra el honor
- IV. Tipo subjetivo: dolo y elemento subjetivo del injusto
- V. *Iter criminis*

CAPÍTULO VII

EXCEPTIO VERITATIS EN LA

INJURIA A PERSONAS JURÍDICAS

- I. Introducción
- II. *Exceptio veritatis*: análisis del art. 210 CP
- III. Naturaleza jurídica y consecuencias de esta institución
- IV. Conclusiones

CAPÍTULO VIII

CALUMNIA A PERSONAS JURÍDICAS:

ANÁLISIS DOGMÁTICO

- I. La calumnia y las personas jurídicas
- II. Personas jurídicas privadas y derechos fundamentales
- III. Delito de calumnia y persona jurídica: el derecho al honor frente a las libertades de expresión e información
- IV. Repercusiones dogmáticas de la colisión entre honor y libertad de expresión: propuestas doctrinales
- V. Referencia al Derecho español
 - A) La normativa reguladora de la responsabilidad civil en el Código penal excluye la reparación del daño moral de una persona jurídica
 - B) Una persona jurídica no es titular del derecho al honor
 - C) Una persona jurídica sólo puede sufrir daños materiales
- VI. Elementos típicos
- VI. Elementos objetivos
- VII. Elementos subjetivos

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

Abreviaturas

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AP	<i>Actualidad penal</i>
Cc	<i>Código civil</i>
CE	<i>Constitución española</i>
CP	<i>Código penal</i>
comp.	<i>Compilador</i>
ed.	<i>Editor / edición</i>
esp.	<i>Especialmente</i>
op. cit.	<i>Obra citada</i>
pág.	<i>página</i>
p.ej.	<i>Por ejemplo</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Penal</i>
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
RP	<i>Revista Penal</i>

CAPÍTULO I

PUNTO DE PARTIDA:

PERSONA Y PERSONA JURÍDICA

COMO TITULARES DE DERECHOS Y DE DEBERES

I. Concepto de persona como punto de partida: una hojeada histórica

En los últimos años se ha intensificado el estudio sobre el tema de Persona Jurídica rebasando teorías en el actual derecho penal, como la causalista y la finalista. Actualmente la teoría funcionalista ha abierto el campo de batalla en el debate jurídico, para que mediante este tipo de figura jurídica se pueda analizar el comportamiento legal, y en el caso de caer en una ilicitud, castigar a la persona moral que incurrió en la falta administrativa o penal. Es importante señalar el estudio encabezado por el maestro Günther JAKOBS, que realiza a través de la Teoría de los Sistemas –del maestro Niklas LUHMANN-, investigación que se enfoca a la Persona, al ciudadano, al individuo desde un punto de vista filosófico (antropológico) y sociológico.

De igual manera los siguientes capítulos se trabajarán con un tema primordial, como lo es el honor y la Persona Jurídica, parte medular de este trabajo donde tocaré temas como la libertad de expresión y el honor en la Persona, tanto física como jurídica, así como un punto fundamental, es decir la dignidad de la Persona. Parte importante de este esquema será sin duda la «estructura temática de la comunicación pública», pues la comunicación entre ciudadanos es trascendental entre los sistemas para el respeto de la norma social.

Bajo la tesitura de los roles personales o roles ciudadanos, hay uno que nos de manera especial: la libertad de expresión. En la actualidad existe una falta de compromiso con la opinión pública en complicidad con los grupos de poder, como gobiernos, o empresas transnacionales, por medio de la manipulación de la información, o incluso el desprestigio en los mismos círculos de elite. Podemos decir que por medio de la manipulación de la prensa y los medios de comunicación se puede llegar a la injuria o a la calumnia que repercuten en la reputación de la empresa o la dignidad de la persona jurídica.

En este caso, la opinión pública, o la opinión en la prensa, pueden ser una fuente de poder ante la sociedad, en donde los directivos de los medios no siempre tienen el compromiso de informar lo que es relevante para la sociedad, que tenga como elemento esencial el interés público.

LUHMANN ubica a la opinión pública «donde los ciudadanos ya no discuten sobre los temas de interés público, ni llegan a ningún consenso, sino que los medios están encargados de ofrecer y los ciudadanos de aceptar un conjunto de temas presentados como relevantes que sirven de eferente, de orientación y reducción de la complejidad social...». En estos casos podemos percatarnos que la manipulación de los medios puede tener el objetivo de dañar o desprestigiar.

En esta tesitura, se puede hablar de libertad de expresión, honor y Persona Jurídica, pero se estudiarán más temas relacionados, como la victimología, la sociología, así también se analizarán los límites de la injuria y la libertad de expresión, así como los límites constitucionales y penales que nos marca la legislación española.

Antes de iniciar este recorrido que será de varios capítulos en esta tesis, empezaremos por analizar el significado de persona, parte esencial de este primer capítulo.

El concepto de persona jurídica surge por primera vez en relación con las comunidades que forman parte del Imperio, en la época anterior al 212 de Cristo. En rigor, las comunidades incorporadas a la ciudadanía romana —*municipia*— dejan de ser *civitates*, al perder la soberanía, y se convierten en *oppida*. Negada su existencia política soberana, las *municipia* cuando se les niega su existencia política y se rigen en la esfera patrimonial por el derecho privado, se definen como personas jurídicas.

En este contexto, RAMOS CHAPARRO abre el tema para desarrollar la definición sobre su obra «*La persona y su capacidad civil*»¹. A mayor abundamiento hace una reseña sobre la histórica cultura durante las diferentes etapas. En efecto, al aceptar el tópico del *pirus* y al tomarlo como punto de partida en la investigación, se asume una posición metodológica determinada, contraria a dicha radical distinción y tendente a ver el tecnicismo jurídico «persona» (en un primer sentido restringido a la «física») la designación de una realidad ontológica natural y de una valoración ética históricamente comprobada, que se impone al Derecho como datos extrínsecos con existencia propia. De igual manera, si ha de profundizarse en el *piruses* por su importancia jurídica, ya que aceptarlo o negarlo supone una visión u otra del problema central que nos planteamos: la determinación jurídica de las capacidades o posibilidades de actuación humanas en el tráfico civil.

RAMOS CHAPARRO estructura las razones de analogía que explican este tránsito del lenguaje escénico de la vida social, por virtud del cual *persona* comienza a equivaler a «situación», «función» o «cualidad» específica dentro del tráfico jurídico y a designar la posición (o status) de un individuo respecto de la colectividad: *persona regis*, *persona consulis*, *persona socii*, etc., hasta llegar, por fin a constituirse un hombre genérico, con cuyo complemento se formaba la

¹ RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 21 y ss.

especie y que dada la índole de esta, no puede referirse a otra cosa que al propio ser humano. De igual manera, se puede percibir en las antiguas sociedades la importancia de la palabra; «la palabra persona conlleva la idea de un ser pensante e inteligente, capaz de razón y de reflexión que puede considerarse a sí mismo como el mismo (...) que piensa en distintos tiempos y en diferentes lugares, lo cual hace únicamente por medio del sentimiento que poseen sus propias acciones».

Como se ha dicho: «la persona es para el jurista un concepto forjado por él, algo artificial, aunque necesario, una envoltura o cubierta que enmascara (¡precisamente!) un núcleo estricto que el concepto de persona no quiere revelar». Por una parte, el sentido de máscara facilita la concepción abstracta de la persona, como mero *nomen iuris* del sujeto y, por otra parte, como exponente o consecuencia de la atribución de capacidad jurídica, entendiéndose que es persona porque tiene capacidad jurídica y no a la inversa, como propone la orientación realista que aquí se debe defender.

De manera similar, el Derecho contemporáneo pretende contemplar al actor (el hombre) en toda su verdad ontológica y existencial, por eso mismo le reconoce un valor simultáneamente prejurídico y jurídico, la dignidad, independientemente de otra situación, fundamentando en él, además, la existencia misma del Estado de Derecho. Se puede deducir que *El contrato social* de J. J. ROUSSEAU (1712-1718) tiene como propósito establecer la emancipación del poder familiar de la persona.

Después de todo, la palabra «persona» en el artículo 10.1 CE no designa ya cualidad externa o pública alguna, sino la misma entidad o sustancia del hombre. Por ello existiría una singular tergiversación conceptual, si fuera verdad lo que dice GUASP, en el sentido de que «la persona es y ha sido siempre para el jurista una noción de evidente *deshumanidad*». Investigar cómo y por qué, se produce el cambio o conversión semántica, con su correspondiente connotación

jurídica, que transforma el concepto originario, es válido quizás para el Derecho antiguo (valor *ad extra* o del personaje); el concepto moderno (valor *ad intra* del actor), es el objeto de nuestro estudio introductorio. De igual manera, nos mueve la convicción de que la cultura jurídica contemporánea ha llegado a un consenso fundamental en lo que respecta al supremo valor de la persona humana (...) y que en nuestro ordenamiento se ha plasmado en el artículo 10 de la Constitución, norma y principio general del Derecho que puede considerarse una positivización y consagración del *pirus* en sus dos sentidos implicados, en cuanto remisión al concepto-valor (la dignidad) y reconocimiento de su carácter previo y fundamental.

De manera semejante el Derecho romano define su posición, no obstante habla de la persona sobre la base de la noción antropológica antigua expuesta por los filósofos griegos. La situación social prevalece sobre la realidad humana y lo que hoy entendemos por «personalidad», en el sentido general de subjetividad jurídica, es, ante todo, *posición* dentro de los grupos sociales y tiene un contenido tan radicalmente variable que en modo alguno permite predicarla homogéneamente a todos los seres humanos, ni está presente en ellos, de forma constante, a lo largo de toda su existencia. Un breve repaso de las principales categorías técnicas en las que el Derecho romano desarrolló el régimen jurídico de la personalidad y la capacidad (*persona, capax, caput, status, capitis, deminutio*) será suficiente para convencernos de que aquel ordenamiento presentaba una gama muy rica de sujetos y limitaciones muy variadas en orden a su capacidad, congruentes en todo con los preceptos filosóficos subyacentes.

De igual manera, el término persona tuvo un significado técnico-jurídico en el Derecho romano, o bien era empleada sólo en el sentido, que hoy llamamos *vulgar*, equivalente al ser humano. Damos prioridad a esta cuestión terminológica porque el prestigio inmenso de los textos romanos y su valor educativo para tantas generaciones de juristas han determinado el hecho de que todavía hoy estemos padeciendo múltiples confusiones y discrepancias acerca de

las relaciones personalidad-capacidad, como consecuencia del tratamiento nominal de la cuestión en el Derecho romano clásico y postclásico.

Por las siguientes razones, la distinción entre persona y hombre y con ella, la concepción abstracta, encontró ya el terreno abonado en los textos postclásicos y esta circunstancia permitió a Ferrara considerar *«exagerada y no demostraba la tesis de que, junto a estas expresiones vulgares de la palabra, no se tuviese un significado técnico de la misma en el sentido de individuo provisto de capacidad jurídica»*, llegando a afirmar que *«en el Derecho romano persona denota abstractamente la subjetividad jurídica»*. Puede que estas conclusiones (como otras muchas de la gran obra citada) estén al servicio de su peculiar concepción de la persona jurídica y que trate Ferrara de buscar fundamentos históricos a su famosa teoría, pero en cualquier caso, hemos de reconocer que su interpretación del sistema romano en este punto, aunque fuese considerada como anacrónica desde la pura óptica romanista, es la más ajustada a la tradición del Derecho intermedio, como él mismo se encarga de probar, citando a Vinnio: *«Iure veteri discrimen erat inter hominem et personam. Homo dicitur, cuicumque contingit in corpore humano mens humana. Ast persona est homo statu quodam veluti indutus»*.

Haremos referencia, vale aclararlo, a la subjetividad jurídica de la persona por la relevancia de los hechos jurídicos y del actuar principalmente de la persona física. Ahora trabajaremos este aspecto, -más adelante incursionaremos en el desarrollo de esta interesante parte del subjetivismo en la persona jurídica, tema poco tocado en la actualidad-. Encaminaremos las siguientes líneas hacia la subjetividad de la persona en medio de un hecho o un derecho objetivo y subjetivo.

En este contexto, un autor relevante es H. KENSEL², en su estudio de la *Teoría pura del Derecho*. Partiendo de su crítica a los «dualismos» introducidos, según él, en la ciencia jurídica por obra de las doctrinas del Derecho natural con la finalidad de justificar y, a la vez, fijar límites al Derecho positivo (Derecho natural-Derecho positivo, Derecho objetivo-derecho subjetivo, Derecho público-privado; real de crédito, etc.). El derecho subjetivo, para KENSEN, encubre la idea de la propiedad como límite infranqueable para el ordenamiento, sobre la base ideológica de la libertad individual y de la autonomía de la persona. Para librarse de esta trampa, llevará acabo la reducción del derecho subjetivo al derecho objetivo a través de la noción central de la teoría pura que es el *deber jurídico*. Es decir, la misma norma considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe y expresando, a la vez, el juicio de imputabilidad de la sanción.

Para KENSEN, «hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de la voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito». ...KENSEN aborda el estudio de otra dualidad: la distinción entre hombre-persona, pero esta vez para afirmarla decididamente, en aras de la pureza metodológica que propugna. «Nos vemos así inducidos a ver en la noción de sujeto de derecho o de persona una construcción artificial, un concepto antropomórfico creado por la ciencia jurídica con miras a presentar al derecho de una manera sugestiva. En rigor de la verdad, la “persona” sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y de derechos subjetivos; un conjunto, pues, de normas. ... Es necesario mantener una distinción muy concreta entre el hombre y la persona». «La persona física no es el hombre como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma utiliza tal noción no le confiere ningún carácter jurídico, sino que, el concepto jurídico de persona o sujeto de derecho expresa

²*Ibidem*, pág. 95.

solamente la unidad de una pluralidad de normas que determinan deberes, responsabilidades y derechos subjetivos (...) la denominada *física* designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un sólo y mismo individuo (...) o más exactamente: el punto común al cual deben ser referidas las acciones y omisiones reguladas por estas normas».

H. KELSEN no teme dar una definición de esta figura pura: «persona física es el punto central de un orden jurídico parcial, compuesto de normas aplicables a la conducta de un solo y mismo individuo. Está claro, por tanto, que la juridificación completa del concepto no afecta al hombre mismo, sino al término técnico (persona) respecto al cual (el hombre) no representa ya límite alguno, por carecer de entidad jurídica auténtica, de la que gozan únicamente las normas».

Adicionalmente, «el problema de si el valor específico de lo social es un derivado de los valores éticos propios del individuo o constituye, por el contrario, una categoría autónoma, tan primaria como los ideales y los bienes de la personalidad»³. Se trata de la eterna oposición entre los valores personales y sociales que da lugar a dos concepciones del valor de lo jurídico. De un lado, la *personalista*, en la que el fin del Derecho es la realización de los valores éticos de la personalidad y, por tanto, tiene una significación relativa, sirve de medio a la realización de un «espíritu objetivo» o *logos*, del que el mismo Derecho no es parte constitutiva. De otro, la concepción que se puede llamar *ético-social* o «transpersonalista» (de raíz hegeliana) parte de que las instituciones de la vida en común poseen una dignidad (dignidad) específica y propia, por la cual el valor de lo jurídico no es derivado sino autónomo: hay fines últimos sociales que pertenecen también a la realización del espíritu objetivo. (En cuanto a lo primero, fue una resolución confesada ya en el Preámbulo de la *Carta de Naciones Unidas* (San Francisco, 26 de junio de 1945; ...) ...El art. 1º de la Declaración proporciona el modelo humano de que hablamos, haciendo un significativo

³*Ibidem*, pág. 99.

enlace de las «tres ideas revolucionarias», la idea humanista de la dignidad y el carácter racional del individuo, en conexión con los dos niveles antropológico y ético-social: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros». ...el art. 16 del *Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (Nueva York, 16 de diciembre de 1966)-: «Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica». La capacidad jurídica es contemplada, así, como un derecho humano⁴.

En efecto, en la perspectiva histórica, este precepto representa la culminación del largo proceso de equiparación hombre-persona por cuanto, en su estructura normativa, significa prohibir en absoluto al Derecho estatal el no reconocimiento de la realidad previa del hombre como sujeto de las relaciones jurídicas, según se venían haciendo desde el Derecho tardo-romano, a pesar de las contracorrientes históricas estudiadas, que ahora, por ello, pueden considerarse finalmente triunfadoras.

La Declaración, por lo demás, no se detiene en una consideración puramente abstracta de la personalidad jurídica del hombre, sino que, a lo largo de sus treinta artículos, la va llenando de contenidos fundamentales: los derechos subjetivos de «toda persona». Efectivamente es, pues, el «individuo-libertad», el «sujeto de derechos» frente a todos y frente al Estado, el hombre que se nos revela en la Declaración Universal. El *pirus* antropológico sigue siendo el que surgió con la Revolución burguesa y el que procede de la Ilustración racionalista y de la filosofía del siglo XVIII ...De la dignidad inherente a la persona se derivan los derechos civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales (...). La dignidad en sí misma, en su más vital e inexpresable noción, es especialmente protegida por este sistema, siendo una norma característica, sumamente invocada, el artículo 5 de la Declaración: «Nadie será sometido a

⁴*Ibidem*, pág. 101.

torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes», que tiene reflejo en el ámbito penal internacional (heredado en Nuremberg).

Este recorrido ideológico de H. KENSEL, nos involucra en el tema de persona física y nos deja claro la definición en el dualismo objetivo derecho subjetivista. De igual manera, es importante involucrarse en la definición de otros pensadores para enriquecer el conocimiento y pensamiento, sobre persona, persona física y un apartado importante como lo es la dignidad individual.

Se puede deducir que el individuo humano es persona *per se*, en su singular existencia. Aquí están presentes también la genuina concepción cristiana y la influencia del pensamiento moderno, especialmente KIERKEGAARD, si bien despojado del tinte pesimista (luterano) de la existencia de la libertad.

También se ha puesto de relieve, sobre todo por STEFANINI, la oposición personalismo-intelectualismo, en cuanto este último tiende a desvincular el pensamiento o racionalidad de la persona humana, para elevarlo a la categoría ontológica de ser su propio explicativo, siendo así que reviste esa categoría y dentro del cual se desarrolla la racionalidad.

Este modelo antropológico, carece francamente de construcción sistemática y surge de la acumulación de una serie de notas que, de forma global, caracterizan, según MOUNIER, las «estructuras del universo personal». Como todos los grandes valoradores de la persona, MOUNIER niega que esta sea susceptible de definición en sentido estricto, ya que la persona en último término, no es sino «la presencia misma del hombre». Así también, añade: «Una persona es un ser espiritual constituido como tal por una forma de subsistencia y de independencia en un ser; mantiene esta subsistencia mediante su adhesión a una jerarquía de valores libremente adoptados, asimilados y vividos en un compromiso responsable y en una constante conversión; unifica así toda su

actividad en la libertad y desarrolla, por añadidura, a impulsos de actos creadores, la singularidad de su vocación».

En este sentido, debemos mencionar al pensador A. VERDROSS, discípulo y colaborador de KELSEN..., él hace una contestación consciente de la Teoría pura para volver a la doctrina antropológica del Derecho natural, en principio en una concepción teocéntrica o antropocéntrica, toda vez que esta oposición, perteneciente al ámbito metafísico, determina diferencias sólo en el campo de la Ética, pero pueden conciliarse en la Filosofía del Derecho, ya que ambas coinciden en la idea de que la sociedad es sólo un medio, aunque discrepan en los fines (las distintas morales derivadas). En efecto, «el fundamento -de las *dignitas*- adquiere un valor absoluto cuando la filosofía del Derecho descansa sobre una base metafísica, en tanto que, por el contrario, la filosofía empírica puede proporcionar tan sólo una base hipotética, insuficiente para asegurar la dignidad de la persona». El núcleo humano inmutable, la persona como imagen de Dios, constituye el fundamento ontológico del Derecho natural. De esta manera, al contrario que KELSEN, el hombre se convierte en noción jurídica previa a las normas y a todo orden social y tiene, ciertamente, derechos (los derechos humanos) que constituyen exigencias o deberes para la comunidad y la autoridad social.

No podemos omitir a J.MARITAIN (1882-1971), que sobre el estudio de los derechos del hombre ha querido construir una filosofía política *humanista* «porque está fundada sobre la realidad de la naturaleza humana y sobre la dignidad de la persona humana». Para MARITAIN los supuestos filosóficos del hombre son dos dimensiones metafísicas: individualidad y personalidad, distintas en cada uno de los hombres, que implican su totalidad e independencia. La persona es un todo «abierto» que queda completo con el «bien común», noción tomista sobre la que ofrece ciertos titubeos, pero que concibe, en definitiva, como todos los neotomistas, que «los valores individuales son siempre y necesariamente, esenciales, superiores a todos los valores sociales».

La dignidad de la persona aspira a ser el principio del Derecho, y que, en verdad, aún no lo ha conseguido porque le falta plasmación en muchos órdenes jurídicos, sobre todo en el ámbito privado.

Carece de efectividad más allá de las situaciones extremas y flagrantes de violación política de los derechos humanos. En el orden penal es donde más imperan sus exigencias prácticas, pero en el civil la persona continúa cautiva de su vacuidad formal, siendo ella misma (o su doble más caracterizada: la capacidad jurídica) poco más que un cascarón frágil y hueco que flota entre dos fechas del calendario y al que las normas atribuyen la función de polarizar y conducir intereses, principalmente económicos, a través de su configuración como sujeto de los derechos y obligaciones. La tentativa jurídica personalista, plasmada en los textos internacionales y constitucionales es un programa para sacar a la luz y dar peso jurídico a *esepirus*, a ese núcleo de naturaleza humana que encierra todavía, pero que ya comienza también a manifestar, el actual concepto jurídico de *persona*.

La persona en el derecho penal, como lo define G. JAKOBS, es el sujeto que respeta la norma y la dignidad de la persona tanto física como jurídica, es por eso que aquel sujeto que infrinja la norma de manera constante afectando el núcleo social, es el sujeto que manda el mensaje de no quererse adaptar al sistema social, afecta su entorno y en muchos casos la dignidad de la persona en derecho.

Como se deduce de la introducción histórica, la concepción jurídica de la personalidad ha sido siempre y es en la actualidad «un colorario de la concepción filosófica» sobre el hombre. Aquí, sin embargo, no se pretende directamente resolver el problema de las diferencias y relaciones entre ambos conceptos, sino más bien establecer, como punto de partida, la tesis, difundida sobre todo por A. HERNÁNDEZ GIL, de que «no es posible construir una teoría exclusivamente

jurídica de la persona, esto es, desentendida de lo que la persona misma presupone». De alguna forma, esta imposibilidad científica ha sido constatada, incluso por autores que, intentando levantar un concepto jurídicamente puro de la persona, no han podido sustraerse a las dificultades derivadas de la interdisciplinariedad inherente a esta noción. De ahí ha surgido la conocida distinción de los tres sentidos (*vulgar, filosófico, jurídico*). ...La segunda razón es que, indudablemente, el concepto jurídico, aunque no defina a la persona por sus caracteres ontológicos esenciales, sino en relación con las categorías jurídicas (de *status*, derecho subjetivo, capacidad o normas), ha alcanzado una validez general y una autonomía científica que le convierten en una estructura teórica consagrada, de cuyo núcleo, en lo que tiene de verdadero y útil, no será posible prescindir, sino sólo perfeccionar o completar con las aportaciones del concepto filosófico⁵.

De manera semejante, Enrique RAMOS CHAPARRO⁶ puntualiza en el tema de Individuo o persona y colectividad o sociedad, cada uno en su propio orden, se autodefinen en el continuo discurrir de su existencia mediante el influjo combinado de la reflexión y la experiencia. Veremos en nuestro Derecho de Partidas que la estimación de la persona, como «la más noble cosa del mundo», tendrá que convivir con una organización clásica y desigualitaria de la sociedad, edificada sobre la distinción entre libre y siervo, hidalgos y del menor guisa, noble y plebeyo. Habrá que esperar hasta la Ilustración y la Revolución francesa para ver convertido en programa y realidad política el viejo ideal de la dignidad de la persona humana, durante tanto tiempo en tensión penetradora y ahora convertida en lema como exigencia de libertad y de igualdad entre todos los ciudadanos. Ninguna consideración subordinada o relativa hace justicia a la dignidad de la persona. Ni la que ve en ella el sujeto de las relaciones jurídicas,

⁵*Ibidem*, pág. 115.

⁶RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad*, u.o.c., pág. 15 y ss.

ni la que considera como miembro de la comunidad familiar o social; mucho menos la que convierte o reduce a mera proyección de la norma legal.

Asimismo, la Constitución de 1978 erigió el respeto a la dignidad de la persona humana y el libre desenvolvimiento de la personalidad en fundamento del orden político y de la paz social. A partir de ella, la Ley de 24 de octubre de 1983 reformó el régimen de la incapacitación y de la tutela. El marco legal invita ahora, si es que no lo impone necesariamente, a una reflexión a fondo sobre el desenvolvimiento jurídico de la personalidad y su proyección más inmediata a través de la capacidad jurídica y de obrar. Rebajada la mayoría de edad a los dieciocho años y siendo posible la emancipación a partir de los dieciséis, admitir la capacidad de obrar del menor en materias trascendentes donde el representante legal no puede sustituirle puede constituir, además de una incoherencia con lo dispuesto para la actuación en lo patrimonial, el mero arrastre histórico de una disciplina que, corregida ya en lo que toca al matrimonio y previniendo sin mucha efectividad para el testamento, podría llevar a resultados muy negativos en su aplicación a los derechos de la personalidad. «La persona es un concepto elaborado por la Ciencia del Derecho»⁷, en la que se postula una neta y radical distinción conceptual entre persona y hombre, según RAMOS CHAPARRO, la designación de una realidad ontológica y natural y de una valoración ética históricamente comprobada, que se impone al Derecho como datos extrínsecos con existencia propia.

De esta posición, el axioma de que la persona es previa al Derecho cumple la función de remitirnos fuera del discurso estrictamente jurídico, hacia el área difusa de sus fundamentos, para hallar esa noción de hombre de la que el Derecho ha partido para construir su noción de persona. De igual manera, la pretensión que está en el fondo de la concepción realista de la persona, a saber:

⁷*Ibidem*, pág. 21 y ss.

que «la personalidad como realidad ontológica es previa a su reconocimiento legal».

Entremos en estudio del concepto filosófico de persona que distintos autores han tocado y trabajado para definir claramente a la persona en derecho, así lo han manifestado autores como PÉREZ DEL VALLE, ahora más reciente POLAINO-ORTS, donde se acentúa «el concepto social de “individuo”. Por un lado, decimos que la persona no es igual al individuo, sino que debe distinguirse de él. A causa de que el concepto persona, como ha señalado la filosofía idealista hegeliana, no es identificable con el concepto de ser humano, como tampoco es igual -como evidencia el más relevante producto normativo de la Revolución francesa: la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*(1789)- el “hombre” y el “ciudadano”. La persona es, como el Derecho, un producto de la cultura y no de la naturaleza, sino una construcción social” o -como diría el sociólogo alemán HORSTER- “el ser humano nace, la persona se socializa”. Por ello, la persona es el ser humano mediado por lo social. En definitiva, un individuo (ser humano en estado natural) no forma parte de la sociedad y si forma parte de ella, es como persona, no como individuo: PIÑA ROCHEFORT define que “el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona”, y para ser persona ha de ser destinatario de normas, derechos y deberes. Ello nos lleva al segundo postulado: la persona como concepto jurídico»⁸.

Como lo indica Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, la distinción entre individuo y persona es, en este punto, imprescindible. Desde la perspectiva que aquí hemos adoptado, esto se puede explicar simplemente como una diferenciación dentro del proceso de reducción de complejidad interna del sistema social. La existencia de un individuo dotado de libertad dentro del sistema social resulta un dato imposible de procesar. Asimismo, en los términos

⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, op. cit., pág. 97.

que aquí interesan, puesto que el sistema jurídico-penal se ocupa de conflictos sociales, el principio de identificación material no puede ser el individuo, sino su papel en la sociedad, el rol que desempeña. Sólo de este modo se facilitan los contactos anónimos y las expectativas se coordinan mediante la anticipación de conductas⁹.

En este contexto POLAINO-ORTS nos señala: «*el rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse*». Eso significa,-nos dice el autor- *que el rol social no es algo que sólo sirve para el titular del mismo, sino que sirve también para los demás*¹⁰.

En ese tenor, señalado por los autores hasta ahora comentados, se profundizará más el tema en la estructura del contenido y el concepto de persona, pero antes se estudiará la parte normativa funcional y naturalística, como en su momento lo trabajó el maestro Günther JAKOBS, desde el estadio previo de los derechos y obligaciones de la persona y siguiendo su rol social, o diferentes roles en los que se involucra el ciudadano.

II. Del concepto naturalístico al concepto normativo de persona

La persona es parte del concepto normativo y la estructura social. Sobre ello, POLAINO-ORTS, manifiesta; «no puede definirse el concepto de persona al margen del concepto de norma, sino que este es presupuesto y elemento fundamental de aquel». La norma es el compendio de expectativas sociales, un

⁹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal, J. M. BOSCH, Editor, Barcelona, 2005, pág. 271.

¹⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCJUC, u.o.c., pag. 117.

elemento esencial para los derechos de los ciudadanos; aquel que quiere cumplir sus derechos y obligaciones adecua su comportamiento a la norma¹¹.

Günther JAKOBS¹² en distintas publicaciones define a persona en Derecho (*Rechtspersons*), por su función, por su contenido, por su personalidad y por su función normativa, respetando derechos y deberes sociales. POLAINO-ORTS los enumera de la siguiente forma: 1) De un lado, que el concepto de persona es netamente jurídico, normativo, y no una categoría natural, prejurídica u ontológica; 2) De otro, que la noción de persona (persona en Derecho) es una magnitud graduable: existirán conceptos más amplios y otros más angostos de persona, en función del contenido de derechos y de obligaciones que dispongan el sujeto en cada momento concreto y; 3) Finalmente, que el concepto de persona también se puede delimitar *ex negativo*: si la persona gana en personalidad, en tanto disponga de derechos y deberes, la ausencia de derechos y deberes *menguará* proporcionalmente el concepto de persona, hasta el punto de su reducción al máximo jurídico permisible. (No otra, por cierto, la idea del *caputy* de la *capitidiminuti* del Derecho romano)¹³.

Por las siguientes razones, deduce POLAINO-ORTS, las graduaciones negativas del concepto de persona son la *depersonalización* y la *despersonalización*. De igual manera, la última corresponde, en términos jurídico-penales, con el concepto de enemigo. Las nociones de persona y de enemigo son, desde este punto de vista, polos opuestos: una es la contrapartida

¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, op. cit., pág. 98.

¹² JAKOBS, Günther, «Criminalización en el estudio previo a la lesión de un bien jurídico», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 296 y sig.

¹³ POLAINO-ORTS, Miguel, *u.o.c.*, pág. 101 y sig.

del otro. Delimitando uno de esos conceptos, concretaremos también el contenido material del otro¹⁴.

La persona y el rol social forman un componente donde los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol¹⁵. En función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad. El rol es la forma como se identificará a cada sujeto, en el numeroso mundo de personas.

Adicionalmente, el mundo social es, pues, el reconocimiento del rol de cada uno: de la posición que cada sujeto ocupa en realidad. Esto es: saber qué función desempeña cada persona en la vida, o -para decirlo gráficamente- determinar qué etiqueta tiene colocada la solapa. En resumen: el rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su responsabilidad en la gestión de cada parcela social¹⁶.

A mayor abundamiento de consejos, Ignacio PIÑA¹⁷ hace una breve precisión. Sin duda, el problema que reaparece en este punto es el de la compatibilidad del concepto social de persona con el concepto natural, Adicionalmente, la única manera de enfrentar adecuadamente el problema es teniendo siempre presente que la sociología es incapaz de suplantar ni a la antropología ni a la metafísica; primero porque no le corresponde (no es su función); segundo, porque no tiene herramientas para ello. La propia

¹⁴*Ibidem*, pág. 101.

¹⁵JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva en el Derecho penal*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pág. 9 y sig.

¹⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, *op. cit.*, pág. 103.

¹⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, *op. cit.*, pág. 278 y sig.

diferenciación del concepto del rol (el *homo sociologicus*) es una prueba de esto. Hemos dicho que el individuo, en cuanto ente dotado de libertad, es imposible procesar por parte de la sociedad. De igual manera, reducir la realidad del «ser humano» a la mera configuración social de la persona es desconocer las limitaciones propias del análisis social. La construcción de un rol no logra explicar al ser humano en su totalidad. En otros términos, el rol social es una estructura de reducción de complejidad. Por eso lo que hace es tender un velo a las otras posibilidades (que como hemos dicho mil veces ¡no desaparecen ni dejan de existir, sino simplemente se ocultan de momento!).

Esto no ha de entenderse de un modo abstracto -pensando en la relación sociedad-persona- sino del modo más concreto posible: que es la interpretación personal. La diferenciación de la estructura persona es requisito de toda interacción: todo hombre ha de ser necesariamente una persona para otro hombre -*homo homini persona*- y no se requiere de estos, como habitualmente se cree, para abandonar ninguna perspectiva iusnaturalista.

Se puede deducir, como indica Günther JAKOBS, a la formación de los roles sociales como mecanismos de reducción de complejidad, donde el ciudadano se rige por la norma jurídica. En términos luhmanianos los conceptos de «personas» y «personalidad» no aluden a una percepción real por parte de los sistemas de las *autopoiesis* psíquicas, sino a constructos propios de los sistemas, como recursos para orientar sus procesos selectivos. Aquí se marca claramente una distancia con el concepto hegeliano de persona, que no siempre ha sido lo suficientemente destacada. Para LUHMANN se trata de las estructuras que «sirven al acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales». La máxima expresión de esa complejidad es el reconocimiento de un individuo dotado de libertad. Es tal el número de problemas, y el grado de contingencia que acarrea esa existencia, que el sistema se ve obligado a formar estructuras para procesar el infinito cauce de posibilidades que lo acompaña. La persona, en este sentido, es el rol más básico que se asigna en la vida social, que permite el acceso a la

interacción social con un mínimo de estructura de expectativas. La persona como concepto normativo y una construcción social. Se puede decir que no puede definirse el concepto de persona al margen del concepto norma, sino que éste es elemento fundamental de aquél. La norma, como hemos visto, es el compendio de expectativas sociales, un elemento aglutinador de los derechos de los ciudadanos. Pero también es un mecanismo dinamizador de las conductas de los ciudadanos: aquel que quiere cumplir sus derechos y obligaciones, adecua su comportamiento a la norma (...) y aquel que infringe la norma (defraudando la expectativa que la sociedad depositó en él como ciudadano), impide que la norma pueda amparar a los demás.

Que la persona sea un concepto normativo significa que los seres humanos se encuentran en el mundo social como portadores de un rol y en función de ese rol a cada sujeto le corresponde una serie de derechos y deberes, que conforman el aspecto material del rol, su contenido que le da cuerpo. La orientación en función de ese rol define al sujeto como persona, pues -por un lado- satisface la expectativa social que se ha depositado en ese sujeto como titular de su rol y -por otro- manifiesta que cumple con la expectativa social de persona. En tal sentido, queda integrada la persona en el sistema social, para desempeñar una función que coadyuva al mantenimiento en la estructura social. En definitiva, persona (en el sentido que le da el Derecho: *Rechtsperson*) es el sujeto destinatario de derechos y deberes que -por regla general- cumple la norma, posibilitando de ese modo que los demás ciudadanos se vean, a su vez, protegidos en sus derechos por la tutela normativa.

Cabe señalar que la definición de persona es un fundamento de toda discusión jurídico-penal, especialmente con relación a la familia, y también en lo referente a la determinación de la filiación.

Se debe resaltar que el Código Penal español no define qué es persona. Pero sí lo hace el Código civil¹⁸ español de 1889:

- El art. 29 del Cc español fija la configuración de la personalidad en el momento del nacimiento: «El nacimiento determina la personalidad»), y contiene una prescripción extensiva, según la cual, “el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo 30, que ahora veremos”.
- Esta ampliación del concepto de persona a los fetos tiene directa incidencia en algunos supuestos problemáticos en Derecho penal, por ejemplo, en los casos de *aborto*.
- Por su parte, el art. 30 del Cc español contiene una prescripción aparentemente enfrentada a la anterior definición, por cuanto para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviera figura humana y *viviere veinticuatro horas* eternamente desprendido del seno materno. (En el caso de México, para efectos civiles y ciudadanos, al feto se le reconocerán sus derechos, a partir de la concepción. Una vez concebido, ya puede gozar de beneficios civiles).
- De la determinación contenida en el mencionado art. 30 se deriva lo siguiente:
 - a) El concepto de persona es meramente normativo, aunque provenga de un evidente proceso físico-naturalístico (desde la concepción hasta el nacimiento). Pero lo que realmente hace nacer

¹⁸ El Código civil mexicano configura la personalidad en el momento de la concepción del feto humano.

a la personalidad es una *atribución jurídico-normativa de competencia*.

b) El Cc, al establecer el criterio de las 24 horas, fija el concepto de *vida humana independiente*, dato relevante para distinguir entre el homicidio y aborto. Si no es persona con vida humana independiente hasta pasadas las 24 horas después de la salida del claustro materno, ¿significa que si una madre mata a un recién nacido, por ejemplo, 5 horas después del parto, constituye un delito de aborto y no uno de homicidio?

III. Estructura y contenido del concepto de persona

El rol ciudadano tiene como objetivo crear expectativas sociales, cumplir con lo que socialmente se espera de cada una de las personas que integran los subsistemas, según la teoría de los sistemas, que se haga un trabajo social acorde a una sociedad productiva eficazmente y que el ciudadano cumpla con sus deberes, respetado sus derechos.

*«El rol identifica a cada sujeto en el mundo social, sí, pero también sirve para que los demás ciudadanos sepan a qué atenerse. Eso significa que el rol social no es algo que solo sirve para el titular del mismo».*¹⁹

POLAINO-ORTS refiere varios ejemplos de jueces, magistrados, dueños de autobuses. Aquí trabajaremos un ejemplo similar, pero con políticos, que tantos problemas tenemos con ellos en Hispanoamérica. La Presidenta Municipal de Tlalnepantla tiene que gobernar por ser elegida democráticamente en una elección popular. Desempeña el rol de servir a la población y administrar los

¹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCIJUC, México D.F., 2014, págs. 116 y 117.

recursos públicos, así como implementar políticas que sirvan a la ciudadanía. En caso de incumplimiento, se le puede reclamar, incluso removerla de su cargo por incompetencia y por defraudar la expectativa que tenía la sociedad con el gobernante o servidor público. Pero, en caso contrario, se le reconocerá su rol por la efectiva administración pública (eso aumentaría la confianza de la ciudadanía).

POLAINO-ORTS argumenta que el rol es una máscara y la subdivide en dos: *aspecto formal* y *aspecto material*. El primero marca los derechos y deberes de la persona, es el contenido, la esencia del rol. El aspecto material, es sólo la formalidad, como un papel mojado, un *nullum social*. Siguiendo el ejemplo de la Presidenta Municipal, el ejercicio que hace con la población por medio de la administración pública, a su vez, se le debe pagar por organizar el manejo de las contribuciones del pueblo para ejercer sus servicios en el Estado. Pero si defraudara la expectativa, a este servidor público se le sancionaría. Incluso por algún tipo específico de anomalía, se le puede sancionar de igual forma a la persona jurídica que es el Estado.

Una relevante aportación teórica, de gran influjo en la actual discusión jurídico-penal, es la que ofrece el funcionalismo sistemático (representado por autores como LUHMANN, en la Sociología, y Günther JAKOBS, en el Derecho penal): la distinción entre *persona e individuo*, que se corresponde con la distinción entre *sociedad y ambiente*. Dicha corriente concibe a la sociedad (que, en tanto sistema social global, se integra de diversos sistemas parciales: Derecho, Economía, Religión, Política, Ciencia, Arte, etc.) como *un sistema autorrefente y autopiético que se integra de expresiones de sentido, de comunicaciones*. Esto quiere decir que el mecanismo de autorreproducción (operación autopiética) propia de los sistemas sociales es la expresión de sentido, la comunicación. Esta se produce siempre entre *personas*, que de esa forma se delimitan los *individuos*.

Los reconocidos filósofos HEGEL y KANT trabajaron sus posicionamientos sobre lo que es la persona en la sociedad: “Si hay sociedad, hay Derecho; si no hay sociedad, no hay Derecho” y cada sociedad recibe lo que le corresponde, desde mi punto de vista: “Así como sea la sociedad, así será el Derecho (impune y corrompido; o bien, normativo y social)”.

a) Las personas quedan integradas en el *sistema*, y se definen en tanto tales porque desempeñan una *función* en la estructura social que coadyuva a su mantenimiento: en tal sentido, formamos parte de la *sociedad, del sistema social*. O lo que es lo mismo: las *personas* se encuentran en el mundo social, como portadores de un rol, y en función de ese rol, les corresponde *administrar* un segmento concreto de la realidad social. La persona es «persona en Derecho» y ha de adecuar su comportamiento a la norma, de manera que responderá si se produce una defraudación de una *expectativa social institucionalizada en una norma*. Esto es, responde por la *infracción de un rol, por la desviación de un rol*. Es decir que la posición de “*titular de un rol (social)*” lleva consigo un haz de *derechos* y de *deberes* asociados a la titularidad, los cuales serán determinantes en los supuestos de función de la *paternidad*.

b) Los *individuos* forman parte del *ambiente, del entorno*, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. Esa exclusión del individuo socialmente operada es parcial, porque no excluye todo el ámbito de la personalidad del sujeto. Un inimputable es, por ejemplo, “individuo” respecto del Derecho penal, porque su acción no comunica contrariedad a la norma, esto es: no manifiesta *expresiones de sentido comunicativamente relevantes*. Pero ello no excluye, por supuesto, que sea titular de bienes jurídicos penalmente protegidos, esto es, que sea víctima potencial de delitos.

La distinción entre persona e individuo no es, en absoluto, peyorativa, a pesar de las críticas que se han dirigido contra JAKOBS, sino antes bien *garantistas*. Cuando de un menor se dice, por ejemplo, que es no-persona, sino

individuo, no significa que no disponga de dignidad, ni de derecho alguno, ni que es un *nullum* para el Derecho. Únicamente se describe con el concepto de individuo una situación que, socialmente, excluye a un sujeto de la participación en un ámbito social concreto. Por ejemplo: el menor es individuo, no-persona, en Derecho electoral, mas no en Derecho civil, en donde puede ser titular de derechos y obligaciones, etc.: tiene capacidad jurídica, aunque no temporalmente capacidad de obrar: ha de hacerlo por medio de un representante, hasta que cumpla la mayoría de edad. Por ello, el hecho de que, en ese ámbito concreto (por ejemplo, para el Derecho electoral), el menor no sea “persona”, significa primordialmente *que no le compete administrar segmento alguno a la realidad*, que no dispone de derechos ni deberes socialmente reconocidos en ese ámbito (no puede elegir ni ser elegido) y -por ello- que no se le puede *responsabilizar* por la desviación de un rol que no le obliga: en última instancia, *que no puede imputársele* la comisión de un delito electoral.

Además, los conceptos de persona e individuo son *limitados, relativos y puntuales*, pues no prejuzgan ni cuestionan las cualidades *personales* del menor de edad en otros ámbitos del Derecho (también en el Derecho penal, donde el menor es no-persona, por su inimputabilidad, pero lo es tanto titular de bienes jurídicos protegidos: es víctima potencial de delitos.). La individualidad del menor viene determinada por el hecho de que no participa en la estructura social en un ámbito concreto. Dicha calificación es, pues, *garantista*, porque blindada al sujeto de *injustas imputaciones*, describiéndolo de la manera lo más justa posible, en función de su posición en la sociedad. En definitiva, lo que pretende dicha distinción entre persona e individuo es tratar al sujeto en *función de su ámbito de competencia social*, es decir, a la vista del *rol* que desempeña en la sociedad; es decir del deber que en la posición social en que se halla, le corresponde asumir. De manera que *persona* es quien, en el seno de un grupo social, *debe cumplir una tarea*, es decir que la noción de persona es una aprehensión conceptual y funcional del sistema.

Por las siguientes razones, el concepto social-normativo de persona ha prevalecido en pensadores clásicos y modernos y en la legislación europea clásica: así, según ALTHUSIUS, la persona es el ser humano en cuanto titular de derechos, mientras que el Derecho común prusiano alemán de 1794 afirmaba que “al ser humano se le denomina persona, en tanto que disfruta de ciertos derechos en la sociedad civil”. También el filósofo idealista alemán HEGEL acogió este concepto normativo de persona, al afirmar en sus *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (1820) que «el mandato jurídico básico es: ...sé persona y respeta a los demás como personas»²⁰.

POLAINO-ORTS indica que el tránsito de ser humano (individuo) a persona (social) representa el tránsito del estado de naturaleza al mundo social, y tiene lugar cuando el sujeto es visto como «el destino de expectativas normativas»; esto es, cuando participa de la estructura social, es titular de derecho y deberes, «dispone de la competencia de enjuiciar de modo vinculante la estructura de lo social, precisamente el Derecho», y adecua en lo general su comportamiento a la norma, respetándose así mismo, como persona y respetando a su vez a los demás como personas en Derecho. La persona es, pues, el ser humano mediado por lo normativo, por lo social: el sujeto que protege y posibilita la norma y -por ello- se protege a sí mismo y protege y posibilita la personalidad de los demás.

Que el sujeto sea destinatario de normas y se le defina como portador de un rol y como persona (persona en Derecho) es, en definitiva, el punto de partida para la definición y la protección de los derechos de los ciudadanos sobre todo de la libertad. Las normas se dirigen a personas, las acciones y omisiones son cometidas por personas, los derechos y deberes son poseídos por personas, etc. Normas, acciones, omisiones, derechos, deberes son conceptos jurídicos que exigen un sujeto con personalidad jurídica. Desde esta perspectiva, las nociones

²⁰POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo penal constitucional. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, op. cit., pág. 99 y sig.

de individuo y de persona no son propiamente sinónimos, sino conceptos que se refieren a planos diferentes: individuo sería equivalente a ser humano, esto es, un sujeto que se halla en el mundo natural; mientras que la persona, en tanto titular de derechos y de obligaciones, viviría necesariamente en el mundo social, donde se desarrollan las relaciones jurídicas entre personas en Derecho. Las personas son, pues, “un centro de imputación de las relaciones jurídicas”²¹.

En este contexto, Ignacio PIÑA ROCHEFORT, parte de la doctrina de JAKOBS que se constituye desde la sociedad, -siendo el rol parte fundamental del equilibrio sistémico-, orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. En sentido estricto, el funcionalismo normativo se refiere, como apunta LUHMANN, a las doctrinas que resaltan “las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación para el mantenimiento de un sistema social”. De esta forma, en el ámbito jurídico-penal, el tratamiento teórico del rol social informa toda la teoría de la imputación, pues siempre ha de indagarse acerca del deber. Dos parecen ser sus esferas de aplicación más sensibles. Por una parte, la relación del concepto del rol y el concepto de persona. Por la otra, la determinación de los deberes emanados del rol, que cobran especial significación en el ámbito de las posiciones de garantía²².

En cuanto a la determinación del sustrato de la imputación (el concepto de persona), el Derecho penal se ha hecho eco de un debate filosófico ancestral. Las tesis naturalistas e individualistas de corte clásico se han visto comprometidas por los conceptos funcionales de la personalidad, que postulan una diferencia radical entre *individuo* y *persona*. Persona es un concepto normativo, en donde los seres humanos se encuentran en un amplio núcleo social con derechos y obligaciones, respaldados por un rol sistémico y respetuosos de la norma

²¹POLAINO-ORTS, Miguel, *u.o.c.*, pág. 100.

²² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, *op. cit.*, pág. 268.

jurídica. El cognitivismo y el volitivismo son escisiones reales, en la búsqueda de la acción libre, basándose y perfilándose, a partir de la preocupación ética. En este contexto, suele identificarse lo determinado con el individuo y lo libre con la persona. Esta idea, cuyas raíces son generalmente atribuidas a KANT, -así lo expresa PIÑA ROCHEFORT-, intenta una distinción fundada en que la persona(*lidad*) es la propia libertad de un ser racional bajo el imperio de leyes morales. Mediante ella se puede escapar de la determinación del individuo, y alcanzar la verdadera independencia de la persona frente a los mecanismos de la naturaleza. La personalidad radica, medularmente, en la facultad de someterse a leyes propias (emanadas de su propia razón)²³.

La persona²⁴ es el ámbito de partida para el funcionalismo normativo, sistémico o jurídico penal, es parte esencial del mundo social, es el equilibrio del

²³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *u.o.c.*, pág. 272. En este contexto el autor nos dice: «En todo caso, el principio de esta distinción no fue capaz de alterar la estrecha vinculación entre la persona y el individuo. De hecho, dicha vinculación se vio fuertemente confirmada a partir del debate generado por el descubrimiento de América, una de cuyas principales virtudes fue forzar al hombre europeo a preguntarse por el hombre del nuevo mundo. Se confirmó así, expresamente, la idea que debía regir el sistema jurídico: «todo hombre es persona». Todas las instituciones jurídicas debían encontrar su sustento en el respeto a la persona humana y ella podía descubrirse atendiendo a la propia naturaleza humana».

²⁴ *Ibidem*, pág. 273. Es precisamente en este punto (s. XVI) cuando comienza a producirse el cruce del camino recorrido por la teología, la metafísica y la antropología filosófica con el que llevaba el concepto de «persona» en el ámbito del Derecho. A pesar de que, en las primeras manifestaciones jurídicas, aunque no de un modo institucionalizado, no era extraño atribuir responsabilidades (o, a efectos de imputación, personificar) a las cosas o a las ideas. Sin embargo, y aun cuando esta distinción podía encontrarse de vez en cuando, pero no de un modo generalizado, una segunda distinción se trazaba entre *persona* y *res*, entre las personas y las cosas. Este concepto de persona, como opuesto a los meros objetos, incluía también a los esclavos dentro de las personas, distinguiendo entre aquellas que estaban sujetas al derecho de otros (*personae alieno iuris subjectae*) y aquellas con derecho propio (*personae sui iuris*). Se producía con esto una estrecha vinculación entre el hombre y la persona, aunque podía distinguirse entre ellas.

sistema jurídico, de la norma jurídica, que incluye el sistema de responsabilidad jurídico penal. Como se mencionó en anteriores líneas, la persona no es un concepto individual del normativismo y del individuo, sino un concepto social. Dicho de forma breve: la persona es parte de una comunicación social e interpersonal; o viceversa, la persona es parte de la sociedad y de un acuerdo normativo.

El Derecho presenta la característica de que se transforma en debate, acerca de la persona. Esta característica es el reconocimiento jurídico de capacidad y, en definitiva, de personalidad, a entes que carecen de un sustrato individual que los ostente. En efecto, la mera existencia de las personas jurídicas, en las que la personalidad (así como los derechos y obligaciones que conlleva) se reconoce como atributo de un ente no-individual, implica una opción al respecto. Este reconocimiento naturalmente permite hacer una distinción entre la persona y el individuo en el ámbito del derecho. Sea que el reconocimiento de la personalidad jurídica se fundamente en una ficción, o que simplemente consista en reconocer una existencia real; jurídicamente ambos conceptos no se ven forzosamente vinculados. Ello, sin duda, ha sido uno de los pilares de la conformación jurídica de la noción de persona, íntimamente acoplada a la existencia de derechos y obligaciones: *Persona est homo iuris communionem habensul*. Es la existencia de derechos y obligaciones la que otorga al hombre el carácter de persona: sólo el *subiectum iuris* es relevante como persona, y sobre él ha de edificarse todo el sistema jurídico. En su relación con el otro es donde encuentra su personificación. El carácter de persona sólo tiene relevancia cuando existe otro a quien oponerla, lo que no atenta contra los principios del iusnaturalismo que sirvieron de base a este proceso, pues incluso aquellos derechos inmanentes e inherentes a la naturaleza humana sólo encuentran su relevancia dentro de la sociedad.

En la introducción a la Metafísica de las Costumbres, KANT formula la conocida definición de persona como «sujeto cuyas acciones son susceptibles de

imputación» (*Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind*). Con ello se establece que la personalidad pende de la capacidad de imputación, de la atribución de las acciones libres. Sólo mediante ellas es posible el juicio que determina si se han respetado los derechos, o cumplido las obligaciones. Por último, la tesis de la persona como sujeto de derechos y obligaciones se vería definitivamente recogida en la obra de THIBAUT de principios del siglo XIX. La persona se transformaba en el punto de contacto (*Anknüpfungspunkt*), en la intersección donde se encontraban los derechos y las obligaciones. Esto explica, sin duda, la transformación de la teoría de la personalidad jurídica en una teoría de la capacidad jurídica. SAVIGNY daría un paso más, al afirmar: «Toda relación jurídica existe en la relación de una persona a otra persona, el primer componente que requiere una precisa consideración es la naturaleza de las personas, cuya relación recíproca es capaz de formar relación.

POLAINO-ORTS indica que persona, como concepto normativo del funcionalismo, no es un concepto particular y único; va al margen del concepto de norma, es presupuesto y elemento fundamental. La norma es el compendio de expectativas sociales, la guía de derechos y deberes de los ciudadanos. En tal caso, podemos decir que el sistema se ve obligado a formar estructuras para procesar, en este sentido, el rol más básico que permite la interacción social. Es el rol el que establece un cúmulo de expectativas. Ciertamente es que la persona es una cobertura social de la que se recubre el individuo para interactuar en sociedad. Desde esta perspectiva, se entiende a la persona como el máximo rol.

En el ámbito jurídico-penal, el sistema de JAKOBS hace eco de esta tradicional distinción, cuya desconsideración ya había exorcizado RASCLIFFE BROWN. Así, «ser persona significa tener que representar un papel (...), no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible». O más aún: «en el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa».

Adicionalmente, la distinción entre individuo y persona considera al primero un ser individual al que la sociedad dirige una serie de expectativas de conducta. La persona, segmento eminentemente social, está configurada por ese «haz de expectativas sociales». Desde este punto de vista, «ser persona» es el rol más general que le toca representar a un individuo, punto de referencia obligado de cualquier otro rol que deba desempeñar. Esto no quiere decir que la persona sea la suma de todos los roles que le toca representar al individuo, este último es el que a veces se ha denominado rol total (*Gesamtrolle o totale Rolle*). El rol persona es previo (analítica y no cronológicamente) e independiente del rol total. Es por ello que el sistema social se ve en la obligación de «recubrir al individuo de sociedad». En los términos que aquí interesan, puesto que el sistema jurídico-penal se ocupa de conflictos sociales, el principio de identificación material no puede ser el individuo, sino su papel en la sociedad, es decir el rol que desempeña. Sólo de este modo se facilitan los contactos anónimos y las expectativas se coordinan mediante la anticipación de conductas.

Volvemos con esto a la idea de la formación de los roles sociales como mecanismos de reducción de complejidad. De hecho, en términos luhmannianos los conceptos persona y personalidad no aluden a una percepción real por parte de los sistemas de la *autopoiesis* psíquica, sino a constructos propios de los sistemas, como recursos para orientar sus procesos selectivos. Aquí se marca claramente una distancia con el concepto hegeliano de persona, que no siempre ha sido lo suficientemente destacada²⁵.

²⁵*Ibidem*, pág. 277 y ss. Nos dice: No termina de aclarar JAKOBS si al hablar de persona se acerca más a la noción luhmanniana o hegeliana, de lo que a veces podría desprenderse que hubiera una confusión entre ambas. Para LUHMANN el concepto de persona es construido por y desde los distintos sistemas sociales que la tematizan; en ningún caso se construye desde una sociedad que actúa como un todo y que se encuentra estructurada en torno a ciertos valores, ideología, sentimiento, etc. Por el contrario, para HEGEL, hablar de persona implica hablar de un ser individual poseedor de una determinada identidad, cuya configuración última pende de su inserción en una determinada sociedad. En HEGEL, de hecho, la conciencia individual no es algo

Para LUHMANN se trata de las estructuras que «sirven al acoplamiento estructural de los sistemas psíquicos y sociales». La persona, en este sentido, es el rol más básico que se asigna en la vida social, que permite el acceso a la interacción social con un mínimo de estructuración de expectativas.

El problema, en realidad, no consiste en aceptar la distinción entre persona e individuo como dos realidades distintas, sino que vuelve como un péndulo a la relación entre ellos. La distinción entre persona e individuo es la manera más ancestral del análisis sociológico para distinguir entre individuo y sociedad. La misma diferenciación que en la nomenclatura sistémica se expresa mediante la distinción entre sistemas psíquicos y sistemas sociales. Naturalmente no es ni siquiera pensable la posibilidad de abordar aquí un problema de esa envergadura, pero no se puede tampoco evadir sin más. Especialmente porque cualquier mención al problema de la culpabilidad jurídico-penal volverá a actualizarlo.

De igual manera, es indiscutible que el hombre ha tomado conciencia desde hace poco de la «enrolización» de su conducta y de las radicales consecuencias de ello. Es posiblemente el concepto más claro con que se ha abordado esta relación, individuo/sociedad es el concepto luhmanniano de interpenetración, por medio del cual los sistemas psíquicos y sociales ponen recíprocamente su complejidad a disposición del otro. En cierto sentido «lo recubre de sociedad» para poder estructurarse frente a él. Este recubrimiento tiene dos dimensiones. La primera eminentemente social, que consiste en la tipificación, asignación y comunicación de las expectativas que conforman el rol. La segunda es de carácter psicológico-social y coincide con el proceso de socialización. En ella se produce (en calidad de proceso) la incorporación del rol como sistema de expectativas orientadoras de conducta del portador del rol

que el sistema social no pueda conocer (como lo es en el caso de LUHMANN), sino es una realidad cognoscible que se dotará de contenido mediante los valores sociales imperantes.

(*Rolletrager*). Esto no sólo permite la perfecta compatibilidad de la enrolización de la acción humana con la espontaneidad individual de la acción, sino que hace que la primera presuponga a la segunda. En efecto, en el proceso de socialización serán internalizadas determinadas expectativas de rol y modelos de conducta, de modo que éstas se harán evidentes para el individuo como normas para que se oriente.

Asimismo, esta relación de recíproca constitución entre rol e individuo no debe concebirse como un simple input recíproco, pues estamos frente a dos sistemas *autopoiéticos*. No debe entenderse la formación de un rol a partir de los inputs subjetivos proporcionados por los destinatarios de dicho rol. El rol es, en este sentido, un constructo «emancipado de la intersubjetividad social», aun cuando ésta haya participado en su formación mediante la diferenciación de expectativas sociales. Sólo de este modo se garantiza la no-democratización del rol ante la situación específica en que el rol se utiliza como baremo de comportamiento. En palabras simples, esta emancipación es la que garantiza que lo que puede exigirse al transeúnte no sea variado intempestiva y estadísticamente por el resto del sistema. Es necesario el carácter de proceso en esta variación de la estructura²⁶.

²⁶ *Ibidem*, pág. 281. El autor hace un apunte: En el caso de la explicación de la defraudación, nos encontramos, por ejemplo, cuando se reconoce un error de prohibición invencible. En él, sin duda existe la defraudación de una expectativa; sin embargo, se mantiene la vigencia de la norma sin la mediación de una pena como reestabilización contrafáctica. El fallo en el proceso comunicativo por medio del cual se hace saber al individuo las expectativas que se le dirigen, equivale (a nivel episódico) a un fallo en el proceso de internalización del rol. La sociedad carga con las consecuencias del delito (las soporta sin desplazárselas al comisor) porque puede vislumbrarse un fallo comunicativo que explica que un individuo no se haya comportado como se esperaba. En otras palabras, se produce una defraudación de la expectativa, pero se reconoce que, en el caso específico, la expectativa estaba mal dirigida por existir un fallo comunicativo.

De igual modo, POLAINO-ORTS en su obra *Funcionalismo Penal Constitucional* hace referencia en distintos momentos sobre la persona y el rol social, y de los seres humanos y el mundo social. En función de ese rol, a cada sujeto le corresponde administrar un determinado segmento de la realidad. Como punto específico, el reconocimiento de rol de cada uno, el sujeto ocupa una realidad social. De igual modo, sobre la base de ese reconocimiento, ya podemos saber a quién se responsabiliza de los actos realizados cognitiva y volitivamente. Cada persona tiene un rol y una serie de derechos y obligaciones específicas, por lo tanto, son garantes de las acciones y conductas realizadas. En el caso de una empresa, distintas personas y personalidades desempeñan diversas actividades, por lo que, cada persona asume una responsabilidad y están obligadas a saber su rol específico, o sus roles laborales para delimitar su espacio y el combate laboral en el que ejercerán sus actividades, además de responsabilizarse de las acciones u omisiones.

Con base a lo anterior, ya podemos distinguir los dos ámbitos en que debe considerarse el rol. Si el recurso al rol se utiliza para la determinación de la conducta prohibida, lo único relevante es su faz externa, eminentemente social. Por el contrario, la dimensión interna, que atiende a la desviación de la conducta del individuo respecto del rol que le toca desempeñar, puede recibir el tratamiento tanto de explicación de la defraudación (por ejemplo por una deficiente socialización, por un error, etc.) como el enlace de un modo de reacción (sanción, previa imputación).

Desde esta perspectiva, tanto las acciones como las omisiones, en cuanto a sucesos del mundo físico, no forman parte del sistema jurídico. El sistema del Derecho sólo opera con comunicaciones a las que puede asignar uno de los dos valores del código (jurídico/antijurídico), de modo que eso es lo único que le interesa. Mediante dicha operación, el sistema se reproduce a sí mismo y fija sus

fronteras. Si esa comunicación (en cuanto hecho institucional) tiene como base una acción u omisión (en cuanto hecho bruto), resulta totalmente irrelevante²⁷.

En este mismo sentido PIÑA ROCHEFORT habla de que la determinación de la conducta prohibida no puede exceder los límites que el propio sistema social ha otorgado al rol. Si dicha determinación es un baremo objetivo construido por la sociedad, el (sub)sistema de imputación (¡operación de la sociedad misma!) no puede contradecirlo. Respecto de los enlaces normativos que se le incorporan a la relación subjetiva del individuo con el rol (subjetividad) con el fin de determinar qué explicaciones de la defraudación resultan válidas (negando la culpabilidad) y cuáles no (afirmándola), el sistema puede construir y reconstruir, pero en la dimensión externa no puede haber diferencias, sin que la propia sociedad entre en contradicción.

PIÑA ROCHEFORT, también analiza un tema puntual, que es la diferencia entre responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. La primera es la que emana de la atribución de un ámbito de organización ajeno y por medio de ella se violenta el principio básico de la convivencia humana: «no

²⁷*Ibidem*, pág. 287 y ss. Esto puede apreciarse, por ejemplo, en aquellas sociedades que padecen de una carencia institucionalizada de alimentos. Aun cuando en ellas el ordenamiento jurídico contemple un estado de necesidad exculpante, la operación del sistema negará la relevancia de dicha explicación de la defraudación. Si el sistema aceptara dicha explicación de la defraudación, la cantidad de casos que quedarían exculpados sería lo suficientemente considerable como para que el sistema jurídico dejara de cumplir su función de garantizar la estabilidad normativa. Estas expresiones, con todo, resultan extremadamente ambiguas. De hecho, no se dejaría de garantizar la estabilidad normativa, sino que se produciría una variación de la propia normatividad social. Si se aceptara una explicación de la defraudación como esa (dándole el carácter de cognición), se insertaría en el rol de cada partícipe el «robar para comer» como expectativa. Todos esperarían que se robase para comer y estructurarían su comportamiento sobre esta base. En este sentido habría una desestabilización normativa temporal, mientras el proceso de institucionalización de las nuevas expectativas no produjera una estructuración de conductas coherente.

dañar al otro». Hemos afirmado que la conducta humana se orienta mediante una serie de expectativas, por ejemplo, de determinados hechos de la naturaleza, por ejemplo mojarse cuando llueve, caer luego de saltar, etc. Estas orientaciones, sin embargo, sólo atañen a un segmento de lo que puede acaecer. Por ello, además, es preciso tener presentes, a la hora de estructurar nuestro comportamiento, expectativas dirigidas al resto de los partícipes de la vida en común (no ser lesionado por la calle, no intoxicarnos al ingerir un alimento, etc.). Nuestra conducta se configura, entonces, según lo que esperamos tanto de la naturaleza como de los otros. Ellos, a su vez, también configuran su conducta, según lo que esperan de los otros y de este modo, mediante la formación de expectativas sucesivas se reduce la complejidad social, haciendo que, cuando menos de algunas cosas, creamos estar seguros.

Algunas de esas expectativas, por su relevancia social, se encuentran protegidas por el sistema jurídico-penal, de modo que, en caso de verse defraudadas, se han diferenciado medidas para remediar la irritación producida. Cuando un individuo defrauda las expectativas que forman parte de su rol, se dice que contraviene su rol. Esto no quiere decir que en ese momento se produzca una reacción del sistema jurídico-penal, pues también se defraudan expectativas cuando se nos trae un café frío, o cuando se retrasa el autobús. Es preciso, por tanto, atender a las expectativas a las que se refiere la defraudación, es decir atender el rol que se está desempeñando.

Ya hemos afirmado que un individuo desempeña una gran cantidad de roles que emanan de los sistemas sociales en los que se participa. Sin embargo, hemos dicho también que existe un rol social que enlaza a todos los demás roles, que les sirve de sustento y que los informa: el rol de persona.

Con la diferenciación del rol persona se hace frente a la doble contingencia. Es preciso ver en cada individuo, al portador de un rol que administra su ámbito de organización, según estándares generalizados y

razonablemente esperados. Sólo entonces es posible estructurar la propia conducta, es decir cuando se sabe que la desviación por parte del alter de esos estándares lo conducirá a la responsabilidad y se espera de ello algún tipo de motivación. -En otros términos, no ocurre que primero se haya llegado al reconocimiento de la libertad y luego se haya diferenciado una prohibición de dañar; ambas forman parte de un mismo sinalagma: no existe libertad sin responsabilidad. «Ejerce tu libertad sin dañar a otros». Este principio fue reconocido ya en el Derecho romano y rubricado como el «*neminem laede*»-.

Desde esta perspectiva, ya se pueden trazar algunas diferenciaciones. Por una parte, existen deberes generales, es decir, emanados del rol más básico que existe en la vida en sociedad: el rol de persona; y deberes emanados de otros roles especiales, que, en cuanto son relevantes para el sistema jurídico-penal, se les suele llamar posiciones de garantía.

Respecto de la responsabilidad por organización, puede afirmarse que la expectativa defraudada (al dañar), es siempre la misma: alguien esperaba no ser dañado, y sin embargo lo ha sido. No es posible distinguir si se trata de una expectativa de acción o de omisión, sino simplemente la defraudación de la expectativa se ha verificado por acción u omisión. Luego, la institución negativa *neminem laede* puede verse defraudada, tanto por acciones como por omisiones. Esto no sólo es coherente con que acciones y omisiones forman parte del entorno del sistema jurídico, sino que simplemente se trata de lo mismo. Para el sistema jurídico lo relevante es la defraudación del deber de no dañar, sólo a él se remite a través del código binario: que la defraudación se produzca mediante una acción o una omisión solo es un asunto del entorno.

JAKOBS sostiene que «la distinción materialmente más significativa no es la que separa comisión y omisión, sino la que atiende al fundamento de la responsabilidad, en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional».

Luego, hay que aceptar que determinadas responsabilidades emanan de un exceso en el ámbito propio de organización que resulta dañoso y otras emanan de un fallo en determinados deberes emanados de instituciones sociales. En los términos que aquí hemos usado, los primeros corresponden a una vulneración del rol general de persona, y los segundos corresponden a una vulneración de otros roles especiales.

Desde esta perspectiva, la única diferencia entre la responsabilidad institucional y responsabilidad por organización es que guarda relación con el contenido de los roles a los que se refieren. Que en el caso de la responsabilidad por organización se haga referencia a la relación negativa «no dañar» que encarna el sinalagma libertad/responsabilidad, simplemente se explica por tratarse de una sociedad de libertades, pues en caso contrario, ni siquiera esta distinción podría trazarse.

El rol social es recibido como cognición en el sistema de imputación y presenta dos dimensiones, una externa, en virtud de la que la conducta prohibida se determina mediante un baremo objetivo construido socialmente y una dimensión interna, que se encarna en la relación subjetiva del destinatario con su rol. En la dimensión externa, esto es, en la determinación del contenido del rol (y la determinación de las conductas que le están prohibidas), el sistema de imputación no puede alterar el contenido del rol social sin que la sociedad entre en contradicción consigo misma.

El problema, en realidad, no consiste en aceptar la distinción entre persona e individuo como dos realidades distintas, sino que vuelve como un péndulo a la relación entre ellos. La distinción entre persona e individuo es una manera de expresar la más ancestral distinción hecha por el análisis sociológico entre individuo y sociedad. La misma distinción que en la nomenclatura sistemática se expresa mediante la distinción entre sistemas psíquicos y sistemas sociales.

Naturalmente no es ni siquiera pensable la posibilidad de abordar aquí un problema de esa envergadura, pero no se puede tampoco evadir sin más. Especialmente porque cualquier mención al problema de la culpabilidad jurídica-penal volverá a actualizarlo.

Como es obvio, el modo de enfrentar la relación entre individuo y persona (tal como la de enfrentar individuo o sociedad), pende de los puntos de partida de las respectivas aproximaciones. Estas generalmente discurren desde visiones contractualistas, marxistas, que ven en la sociedad una serie de estructuras opresoras en relación dialéctica con el individuo; funcionalistas, para las que se trata sólo de la reproducción de las comunicaciones del sistema social; e incluso meramente metodológicas, en cuanto se considera que el objeto de estudio sociológico es una realidad diferente del individuo y debe de alejarse lo más posible de él.

Parece, sin embargo, que todas estas posturas adolecen de algún grado de miopía, pues ni la persona resulta un mero instrumento de opresión social, ni una mera construcción del teórico social. Tampoco se trata de la mera reproducción *autopoiética* del sistema con total independencia de los individuos involucrados. La propia diferenciación funcional de los roles dentro de los sistemas sociales, no puede desentenderse por completo de los individuos llamados a cumplirlos, porque ello, bajo el disfraz de funcionalismo y constructivismo radical, no encubre sino la mera disfuncionalidad.

Probablemente esta tormentosa contraposición entre rol/individuo, especialmente en el plano metodológico, es más aparente que real. Los estudios sociológicos suelen encontrarse con ella, pues el *homo sociologicus* se ha construido su objeto de estudio. Sin embargo, que el rol sea su objeto de estudio no implica una disolución del individuo. Las características propias de éste informan todos y cada uno de los roles que debe desempeñar. Que el sistema diferencia mecanismos para procesar dicha relación constitutiva es innegable (y

eso explica, por ejemplo, que se diferencien baremos objetivos para la determinación subjetiva de la culpabilidad), pero también es innegable que no puede desentenderse completamente de ella. Esto no solo se aprecia a nivel del *homo sociologicus*, sino que además representa una aporía a otras ciencias conductistas.

Es indiscutible que el hombre ha tomado conciencia de la «enrolización» de su conducta y de las radicales consecuencias de ello. Posiblemente la manera más clara con que se ha abordado esta relación individuo/sociedad es a través del concepto luhmaniano de interpretación, por medio del cual los sistemas psíquicos y sociales interpenetrados ponen recíprocamente su complejidad a disposición del otro.

El individuo, como ente espontáneo e imprescindible, portador de un grado de complejidad tan alto que la sociedad es incapaz de estructurarse frente a él (no sabe qué esperar y qué exigir). Para superar esto, hemos dicho que la sociedad recubre al individuo de expectativas tipificadas a partir de las regularidades sociales. En cierto sentido, «lo recubre de sociedad» para poder estructurarse frente a él. Este recubrimiento tiene dos dimensiones. Una eminentemente social: la tipificación, asignación y comunicación de las expectativas que conforman el rol. La segunda es de carácter psicológico-social y coincide con el proceso de socialización. En ella se produce (en calidad de proceso) la incorporación del rol como sistema de expectativas orientadoras de conducta del portador del rol (*Rolleträger*).

Con estos antecedentes, ya podemos distinguir los dos ámbitos en que debe considerarse el rol. Si el recurso al rol se utiliza para la determinación de la conducta prohibida, lo único relevante es su faz externa, eminentemente social. Por el contrario, la dimensión interna, que atiende a la desviación de la conducta del individuo respecto del rol que le toca desempeñar, puede recibir el

tratamiento tanto de *explicación de la defraudación* o como el *enlace de un modo de redacción* (sanción previa imputación).

En otros términos, la *determinación de la conducta prohibida mediante el rol* consiste en un *baremo objetivo construido socialmente*. Del mismo modo, el sistema de imputación genera una serie de estructuras para la explicación de la defraudación, en la que se considera la relación subjetiva del rol y el individuo que debe desempeñarlo, pero ello siempre según las necesidades del sistema. *Es el propio sistema el que, al momento de explicación de la defraudación, determina qué explicaciones le resultan válidas (declarando qué defraudaciones no son capaces de violentar la norma) y cuáles no (enlazando un tratamiento de reestabilización de la norma).*

La determinación de la conducta prohibida, entonces, no puede exceder los límites que el propio sistema social ha otorgado al rol, si dicha determinación es un baremo objetivo construido por la sociedad, el (sub) sistema de imputación. Respecto de los enlaces normativos que se le incorporan a la relación subjetiva del individuo con el rol (subjetividad) con el fin de determinar qué explicaciones de la defraudación resultan válidas (negando la culpabilidad) y cuáles no (afirmándola), el sistema puede construir y reconstruir, pero en la dimensión externa no puede haber diferencias sin que la propia sociedad entre en contradicción.

El tránsito de un estadio a otro es explicable por el déficit de seguridad cognitivo-normativo que el enemigo con su comportamiento produce. Ya su acción deja de ser mero desliz reparable para conmover las bases del sistema. El tránsito se verifica porque el enemigo lesiona el más básico deber que tiene como ciudadano: el deber mínimo de civilidad, que se expresa de manera muy precisa y concisa en la máxima hegeliana: “El terrorista que se asocia con una agrupación con tales fines, no comete un error incidental ni una pasajera y liviana metedura de pata, sino que está lesionado efectivamente el mínimo respeto a los

demás”. Nos encontramos, pues, ante un peligro concreto, real, materializado. Con la creación de una inseguridad tal, se impide que los demás ciudadanos sean personas en Derecho: como diría VIRILO -en frase rememorada por BRANDARIZ GARCÍA, «se es ciudadano sólo en la medida en que no se está atemorizado».

En ese sentido, el tránsito de individuo a enemigo es fácilmente comprensible: *ser ciudadano (persona en Derecho) exige un caldo de cultivo de seguridad*. POLAINO-ORTS en una de sus primeras obras del Derecho penal del enemigo –acuñado por el maestro JAKOBS en 1985-; nos señala la distinción sistemática entre persona e individuo. La primera cuestión en la que queremos centrar nuestro análisis relativo al sujeto, o -por mejor decir- a la *nominación* del sujeto (el enemigo) es el contexto científico en que se inserta su empleo. Dicha categoría de enemigo encuentra sustento en la distinción teórica que el funcionalismo sistémico hace entre persona e individuo, que se corresponde básicamente con la distinción dicotómica entre sociedad o sistema y ambiente o entorno. Dicha corriente concibe a la sociedad, en tanto sistema social global, como algo integrado de diversos sistemas parciales. La comunicación es el mecanismo propio de autorreproducción de los sistemas sociales, la operación *autopoiética* mediante la cual el sistema social se crea (autocrea) y se recrea a sí mismo. La comunicación se produce siempre entre personas, que de esa forma se delimitan de los individuos, cuyo *locus vivendi* es el ambiente, el entorno.

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. Éste se define, a su vez, por un contenido variable en el que se integran derechos y deberes. La orientación en función de ese rol define al sujeto como persona. En tal sentido, se afirma que las personas quedan integradas en el sistema, dentro del cual desempeñan una función que coadyuva al mantenimiento en la estructura social. Por lo general, las personas se orientan por el cumplimiento de su rol. Esto es, forman parte de la *Sociedad, del sistema social*, cumpliendo las expectativas que -de cada sujeto- se esperaba en la sociedad. La existencia de dicho deber define y delimita la posición de esa

persona en la sociedad. Que su conducta se orienta por su rol significa, por un lado, que está cumpliendo con lo que la sociedad espera de él como persona en Derecho; y por otro, dicho cumplimiento está configurando también la estructura social, porque la comunicación que contiene el deber «dictar sentencias justas» ha servido en este caso para que el juez oriente en él su conducta personal. Las personas se definen en el mundo social en tanto portadores de un rol (derechos y deberes), y en función de ese rol les corresponde administrar un segmento concreto de la realidad social.

La clave se sitúa, pues, en la expectativa institucionalizada de lo que, en función de su rol (derechos y deberes) y no específicamente de sus condicionantes naturales, físicos o biológicos, se espera de él como persona en Derecho. De tal manera, el sujeto se comportará como persona en Derecho si orienta su conducta a partir de su rol, pero abandonará, al menos materialmente, su personalidad si infringe ese rol, esto es, si defrauda las expectativas sociales institucionalizadas en la norma sobre lo que se espera de ese sujeto. En definitiva, y como resumen: la *infracción de un rol* (aspecto *formal*), esto es, *de su haz de derechos y deberes* (aspecto *material*), determina la imputación (*desviación de un rol*), de manera que el sujeto se comporta (materialmente, al menos,) como individuo.

Los individuos, a diferencia de las personas en Derecho, forman parte del *ambiente, del entorno*, y no participan en la estructura social en un ámbito concreto. El individuo se refiere al ser humano en cuanto tal, a sujeto perteneciente al ámbito natural. El individuo es, por tanto, un ser empírico y sensorial, que se mueve en el mundo de la experiencia. En terminología extraída de la filosofía de KANT, el individuo es el *homo phaenomenon*, que se opone al *homo noumenon*: este último es un ser racional, pensante, que se guía por el sistema normativo que tiene interiorizado; el primero es un ser empírico guiado por los sentidos.

El individuo (ser humano en estado *natural*) queda, pues, al margen del mundo social: como sintetiza PIÑA ROCHEFORT «el individuo jamás forma parte de la sociedad: si no es como persona». Esa exclusión del individuo socialmente operada es parcial, porque no excluye todo el ámbito de personalidad del sujeto. Un inimputable, por ejemplo, es individuo respecto del Derecho penal (porque su acción no comunica contrariedad a la norma, esto es: no manifiesta *expresiones de sentido comunicativamente relevante*), pero ello no excluye, por supuesto, que sea titular de bienes jurídicos que sean penalmente protegidos, esto es, que sea víctima potencial de delitos. La definición como persona en Derecho adopta, pues, un paradigma muy determinado: el de su rol (derechos y deberes) que define su posición en el mundo social o en el entorno.

La comunicación marca, entonces, el límite entre sistemas (*System*) y entorno (*Umwelt*), es decir entre personas e individuos, porque esa comunicación se da entre personas y no entre los individuos. Esta distinción constitutiva entre sistema y entorno, dice el teórico de la doctrina de los sistemas sociales Niklas LUHMANN, «tiene que ser el punto de partida de cualquier análisis sistémico teórico». El sistema es el ámbito en donde se producen comunicaciones socialmente relevantes, las cuales son funcionales en el sentido de que coadyuvan a la conformación y a la estabilización del sistema; el resto no es sistema, sino entorno. En todo caso, entorno y sistema no pueden explicarse el uno sin el otro, sino que son conceptos con autonomía, pero no con independencia.

La *comunicación* constituye la operación característica de los integrantes del sistema social. Se trata de una operación específica de autoproducción. Conviene llamar la atención sobre un punto polémico en el pensamiento *luhmaniano*: para el autor alemán, «no es el hombre quien puede comunicar, sólo la comunicación comunica». Del mismo modo que la comunicación es la operación *autopoiética* definidora de los sistemas sociales, los sistemas personales o psíquicos (las personas) tienen como operación *autopoiética* la

conciencia, y «los sistemas de conciencia también son sistemas operacionales cerrados. No pueden tener contacto unos con otros. No existe la comunicación de conciencia a conciencia, ni entre el individuo y la sociedad». La comunicación se produce entre integrantes del sistema social, entre personas.

El funcionalismo jurídico-penal parte también de presupuestos sociales comunes. JAKOBS, su más firme representante, lo define como «aquella teoría según la cual el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad». Esta postura se aleja, en sus planteamientos, tanto de la *conciencia individual* (que había sido el punto de partida de la filosofía tradicional hasta ese momento, enraizada en DESCARTES y desarrollada desde HOBBS hasta KANT) como la tradicional concepción europea del Estado, iniciada por ARISTÓTELES. En el centro de su pensamiento, sitúa JAKOBS -en cambio- la distinción entre persona e individuo, que es una forma de *observación* de la sociedad. La noción de persona es *normativa, relativa, funcional*, además de *construida normativamente*, esto es, privada de sus ataduras ontológicas, naturalísticas y prejurídicas. La persona es definida como centro de *imputación*, y lo es además en función de su haz de derechos y deberes en la sociedad: de ese modo, el Derecho *a de atender a la persona como un producto de cultura y no al ser humano (sujeto de carne y hueso) como producto de naturaleza*.

Con lo dicho queda claro que, frente a lo que -con manifiesto desconocimiento de las categorías básicas de la teoría de los sistemas sociales y del funcionalismo penal- afirman ciertos críticos de JAKOBS, dicha distinción entre persona e individuo, *no es*, en absoluto, *peyorativa*, como el propio autor y algunos mismos exégetas y críticos de JAKOBS se encargan de decir, sino antes bien es *garantista*. En definitiva, la distinción entre persona e individuo, trata al sujeto en función de si tiene un ámbito de competencia social o no. Así, persona es quien desempeña un *rol* en la sociedad; quien, en el seno de un grupo social, debe cumplir una tarea; de manera que la noción de persona es una aprehensión conceptual y funcional del sistema. Quien gestiona correctamente su ámbito de

competencia social (esto es: quien cumple sustancialmente la norma) actúa como persona. Quien gestiona su ámbito de competencia oponiéndose frontalmente al reconocimiento de los demás como personas (esto es: quien impide la vigencia de la norma) no actúa como persona, sino como enemigo, concepto opuesto al de persona en Derecho. Entre esos dos conceptos se sitúa la noción de individuo, aquel sujeto que no participa en el contexto social y que puede llegar a infringir la norma, pero nunca genera una inestabilidad tal que llegue a poner en peligro el desarrollo normal del concepto de persona.

IV. La persona jurídica como concepto normativo: aplicación del esquema

Como punto de partida, cito La Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, que estatuye que los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, acuerdan en su artículo 1º *“La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la Ley del lugar de su constitución”*.

No obstante lo anterior, una persona jurídica o moral es una entidad que tiene existencia propia; es decir, es una persona ficticia capaz de ejercitar los derechos y adquirir las obligaciones, en estricto sentido, son un producto del derecho y solo existen en razón de él, que sin su reconocimiento nunca tendrán responsabilidad moral o material. Y que no coinciden necesariamente con el espacio de la persona física, sino que su espectro es más amplio, ya que permite actuaciones con plena validez jurídica de los entes formados por conjuntos de personas o empresas.

En otro orden de ideas, etimológicamente la palabra persona deriva del latín *personare* y quiere decir “sonar a través de”, mientras que en griego *proposton* significa máscara, la cual en aquella época servía para cubrir el rostro de los cómicos al actuar en el teatro. Así, al utilizar esa máscara la palabra persona adquiriría el significado del personaje representado.

El sentido etimológico coincide con el filosófico; persona es algo distinto del *sujeto*, algo que lo muestra y lo manifiesta con resonancias especiales. Es así, como el término se aplicó por extensión al papel desempeñado en el mundo por el individuo. En otras palabras, antropólogos, psicólogos y sociólogos han asociado el concepto de persona al rol o papel que puede representar el ser humano en la sociedad. No obstante ello, actualmente puede fácilmente decirse que el concepto de persona, desde el punto de vista jurídico, no necesariamente se refiere al ser humano como individuo; sino que persona es todo sujeto susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. Hay dos tipos de personas: las físicas, que son los seres humanos; y las jurídicas o morales, que son los entes que tienen vida jurídica e inmaterial, tales como las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones.

Agotado lo anterior, podemos sencillamente dilucidar que las personas jurídicas son: empresas, sociedades civiles y mercantiles, ejidos y comunidades agrarias, sindicatos, partidos políticos, entre otros, que efectivamente son titulares de derechos como empresas y derechos fundamentales, acordes a su naturaleza y fines, lo que se coligue, que al ser vulnerados esos derechos es de suponerse que se atenta contra su dignidad, pero más se atenta contra un derecho, ya que la dignidad no es solo un derecho sino una calidad y cualidad de las personas, ya sean físicas o morales.

Resulta difusa esta la afirmación, ya que el uso lingüístico en ocasiones concibe a la dignidad como un bien intrínseco y nuclear de la persona que, identificándose radicalmente con ésta, resiste todo ataque externo y no se

degrada en su esencia, sino que si se mantiene bajo los principios por los cuales se constituyó –esto es, a su condición de persona moral– mantendrá incólume su dignidad; de lo contrario, estaría ante su propia desacreditación ante la sociedad.

En el plano jurídico se asume que la dignidad de la persona humana es valiosa en extremo; nada puede haber más valioso en el mundo que la dignidad humana y ésta puede ser seriamente dañada por otras personas, de lo que devienen los ordenamientos legales y mecanismos para su protección, ya que al ser vulnerados los derechos humanos se atenta contra su dignidad. Por ejemplo, la Declaración Universal ubica en un mismo nivel ontológico la dignidad y los derechos humanos. En cambio, la Ley Fundamental de Bonn parece sugerir que hay un orden lógico y ontológico: primero está la dignidad, sobre ésta se fundan los derechos humanos, y los derechos humanos exigen la consecución de la paz y la justicia. Este es el dato fundamental, la dignidad –desde el punto de vista jurídico– se desarrolla sólo si se tutelan y fomentan los derechos humanos o fundamentales. Es bajo esta concepción donde radica el término de dignidad real que únicamente es para delimitar que solo es y pertenece inherente a la persona como ser humano, ya sea en el campo jurídico como en el filosófico; en tanto que para la persona jurídica, se atenta contra su dignidad simple (por referirlo de este modo) atendiendo a su calidad, cualidad, fin y naturaleza.

En este sentido, se puede decir desde un punto de vista ontológico que si no llegamos a tener una “dignidad real” prácticamente carecemos de dignidad como personas. La dignidad se vuelve elitista encaminada desde la perspectiva de la ética y la moral. No alcanza a proteger los derechos de todos los ciudadanos. Debemos buscar disolver las carencias jurídicas de todos los ciudadanos por medio de los derechos fundamentales cubriendo las carencias de todas las personas en derecho por medio de los derechos fundamentales. En este aspecto, retomaré lo trabajado por BERNAL PULIDO: “La determinación del contenido de los derechos fundamentales ligado a un segundo problema es un problema de carácter interpretativo, inescindiblemente ligado a un segundo

problema de índole metodológica: la correcta fundamentación de las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes que intervienen en la órbita de tales derechos. En la práctica constitucional vigente se acepta de forma generalizada que los derechos fundamentales están dotados de validez jurídica y que uno de los efectos de dicha validez, acaso el más significativo, consiste en que el Legislador se encuentre vinculado por su contenido normativo debe ser respetado por las leyes.”²⁸

Para obtener un concepto adecuado sobre persona jurídica y su honor hay que pasar de los elementos fácticos a los normativos y explicar en líneas más adelante y en toda esta investigación, ¿qué es dignidad, qué es honor, cuál es la posición de los derechos humanos, y de los derechos fundamentales, qué nos dice el honor objetivo y el honor subjetivo, cuál es el análisis del ontologismo naturalístico y el funcionalismo normativo?

Nos enfocaremos en primer lugar sobre las concepciones normativas, que es donde va aterrizar la tesis. La importancia de trabajar con un concepto normativista y enfocar en sus elementos que describirán al honor, un honor para toda la sociedad, no un honor que desde la era medieval o antes es para un exclusivo tipo de personas. Se necesita un honor que realmente proteja y castigue a todo tipo de personas físicas y jurídicas. En esta tesis enfocaremos un honor que sea compatible para las sentencias en tribunales, en la dogmática penal, en la dogmática constitucional y en las ramas del derecho que sean necesarias, incluso en la filosofía.

En las concepciones normativas sociales-morales, jurídicas, debe existir una proporcionalidad objetiva de punibilidad, al tipificar en el código penal las injurias o calumnias, por parte del legislador. Al constituir este delito de

²⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 2005. págs. 76 y 77.

abstracción, se desarrollará la descripción típica, en la figura del delito. Las descripciones pudieran ser una definición moralistas para la sociedad en cuanto a la “supuesta” lesión del bien jurídico honor, ya que no hay una balanza de equilibrio para presuponer la fama del sujeto pasivo y no atenderse la que llamamos, concepción fáctica de la reputación real.

Enfocando el camino hacia el estudio de la palabra honor y realizando el trabajo profundo, tanto objetiva como subjetivamente, es importante para el derecho penal, delinear los conceptos sociales como jurídicos que llevará a entender con detalle el límite con los derechos constitucionales, pero siempre con la perspectiva de enfocar el estudio al análisis jurídico penal, desde la tipificación en el Código penal del delito de injurias o calumnias, por ejercicio de la libertad de expresión.

Existen tres concepciones normativas sobre el honor, las cuales son las sociales, las morales, y las jurídicas. Pero sin dejar de lado las análogas. Todas estas concepciones tienen un valor totalmente interno o intrínseco, basado en la dignidad humana y derivado en la existencia de la moral, como lo señala en diferentes ocasiones OTTO, citado en el libro Protección Penal del Honor.

Las concepciones normativas sociales, es la concepción personal del honor sustentada por HIRSCH y seguido en parte por Alonso ÁLAMO. Para HIRSCH el concepto honor se basa en la dignidad de la persona, de lo que deduce que no puede aumentar más allá de su posesión plena.

El ataque, mediante una acción externa, al honor, no puede afectar (disminuyendo su contenido) al honor mismo, entendiendo normativamente, sino lo que resulta vulnerada es la pretensión de derecho del bien jurídico. El bien jurídico honor sólo podrá verse disminuido en virtud del propio comportamiento del autor, a través de la infracción de los deberes ético-sociales de actuación (deberes jurídicos morales) mediante una acción culpable.

Concepciones fáctico-normativas. Junto al Estado de valor social derivado de la dignidad humana, se valora también la pretensión respeto social deducida del comportamiento de la persona en la comunidad, de modo que no sólo protege, manifiesta OTTO...que la persona viva en sociedad, al tutelar su honor como dignidad intrínseca de la persona, sino que se asegura la posibilidad de desarrollar su personalidad en la sociedad, a través de la estimación del comportamiento individual, valorado según puntos de vista ético-sociales.

El ordenamiento jurídico protege la dignidad de la persona en sentido general y abstracto, desempeñando el derecho al honor tal cometido. Los ataques al honor se presentan, pues, como lesiones inmediatas a la dignidad de la persona en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama.

En el funcionalismo existen tres conceptos esenciales: la «persona», la «sociedad» y la «norma», que traen consigo elementos para definir la importancia del Derecho penal. La persona es un concepto normativo, punto de partida para este trabajo de investigación y la piedra angular del funcionalismo. Sobre su circunferencia rueda el sistema jurídico y social, incluido el sistema de responsabilidad jurídico-penal.

Por consiguiente, nos interesa estudiar a la persona inicialmente desde el funcionalismo normativo:

La persona constituye, para el funcionalismo normativo, un punto esencial de partida filosófico y sociológico que tiene como interés primordial la comunicación, la interlocución entre los ciudadanos respetando la normatividad social. El concepto de persona se visualiza desde un fundamento sobre el que se asienta todo el sistema jurídico y social, incluido el sistema de responsabilidad jurídico penal. Instituciones como el bien jurídico, la imputación (con todos sus principios: riesgo permitido, confianza, imputación a la víctima, prohibición de

regreso), el concepto de acción o la noción de culpabilidad únicamente pueden definirse sobre la base del concepto jurídico penal de persona²⁹.

El maestro Günther JAKOBS indica que la persona no es un concepto aislado -un «individuo»-, sino un concepto social y, además también, un concepto *normativo*. Ello quiere decir que la persona no puede definirse al margen de la sociedad (la sociedad es comunicación interpersonal), como tampoco puede definirse al margen de la norma (“sociedad, es acuerdo normativo”). En este mismo sentido lo trabaja y lo difunde su discípulo POLAINO-ORTS³⁰, el cual argumenta que la persona constituye, para el funcionalismo, un punto esencial de partida. Junto a los conceptos de sociedad y norma constituye la triada de elementos fundamentales que definen el contenido imprescindible del Derecho penal. En este trabajo se pretende definir a la persona desde distintas aristas que se vinculan con la filosofía, pero analizando los aspectos sociales, antropológicos, psicológicos, cívicos.

²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal. Fundamentos y Funciones del Derecho Penal Autodeterminación e Imputación Normativa. Criminalidad Organizada y Derecho Penal del Enemigo*, Flores Editor, México D. F., 2016, pág. 95. Asimismo, POLAINO-ORTS, Miguel, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo sistema de justicia penal*, tomo I, CESCIIJUC, México D.F., 2014, pág. 109. En este sentido, POLAINO-ORTS, Miguel, «Dogmática penal y política criminal» en ROXIN, Claus / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Dogmática penal y política criminal. Cuestiones fundamentales para el nuevo sistema de justicia penal*; Prólogo POLAINO NAVARRETE, Miguel, Flores Editor, México D.F., 2013, pág. 130.

³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de la vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009. De igual manera, POLAINO-ORTS, Miguel, «Vigencia de la norma: El potencial del sentido de un concepto», en JAKOBS, Günther / POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *El bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010.

V. Rendimiento dogmático del concepto funcional de persona jurídica

Una decisión político-criminal esencial ante una reforma de estas características es determinar cuáles son las personas que se encuentran incluidas o excluidas como sujetos de imputación y, por lo tanto, se pueden ver o no afectadas por el art. 31 *bis*. (...) viene a reflejar un modelo de relaciones entre el Estado (en sentido amplio como el conjunto de las administraciones públicas) y la sociedad civil.

FEIJOO SÁNCHEZ nos habla en su obra sobre la definición de persona jurídica del que parte el nuevo sistema. Al no adoptar el Código penal una definición de lo que se ha de entender por persona jurídica, también comenta que es un concepto que se remite implícitamente a otras ramas del ordenamiento jurídico. La persona jurídica diferencia, precisamente, el régimen del art. 31 *bis* que regula la imposición de penas del art. 129, que regula la imposición de consecuencias accesorias. Excepcionales a esta decisión se encuentran aisladamente en la parte especial en determinados preceptos como el art. 318 que específicamente contempla la imposición de las medidas previstas en el art. 129 CP a personas jurídicas o a entidades que pueden tener o no personalidad jurídica.

En la ley de represión del contrabando se vuelve a reproducir la misma distinción, aplicándose en el art. 2.6 el régimen del 31 *bis* CP a los delitos que se cometan «en el seno, en la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones carentes de personalidad jurídica».

En todo caso no existe dato alguno en la legislación penal a partir del cual crear un concepto específicamente jurídico-penal de persona jurídica. Criterios materiales como la capacidad como organización de afectar los bienes jurídicos

protegidos por las figuras delictivas no tiene en cuenta la clara distinción que establece el Código Penal entre el art. 31 *bis* y el art. 129. Lo decisivo es, por consiguiente, que la titularidad de la organización esté reconocida jurídicamente (no bastando sólo con algún tipo de relevancia en el tráfico jurídico).

Desde luego hubiera sido preferible un sistema que –atendiendo a la imprescindible seguridad jurídica que es preciso siempre exigir en el ámbito del ordenamiento jurídico-penal- se fijara más en la complejidad de la organización que en el dato formal de personalidad jurídica, de tal manera que se impusiera penas a organizaciones emergentes en las que se pudiera detectar realmente una dinámica propia diferente a la de sus miembros (lo que podría representar una especie de «personalidad propia» en sentido jurídico-penal). Pero el sistema ha optado, en sentido contrario, por una calificación formal y una distinción formal entre las penas (que presuponen culpabilidad) y las consecuencias accesorias (que presupone peligrosidad objetiva de la organización bien como instrumento –peligrosidad instrumental-, o bien como organización defectuosa –peligrosidad organizativa-). Una cierta seguridad jurídica, por su formalidad, puede acabar dando lugar a soluciones materialmente insatisfactorias, pero el texto de la ley no permite otra opción que aceptar esta decisión legislativa de partida.

CAPÍTULO II
LIBERTAD DE EXPRESIÓN:
CONCEPTO, LÍMITES Y APLICACIÓN
A PERSONAS JURÍDICAS

I. Formulación de la libertad de expresión

Aunque es posible formular diferentes axiomas sobre las libertades de opinar o manifestar, resulta imprescindible establecer *prima facie*, qué se entiende por libertad de expresión, ya que sus alcances positivos o negativos precisan un binomio enfocado en la libertad de expresión³¹, en el que todavía no

³¹ JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pág. 19. En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto”, *CGPJ*, núm. 85, Madrid, 2007, págs. 289 y sigs. Artículo de Interés y recomendable para la definición del trabajo de investigación, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 32, Madrid, 1992, págs. 73 y sigs. De igual forma en el Anuario de *DCPyDP*, se publican artículos de interés. Libertad de expresión, *Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*, Anuario 1990, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991. BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, «Los límites entre libertad de expresión y los derechos de la personalidad especial diferencia a su problemática jurídico penal», Barcelona, 1991, págs. 63 y sigs. DE CARRERAS, Fransesc, «La libertad de expresión: un derecho constitucional», Barcelona, 1991, págs. 11 y sigs. FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La libertad de expresión: Estado de la cuestión legislación, jurisprudencia, bibliografía», Barcelona, 1991, págs. 165 y sigs. A.A.V.V., coordinador BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 189 y sigs. TRIANO LÓPEZ, Manuel, «Libertad de expresión en las universidades estadounidenses: El caso de las publicaciones estudiantiles», *RAD*, núm. 24, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 159 y sigs. CÓRDOBA RONDA, Juan, «Libertad de expresión y secreto sumarial», *RAJ*, Barcelona, 1981, págs. 5 y sigs. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *De los derechos y deberes fundamentales*,

libertad de expresión y derecho al honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos, Libro homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 893 y sigs. AA.V.V., Coordinador LLAMAS POMPO Eugenio, *Libertad de Expresión, Estudio Jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997, pág. 9 y sigs. HERRERO TEJEDOR, Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Colex, Madrid, 1998, págs. 113 y sigs. MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant Monografías, Valencia, 1995, págs. 21 y sigs. VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, Fragua, Madrid, 1997, págs. 16 y sigs. COX, Archibald, *Freedom of expression*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England, United State, 1981, págs. 1 y sigs. A.A.V.V., Director SALVADOR CORDECH, Pablo, *Mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 26 y sigs. CREMADES, Javier, «Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español», *RDPPyP, en la Ley Penal*, Madrid, 1995, págs. 5 y sigs.

pág. 19. En este sentido, DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Libertad de expresión y Derecho penal: zonas de conflicto”, *CGPJ*, núm. 85, Madrid, 2007, págs. 289 y sigs. Artículo de Interés y recomendable para la definición del trabajo de investigación, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *REDC*, núm. 32, Madrid, 1992, págs. 73 y sigs. De igual forma en el Anuario de *DCPyDP, se publican artículos de interés*. Libertad de expresión, *Departamento de Ciencia Política y Derecho Público*, Anuario 1990, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991. BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, «Los límites entre libertad de expresión y los derechos de la personalidad especial diferencia a su problemática jurídico penal», Barcelona, 1991, págs. 63 y sigs. DE CARRERAS, Fransesc, «La libertad de expresión: un derecho constitucional», Barcelona, 1991, págs. 11 y sigs. FREIXES SANJUÁN, Teresa, «La libertad de expresión: Estado de la cuestión legislación, jurisprudencia, bibliografía», Barcelona, 1991, págs. 165 y sigs. A.A.V.V., coordinador BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. II, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 189 y sigs. TRIANO LÓPEZ, Manuel, «Libertad de expresión en las universidades estadounidenses: El caso de las publicaciones estudiantiles», *RAD*, núm. 24, Universidad de Murcia, Murcia, 2006, págs. 159 y sigs. CÓRDOBA RONDA, Juan, «Libertad de expresión y secreto sumarial», *RAJ*, Barcelona, 1981, págs. 5 y sigs. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *De los derechos y deberes fundamentales, libertad de expresión y derecho al honor: Criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos*, Libro homenaje al Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 893 y sigs. AA.V.V., Coordinador LLAMAS POMPO Eugenio, *Libertad de Expresión, Estudio Jurisprudencial*, Trivium, Madrid, 1997, pág. 9 y sigs. HERRERO TEJEDOR,

se ha establecido un límite unívoco. La libertad de expresión tiene por objeto la manifestación de pensamientos y opiniones, impregnadas de creencias y juicios de valor. Se presume que las personas tienen el derecho de expresar sus ideas sin censura. En sentido amplio, la libertad de expresión es la libre comunicación pública de ideas, opiniones, manifestaciones artísticas, de producciones científicas o técnicas. En sentido estricto, es la libertad de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, donde media el Derecho de autor para difundir las creaciones.

Para Robert ALEXY hablar de libertad desde su impresión filosófica, es considerarla como la acción humana de hacer y omitir lo que se quiera, garantizada por un derecho fundamental autónomo. Por ello: “...*Comprende todas las acciones de los titulares del Derecho fundamental (norma permisiva – hacer y omitir lo que quiera-) y todas las intervenciones del estado en todas las acciones de los derechos fundamentales (norma de derecho)...*”

Con esta base, decimos que el concepto de libertad de expresión es la manifestación de pensamientos e ideas que puede tener como objetivo principal la crítica de la conducta de otro que pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige. Dicho de otra forma, la libertad de expresión protege la manifestación, las opiniones escritas o verbales, los gestos, posturas, muecas, movimientos, actitudes, acciones, así como la parte intelectual.

Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Colex, Madrid, 1998, págs. 113 y sigs. MIRA BENAVENT, Javier, *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant Monografías, Valencia, 1995, págs. 21 y sigs. VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, Fragua, Madrid, 1997, págs. 16 y sigs. COX, Archibald, *Freedom of expression*, Harvard University Press Cambridge, Massachusetts and London, England, United State, 1981, págs. 1 y sigs. A.A.V.V., Director SALVADOR CORDECH, Pablo, *Mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 26 y sigs. CREMADES, Javier, «Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español», *RDPPyP, en la Ley Penal*, Madrid, 1995, págs. 5 y sigs.

La libertad de expresión busca el pluralismo y la tolerancia para encontrar el equilibrio en una sociedad democrática. Los derechos fundamentales se ven limitados cuando la libertad de expresión entra de lleno en el campo de la persecución penal. Para ello traemos a colación el art. 20.1 a) CE que establece un límite en el pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental en muchas ocasiones.

El límite para las manifestaciones protegidas por la libertad de expresión radica únicamente en el menosprecio personal, la vejación injustificada y el insulto, lo que integraría la consideración penal de delito de injuria, ya que estas no quedan amparadas por la condición pública del sujeto a quien se dirigen.

La libertad de expresión se encuentra principalmente definida en el art. 20.1 a) CE. Que reza:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito, o cualquier otro medio de reproducción.

Vemos entonces que no existe un concepto propio en el Derecho penal que establezca el límite jurídico que determine la protección misma de la persona. En este sentido, es importante establecer su conceptualización desde la perspectiva de los derechos fundamentales, señalado en el art. 19º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y en las constituciones de los sistemas democráticos. De ella deriva la libertad de imprenta, también llamada libertad de prensa.

Ahora bien, el art. 19 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", manifiesta: "*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones,*

el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

Existen otras legislaciones internacionales que se refieren al tema, como es la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", o "Pacto de San José de Costa Rica" de 1969, el cual en su art. 13, señala:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección y gusto.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.

La Convención Europea de Derechos Humanos, aprobada en el marco del Consejo de Europa, proclama la libertad de expresión en su art. 10, que incluye tanto la libertad de opinión como la de recibir y transmitir informaciones o ideas sin injerencia de los poderes públicos. No obstante, admite que los Estados pueden someter a las empresas de radio, televisión y cine a un régimen de autorización previa. El precepto permite restricciones legales basadas en una pluralidad de motivos de índole pública y privada.

En base en lo señalado *ex ante*, la libertad de expresión, en sentido estricto, no protege cualquier tipo de manifestación externa del art. 20.1, sino sólo emite (expresa y difunde) juicios de valor (pensamientos, ideas y opiniones). El elemento que permite diferenciarla la libertad de información de la de expresión, no es el relato de un hecho sino la emisión de juicios de valor.

La STC 30/1982 dice que la doctrina otorga preferencia a las libertades de expresión e información, cuando no vulneran los límites y su objeto tiene un interés público, que es el fundamento de la posición preferente de las libertades del art. 20.1 a) y d), por lo que se deben tener en cuenta tres elementos: a) el objeto del mensaje, b) el sujeto pasivo, y c) el sujeto activo³².

CATALÁ I BAS, sobre el art. 20.1 a), afirma que “la libertad de expresión conforma el *status libertis* de la persona cuyo fin es la protección del ámbito de autonomía personal y nace indisolublemente unida a las libertades de conciencia o de opinión, pues para su real efectividad es condición *sine qua non* que opiniones, ideas, pensamientos o informaciones puedan ser exteriorizados”.

Cita ejemplos jurisprudenciales del TEDH, como la sentencia Handyside por su dimensión objetiva: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del art. 10.2 es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas inofensivas, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una parte de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”.

Sobre esto, RYSSADAL agrega que “la filosofía es base de toda la jurisprudencia del Tribunal relativa al art. 10 y supone que la libertad de expresión no es solamente una garantía contra las injerencias del Estado (derecho subjetivo) sino también un principio fundamental (derecho objetivo) para la vida democrática”³³.

³² A.A.V.V., coordinador BALAGUER CALLEJÓN, *op. cit.*, págs. 190 y sigs.

³³ CATALÁ I BAS, Alexandre H., *u. o. c.*, págs

La Magistrada Gay Fuentes dice que la libertad de expresión se presenta como una libertad plural que comprende, de un lado, la libertad de opinión y, de otro, la libertad de comunicar y de recibir información e ideas.

Mientras que el TEDH la define como la libertad de investigar, comunicar, y recibir informaciones veraces u opiniones, sean favorables o desfavorables, sin injerencias de autoridades públicas³⁴.

De igual manera, COHEN-JONATHAN, al referirse al art. 20.1 a), dice que “el contenido del mensaje permanece libre sin injerencias de una autoridad pública cualquiera que ésta sea. Así concebida, la libertad de expresión es la garantía de una información objetiva, y de toda la creación de idea original cualquiera que sea su forma. La misma se aplica no solamente a los medios de comunicación sino a todos los ciudadanos, a todos los creadores científicos literarios o artísticos. Esta última libertad se prolonga y completa con el derecho de todo individuo a recibir libremente informaciones e ideas”³⁵.

Con base en este breve análisis comparativo, se puede observar que las legislaciones internacionales se enfocan más a definir libertad de información que conceptualizar de manera clara el significado específico de libertad de expresión. Es por esta razón que nos daremos a la tarea de investigar y encontrar una definición unívoca de libertad de expresión para las diferentes áreas del derecho.

Antes de ello, de forma breve, haré una reseña histórica para observar la evolución del axioma libertad de expresión:

³⁴ *Ibidem*, pág. 97.

³⁵ *Ibidem*, págs. 97 y sig.

La primera obra clásica de la libertad de expresión es escrita por John MILTON, en 1664, dirigida al Parlamento inglés contra la orden del 14 de junio de 1463. «MILTON tuvo una consideración del hombre como ser libre y racional, por ello, sostuvo que la libertad de expresión era como un instrumento o medio para conseguir la verdad. Es decir, mantuvo que la verdad sólo se puede alcanzar a partir del libre contraste de ideas o aportaciones contrapuestas. Además, destaca la necesidad de proteger la libertad de expresión como instrumento necesario para la búsqueda de la verdad sobre la que el Estado no puede intervenir mediante la censura previa. No propugna esta libertad como elemento básico de la dignidad humana que exige la protección de la expresión de las ideas y de las opiniones, sino que la protege por su instrumentalidad, es decir, por su capacidad para ser un método útil para alcanzar la verdad y el progreso humano. En definitiva, se está ante un claro antecedente del pensamiento liberal, que considera que es necesario para alcanzar la verdad»³⁶.

La Constitución de los Estados Unidos de América, describe en su primera enmienda lo que es «la libertad de expresión»³⁷. Es uno de los orígenes conceptuales y definiciones precursoras para todas las legislaciones del mundo. Ha sido de vital importancia para la construcción de su nación, además de ser

³⁶ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de derecho*, Congreso de los Diputados, núm. 66, Madrid, 2006, págs. 26 y sigs. En este sentido, hace un completo estudio histórico de la libertad de expresión.

³⁷ DESANTES GUANTER, José María; SORIA, Carlos, *Los límites de la información*, Coso, Valencia, 1991, pág. 29. Quien señala que, la historia nos dice que la libertad de expresión ha aparecido siempre concedida por el pueblo soberano. Como el pueblo la concedía, el pueblo mismo la podía limitar. Cuando a los períodos revolucionarios han seguido los despóticos, el poder ha seguido que era el que concedía la libertad y, por tanto, el que podía limitar e, incluso, suprimir. En el art. 11 de la Declaración de los Derechos humanos y del Ciudadano de 1789 y, más claramente, en el 371 de la Constitución española de Cádiz de 1812, puede verse incoado este fenómeno.

fundamental para la solidez de su Estado; esta enmienda manifiesta:

«El Congreso no aprobará ley alguna referente a la implantación de una religión o prohibiendo el culto de algunas de ellas; ni ley que restrinja la libertad de expresión o prensa; ni el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente; ni el dirigirse al gobierno en demanda de remedio de situaciones consideradas injustas»³⁸.

Los principales autores teóricos en los Estados Unidos de América, determinaron la transformación de creencias, razones, conocimientos e ideas, con el objetivo de alcanzar el debate público por medio de las fuentes de información, conformando la solidez democrática a través de la libertad de expresión. John S. MILL, en su obra *Sobre la libertad*, seduce en su concepto del binomio libertad de expresión-opinión³⁹.

Otro contemporáneo y precursor de la libertad de expresión en la Unión Americana que dio fundamentos sólidos a la primera enmienda de su Constitución es Alexander MELKLEJOHN, el cual se refiere a un poder público, en una responsabilidad de gobierno, lo que en la actualidad es pieza crucial de crítica por parte de los medios de comunicación, quienes deben cuidar su

³⁸ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *op. cit.*, pág. 17.

³⁹ *Ibidem*, págs. 23 y sig. En este sentido. «Hemos reconocido la necesidad de la libertad de opinión y de la libertad de expresión, de la opinión en base a cuatro fundamentos que pasamos a resumir. Primero, una opinión reducida al silencio puede ser verdad. Negarlo es a suministrar infalibilidad. En segundo lugar, aunque la opinión censurada sea un error, puede contener algo de cierto. Tercero, aun en el caso de que la opinión general sea no sólo verdadera, sino toda la verdad, se tendrá como una suerte de perjuicio con escasa comprensión de sus fundamentos racionales a menos que sea contestada de manera seria y enérgica. Y cuarto, de convertirse en un dogma, se traduciría en un obstáculo e impediría el desenvolvimiento de otras convicciones».

intervención con el fin de delimitar la aplicación proporcional de los derechos fundamentales. Por ello, la libertad que protege la primera enmienda busca dentro de su contenido la presencia del autogobierno, en forma democrática, con el fin de lograr el desarrollo del libre albedrío sin censura y respetando ante todo la libertad del pueblo.

De esta forma, Robert H. BORK establece que sólo la expresión o el discurso *explícitamente* políticos merecen protección constitucional⁴⁰. (...) ¿Qué debe entenderse por político? El problema de definir el contenido de lo político o de lo público no es una tarea con la que los estudiosos se hayan enfrentado por vez primera en este siglo; es un tema recurrente en la literatura del derecho y de la política. Debe tenerse en cuenta que siempre se encuentra presente en sociedades estructuradas políticamente de forma democrático constitucional, en las que subyace la escisión sociedad Estado en asuntos privados del gobierno.

Por tanto, la libertad de expresión es la piedra angular de un régimen político, así lo dice Santiago MUÑOZ. Los límites legales tienen poca claridad, a

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 28. En este sentido, Para Rodney SMOLLA, este fundamento tiene o goza de cinco funciones: «la participación política, la búsqueda de la verdad política, facilitar el gobierno de la mayoría, restringir en lo posible la tiranía, la corrupción y la ineptitud, y la promoción de la inestabilidad político-social... En apoyo de su tesis, trae a colocación las palabras del Tribunal Supremo americano según, las cuales, las garantías de la libre expresión y de la libertad de prensa no están circunscritas a un ámbito concreto de interés humano». Así también, SMOLLA hace referencia. «La opinión más compartida es, no obstante, que no se ha conseguido sentar unos principios claros y terminantes, aceptables por la inmensa mayoría y aplicables con cierta garantía para determinar, qué actividades de interferencia o supresión de la libertad de expresión carecen de justificación. Nos movemos, pues, en un ambiente de incertidumbre que facilita extraordinariamente no ya las prácticas represivas de la libre expresión, sino también la vigencia de normas que obedecen a intereses políticos o de grupos de presión y que, como tales, chocan frontalmente con la libertad de expresión de la ciudadanía en general».

veces no son distinguibles sus usos con el derecho a la información⁴¹; el abuso, su regulación, el alcance, la interpretación por los ciudadanos y el estado. Los medios de comunicación revelan la naturaleza «liberal y democrática» de la estructura del poder vigente en una sociedad.

En base a lo señalado, se puede decir que la expresión es más que la libertad de la palabra en un diálogo entre un emisor y un receptor que buscan comunicarse a través de un lenguaje mediante señas, dibujos, códigos, escritura, siendo su finalidad el mensaje. Las expresiones⁴² son utilizadas de forma positiva o negativa y son situaciones por las cuales se manifiesta el ser humano

⁴¹ DESANTES-GUANTER, José María, *Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación*, COSO. Fundación de la Comunidad Valenciana para el desarrollo de la comunicación y sociedad, Valencia, 2004, pág. 69. En este artículo y de los primeros sobre el tema, la autora marca los límites entre libertad de Información y expresión en la protección del interés del Estado, sobre los límites de carácter penal, GARCÍA ARÁN, Mercedes, «La protección del estado como límite penal a las libertades de información y expresión», *ADCPyDP*, Barcelona, 1991, págs. 63 y sigs. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 1994, págs. 329 y sigs. Define de forma sustanciosa la libertad de información y el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978. MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 31 y sigs. VILLANUEVA, Ernesto, *Régimen Jurídico de las libertades de expresión e información en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pág. 32. HERRERO TEJEDOR, Fernando, *o. u. c.*, pág. 131. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros, *o. u. c.*, pág. 195. BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., *Libertad de información en la doctrina del tribunal de justicia de las comunidades europeas*, La democracia constitucional, estudios en libro homenaje al profesor Francisco RUBIO LLORENTE, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2002, págs. 573 y sigs.

⁴² CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, «*El entorno histórico de la declaración de derechos humanos*», Asociación memoria, libertad y cultura democrática universidad de Sevilla. Área de Derecho internacional público y relaciones internacionales, Sevilla, 2010, pág. 9. Jornadas sobre La declaración universal de derechos humanos desde su proclamación a su efectividad. Homenaje a Eleanor ROOSEVELT y René CASSIN.

para dar a entender lo que quiere decir, a través de vocablos o movimientos corporales con los que se busca transmitir sus ideas o pensamientos por actos libres de censuras.

A través de la historia, la palabra, el dibujo, las señas, la letra han sido tradicionalmente los instrumentos de la expresión humana. En nuestros días, la imagen, el sonido y el gesto ocupan un lugar en estas nuevas escenas. Los mensajes se han multiplicado y la comunicación se ha universalizado. Hay muchas maneras de expresarnos y de hacer valer la forma de transmitir nuestros sentimientos, pensamientos opiniones o ideas. Ahora gozamos de gran tecnología que rebasa sobre manera ciertos límites de libertades e intimidades. Los diferentes medios se transmiten por las potenciales redes que acortan distancias y de una forma incontrolable llegan a abusar de esa difusión y privacidad en el uso de las vías de comunicación.

Es importante acortar la brecha de la expresión ante la ofensiva masiva como lo son las redes sociales, donde los límites a la intimidad se quedan fuera de contexto legal y rebasan sobremanera el honor individual de las personas.

La libertad de expresión⁴³ debe permitir la creación de la opinión pública de manera positiva y esencial, para darle contenido a los principios del Estado

⁴³ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ DE LA RIVA, Manuel, *La libertad de expresión del militar profesional*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, págs. 19 y sigs. Asimismo, A.A.V.V., coordinador Francisco, BALAGUER CALLEJON, *Manual de Derecho Constitucional*, *op.cit.*, pág. 176. BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, *o. u. c.* pág. 95. LLAMAZAREZ CALZADILLA, M^a Cruz, *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 2009. págs. 40 y sigs. HERRERO-TEJEDOR, Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Colex, Madrid, 1998, págs. 115 y sig. VILLAVERDE, Ignacio, *Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo*, Fragua, España, 1997, pág. 16. MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 31y sigs. CREMADES, Javier, *Los límites de la libertad*

constitucional, como lo son, por ejemplo, el derecho a la información, el derecho de petición o los derechos en materia de participación política. La existencia de una opinión pública libre y robusta también es una condición para el funcionamiento de la democracia representativa.

El intercambio de opiniones e informaciones que se originan con la discusión pública, contribuye a formar la opinión personal, que, al juntarse con las demás integrantes de la comunidad, conforman la opinión pública, que acaba manifestándose como voluntad jurídica del Estado⁴⁴.

Las opiniones públicas son las libertades que se desarrollan en un doble plano, tanto individual o civil, como público o político. Las libertades civiles e individuales, afectan la libertad privada, como única limitación de los sujetos activos. Las libertades públicas integran la libre opinión, la cual desempeña un papel básico en la vida política y social de una población en la que debe emanar un estado de igualdad y de libertades de pureza jurídica, respetando la parte privada de la persona.

La opinión pública es la parte angular de la libertad de expresión; un término luhmanniano nos detalla la “estructura temática de la comunicación pública”, donde los ciudadanos ya no discuten sobre temas de interés público ni llegan a ningún consenso, sino que los medios están encargados de ofrecer y los ciudadanos de aceptar un conjunto de temas presentados como relevantes, que sirven de referente orientación y reducción de la complejidad social.

de expresión en el ordenamiento jurídico español, La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, págs. 65 y sig.

⁴⁴ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *o. u. c.*, pág.70. En este sentido. “La regulación jurídica sustantiva dependerá finalmente de orientaciones morales y culturales; pero el Derecho puede promover una discusión pública que permita desarrollar y asentar un entendimiento compartido de los principios que sustentan el Estado democrático de Derecho”.

N. LUHMANN, continuador de la teoría sistemática de Parsons, parte del supuesto de la complejidad de la sociedad actual y de la necesidad de buscar mecanismos reductores de tal complejidad. Entre estos mecanismos reductores cita a la opinión pública, entendiéndola como “la estructura temática de la comunicación colectiva”. El concepto liberal de opinión pública se ha desmoronado (“L’opinion publique n’existe pas”, decía BORDIEU en 1973), pero el tópico sigue existiendo y hay que explicar cuál es su función y cómo se forma en la sociedad actual.

La opinión pública ha perdido el carácter de racionalidad que en un tiempo le daban los liberales: no se le puede confundir con la suma de opiniones y actitudes –tal como se explicaba desde el paradigma dominante–, tampoco es el fruto del consenso ni del diálogo, sino que se traduce en el reconocimiento de temas que nos vienen dados (principalmente desde los medios del poder) como referentes de orientación y de reducción de la complejidad social. La opinión pública no reside en lo razonable de unas opiniones, ni en el poder de una voluntad, sino en la capacidad de los temas para crear estructuras y absorber inseguridad. Es por eso que se encuentra ahora en la “estructura temática” que difunden los medios, una estructura de sentido común, acrítica y receptiva desde los públicos, que se presenta como lugar común de referencia, orientación y salvaguarda de la integración social. La opinión pública se contempla ahora en el espejo de aquellos temas que los medios seleccionan y proponen como universales, necesarios y actuales.

Las teorías sobre opinión pública se deben principalmente al pensamiento alemán; del período clásico se recuerdan a F. VON HOLTZENDORFF y F. TÖNNIES; mientras que entre los contemporáneos se encuentran J. HABERMAS, N. LUHMANN y E. NOELLE-NEUMANN. Existen parámetros en común en todos ellos, pero también hay marcadas diferencias, como el debate mantenido en los años setenta entre HABERMAS y NOELLE-NEUMAN sobre el concepto de opinión pública. El primero (1962) está más en la línea de una concepción jurídico-

política de la opinión pública, concepto que al entender de NOELLE-NEUMANN es inventado y racionalizado y que no puede ser demostrado por métodos empíricos de observación.

N. LUHMANN, reduce el concepto a un conjunto de temas que simplifican la complejidad social y que los ciudadanos, por acción de los medios o del poder, toman como lugar común de referencia y orientación. Aunque la opinión pública pierde en este autor toda connotación ideológica y valorativa, cumple una función política importante de conexión e integración entre los ciudadanos.

La opinión pública, en primer lugar, guarda relación con el concepto de imagen, honor, opinión o reputación (MAQUIAVELO, DAVENANT, DEFOE), una concepción que enlaza con el sistema de valores, tradiciones y costumbres de una comunidad (GLANWILL, LOCKE, ROUSSEAU) y que, al final, actúa como control social (ROSS). Y en segundo lugar, la opinión pública implica la idea de recepción. Las personas –decía HUME- tienen tendencia a observar las opiniones de los demás para no sentirse aislados de su entorno y, trasladando esta observación al terreno político, llegará a afirmar que “todos los gobiernos descansan en opiniones”.

MADISON, más tarde, comentando esta frase, añadirá que si es verdad que todos los gobiernos descansan en la opinión, no es menos verdad que la opinión del individuo se traduce en comportamiento cuando percibe que son muchos los que piensan como uno mismo.

Resumiendo el pensamiento de todos estos autores, NOELLE-NEUMANN concluirá que el hombre tiene “el don de percibir con gran sutileza el desarrollo de las opiniones de su ambiente” y citando a ROUSSEAU definirá la opinión pública como aquello que en la esfera de la controversia puede uno expresar públicamente sin quedarse aislado.

Será este miedo al aislamiento el que despierte en la población el mecanismo psicosocial denominado por NOELLE-NEUMANN, “espiral del silencio”. Ante la alarma que produce toda situación conflictiva, los individuos tienen dos posibilidades: o subirse al carro del vencedor, mostrándose más expresivos y seguros de sí mismos porque sintonizan con la mayoría, o al perder terreno sus ideas, ocultarse en el silencio y el ostracismo. Es aquí, precisamente, donde se distancia del concepto habermasiano de “opinión pública crítica”, al definirla como aquella opinión que puede expresarse en público sin temor a quedar aislado, rompiendo con un concepto restringido de opinión pública y ampliando este concepto a otros objetos distintos de los políticos.

E. NOELLE-NEUMANN, en el artículo “Public Opinión and the Classical Tradition: A Re-evolución” (1979), resume algunas conclusiones que han llevado a cierta confusión sobre el concepto que estamos tratando. En primer lugar, el término “público” se ha entendido normalmente en un sentido jurídico-político, como sinónimo de “asuntos públicos” o “interés público”, cuando en realidad pueden existir otros puntos de vista como, por ejemplo, el tratamiento que pueda hacerse desde la esfera psicosocial (tribunal de juicio y control social), tal como fue explicado por LOCKE, HUME, ROUSSEAU, TOQUEVILLE o ROSS. En segundo lugar, el temor al aislamiento lleva al individuo a un compromiso entre sus propias inclinaciones y las tendencias dominantes que observa el ambiente. Allí donde se detecte este compromiso, podemos suponer que estamos tratando una situación de opinión pública. En tercer lugar, la expresión “opinión pública” se refiere tanto a opinión como a comportamiento (ALLPORT). En cuarto lugar, se debe distinguir cuidadosamente entre opinión pública y opinión publicada. En quinto lugar, las respuestas en las encuestas no son expresiones de opinión pública, entre otras razones porque el elemento público está ausente. Y, finalmente, el término “opinión pública” no puede quedar restringido a ciertas

materias o a las opiniones de personas especialmente cualificadas. Este es un breve análisis que nos hace referencia el autor CÁNDIDO MONZÓN⁴⁵.

II. Significado de la libertad de expresión⁴⁶

⁴⁵ MONZÓN, Cándido, *Opinión Pública, Comunicación y Política*, Segunda Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, págs.167 y sigs.

⁴⁶ CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, «La libertad de expresión en la Constitución Mexicana», *REUNAM*, www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/decoin/cont/, págs. 1 y sig. En otros países democráticos definen en sus *Charta Magna* los derechos fundamentales, reconociendo los derechos a la libertad de expresión, y así mismo deduciendo e interpretando de acuerdo a su realidad social, como es el caso de México. En su art. 6 de la Constitución mexicana, define la libertad de expresión, como parte fundamental de las ideas, en esta se conceptualiza lo siguiente: «*La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, o provoquen algún delito, o perturben el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado*». De esta forma, podemos deducir que en la Constitución mexicana se omiten dos verbos importantes como lo son opinar y pensar, fundamentales para el ejercicio democrático y la manifestación de ideas, que a través de la crítica pudiera lesionar el bien jurídico del sujeto pasivo. Asimismo, «Libertad de Expresión» *Diccionario de Derecho Constitucional*, Editorial Porrúa IJ-UNAM, México, 2002, pág. 361. La definición que hecha con claridad, exactitud y precisión, sobre lo estipulado, escrito en el art. 6 de la Constitución de México es exacto para verificar la naturaleza de la mal aplicación del concepto. «Las limitaciones que menciona el texto constitucional en su art. 6 a la libertad de expresión son cuatro: los ataques a la moral, los derechos de tercero, cuando se provoquen algún delito o cuando se perturbe al orden público. En virtud de la extrema vaguedad de los supuestos mencionados, su interpretación se debe realizar de forma restrictiva, porque de otro modo no sería nada difícil conculcar –en los hechos aduciendo un apoyo constitucional poco preciso- la libertad de expresión, Jesús OROZCO HENRÍQUEZ apunta que (...), los términos sumamente vagos, ambiguos e imprecisos en que encuentran redactadas las limitaciones a la libertad de expresión ---sin que la legislación secundaria, ni la jurisprudencia proporcionen un criterio seguro y fijo para establecer, en qué casos la libre expresión del pensamiento ataca la moral, los derechos de terceros o perturba el orden público--- ha permitido su interpretación y aplicación arbitraria o caprichosa por parte de las autoridades judiciales y administrativas, así como, lo más grave, la abstención frecuente del ciudadano para expresar por razón de la inseguridad jurídica prevaleciente, ya que, se teme que cierta expresión, aun cuando se encuentre protegida en la

La estructura y cuerpo de esta investigación lo continuaré con un análisis profundo del concepto libertad de expresión, empezando por la CE y las definiciones de distintos autores, comparando contenidos del Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Penal, para encontrar un concepto *ad hoc* que desarrolle finalmente el eje central de nuestro trabajo doctoral.

En términos generales, la libertad de expresión es protegida en *stricto sensu* por el art. 20.1 a) de la máxima ley española, como derecho fundamental o derecho subjetivo, desarrollando una finalidad enfocada en las manifestaciones de los individuos a través de las ideas, pensamientos y opiniones requiriéndose necesariamente en un Estado democrático sin excederse de los límites que marca la ley.

Desde un plano general, se tiene que exponer el significado de la libertad de expresión⁴⁷, para ello concretaremos su conceptualización desde el punto de vista material, que reza así: “*El art. 20.1 de la Constitución española*⁴⁸ *reconoce y define los derechos del citado fundamento:*

mayoría de los sistemas democráticos, puede llegar a considerarse proscrita por los órganos del Estado mexicano...».

⁴⁷ LLAMAZAREZ CALZADILLA, M^a. Cruz, *o. u. c.*, pág. 40 y sigs.

⁴⁸ CREMADES, Javier, *o. u. c.*, pág. 44. En este sentido, el TEDH establece su doctrina sobre las relaciones libertad de expresión, derechos de la personalidad, partiendo de las siguientes premisas: La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, sino que está sujeto a diversos límites. Los derechos de la personalidad también deben ser objeto de protección preferente. Es deseable una armónica coexistencia entre unos y otros.

- a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones⁴⁹ mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
- d) *A comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...*”

Bajo este contexto, el art. 20.1 a) consiste en la posibilidad de dar a conocer las propias ideas a los demás. Su objeto, por tanto, está situado en el plano subjetivo, y se concreta en la expresión de los propios pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias (religiosas o no religiosas) y los juicios de valor. En cuanto al contenido utilizado por los medios de información, como la opinión, el reportaje, la investigación para informar y difundir hechos reales, se expone la palabra para criticar acciones de los que directa e indirectamente generan noticia o son parte de la opinión pública, además de realizar llamados de inconformidad ante los gobiernos como representantes de la sociedad. Lo anterior establece la necesidad de distinción entre el concepto de libertad⁵⁰ y el significado de expresión, para evitar en sus

⁴⁹ *Ibidem*, 15. Al respecto, reseñando la historia sobre la opinión, se dio, «el borrador del texto constitucional que conoció la opinión pública el 25 de noviembre de 1977, el derecho a la libertad de expresión no se recogía en el art. 20, sino en el 23, y quedaba configurado de la siguiente forma: «Se reconoce el derecho a expresar y difundir la opinión, usando libremente la palabra, el escrito y la imagen, sin censura previa. Se garantizará la protección de los derechos inherentes a la producción literaria, artística y científica. Se reconoce la libertad de comunicar o recibir información objetiva y veraz por cualquier medio de difusión. Estas libertades tienen sus límites en los preceptos de las leyes y en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. No podrá acordarse el secuestro de publicaciones y demás impresos, salvo mandato judicial y por causa de delito».

⁵⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos BERNAL PULIDO, 2ª Edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pág. 299. La palabra libertad, con independencia de sus connotaciones emocionales, está asociada a la ausencia de trabas impuestas por el poder político, vistas desde un punto jurídico-político. La clase política de forma antagónica, ha hecho de la libertad un dogma de esclavitud social, utilizando a los medios de comunicación para

interpretaciones el choque de normas culturales, que en ocasiones rebasa los límites del respeto propio de la persona.

ROMERO COLOMA⁵¹ precisa que la definición, según dicho artículo, garantiza el mantenimiento de una comunicación y opinión pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenidos reales otros derechos constitucionales. Agrega que el fundamento de una sociedad libre y democrática es la libertad de expresión.

En este sentido, CARERAS ERRA⁵² está de acuerdo en lo fundamentado por la STC 12/1982, la cual precisa el significado de opinión y comunicación pública libre, supone que la diferencia es puramente de semántica y el significado de ambos es idéntico.

Por su parte, Joaquín URÍAS difiere y afirma sobre los elementos esenciales de la libertad de expresión, manifestando que la *opinión pública* es plasmar las ideas sobre un determinado tema dominante en el sujeto social y

obtener controles sociales. Asimismo, CHILLÓN, José Manuel, *Periodismo y objetividad. Entre el rechazo y la ingenuidad y el rechazo «Esbozo de una propuesta»*, Ensayo Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, pág. 96. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *Op. cit.*, pág. 15. También de interés, «Los primeros reconocimientos legales, de rango constitucional, de la libertad concebida como ausencia de limitaciones en función del individuo datan de las postrimerías del siglo XVIII. A mediados del siglo XIX son objeto de la crítica de los pensadores socialistas y anarquistas. y, específicamente, de Karl Marx. A mitades del siglo pasado no tuvo gran influencia esta libertad por las dificultades que pasaron los países y esferas mundiales a través de diferentes guerras». Asimismo, en un contexto penal. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *La Intimidación como Objeto de Protección penal*, Akal, Madrid, 1989, pág. 36.

⁵¹ ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Derecho a la información y la libertad de expresión*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 34.

⁵² CARRERAS SERRA, Francesc de, «La libertad de expresión: un derecho constitucional», *ADCPyDPUB*, Barcelona, 1991, pág. 27.

argumenta que la *comunicación social*⁵³ tiene como objetivo principal asegurar que los ciudadanos cuenten con datos suficientes para formar su opinión. En este caso, se presupone el rol de los medios de información, donde, asegura URÍAS, estos no tienen la función política de hacer llegar a los poderes públicos la opinión de la sociedad, abrogándose en representantes del pueblo, sino la de transmitir a la sociedad hechos y datos que les permitan valorar las posibilidades y carencias de la política en general. En este sentido, la sentencia 6/1981 dice: «*la preservación de esta comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular*».

Es por eso que la libertad de expresión es tan similar a la libertad de información, pues ambas tienen por objeto resaltar o difundir las opiniones o ideas de la persona por su carácter abstracto. En el art. 20.1 a) y d) van ligadas por las expresiones en un sentido profesional de la información y están desprovistas por las notas objetivas que pueden permitir a su autor la posibilidad de demostrar su exactitud. Por lo que las notas subjetivas permiten mayor firmeza cuando las expresiones se refieran a actuaciones que hayan tenido lugar en la gestión de los asuntos públicos y destaca la prevalencia de la libertad de expresión en aquellos casos que van dirigidos a las instituciones públicas o a clases determinadas del Estado.

Es importante precisar que la libertad de expresión no sólo es aplicable a las ideas favorables o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden o

⁵³ TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, vols. I y II, 3ª edic., Madrid, 1992, pág. 34 y sigs. Habla del conjunto de libertades contenidas en el art. 20 CE: «*libertades de comunicación pública*, entendiendo como pública toda aquella que trasciende la propia individualidad, esto es, como toda comunicación posible». Esto desde un contenido intelectual y no sólo de medios de información. Además, el bien jurídico que con el establecimiento constitucional de este derecho se protege no es propiamente la libertad de opinión personal, sino el derecho a comunicar, ésta y otros contenidos informativos, tanto en un ámbito público como privado

molestan, pues aunque tal libertad es importante para todo el mundo, lo es más para un representante electo por el pueblo. En el marco de una polémica política es evidente que un criterio de ponderación obliga a dar preferencia a la libertad de expresión sobre el honor.

Existen diferentes autores que hablan sobre el derecho fundamental de la expresión, utilizando conceptos parecidos a los del art. 20.1 a) CE. Por ejemplo Javier CREMADES⁵⁴, MUÑOZ LORENTE⁵⁵, TOCQUEVILLE⁵⁶, entre otros. La autora, BLANCO QUINTANA, afirma que «el derecho a la libertad de expresión... debido a la naturaleza abstracta de las expresiones citadas, éstas no se presentan a una demostración de su exactitud, lo que hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad –veracidad- o diligencia en su averiguación, que sí opera, en cambio, como límite interno en la libertad de información»⁵⁷.

⁵⁴ CREMADES, Javier, *o. u. c.*, págs. 50 y sigs. Sobre ello, la libertad de expresión protege, no solamente, la manifestación, las opiniones, por medio del escrito o la palabra, la comunicación verbal, los gestos, posturas, muecas, movimientos, actitudes, acciones o cualquier medio de comunicar, sino también protege la parte intelectual por manifestación al exterior o mentalmente concebida, haciendo de la difusión un plano general en un ámbito mayor.

⁵⁵ MUÑOZ LLORENTE, José, «Injurias, Calumnias, y libertades de expresión e información. Elementos de interacción», *La Ley Penal*, núm. 28, Madrid, 2006, pág. 63. Señala que el art. 20.1 a), tiene dos tipos de notas, las objetivas son las que pueden permitir a su autor la posibilidad de demostrar su exactitud, lo que viene a condicionar el reproche que pueda dirigirse a la exteriorización de tales creencias o valoraciones. Las subjetivas permiten mayor firmeza cuando las expresiones se refieren a las actuaciones con carácter de asuntos públicos, se destaca la prevalencia de instituciones públicas.

⁵⁶ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, *op. cit.*, págs. 44 y sigs. La opinión pública tiene dos lados, uno como poder y, por otro, la prensa, como instrumento democrático de la libertad.

⁵⁷ BLANCO QUINTANA, María Jesús, «El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RFDUC*, núm. 93, Madrid, **AÑO**, pág. 64.

Para tener más claro qué es la libertad de expresión hay que definir los términos libertad y expresión por separado. Sobre libertad, se entiende la manifestación, sin obstáculos o censura de expresión, pero con límites de acciones punibles, que invadan la intimidad de las personas afectando su espacio individual, colectivo y jurídico por actos divergentes o de conductas antijurídicas dentro de una sociedad. Por expresión debe entenderse la acción de exteriorizar pensamientos, ideas, opiniones, haciendo valer la ideología, por medio de actos o formas de comunicación, ante los individuos y sociedades, sin lesionar el bien jurídico honor, honra o dignidad de la persona afectada por una conducta humana.

Hemos precisado con la mayor exactitud posible el significado de libertad de expresión, tomando como referencia distintos autores jurídicos, y de este análisis se puede percatar que uno de sus principales elementos es la libertad de opinión pública, vinculada con los medios de comunicación, ya que su función es emitir mensajes de interés público a la sociedad, donde la parte involucrada principalmente es el poder público.

Establecido lo anterior, la opinión pública va ligada a la libertad de expresión, de acuerdo a lo que estipula el art. 20.1 a) CE. Entraremos al estudio de este elemento de la expresión y su libertad de ser transmitida bajo ciertos límites constitucionales, ya que la opinión es protegida por uno de los derechos fundamentales más importantes, como lo es la libertad expresarse, a partir del cual se articulan los valores superiores del ordenamiento jurídico, mediante su conexión directa e inmediata que conllevarían a la existencia de una democracia social, como lo asegura GARCÍA HERRERA⁵⁸.

⁵⁸ GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, «Estado democrático y libertad de expresión (I)», *RFDUC*, núm. 64, Madrid, 1981, pág. 150.

En el próximo apartado hablaremos de la vinculación entre libertad de expresión y opinión pública como uno de los principales elementos del art. 20.1 a). En este sentido, Joaquín URÍAS define a la libertad de expresión, la comunicación pública y la opinión como un conjunto genérico en el que se incluye en cualquier acto comunicativo posible. Menciona la STC 6/1981 y cita “es un derecho fundamental frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que esté aprobado en la ley”. Además nos señala: Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos.

Las libertades de opinión, o libertades públicas, son las actividades que realizan las personas, como la libre asociación de reunión, de manifestación o de espectáculos.

Con el término pública, que es parte de la opinión, se hace referencia a 3 supuestos fundamentales, presentes en éste fenómeno:

- 1.- Pública, se refiere al sujeto de la opinión pública, o que se dirige en público.
- 2.- Se dice pública a aquella opinión exteriorizada que llega a los demás, que se hace notoria.
- 3.- También se dice que es pública la opinión que se dirige al interés público, a la *res pública*, porque es de interés general.

El concepto de libertad de expresión abarca también el de libertad de opinión y dentro del núcleo opinión encontramos a la comunicación pública e interés público. Entendemos que opinión pública, comunicación pública e interés público parecen iguales, pero con percepciones son diferentes. Son parte de las

libertades públicas y estos tres significados marcaran el límite de las libertades de información y expresión, además de distinguir lo público y lo privado de las personas físicas o jurídicas o poderes públicos.

En conclusión, se puede decir que opinión pública es plasmar las ideas sobre un determinado tema dominante en el conjunto social, por ejemplo, los medios de comunicación tienen como función el difundir. La comunicación pública lo que busca es precisamente eso, que se difunda la información para asegurar que los ciudadanos cuenten con datos suficientes para formar su opinión y así ejercer una libertad de pensamiento de ideas que lleve a un interés público como estipula el art. 20.1 a).

III. Libertad de opinión como parte de la libertad de expresión y los medios de comunicación

La libertad de opinión está reconocida en los apartados 1.a), b) y c) del art. 20 CE y concretada en tres realidades distintas: 1) La libertad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. 2) La libertad de reproducción y la creación literaria, artística, científica y técnica. 3) La libertad de cátedra.

Los medios de comunicación crean una nueva realidad que convierten en públicas las opiniones que participan de ella. Pública también hace referencia a la cosa pública, a aquella que atrae a todos y que es de interés general; a las cosas del Estado y a la administración que hacen de ella los gobernantes; aquellas cosas que pertenecen al dominio público. La opinión, en primer lugar, guarda relación con el concepto de imagen, honor y reputación. Y en segundo lugar implica la idea de recepción⁵⁹.

⁵⁹ MONZÓN, Carlos, *op. Cit.*, pág. 176.

Es conveniente señalar que en la libertad de opinar y de informar no hay similitud. El derecho a la información es «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». La diferencia sustancial con la libertad de opinión está en que el derecho a la información no se refiere a la expresión y difusión de ideas subjetivas y diversas, sino a informar sobre hechos objetivos y concretos.

Es por eso que la libertad de expresión, en un sentido de definición constitucional, se transcribe de acuerdo con lo que dice la STC 6/1981 F.J. 3. «El art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos los contenidos reales de otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (*verbi gratia*, las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven».

Esta argumentación jurídica lleva un sentido de libertad de expresión especialmente para los medios de comunicación, una de las partes esenciales del trabajo de esta tesis.

En este sentido, Joaquín URÍAS afirma: «Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas, y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de los hechos y a la

inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión»⁶⁰.

El mensaje injurioso y transmitido por el sujeto activo afectando al sujeto pasivo es uno de los problemas a los que nos podemos enfrentar en los límites, lo que se conoce como la libertad de expresión-opinión *versus* honor. SÁNCHEZ GONZÁLEZ supone que «es acorde a la crítica, por lo que, tiene como objeto que se lesione la tutela del honor, por las palabras mal fundamentadas o con la pretensión de dañar o afectar al sujeto pasivo, por una conducta antijurídica...»⁶¹.

Este es uno de los argumentos primordiales para la tesis. El TC en su sentencia 20/1990 destaca una definición completa del art. 20.1 a): «En la libertad de expresión tiene (...) cabida las creencias y los juicios de valor, las cuales, por su carácter abstracto, están desprovistas de las notas objetivas que pueden permitir a su autor la posibilidad de mostrar su exactitud, lo que viene a condicionar el reproche que pueda dirigirse a la exteriorización de tales creencias o valoraciones. Esta nota acentualmente subjetiva hace que ésta cobre mayor firmeza cuando las expresiones se refieran a actuaciones que hayan tenido lugar en la gestión de los asuntos públicos».

Es por eso, que la Constitución no se limita a proclamar la libertad de expresión, sino que se preocupa del acceso a los medios de comunicación social

⁶⁰ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, *o. u. c.*, pág. 53.

⁶¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *op. cit.*, pág. 17. *Cfr.* En este sentido y citando la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se omiten los verbos, opinar y pensar. En su art. 6 dice; «La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de terceros, o provoquen algún delito, o perturben el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado».

y al ejercicio efectivo de las libertades. El art. 20.3 prevé expresamente la posibilidad de medios de comunicación dependientes del Estado o de cualquier otro ente público. En este sentido GARRIDO FALLA afirma, «reforzar la posibilidad de acceso a los medios de difusión y las de recibir información (...) No ha garantizado el ejercicio del derecho a comunicar información en cualquier caso, lo que materialmente no sería factible, sino que asegura la igualdad de oportunidades entre iguales niveles sociales, políticos y lingüísticos»⁶².

Por tanto, la libertad de expresión se constituye en una libertad determinante en las sociedades democráticas. Sin ella, según SÁNCHEZ GONZÁLEZ, no puede haber participación genuina de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones políticas, y es la piedra angular de todo régimen político. Además, derecho de los ciudadanos frente al poder, puede ser ejercida por cualquier persona física o jurídica nacional o extranjera, sin que lo expresado pueda en ningún caso ser objeto de censura, e independientemente si su difusión fue oral, escrita, o por algún dispositivo electrónico. Por eso, mientras que la libertad de expresión resulta objeto de una declaración de reconocimiento y protección genérica en el art. 20.1 a) CE, sin más, el derecho a la información, ...no tiene por objeto cualquier información, sino sólo la “información veraz”; dicho en otros términos, ...la libertad de información tiene en la veracidad un límite constitucional intrínseco⁶³.

MAGDALENO ALEGRÍA cita al profesor contemporáneo, Owen FISS, quien dice: «la libertad de expresión es un medio o instrumento de autodeterminación colectiva, de opiniones. ...Es la protección de un orador ante la posibilidad de ser

⁶² RODRÍGUEZ E. Carlos, «El ministerio fiscal como institución amparadora de la libertad de expresión», en *Libertad de expresión y derecho penal*, dirigidos por Manuel COBO DE ROSAL, Edersa, Madrid, 1985, pág. 316.

⁶³ GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, NÚÑEZ MARTÍNEZ, María Acracia, NÚÑEZ RIVERO, Cayetano, *El sistema constitucional de derechos y libertades según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial universitas internacional, Madrid, 2006, págs. 270 y sig.

silenciado por el Estado. Trata de proteger la autonomía mediante la limitación de la acción del Estado, se busca evitar la reglamentación de los contenidos de la expresión. Se protege de la autonomía no como un bien en sí mismo, o por ser un medio de autorrealización personal, sino porque en la primera enmienda subyacen unos valores sociales o políticos, protección considera necesaria»⁶⁴.

En este sentido, el profesor MARTÍNEZ SOSPEDRA expone que «la libertad de expresión tienen un papel capital en la información de una institución social que es el presupuesto del sistema democrático: la opinión pública libre. Ésta no puede existir sin aquella; en consecuencia, el Estado democrático es manifiestamente imposible sin la misma. Es además, instrumento necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales indispensables y esenciales al gobierno democrático, como el derecho de participación política, la cual no puede tener efectividad alguna si no es sobre la base de la libertad de expresión. Siendo el Estado constitucional, en su estructura, un sistema basado en la existencia de controles interorgánicos mutuos y de los poderes públicos de la opinión, el mismo exige la existencia de la libertad de expresión, dado que sin ella ningún control del poder es posible»⁶⁵.

Bajo esta perspectiva, el TC español ha seguido los postulados de su homólogo alemán y ha reconocido que las libertades de expresión e información poseen una doble naturaleza: por un lado, el de los derechos públicos subjetivos y, por el otro, que están provistos de una dimensión institucional. Esos postulados también señalan que las libertades de expresión e información no sólo son derechos individuales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, que, a su vez, está indisolublemente ligada al pluralismo político. Así, «la libertad de expresión, y específicamente la libertad de prensa,

⁶⁴ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, *op. cit.*, pág. 51.

⁶⁵ MAGDALENO ALEGRÍA, Antonio, *op. cit.*, pág. 85.

posee un aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político..., en su dimensión institucional o política suponen una garantía de opinión pública libre⁶⁶.

De igual forma la STC 156/1986, de 12 diciembre, F.J. 6, dice: «Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas, e incluso contrapuestas. En este sentido se ha manifestado este Tribunal (...) al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada al pluralismo político».

Ahora bien, Ruiz VADILLO, en su definición del art. 20.1 a) cita a PECES-BARBA, quien afirma que la «libertad de expresión supone el derecho a expresar las ideas sin censura a través de todos los medios de comunicación, incluidos la radio y la televisión. Supone también el derecho a crear empresas periodísticas y el derecho a imprimir, difundir y distribuir los impresos y las publicaciones. Comprende asimismo, los derechos de los profesionales del periodismo, entendiendo como tales a los que se dediquen permanentemente a esa profesión, con las condiciones que se establecen legalmente para ello, a su independencia y a su libertad de opinión, incluida la cláusula de conciencia. Comprende también el derecho de todos a una información objetiva –no veraz, porque eso no se puede asegurar nunca, pero en todo caso de buena fe, para buscar siempre la veracidad-, y este derecho comprende también los de rectificación y de réplica...»⁶⁷.

⁶⁶ *Ibidem*, págs. 82 y sigs.

⁶⁷ RUIZ VADILLO, Enrique, «Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas», en *Libertad de expresión y derecho penal*, dirigidos por Manuel COBO DE ROSAL,

Las opiniones y las noticias son libertades que se ejercen dentro de la sociedad, las desarrollan los medios de comunicación, produciendo un nivel de difusión y repercuten socialmente. Transmiten puntualmente los hechos informando sobre sucesos de interés del público y provocan la opinión pública de la persona que constituye el sistema democrático.

Como ya se había mencionado, la opinión pública ha perdido el carácter de racionalidad que un tiempo le daban los liberales. En este sentido, no se le puede confundir con la suma de opiniones y actitudes –tal como se explicaba desde el paradigma dominante-, no es el fruto del consenso ni del diálogo, sino que se traduce en el reconocimiento de temas que nos vienen dados principalmente desde los medios del poder como referentes de orientación y de reducción de la complejidad social.

La opinión pública reside en la capacidad de los temas para crear estructuras y absorber inseguridad. Es por eso que se encuentra ahora en la “estructura temática” que difunde los medios, una estructura de sentido común, acrítica y receptiva desde los públicos, que se presenta como lugar común de referencia, orientación y salvaguarda de la integración social. La opinión pública se contempla ahora en el espejo de aquellos temas que los medios seleccionan y proponen como universales, necesarios y actuales⁶⁸.

IV. La libertad de expresión en sentido constitucional

Edersa, Madrid, 1985, pág. 83. En sus conclusiones nos dice, «La información es un presupuesto básico de toda sociedad democrática. Es algo más que un derecho porque se necesita de ella. Se trata pues, de un principio ordenador de la comunidad al que no puede renunciarse colectivamente. Habrá personas que quieren informar o no quieren ser informadas, pero solo que individualmente es aceptable no lo es desde el punto de vista social o comunitario».

⁶⁸ MONZÓN, Carlos, *op. Cit.*, pág. 170.

En este capítulo me enfocaré a la libertad de expresión desde un sentido constitucional, donde la igualdad, la libertad y la dignidad, enmarcan la parte esencial de los derechos fundamentales para la protección jurídica del ser humano, los cuales se obtienen por medio de la comunicación, escrita u oral, entre individuos, según su desarrollo o proceso legislativo.

La libertad de expresión, según la CE en su art. 20.1 a), lleva un sentido de esencial similitud entre la dignidad y el honor principalmente, por lo que compararé a la dignidad y la libre expresión, desde el punto de vista constitucional.

En un estado democrático de derecho no cabe interpretar a la Constitución desde opciones religiosas, filosóficas o ideológicas concretas, sino sólo a partir de las exigencias autónomas del método jurídico. En una visión integral, el concepto de dignidad no puede desconocer las dimensiones filosóficas y religiosas, pues, de un lado, éstas preceden al enfoque jurídico y, del otro, la racionalidad del hombre, a la que la dignidad va ligada; se encuentra también relacionada con la existencia de éste en una dimensión moral y espiritual⁶⁹.

La dignidad originalmente hacía referencia a la pertenencia de una persona a determinada posición dentro de una jerarquía social o política reconocida. Por tanto, alguien se comportaba dignamente si lo hacía con relación a su rango o estatus. Aún hoy, el diccionario de la *RAE* señala a la dignidad, en una de sus acepciones, como «el decoro de las personas en la manera de comportarse», o el «cargo o empleo honorífico y de autoridad»⁷⁰.

⁶⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *op. cit.*, pág. 195. RUÍZ MIGUEL, Carlos, “Human dignity: History o fan idea”. Disponible en: <http://web.usc.es/~ruizmini/pdf/dignity.pdf>. (Visitada el 13 de marzo del 2010).

⁷⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22 edición, Disponible en:http://buscon.rae.es/draeI/SrvltGUIBusUusual?TIPO_HTML=2&TIPO_BUS=3&LEMA=dig

Sin embargo, la dignidad en sentido jurídico tiene otra connotación cuyas principales líneas de influencia provienen de la filosofía. Esto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano.

Si bien desde la Antigüedad nos encontramos con precedentes sobre la dignidad, la secularización de la sociedad durante la modernidad convirtió el concepto dignidad, en un elemento de referencia para la construcción, a partir del siglo XVII, de la ética pública (laica) con un fundamento racional⁷¹.

En el sistema kantiano del pensamiento debemos atribuir la dignidad de todo ser dotado de razón y de voluntad⁷². «El respeto que tengo por otros o que otro puede exigirme es el reconocimiento de una dignidad en otros hombres, es decir, el reconocimiento de un valor que carece de precio, de equivalente, por el que el objeto valorado pudiera intercambiarse (...) la humanidad misma es una dignidad, porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por

nidad (Visitada el 20 de abril del 2010). La RAE brinda otras 7 acepciones de la palabra dignidad. La palabra dignidad proviene del latín dignitas-atis que significa, entre otras cosas: excelencia o realce.

⁷¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, Madrid, 2003, pág. 13. A fin de conocer el devenir del concepto de la dignidad, el pensamiento de Confucio, el antiguo. Testamento, SÓCRATES, PLATÓN, CICERÓN, SÉNECA, entre otros. Asimismo, PELÉ, Antonio, analiza el pensamiento de algunos autores representativos desde la antigüedad hasta la ilustración como ARISTÓTELES, DESCARTES, PASCAL, GROCIO y KANT. Véase su tesis doctoral, *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Disponible en: <http://earchivo.uc3m.es/dspace/handle/10016/3052> (Visitada el 15 de abril del 2010).

⁷² JORDANA VELÁZQUEZ, José Luis, *La fundamentación de la dignidad*, editado por Lydia FEITO GRANDE, Universidad Pontificia de Comillas, Comillas, Madrid, 2004, pág. 106.

ningún hombre sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad, en virtud de la cual se eleva sobre todas las cosas»⁷³.

En tal sentido, la persona es un fin en sí misma que no tiene precio ni puede ser sometida a transacción ni tampoco ser utilizada por cualquier voluntad según su deseo y arbitrariedad, por todas las posibilidades, que encierra su condición de ser humano. La concepción formal de KANT, que basa la dignidad en la autonomía como postulado de la razón, tiene el gran valor de conectar dignidad, libertad y autonomía, edificio que desde entonces se mantendrá como explicación básica de esta dignidad de la persona⁷⁴.

La racionalidad de la persona determina que la dimensión corporal o material se encuentran inseparablemente unidas a las dimensiones psíquica, moral o espiritual. Esta prestancia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón, es lo que se llama dignidad de la persona humana y determina su sociabilidad, libertad, responsabilidad y dimensión trascendente⁷⁵.

⁷³ KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Segunda parte, edición de Adela CORTINA, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 335. «Todo cuanto hay en la creación puede ser utilizado simplemente como medio con tal de que quien así lo quiera tenga cierta capacidad para ello; solo el ser humano, y con él cualquier criatura racional, supone un fin en sí mismo. Él es el sujeto de la ley moral, que es sacrosanta, gracias a la autonomía de su libertad». KANT, Immanuele, *Crítica de la razón práctica*, Edición de R.R. ARAMAYO, Alianza Editorial, Madrid, 2000, pág. 183.

⁷⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *op. cit.*, pág. 68. KANT, Immanuel, *La Metafísica de las costumbres*, *op. cit.*, pág. 335.

⁷⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, *op. cit.*, pág. 17. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, dice que «la dignidad de la persona es, pues, el rango de la persona como tal», *op. cit.*, pág. 26. Asimismo, MILLÁN PUELLES, Antonio, señala que «ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales, Persona humana y justicia social».

La dignidad y el honor son dos conceptos que van unidos y que más adelante, se abordarán detalladamente. Es importante tener definido el concepto de dignidad y enlazarlo con los derechos fundamentales y con el bien jurídico que aparece en el art. 208 del CP para hacer el análisis del art. 20.1 a) y d) de la CE.

Cuando hablamos de libertad⁷⁶, se incluye a la libertad de expresión (religiosa, política, filosófica) y, dentro de su esfera jurídica, a la dignidad, la igualdad y los derechos humanos. Estos elementos se han convertido en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y de la comunidad internacional, pues su reconocimiento y protección, no se detienen en las fronteras nacionales de ningún país o gobierno, sino que, constituye una constante supranacional, que busca en todo momento, el respeto de la dignidad de la persona en todas sus expresiones⁷⁷.

En el Derecho Constitucional se señalan a la igualdad, la libertad y la dignidad, como parte de los derechos fundamentales. El tema de libertad de expresión se puede desarrollar en la sociedad, en un marco que proteja a la persona jurídica dentro de los límites que regula la norma, por medio del sendero de la doctrina y la jurisprudencia, como alfiles jurídicos del conocimiento.

Es aquí, donde se retomará el estudio jurídico del art. 20.1 a) CE, una vez repasado brevemente el concepto de dignidad, que constantemente nos encontraremos con paralelas jurídicas. Libertad de expresión y dignidad constituyen el binomio de interés que nos lleva a los límites de lo público o lo privado de la persona física y persona jurídica, que tiene como objetivo la

⁷⁶ En este sentido, SALVADOR CORDERCH, Pablo, *op. cit.*, págs. 11 y sigs.

⁷⁷ Esto ha sido ratificado en la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Véase también GARCÍA LÓPEZ GUERRERO, Luis, *op. cit.*, pág. 59.

protección del bien jurídico honor. Como ya dijimos, algunos autores piensan que la dignidad es objeto jurídico de protección, derivado de la desproporcionalidad de la expresión por medio de la lesión de la conducta o acción típica⁷⁸, del hecho antijurídico⁷⁹ y culpable⁸⁰, que es la injuria. La sanción de esta conducta puede ser atenuante, en caso de los delitos de bagatela o agravante, en los tipos antijurídicos en contra de la injuria grave, como lo son los insultos a SM el Rey, o el exceso de expresión rebasando los límites por los medios de comunicación y los personajes de la vida política o pública, que tienen como consecuencia la pena⁸¹ y su punibilidad⁸².

¿Qué entendemos por libertad de expresión, en materia constitucional? Es necesario indagar sobre esa libertad de expresión, sin separarnos del concepto dignidad y relacionarlo con lo que se manifiesta en los medios de comunicación, pero es también importante marcar el límite de la libertad de expresión sobre las personas o individuos para evitar excesos en el mensaje (que transmita el sujeto activo y lesione al sujeto pasivo) cualquiera que sea, para determinar una estabilidad social, dentro de los estados democráticos.

Con base en lo señalado antes, el encuentro de distintas culturas, el mundo global, la diferencia de razas y creencias religiosas, hacen que estos límites vulneren el sentimiento intrínseco de la persona, por lo que pueden ser excesos de libertad para un modelo de sociedad, o la falta de razón para otro tipo de

⁷⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho Penal Parte General, Teoría Jurídica del Delito*, Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 191.

⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o. u. c.*, pág. 501.

⁸⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 5ª. edic. actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 65.

⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *u. o. c.*, pág. 69.

⁸² *Ibidem*, pág. 66.

convivencia y nos devuelve al camino de saber definir la norma cultural globalizada. En este sentido y de forma concreta se interpreta la ley, la parte tanto cognitiva como volitiva del ser humano, así como el raciocinio al momento de la acción. Es por ello, que se destaca a la dignidad como elemento importante, ya que su vulneración lesiona el bien jurídico honor y rebasa los límites de la intimidad o el respeto por la conducta desplegada del individuo hacia las personas. Asimismo, siguiendo este contexto de la dignidad, otra figura que debe proteger rígidamente la ley, es la niñez y la juventud, como baluartes de la sociedad y de las partes más asequibles de la humanidad.

Como se dijo al inicio de este capítulo la libertad de expresión: «es la piedra angular en la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que (...) quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre»⁸³.

La libertad de expresión es aplicable no sólo a la información, veraz o no veraz. Las ideas tienen una acogida favorable para el debate o la opinión pública, por eso son consideradas como inofensivas o contempladas con indiferencia, respecto de las que ofenden, impactan o inquietan al Estado o a cualquier sector de la población. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el respeto y la difusión de tales ideas son exigencias mínimas del pluralismo, la tolerancia y la apertura de ideas sin las cuales no existiría la sociedad democrática⁸⁴.

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 «*La colegiación obligatoria de periodistas*», del 13 de noviembre de 1985, párr. 70.

⁸⁴ La necesidad de amparar bajo la libertad de expresión también las críticas molestas o inquietantes viene ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso HANDYSIDE contra el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49; Sentencia del caso LINGENS contra Austria, del 8 de julio de 1986; Sentencia del caso

Visto lo anterior, la protección de la libertad de expresión no sólo se extiende al contenido sino también a la forma del mensaje. Su esencialidad en el sistema democrático hará que se permita cierta dosis de exageración o provocación, para que no quede reducida al relato aséptico de los hechos. De ahí que puedan ser merecedoras de protección las expresiones exageradas o, incluso, provocadoras.

La libertad de expresión ha sido reconocida como parte del conjunto de derechos fundamentales. Este especial reconocimiento ha dado lugar a un vinculado núcleo de medidas orientadas a su respeto y garantías en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como al cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado y a la protección judicial rápida y efectiva, a través de los procesos constitucionales⁸⁵.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13 inciso 1), entre otros, reconocen

CASTELLS contra España, del 23 de abril de 1992; Sentencia del caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, del 29 de octubre de 1992 y Sentencia del caso De HAES y GIJSELS contra Bélgica, de 24 de febrero de 1997, párr. 49. Se admite la crítica desfavorable o ácida, en especial cuando va dirigida a políticos o instituciones públicas, los cuales deben tolerar un margen más amplio en la crítica al dedicarse a la gestión de los intereses públicos y estar sometidos a un mayor control social y jurídico. Véase también Informe del Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 31.

⁸⁵ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, *Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio*, Tesis para optar por el grado académico de magíster en Derecho Constitucional, Madrid, 2009, pág. 42.

que la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar el derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

Asimismo, establecen que este derecho no puede estar sujeto a previa censura⁸⁶⁸⁷ sino a responsabilidades ulteriores de quienes lo ejercen desmedida e indebidamente⁸⁸.

En el ámbito interno, la Constitución de España señala que «se reconocen y protegen los derechos (...): A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción» (art. 20 a).

⁸⁶ En España, la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo o de censura. Las normas constitucionales de España (art. 20.2 y 24.7) son lo suficientemente claras e inequívocas al proscribir todo tipo de censura a título de medida anticipada al contenido de un discurso. No se puede censurar de manera previa la difusión de noticias u opiniones sobre un hecho o una persona, que presumiblemente puedan afectar el honor de ésta u otros bienes constitucionalmente protegidos.

⁸⁷ Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que toda medida preventiva del Poder Ejecutivo, del legislador e incluso de los jueces significa inevitablemente el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención, por lo que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85. «La colegiación obligatoria de periodistas», del 13 de noviembre de 1985, párr. 38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230. Chile, 3 de mayo de 1996. Al realizar una comparación entre la Convención Americana y los otros instrumentos universales y regionales, queda claro que el único instrumento que expresamente incluye la prohibición de la censura previa es el interamericano. En efecto, ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art. 19°) ni el Convenio Europeo (art. 10°) ni la Carta Africana (art. 9°) contienen referencias explícitas a la proscripción de toda medida de carácter preventivo a la libertad de expresión.

⁸⁸ Véase también la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión del 2000, elaborado por la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), octubre del 2000 y la Carta Democrática Interamericana del 2001.

Las normas reseñadas sirven para advertir que la libertad de expresión es el derecho a manifestar, comunicar y conocer sin trabas ni censura previa⁸⁹ cualquier tipo de pensamiento, idea, información, opinión, noticia, publicidad, actividad artística, comentario político, entre otros, que pueda ser difundido de las más variadas formas que tiene la comunicación para ser transmitida: oral, escrita, a través de símbolos, por radio, televisión o cualquier otra modalidad⁹⁰.

Ahora bien, la libertad de expresión constituye un elemento central para el desarrollo individual, ya que permite a las personas recibir puntos de vista ajenos y de comunicar su propia opinión y opción de manifestarse. Cuanto más real y participativo sea el debate público, se promueve que los individuos crezcan como ciudadanos. Esta libertad es la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del ser humano en sociedad.

Este derecho cuenta además con una trascendencia social vinculada con el funcionamiento del propio sistema democrático. Cada vez que ha tenido que aplicar el art. 10 de la Convención Europea, la referencia de la libertad de

⁸⁹ STC 13/1985 de 31 enero, Ponente Francisco TOMÁS Y VALIENTE, F.J. 1. En esta sentencia se define: «La censura previa consiste en el control y previo examen oficial del contenido de una obra (publicación, programa, etc.) antes de que ésta sea difundida con el objeto de enjuiciarla con "arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el plácet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario».

⁹⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», *REDCM*, Ministerio de Defensa, núm. 32, 1991, pág. 8. BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pág. 228. Citas tomadas de la Defensoría del Pueblo. Informe N° 48 «Situación de la libertad de expresión en el Perú. Setiembre 1996 Setiembre 2000». Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pág. 8. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php> (Visitada el 11 de marzo del 2010).

expresión, como fundamento de la democracia ha sido constante para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a que la considera una garantía de la circulación de las informaciones que, en una sociedad democrática, constituyen la base de la acción política y proporcionan a los ciudadanos las informaciones necesarias para la creación de una opinión pública libre⁹¹.

Como se puede advertir, la importancia de la libertad de expresión radica en que es un derecho esencial para la protección de la difusión de ideas e informaciones, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre y la creación de un libre mercado de ideas. Es decir, para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad.

Visto lo anterior, el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha delineado su escala de valores y de sucesivas protecciones para distintos tipos de expresión, ya que no todas las expresiones pueden tener excesos o gozar de las libertades ilimitadas, en el prontuario de jurisprudencia se define una escalera de limitaciones y garantías de proporcionalidad expresiva⁹².

Desde un plano jurisprudencial, el insulto o el juicio de valor son formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento u opinión, carecen de protección constitucional. Explicaré la libertad de

⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso Handyside contra el Reino Unido, de 7 de setiembre de 1976: «*La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres*». Véase también FREIXES SANJUÁN, Teresa, «*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación*», *RDCE*, núm. 15, Madrid, 2003, pág. 3. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_015_007.pdf (Visitada el 24 de julio del 2010).

⁹² BASTIDA FREIJEDO, Francisco J. y VILLAVERDE, Ignacio, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación*, Prontuario de Jurisprudencia Constitucional 1981-1998, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 28 y sigs.

expresión constitucional en forma de cascada jurídica. En un primer peldaño se encontraría las opiniones, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como «opiniones inquietantes o hirientes»; esta opinión estaría protegida constitucionalmente por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla. En otro escalón estaría la información, entendiendo por tal la narración veraz de los hechos, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bien constitucionalmente protegidos (por ejemplo, el honor, la intimidad o la propiedad de imagen). En otro nivel estaría la noticia, entendida como la narración veraz de hechos de relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos. Las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión libre. El último peldaño lo ocuparían las falsedades, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad»⁹³.

La ubicación de cada uno de los peldaños jurídicos poseen los niveles que existen al momento de ejercer las expresiones. Tomando como partida las anteriores clasificaciones que se dieron a conocer de cascada jurídica, se explicarán con aportaciones jurisprudenciales los límites al art.20.1 a). BASTIDA y VILLAVERDE, explica la amplia zona gris, difícil de delimitar, entre las informaciones o las falsedades que pueden provocar un daño al art. 20.4 de la CE. En ocasiones puede ser complejo caracterizar el requisito de veracidad y sus contenidos para efecto de proteger la libertad de expresión.

Existen sectores sensibles en cuanto a la regla de la libertad de expresión, son aquellos, en los que de alguna manera interviene el Estado; ese supuesto se puede actualizar, cuando el art. 20.1 a) se ejerce en edificios o terrenos propiedad

⁹³ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., y VILLAVERDE Ignacio, *o. u. c.*, págs. 28 y sig.

del Estado, o bien cuando tiene lugar en sectores públicos, se trata de propaganda gubernamental, se regula la libertad de expresión de los empleados gubernamentales, o cuando esta se ejerce por un particular o por un partido político con cargo a fondos públicos. En todos estos supuestos, así como en muchos otros similares, la regulación es necesaria y el contenido de la libertad de expresión debe ser mantenido, aunque pueda tener matices bajo ciertos supuestos⁹⁴.

Como ha quedado de manifiesto, el TC ha señalado una serie de escalones jurídicos para especificar los límites de la libertad de expresión que se trabajarán en el siguiente apartado de la tesis. El art. 20.1 a) no es ilimitado y tiene un respeto de los derechos ya reconocidos, como lo es la dignidad y la igualdad, pero especialmente en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

V. La libertad de expresión en la jurisprudencia constitucional

Este análisis se realizará de acuerdo con el escalonamiento de valores definido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia para la resolución y aplicación de sus distintas sentencias que refieren al tema⁹⁵.

Como primer escalón de valores está: «El insulto o los juicios de valor formalmente injuriosos e innecesarios para la expresión de una idea, pensamiento

⁹⁴ Vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, *op. cit.*, págs. 33 y sigs. «En esta trabajo se realiza una investigación sobre la libertad de expresión y sus límites en la que se cita continuamente trabajos de la Corte Suprema. De igual manera traduce investigaciones del Profesor Rodney SMOLLA especialista en la materia». Vid SMOLLA, Rodney, *Free Speec in an Open Culture*, de próxima publicación, págs. 11 y sigs.

⁹⁵ BASTIDA FREIJEDO, Francisco J., y VILLAVERDE IGNACIO, *op. cit.*, pág. 361.

u opinión, carecen de protección constitucional».

Primeramente se puede analizar lo que menciona la sentencia 235/200, de 7 noviembre, que define los alcances de la libertad de expresión: *“Los derechos garantizados por el art. 20.1 CE, por tanto, no son sólo expresión de una libertad individual básica sino que se configuran también como elementos conformadores de nuestro sistema político democrático. Así, el art. 20 de la Norma fundamental, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (STC 159/1986, de 16 de diciembre [RTC 1986, 159], F. 6).*

Consecuencia directa del contenido institucional de la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues 'así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe 'sociedad democrática' (por todas, STC 174/2006, de 5 de junio [RTC 2006, 174], F. 4). Por ello mismo hemos afirmado rotundamente que es evidente que al resguardo de la libertad de opinión cabe cualquiera, por equivocada o peligrosa que pueda parecer al lector, incluso las que ataquen al propio sistema democrático. La Constitución, se ha dicho, protege también a quienes la niegan, (STC 176/1995, de 11 de diciembre [RTC 1995, 176], F. 2). Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que

contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población (STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997 [TEDH 1997, 12], 49)''.

«Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama⁹⁶ y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria, calumnia y falta de respeto a las instituciones y autoridades, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal, para el enjuiciamiento de este tipo de delitos»⁹⁷.

⁹⁶ En este Sentido, STC 115/2004, de 12 julio, Ponente Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, RTC 2004, 115, F.J. 2; citando las anteriores SSTC 2/2001, de 15 enero, RTC 2001, 2; F.J. 5; 42/1995, de 18 marzo, RTC 1995, 42, F.J. 2; y 107/1988, de 8 junio, RTC 1988, 107, F.J. 2.

⁹⁷ Así también, en dicha sentencia y manifestando un mismo sentido, podemos agregar, la situación del juez penal se traslade a una distinta opinión o colisión de ideas por el hecho de la parte fundamental, más aún, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE (RCL 1978, 2836) , como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, STC 104/1986, de 13 agosto, Ponente Roberto GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, RTC 1986, 104, F.J. 6 y 7; reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 junio RTC 1990, 105, F.J.. 3 y 4; 85/1992, de 8 junio, RTC 1992, 85, F.J. 4; 136/1994, de 9 mayo, RTC 1994, 136, F.J. 2; 297/1994, de 14 de noviembre, RTC 1994, 297, F.J. 6 y 7; 320/1994, de 28 diciembre, RTC 1994, 320, F. J. 2 y 3; 42/1995, de 18 marzo, RTC 1995, 42, F.J. 2; 19/1996, de

El art. 208 del CP español, en su capítulo tercero define al delito de injuria como «la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Sobre ello, es esencial dar la definición del Código vigente para realizar el análisis jurisprudencial, que se trabajará de acuerdo a la lesión de la dignidad y el honor, bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal, donde los juicios de valor o las opiniones, no rebasen los límites del art. 20.4 de la CE.

En esta sentencia, se pueden apreciar los límites, que son una de las partes medulares de la tesis, donde impone los parámetros necesarios para descifrar en qué casos la libertad de expresión y el tipo subjetivo colisionan, y en qué momento sobrepasan los límites constitucionales en sentido estricto. Al cumplir

12 de febrero, RTC 1996, 19, F.J. 2; 232/1998, de 30 diciembre, RTC 1998, 232, F.J. 5. Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito, SSTC 2/2001, de 15 enero, RTC 2001, 2, F.J. 2; 185/2003, de 27 octubre, RTC 2003, 185, F.J. 5, de manera que la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no es constitucionalmente admisible. Pues si la opinión no es formalmente injuriosa e innecesaria, o la información es veraz, no cabe la sanción penal, ya que la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, debe hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar, ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada, ya que así lo impone la interpretación constitucionalmente conforme de los tipos penales. Se trata, por tanto, de examinar «si la interpretación de la norma penal hecha por los órganos judiciales es compatible con el contenido constitucional de las libertades de expresión e información», STC 105/1983, de 23 noviembre, RTC 1983, 105, F.J. 11 y, por tanto, si la condena penal impugnada constituye o no una decisión constitucionalmente legítima, ya que, como este Tribunal declaró en la STC 111/1993, de 25 marzo, RTC 1993, 111, F.J. 5 y 6, «los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales».

con los elementos del delito, se puede transformar en una conducta tipificada por el *ius puniendi* del Estado, por lo cual, se excede de las zonas limítrofes de forma desproporcional, donde el tipo penal, no conlleva a una *adecuación social* en la expresión.

Ahora bien, la sentencia STC 115/2004, de 12 julio, marca los límites de la Constitución y los límites del sistema punitivo del estado, punto importante que nos hace tocar los principios constitucionales del derecho penal⁹⁸, *Principio de legalidad*⁹⁹, *Principio de igualdad*¹⁰⁰, *Principio de humanidad o respeto a la dignidad humana*¹⁰¹.

Desde un plano general en el derecho penal moderno, POLAINO NAVARRETE¹⁰², dice: «El Derecho penal es, por naturaleza, un ordenamiento legal y jurídicamente limitado, sujeto a garantías normativas y garantizador de derechos y de libertades. Las limitaciones al *Ius puniendi* del Estado controlan el ejercicio y previenen del posible abuso del mismo. Su reconocimiento y

⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, *Fundamentos científicos del Derecho penal*, 5ª. edic. actualizada con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 153 y sigs.

⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o. u. c.*, pág. 154. Brevemente el creador de la obra, dice: «El principio de legalidad penal es exigencia jurídica fundamental del moderno Derecho Penal. ...El principio de legalidad comporta en el orden penal una serie de postulados fundamentales, *las garantías, criminal, penal, jurisdiccional y administrativa* de ejecución, así como las exigencias de legalidad referentes a la determinación de las penas y las medidas de seguridad...».

¹⁰⁰ *Ibidem*, pág. 154. El principio de igualdad está fundamentado en el art. 14 de la CE.

¹⁰¹ *Ibidem*, pág. 155. POLAINO NAVARRETE, cita en su trabajo: «Este espíritu de respeto a la dignidad humana subyace en las obras de los autores de la época, significativamente en el ya legendario Tratado de *De los delitos y penas* (1764), del MARQUÉS DE BECCARIA, o en el *Discurso sobre las penas*, de Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE.

¹⁰² *Ibidem*, pág. 156.

observancia resulta de *trascendental relevancia* para el correcto desarrollo de las funciones del derecho penal».

Los principios citados en líneas anteriores, son axiomas de trabajo que nos llevan a debatir sobre los límites constitucionales y los del sistema punitivo del Estado o mejor nombrados como principios constitucionales del Derecho penal y que serán de vital aportación en el esquema de la tesis y de apoyo en la parte doctrinal.

Entrando en detalle sobre los límites al art. 20.1 a), la Sentencia 278/2005, dice que la resolución judicial no se resuelve por el exceso de la libertad de expresión. El tribunal determina, en los distintos párrafos de la sentencia, y de resolución crucial o final, las facultades que tiene cada instancia judicial para resolver de acuerdo a los criterios del juzgador. En este caso, definir la proporcionalidad de los límites judiciales, tanto constitucionales como penales, de acuerdo a como se haya emitido el mensaje.

Otra de las jurisprudencias que aporta definiciones paralelas a este primer peldaño es la STC 216/2006, la cual indica que la información debe cumplir con una labor de averiguación de los hechos y que puede existir la colisión con el derecho de honor, que opera como límite de la protección constitucional, atentando injustificadamente contra la reputación de una persona. Al final de la sentencia, de la misma manera nos aporta que cuando los involucrados son funcionarios de cargos públicos, estos han de soportar las críticas o revelaciones en protección a la libertad de expresión.

De esta forma, la STC 266/2005 en su fundamento cuarto, nos habla, en relación a nuestro primer escalón, que en caso de cometer el delito de injuria o *contrario sensu* reconozca explícitamente la libertad de opinión. De manera específica establece: «Si la interpretación de la norma penal hecha por los órganos judiciales es compatible con el contenido constitucional de las libertades

de expresión e información, STC 105/1983, de 23 noviembre, RTC 1983, 105, F.J. 11 y, por tanto, si la condena penal impugnada constituye o no una decisión constitucionalmente legítima, ya que, como este Tribunal declaró en la STC 11/1993, de 25 marzo, RTC 1993, 11, F.F.J.J. 5 y 6, los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales»¹⁰³.

En esta sentencia del TC 213/2006¹⁰⁴, de injurias innecesarias y graves son del tipo de ataque de palabras que lesionan el bien jurídico y carecen de protección constitucional, como es el delito de injurias graves a SM el Rey y de la Monarquía que él mismo encarna, aunque no es total tema de este peldaño podemos hacer hincapié por el tipo de insulto realizado contra figura jurídica que está tipificada en el CP español y además, fundamentada en la CE por el art. 18.1.

Con base en lo señalado *ex ante*, otra de las jurisprudencias de importancia para este trabajo, es la STC 9/2007, de 15 enero¹⁰⁵, la cual, en mi

¹⁰³ STC 110/2000, de 5 mayo, F.J. 4, Ponente Tomás S. Vives Antón.

¹⁰⁴ STC 213/2006, de 3 julio, Ponente Roberto GARCÍA CALVO Y MONTIEL esta sentencia describe doctrinalmente la libertad de expresión, así como, los límites para el respeto y la dignidad de la persona. «los límites al derecho a la libertad de expresión se trata, es doctrina constitucional consolidada, SSTC 165/1987, RTC 1987, 165, 107/1988 RTC 1988, 107, 51/1989, RTC 1989, 51, 65/1991, RTC 1991, 65, 105/1990, RTC 1990, 105, 171/1990 RTC 1990, 171, 172/1990, RTC 1990, 172 y 190/1992, RTC 1992, 190, que «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del texto fundamental»

¹⁰⁵ STC 9/2007, de 15 enero, Ponente María Emilia CASAS BAAMONDE, señala primeramente las diferencias en del art. 20.1 a) y d), además de su delimitación con el derecho al honor, más aun, la situación que refiere a la persona pública un trinomio de análisis importante e interesante donde primeramente la libertad de expresión pudiera tener un espacio levemente mayor al honor, por el hecho de ser funcionario público, al respecto la dicha sentencia en su fundamento 7 define «la doctrina de la reciente STC 69/2006, de 13 marzo, RTC 2006, 69, “de aplicación al presente caso, donde se evidencia la extralimitación de un

opinión, aunque lleva un mismo sentido que las anteriores sentencias, en especial a la 278/2005, distingue a libertad de expresión de manera más amplia que la libertad de información, y no opera en ella el límite de veracidad. Además, separa las delimitaciones con el derecho al honor, es así que el honor protege la dignidad de la persona, de las descalificaciones o como dice el primer escalón en estudio, injurias innecesarias, por la manifestación externa de un menosprecio o descrédito, y más aun ante una persona de cargo público¹⁰⁶, donde el choque entre derechos fundamentales demarque ese pequeño hilo que protege ambas posiciones, para hacer valer su garantía y su estado de derecho.

Consecuentemente y haciendo énfasis en el siguiente peldaño jurídico, se haría un análisis de cada escalón de acuerdo a lo que marca la sentencia del TC y

responsable político a la hora de difundir las críticas de hechos que hacen desmerecer en la consideración de los funcionarios que prestan servicios en la administración sobre una base que se ha demostrado inveraz, y que ha incurrido en una contumacia a enmendar tales ofensas al prestigio profesional y al honor personal, (...)”. Subraya el escrito que en dicha Sentencia se afirma que para afectar al honor de la persona aludida basta una individualización indirecta y que la libertad de información de una autoridad pública posee rasgos específicos respecto a la de un ciudadano.

¹⁰⁶ Así la STC 9/2007, Ponente María Emilia CASAS BAAMONDE, da una definición sobre empleado o encargado público que están expuestos a la crítica abierta, «el derecho a la libertad de expresión y de crítica en el ámbito de las personas que desempeñan funciones públicas, que no son solamente aquellas que acceden por elección de los conciudadanos a sus cargos, sino también los funcionarios y empleados públicos que acceden a ellos por su mérito y capacidad a través de los procedimientos de selección establecidos legalmente, ...que al desempeñar voluntariamente un empleo público ha de soportar las críticas. ... Las expresiones que considera lesivas de su honor, estas dañan su prestigio profesional, que, según la jurisprudencia constitucional, STC 282/2000, de 27 noviembre, RTC 2000, 282, constituye una manifestación del honor personal». En confrontación la STC 216/2006 advierte: «En ese contexto, y como ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, éstos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque «duelan, choquen o inquieten», STC 76/1995, de 22 mayo, RTC 1995, 76, o sean «especialmente molestas o hirientes», *contrario sensu* de la STC 9/2007.

tomando en cuenta los límites que nos manifiesta la STC 278/2005, nos enfocaríamos a las opiniones, es decir, los juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para lo que se quiere expresar, aunque contengan lo que se conoce como «opiniones inquietantes o hirientes»¹⁰⁷; esta opinión estaría protegida constitucionalmente¹⁰⁸ por la libertad de expresión y podría tener como contenido incluso la ironía, la sátira y la burla¹⁰⁹.

¹⁰⁷ En este sentido, la STC 125/2007, Ponente Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, define: «El derecho fundamental a la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige por todas, SSTC 6/2000, de 17 enero, RTC 2000, 6, F.J. 5; 49/2001, de 26 febrero, RTC 2001, 49, F.J. 4; 204/2001, de 15 octubre, RTC 2001, 204, F.J. 4 y 181/2006, de 19 junio, RTC 2006, 181, F.J. 4 y 5». En este sentido, la STC 216/2006 en su fundamento 9 refiere: «En ese contexto, y como ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, éstos han de soportar las críticas o las revelaciones aunque «duelan, choquen o inquieten», STC 76/1995, de 22 mayo, RTC 1995, 76, o sean «especialmente molestas o hirientes», STC 192/1999, de 25 de octubre, RTC 1999, 192, o en definitiva, puedan resultar inoportunas o desmesuradas cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este recurso, ninguna de dichas críticas o revelaciones se fundan o dan a conocer datos objetivos que racionalmente puedan afectar a la dignidad y a la opinión pública sobre la honradez del recurrente».

¹⁰⁸ En este caso la STC 49/2001, de 26 febrero, Ponente Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ, RTC 2001, 49, F.J. 5. Enfoca su definición a la protección de la libertad de expresión y sobre los juicios de valor, que no llegan a la injuria, y dice: «Por contra el carácter molesto o hiriente de una opinión o una información, o la crítica evaluación de la conducta personal o profesional de una persona o el juicio sobre su idoneidad profesional, no constituyen de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo dicho, escrito o divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran».

¹⁰⁹ Así la STC 216/2006, Ponente Pascual SALA SÁNCHEZ, refiere a la libertad de expresión de hirientes, sátira o de burla. «En ese contexto, y como ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, éstos han de

El mejor ejemplo en este caso es la caricatura humorística, o cartones críticos, en los que se expresan imágenes. Otro, son los programas de humor o *reality show* o telebasura¹¹⁰, que se realizan o destacan más en el Continente Americano, donde el cotilleo y el exceso de la broma, sobre rasgos físicos o defectos humanos, se pueden volver hasta humillantes para la persona. Por eso se tocó el tema de la dignidad, la cual es base de los parámetros o límites dentro de la libertad de expresión, el honor y la dignidad del individuo.

La caricatura es un tipo de representación exagerada de personas, mediante la cual se deforman rasgos físicos, la vestimenta, las poses, o los modales característicos, con el fin de transmitir un mensaje o idea, la mayoría de veces, sarcástica o irónica del individuo. La caricatura puede ser también el medio para ridiculizar situaciones e instituciones políticas, sociales o religiosas, y los actos de grupos o clases sociales. Incluso asuntos tan graves como la guerra pueden ser transformados en herramientas de diversión por parte de los

soportar las críticas o las revelaciones aunque «duelan, choquen o inquieten», STC 76/1995, de 22 mayo, RTC 1995, 76, o sean «especialmente molestas o hirientes», STC 192/1999, de 25 de octubre, RTC 1999, 192, o en definitiva, puedan resultar inoportunas o desmesuradas cuando, como sucede en el supuesto enjuiciado en este recurso, ninguna de dichas críticas o revelaciones se fundan o dan a conocer datos objetivos que racionalmente puedan afectar a la dignidad y a la opinión pública sobre la honradez del recurrente».

¹¹⁰ Revista Escritura Pública, La Intimidad al Desnudo. España: ¿Líder de “Telebasura”? núm. 59, Septiembre-Octubre, Madrid, 2009, págs. 28 y sigs. «La telerrealidad se ha fusionado con la telebasura en las parillas de programación de las cadenas de televisión, formando una parte de la otra hasta que ser escenario de lo mismo. La RAE define el concepto de telebasura como “conjunto de programas televisivos de muy baja calidad”. Aunque se trate de una definición bastante subjetiva, lo que queda claro es que estos proyectos televisivos calidad, lo que es calidad, no tienen. Aunque se trate de un fenómeno global, no es cierto que las pantallas generalistas de Europa produzcan y emitan el mismo nivel de telebasura. Es rigurosamente falso que nuestros espacios basura de mañana, tarde, noche, y madrugada tengan equivalente en las teles generalísimas de Italia, Francia, Reino Unido, Alemania y ni siquiera en los países del Este».

humoristas. En el ámbito de la política, la caricatura, ha sido uno de los cauces idóneos, a través de la burla, para la vinculación de los sectores populares con una postura crítica respecto a su realidad social¹¹¹.

La libertad de expresión artística es de fundamental importancia en una sociedad democrática. Típicamente sucede en las sociedades no democráticas que la libertad artística y la libertad de circulación de trabajos artísticos son severamente restringidas. Mediante este trabajo creativo, el artista expresa no sólo una visión personal del mundo sino también su visión de la sociedad en la que vive. De este modo, el arte no sólo ayuda a formar la opinión pública¹¹², sino que también es una expresión de ella y puede enfrentar al público con los principales asuntos de actualidad¹¹³.

Siendo la caricatura irreverente y contestataria, constituye una forma de opinar o emitir juicios de valor respecto a las autoridades y una forma de llamar la atención mediante el humor sobre determinadas situaciones, actividades e instituciones. Por ello, puede resultar complejo establecer un límite para el género del humor, en general, pues siempre juega al filo del reglamento de lo correcto e incorrecto para caricaturizarlo o burlarse. Es siempre controversial en cualquier ámbito. Y, en tanto, es propio de la creación satírica la provocación y exageración, éstas resultan conformes al derecho, sin rebasar ese límite constitucional para llegar al delito de injuria, por la parte actora que con su humor no ataca la heteroestima, sólo difunde un contenido de tipo social.

¹¹¹ Véase al respecto como ejemplo de esta crítica valiosa, las caricaturas que se hicieron sobre la Segunda Guerra Mundial. Disponible en: <http://www.taringa.net/posts/imagenes/1311897/Caricaturas-2%C2%BA-Guerra-Mundial.html> (Visitada el 26 de abril del 2010).

¹¹² D'ADAMO, Orlando, GARCÍA BEAUDOUX, Virginia, FREIDENBERG, Flavia, *Medios de Comunicación y Opinión Pública*, Mc Graw Hill, Madrid, 2007, pág. 165.

¹¹³ Comisión Europea de Derechos Humanos. Caso "MÜLLER". Informe adoptado el 8 de octubre de 1986, Serie A, núm. 133, párr. 70.

«(...) A pesar de su naturaleza algunas veces cáustica, desde las tempranas caricaturas que retrataban a George WASHINGTON como un asno, hasta los presentes días, las representaciones gráficas y las caricaturas satíricas han jugado un rol prominente en el debate público y político»¹¹⁴.

El humor, es otra forma de rebasar los límites constitucionales. Cuando se utiliza para fomentar prejuicios, deja de ser beneficioso y se convierte en un difusor y reforzador de vicios sociales, a tal punto que puede hacer agradable el racismo. Una broma, pasa de boca en boca y muchos de los chistes y sobrenombres de los programas cómicos se trasladan a las conversaciones cotidianas y se instalan en las formas de interrelación y dialogo entre las personas. Las personas se burlan de los otros porque creen que es algo normal, presentándose así la humillación y el prejuicio como algo inevitable y gracioso, hasta prácticamente inofensivo¹¹⁵.

¹¹⁴ Corte Suprema de Estados Unidos. Sentencia del caso “Hustler MAGAZINE Inc. Vs FALWELL” (485 U.S. 46,54) citada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “D” de Argentina. Del caso BUSSI, Ricardo contra PERGOLINI, Mario y otros. Expediente N° 73.858/01 (57-u). Disponible en: <http://derechodelacomunicacion.blogspot.com/2008/04/bussi-c-pergolini-s-ds-y-pjsstira-7305.html> (Visitada el 29 de abril del 2010). PORTOCARRERO, Gonzalo, señala que el humor, implica ante todo, una suerte de contrato en el que al cómico no le importa la verdad o falsedad de lo que se muestra, ni lo feo o bonito de su representación, solo le importa hacer reír. Facultad de Ciencias y Artes de la Comunicación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Revista Impresión, Noviembre de 1999, núm. 00, pág. 13. Disponible en: www.pucp.edu.pe/facultad/comunicaciones/images/documentos/impresion00.pdf (Visitada el 7 de abril del 2010).

¹¹⁵ En el caso del Perú, están habituados a las codificaciones y decodificaciones racistas que estas suelen pasarnos desapercibidas, en particular cuando no las acompaña una violencia ostensible. Forman parte de nuestra cotidianeidad en donde las bromas racistas en el espacio social son los predilectos. Esto es lo que se conoce como el “racismo aversivo”, es decir, el racismo encubierto e inconsciente que sale a relucir en situaciones cuando el autocontrol se pierde. BRUCE, Jorge, *Nos habíamos choleado tanto*, op. cit., pág. 68. Véase también CAYCHO,

En conclusión, los programas humorísticos de la televisión latinoamericana o hispana utilizan frecuentemente bromas vinculadas al color de la piel de las personas. Un humor de esta naturaleza enfatiza y difunde estereotipos denigrantes y contribuye a reforzar prejuicios negativos en el imaginario social contra determinado grupo en razón de su apariencia física. Tales acciones, con el tiempo, pueden convertirse en discriminación contra grupos específicos. La diferenciación y desvalorización es tomada como algo natural.

En otro escalón número tres es la información, entendida como la narración veraz de los hechos¹¹⁶, que estaría protegida como regla general, a menos que vulnere otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, como el honor o la intimidad.

Este tercer peldaño es uno de los más importantes para el tema que se abarcará en síntesis. Líneas más adelante se mencionarán definiciones de diferentes ópticas jurídicas, para tratar el tema libertad de información *versus* honor. Se conjugan aquí una serie de partidas, definiciones, y de puntos sensibles como es el respeto al derecho humano, por manifestaciones exteriorizadas ya sea por individuos o principalmente por medios de comunicación, que pueden llegar a rebasar esa línea íntima o de privacidad, la cual, puede lesionar la autoestima o la psicología de la persona, por expresiones excesivas o fuera de lugar, que

Carlos. “Dosis de humor y racismo en la televisión peruana”. Disponible en: <http://www.aduni.com.pe/ururi/25/links/08-09.pdf> (Visitada el 18 de marzo del 2010).

¹¹⁶ Así la STC 216/2006, ya citada, apunta «no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero, STC 192/1999, de 25 octubre, RTC 1999, 192, F.J. 6».

lleguen al insulto o la injuria inexcusable, que rebase el derecho a la información.

El derecho al honor e intimidad, es la otra parte que complementa este trabajo. Como ya se mencionó, es la balanza para limitar las manifestaciones con aspectos subjetivos que incitan al ataque mediante expresiones inadecuadas.

La STC 185/2007, de 12 marzo, expone su equilibrio hacia el derecho del art. 20.1 a) y d), y precisa que «está limitado por el derecho a la libertad de expresión. No toda crítica o información sobre la actividad profesional constituye una afrenta al honor: la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor»¹¹⁷. Respecto al honor, podemos complementar que la STC 216/2006 da una definición puntual de lo que es el fundamento 18.1 de la CE. «El honor... protege frente a la divulgación de hechos privados o públicos que produzcan un efecto difamatorio y puedan entenderse como tal, por una persona de sensibilidad media, sin que deba extenderse la protección jurídica a los casos en que la ofensa tenga en origen la especial sensibilidad o susceptibilidad de la persona aludida...».

WELZEL define el honor como «un aspecto de la dignidad que tiene cada persona por el hecho de serlo. Por ello, al honor le corresponde la pretensión de no ser disminuido inmerecidamente por debajo de la honra real (*Ehrbestand*)»¹¹⁸.

¹¹⁷ STC 185/2007, de 12 marzo, Ponente María Emilia CASAS BAAMONDE en su resumen, valora la definición a la crítica protegida por el art. 20.1 a) y d). *Contrario sensú*, la STC 216/2006, evalúa, aprecia, su definición al concepto de honor, definido de forma amplia en sus antecedentes.

¹¹⁸ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, coordinación dirigida por: JAÉN VALLEJO, Manuel, MORENO Y BRAVO, Emilio, SILVA CASTAÑO, M.^a Luisa, *Delitos Contra el honor*, Cuadernos “Luis JIMÉNEZ DE ASÚA”, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 5. El autor cita *Das Deutsche Strafrecht*, 11^a. edic. 1969, pág. 303.

Existen diferentes conceptos de honor, los cuales serán confrontados entre los autores que han escrito sobre el tema. BECCARIA, sobre la noción honor, dice que «es una de aquellas que ha servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente».

El Tribunal Supremo da una definición diferente a la anterior: «Aún las personas más degradadas o envilecidas, conservan, a un modo de oasis, dignidad, que no es lícito profanar, ofender y lesionar, siendo preciso también destacar que el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española»¹¹⁹.

La intimidad¹²⁰ es otro de los temas resguardados por el honor de manera primordial y delicadamente tratado por la importancia que tiene de salvaguardar la dignidad de la persona de la palabra o la expresión injuriosa que pueda dañar los delgados hilos del respeto al individuo como tal.

En este sentido, GÓMEZ PAVÓN¹²¹ define a la intimidad como « aquella parcela de la libertad necesaria para lograr el desarrollo pleno de la personalidad, no contemplando únicamente su aspecto garantizador, y sobre todo excluyente».

¹¹⁹ Para más detalle buscar en el libro de JAEN VALLEJO, Manuel, *op. cit.*, pág. 149.

¹²⁰ GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *op. cit.*, pág. 30. La autora aporta la primer definición de Intimidad: “La primera definición de intimidad o privacidad, (...), es el juez norteamericano COOLEY que en 1873 en 9 *The Elements of Torts* la definió como «el derecho a ser dejado en paz», aún cuando la expresión inglesa («The right to bel et alone») pueda traducirse correctamente como el «derecho a ser dejado solo y tranquilo».

¹²¹ *Ibidem*, pág. 63.

Es necesario mencionar el derecho a la información-intimidad, lo que es paralelo a la libertad de expresión y el honor; van hermanados en la protección del bien jurídico, de acuerdo con cada uno de sus incisos del art. 20.1 de la CE.

Así concebido, el honor no tiene que resultar equivalente a la intimidad, aunque puedan coincidir en algunos aspectos. Un ataque al honor no tiene que suponer la revelación de informaciones pertenecientes a la intimidad, o privacidad, si se admite esta diferencia entre ambas esferas. Una expresión que ataque al honor puede versar tanto sobre la esfera privada o pública del individuo, pero que lesione su dignidad. Desde este punto de vista resultará más extenso que el derecho a la intimidad, aunque como veremos a continuación un ataque a esta última no tiene que consistir necesariamente en el conocimiento, con o sin divulgación, de algo deshonroso perteneciente a la intimidad¹²².

Con base en la definición antes expuesta, se puede citar una resolución judicial actual, que nos lleva a delimitar entre lo público y lo privado. Lo atractivo de esta resolución es una de las figuras jurídicas que se protegen en España y Alemania, que es la imagen del menor. A continuación se expondrá el delito contra la integridad moral por la difusión de imágenes íntimas de una menor entre sus compañeros de colegio con la finalidad de humillarla y causando un grave daño a su dignidad¹²³.

«Delito contra la integridad moral.- Acoso escolar o *bullying*¹²⁴. *Difusión de imágenes íntimas de la víctima por los acusados* vía Messenger entre sus

¹²² *Ibidem*, pág. 25.

¹²³ PERIODICO LA LEY núm. 7326 «En el Fallo judicial de la audiencia provincial, nos dice: La Audiencia Provincial desestima y confirma la sentencia de condena del Juzgado de Menores núm. 1 de Valencia por el delito contra la integridad moral y falta de Injurias.

¹²⁴ BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La comunidad educativa ante el acoso escolar o *bullying*. La responsabilidad civil de los centros docentes», *Periódico la Ley*, núm. 7359, Madrid, 2010, págs. 1 y sigs.

compañeros de colegio. Finalidad de humillarla y causar grave daño a su dignidad. Gravedad de los hechos que impide la aplicación de la falta de vejaciones».

«El tipo del art. 173.1 CP requiere, como elementos configuradores, los siguientes: a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; c) Que el comportamiento sea degradado o humillante con especial incidencia con el concepto de dignidad de la persona-víctima. ...En el caso –difusión de imágenes íntimas de la víctima. ...entre sus compañeros de colegio vía Messenger, (...) una sola acción que tenga la suficiente gravedad como para integrar los demás elementos del tipo, el ánimo de humillar y el efectivo padecimiento. El quebranto de la integridad moral que exige del tipo como resultado, debe ser grave, Por ello, aunque la acción fuera sola, sus efectos perduraron con la progresiva difusión de las imágenes y con ella, el sufrimiento de la víctima. ...

Respecto a la intimidad como derecho fundamental y el honor, parece necesario para un sector doctrinal, ya que aún tratándose en el fondo del derecho a la intimidad, su inclusión en el honor, no resulta del todo claro, de acuerdo con el derecho positivo. Por tanto, a pesar de que puedan ser diferentes, desde el punto de vista penal, el derecho a la propia imagen pierde su sustantividad, como se expuso en la resolución del delito contra la integridad moral y la protección de la imagen de la menor, y su reconocimiento constitucional cumple la función óptica punitiva, de señalar su pertenencia al honor o a la intimidad cuando lesione también estos bienes jurídicos y su categoría de derecho a la personalidad¹²⁵.

El honor y la intimidad son bienes jurídicos que protege el derecho penal y forman parte de los derechos fundamentales y marcan los límites jurídicos.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 27.

Existe incertidumbre en la aplicación del delito de injurias, pues en ocasiones se puede interpretar, lo que se ve con ventaja por la falta de precisión de diferenciar entre los bienes jurídicos mencionados en este peldaño; más adelante se profundizará en esas ventajas que lleva la figura jurídica de injurias.

En otro nivel, o punto número cuatro, es la noticia, entendida como la narración veraz de hechos¹²⁶ que tienen relevancia pública, ya sea por los hechos en sí mismos, o por las personas que intervienen en ellos; las noticias contribuyen de manera destacada a la creación de la opinión libre¹²⁷.

El requisito de la veracidad deberá entenderse por cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo, una investigación exhaustiva que no lesione bienes jurídicos, de acuerdo con la difusión de la noticia; una labor de averiguación de los hechos sobre los que

¹²⁶ En la sentencia del TC 216/2006, F.J. 8, especifica la definición de la veracidad de la noticia. «De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información, SSTC 21/2000, de 31 enero, RTC 2000, 21, F.J. 5; 46/2002, de 25 febrero, RTC 2002, 46, F.J. 6; 52/2002, de 25 febrero, RTC 2002, 52, F.J. 6; 148/2002, de 15 julio, RTC 2002, 148, F.J. 5; 53/2006, de 27 febrero, RTC 2006, 53, F.J. 6».

¹²⁷ En este sentido, la STC 6/1981, de 16 de marzo, RTC 1981, 6, al poner reiteradamente de manifiesto que el derecho a la información no sólo protege un interés individual, sino que entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político". STC 159/1986, de 16 diciembre, RTC 1986, 159, F.J. 6; también, SSTC 107/1988, de 8 junio, RTC 1988, 107, F.J. 2; 121/1989, de 3 julio, RTC 1989, 121, F.J. 2; 85/1992, de 8 junio, RTC 1992, 85, F.J. 4; 336/1993, de 15 noviembre, RTC 1993, 336, F.J. 4; 132/1995, de 11 septiembre, RTC 1995, 132, F.J. 4; 192/1999, de 25 de octubre, RTC 1999, 192, F.J. 8; 110/2000, de 5 de mayo, RTC 2000, 110, F.J. 8; 232/2002, de 9 diciembre, RTC 2002, 232, F.J. 4. Como afirma la STC 101/2003, de 2 junio, RTC 2003, 101.

versa la información deberá ser sustentada por el reportero o periodista y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información¹²⁸. En este caso, la noticia tendrá una narración verdadera, conforme a los sucesos acontecidos como lo estipula el art. 20.1 a) y d).

Se debe precisar, según las STC 192/1999, de 25 octubre, RTC 1999, 192, F.J. 6, que no es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar; no obstante, la veracidad, el fondo y la forma informativa, pueden resultar lesivos del honor de un tercero.

El autor MAGRO SERVET hace referencia del interés de relevancia de la información divulgada, aparte de otras, SSTC 107/1988; 171/1990; 214/1991; 40/1992; 85/1993; 200/1998, como presupuesto de la misma idea de «noticia» y como indicio de correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa.

Además, destaca este autor que es ilícito utilizar expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones innecesarias para el recto ejercicio de la libertad ejercitada. Por ello, no merecen protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas y vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa, o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afectan a su honor y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información, SSTC números 138/1996 y 200/1998. Respecto de la libertad de

¹²⁸ Así las SSTC 21/2000, de 31 enero, RTC 2000, 21, F.J. 5; 46/2002, de 25 febrero, RTC 2002, 46, F.J. 6; 52/2002, de 25 febrero, RTC 2002, 52, F.J. 6; 148/2002, de 15 julio, RTC 2002, 148, F.J. 5; 53/2006, de 27 febrero, RTC 2006, 53, F.J. 6. Estas sentencias refieren a la veracidad del informador conforme a derecho.

expresión, si bien es de naturaleza más amplia porque no opera el requisito de veracidad, tiene declarado el Tribunal Constitucional que aparezcan desprovistas del valor de justificación, las frases formales injuriosas, o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa, STC 107/1998, o cuando las expresiones vertidas aparecen como calificaciones de la conducta sobre la que se informa y formuladoras de conjeturas atributivas de otros hechos ajenos a los comprendidos en la información, STC 200/1998¹²⁹.

En el último peldaño se encontrarían las falsedades, es decir, los rumores o insidias que pretenden disfrazarse a través de una narración neutral de hechos y que en realidad carecen por completo de veracidad.

En este sentido, se busca que dentro de los límites del art. 20.1 a) y d), la veracidad del comunicador, y lo publicado o difundido, no hagan chocar a los elementos fundamentales que protegen a la libertad de expresión y el honor¹³⁰.

Dentro de los requisitos de la prevalencia, BARRERO ORTEGA¹³¹ dice que: «El Tribunal Constitucional tiene declarado que, para que la libertad de

¹²⁹ MAGRO SERVET, Vicente, *op. cit.*, pág. 116.

¹³⁰ En palabras de BARRERO ORTEGA, Abraham, *op. cit.*, pág. 56. «...La precisión del ámbito constitucionalmente protegido también la realiza el Tribunal Constitucional al señalar que el ejercicio de las libertades de expresión e información será prevalente siempre que se den las circunstancias de relevancia pública, veracidad, y transmisión adecuada del juicio de valor o de la información. Se culmina así, en esta fase, la importancia del *balancing* del Tribunal Supremo norteamericano que convierte a la libertad de información en una libertad preferente, dotándola de un núcleo resistente, indeclinable, aun cuando choquen con otros derechos constitucionales».

¹³¹ BARRERO ORTEGA, Abraham, *op. cit.*, pág. 57. Ej. “Las circunstancias que rodean al derecho a la propia imagen son especiales. La veracidad y la transmisión adecuada son consustanciales a la imagen y la relevancia pública diluye el conflicto. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha englobado en la libertad de información la comunicación por medio

expresión prevalezca frente a los derechos del honor y a la intimidad, han de concurrir dos requisitos: el interés general y la transmisión adecuada de la opinión o del juicio de valor. En cambio, cuando se trata de la libertad de información, exige, junto a estos requisitos: la veracidad».

Es importante resaltar que, desde el punto de vista jurídico, no es lo mismo veracidad¹³². La verdad no es una realidad sino un objetivo. En cualquier caso, no parece que la referencia constitucional sea equiparable a las verdades judiciales. Es importante entender el sentido del adjetivo «veraz». La visión de la veracidad debe ser clara desde un punto objetivo y subjetivo. La veracidad la podemos considerar «subjetiva», porque está en función de la actuación del autor de la información, pero tiene siempre que complementarse con la concurrencia de la veracidad «objetiva». El grado de veracidad objetiva exigido es más reducido que el de la subjetiva, y en la práctica no es un requisito determinante para valorar de forma genérica el grado de veracidad de la noticia.

Sobre la veracidad, Jaén VALLEJO, dice: >>Lo que se deduce es que para cumplir la condición de veracidad, basta con el cumplimiento del deber de diligencia por el informador, el cual está obligado a realizar aquellas comprobaciones necesarias para determinar la veracidad de la noticia que va a difundir. Si esta comprobación *ex ante*, es decir, en el momento de ejercitar el derecho, es razonablemente suficiente para dar por acreditada la verdad de la noticia a difundir, el informador habrá cumplido con el requisito de la veracidad, aunque después, *ex post*, al contrastar la veracidad con la realidad, se pruebe su falsedad o, sencillamente, no se puede probar. En cualquier caso, si la noticia es objetivamente veraz, es claro que ese criterio *ex ante* no entrará en consideración,

de la imagen gráfica, sin que pueda darse a la publicación de la fotografía un tratamiento distinto del que merece el conjunto de la información”. En este sentido, STC 132/1995

¹³² URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, *op. cit.*, págs. 98 y sigs. En este mismo sentido MUÑOZ LORENTE, José, *op. cit.*, pág. 15. En su artículo en la Revista la Ley, hace clara distinción entre veracidad y verdad o verdad objetiva.

pues de todos modos, el autor habrá cumplido dicha condición de veracidad. (...) para dar cumplimiento el requisito de la veracidad es la actitud de diligencia y responsabilidad que funda el convencimiento de aquél sobre la verdad de lo que informa «verdad subjetiva»¹³³.

MUÑOZ LORENTE¹³⁴ dice que en las SSTC 171/2004, de 18 octubre y 54/2004, de 15 abril, se define a la veracidad como: «La verdad, y la verdad objetiva, consistirá en la adecuación objetiva entre el hecho acaecido y el mensaje transmitido; esto es, una fiel adecuación total entre lo narrado y lo acaecido (...) el Tribunal Constitucional, exige que los hechos transmitidos sean verdaderos, sino «veraces» (...). El concepto de «veracidad», también denominada «verdad subjetiva», por contraposición de la «verdad objetiva», consiste en transmitir informaciones contrastadas; esto es, informaciones respecto de la persona que las transmite, y después de una diligente constatación, llegue a la conclusión de que es verdadera.

La STC 200/1998 menciona a la libertad de información y define lo que se entiende por veracidad, que es la idea razonable en una diligencia en búsqueda de lo cierto, o en otra forma, constata que la veracidad no puede equipararse a la verdad objetiva, es incontestable por los hechos y por la relevancia de las personas implicadas por el interés público.

La veracidad es el puente para continuar con nuestro análisis detallado de lo que es la libertad de información, donde no sólo se quiere definir de acuerdo a lo que dice el art. 20. 1 d), comunicar o informar, o en lo que exponen la mayoría de las STC, manifestando que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, o sólo estudiar la libertad de expresión versus injurias.

¹³³ *Ibidem*, pág. 16. MUÑOZ LORENTE, una vez más nos define que veracidad es igual a verdad subjetiva por contraposición de la verdad objetiva.

¹³⁴ *Ibidem*, págs. 15 y sig.

La libertad de información puede ser parte del art. 20.1 a), pero la importancia de esta y su división de las otras libertades de el art. 20.1 es factor de análisis. El simple tema de la libertad de información nos llevaría a escribir una tesis completa, conformando sus elementos y sus límites con el honor, la intimidad y la propia imagen, sus elementos o características importantes de dicha libertad, que es la veracidad, relevancia pública¹³⁵ y el uso de esta que tanto se discute en las sentencias del TC, como a continuación se estudiará.

VI. No existe un concepto autónomo o propio de libertad de expresión en Derecho Penal

Como antes mencioné, no existe un concepto que defina lo que es la libertad de expresión desde el punto de vista del Derecho penal, dentro de un Estado democrático funcional, que cubra con las expectativas y que cumpla tanto con la norma penal, como con la norma Constitucional y que, además, establezcan un equilibrio de interés social en momentos determinados.

Establecido lo anterior, definiré como anteriormente lo hice, lo que puede ser un concepto autónomo de Derecho penal.

Libertad: Manifestarse sin obstáculos de expresión, pero con límites de acciones punibles que invadan la intimidad de las personas afectando su espacio jurídico, individual o colectivo, por actos divergentes o antijurídicos dentro de una sociedad.

Expresión: Exteriorizar pensamientos, ideas, opiniones, haciendo valer su ideología, por medio de actos o formas de comunicación, ante los individuos y

¹³⁵ URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín, *op. cit.*, pág. 98. «La *relevancia pública*. Es la segunda condición para el ejercicio legítimo de la libertad de información. ...ha de reunir tres características: *veracidad, relevancia pública y medio de difusión*».

sociedades, sin lesionar el bien jurídico honor y honra o dignidad de la persona afectada por una conducta humana.

Este concepto propio de libertad de expresión y derecho penal, no debe salirse de las definiciones del art. 20.1 a). Esta definición autónoma debe ser paralela a las definiciones que dan los constitucionalistas y ser congruente con las citas por el TEDH. De aquí se va a partir para desarrollar los siguientes capítulos.

Otra definición que nos interesa, para continuar con el trabajo, es la estipulada por el TC en su sentencia 20/1990¹³⁶, del 15 febrero: «La libertad de expresión tiene por objeto la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones y

¹³⁶ STC 20/1990, Ponente Fernando GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL. «Por reprochables que sean los términos con que se expresen las opiniones, no alcanzarán los límites de una conducta merecedora de sanción penal (...), excluida la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. La libertad de expresión no sólo es aplicable a las ideas favorables o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, chocan o molestan, pues aunque tal libertad es importante para todo el mundo, lo es más para un representante elegido por el pueblo, ya que en representación de sus electores llama la atención sobre sus preocupaciones y defiende sus intereses. En el marco de una polémica política es evidente que un criterio de ponderación obliga a dar preferencia a libertad de expresión sobre el honor». En este sentido, Tejedor HERRERO, Fernando, *Legislación y jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Colex, Madrid, 1998, pág. 119. El tribunal ha diferenciado la amplitud del ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitando por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas y opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aún más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad de ideológica garantizada en el art. 16.1 CE., según señala igual en la Sentencia 20/1990, FJ 4.

que en esos conceptos tienen cabida las creencias y los juicios de valor, los cuales, por su carácter abstracto, están desprovistos de las notas objetivas que pueden permitir a su autor la posibilidad de demostrar su exactitud, lo que viene a condicionar el reproche que pueda dirigirse a la exteriorización de tales creencias o valoraciones. Esa nota acentuadamente subjetiva hace que ésta cobre mayor firmeza cuando las expresiones se refieran a actuaciones que hayan tenido lugar en la gestión de los asuntos públicos, (...), el concepto de honor, como cualidad moral del individuo, debe ser sustituido por el de dignidad o prestigio y a quienes se les deba asignar un nivel de protección más débil que el ofrecido a las personas públicas».

Una vez definidas las partes fundamentales de esta tesis, el art. 20.1 a) y d), ambos como derechos fundamentales, partiendo desde el punto de vista constitucional y como excluyentes del delito en colisión con el art. 20.4 de CE como bien jurídico protegido, desde un punto de vista del Derecho penal, seguiré con las definiciones antes expuestas como base sólida para dar fuerza al contenido de libertad de expresión, sobre el honor, la intimidad y la propiedad de imagen que en capítulos posteriores se debatirán los límites entre los arts. 20.4 y 20.1 a) y d).

Faltan muchos detalles por estudiar, pero es fundamental dejar delimitadas las zonas que puede tocar la libertad de expresión y las que pudieran considerarse como excesos de la misma. También es indispensable entrar en la definición de cada uno de los tipos de injuria que marca el CP español, que igual, más adelante en otro capítulo se investigará.

Por eso es necesario tener una definición puntual de libertad de expresión, tanto desde el punto de vista constitucional como penal, y partir de estas para los próximos capítulos, en donde se delimitará el delito de injuria, el bien jurídico honor o dignidad humana o jurídica. Asimismo es importante hacer

notar la diferencia conceptual de la libertad de información, pero teniendo los límites absorbidos por la libertad de expresión.

CAPÍTULO III

HONOR, HISTORIA Y CONCEPTOS

I. Conceptos históricos de honor

A través de los años no tenemos una definición exacta de la palabra honor. Hemos visto de forma acertada una evolución, al definir a la persona o al individuo como tal. Podemos decir que en la actualidad quien goza de honor no se le puede ni debe discriminar o excluir de la sociedad o medio donde se desarrolla. Aunque sabemos que en épocas anteriores el honor lo adquiría sólo un grupo de élite social, en nuestros días los grupos vulnerables son excluidos por sociedades de primer nivel. Asimismo, existen clasificaciones sociales, aunque haya un principio de igualdad, de manera que la dignidad se ve atropellada por un grupo social. Es decir, que como en otros años, no todos los sectores sociales gozan de este derecho.

El honor es uno de los bienes jurídicos más protegidos de la persona. Después de la vida, la dignidad de la persona humana y –ahora- de la persona jurídica, son de relevancia para el buen desarrollo de las esferas sociales, que se simplifica en el respeto de las acciones exteriores.

En el caso de las expresiones, también es importante limitar los excesos de los actos al opinar, informar o divulgar un hecho o una acción pública o privada de la persona humana o de la persona jurídica. El tema de libertad de expresión, libertad de información, honor público y honor privado lo desarrollaré en los siguientes capítulos y será la piedra angular de esta tesis.

Veamos primero el concepto de honor a través del tiempo y las ha evoluciones históricas que ha tenido. En épocas pasadas existía una gran confusión entre honor y dignidad. Por ejemplo, se consideraba un acto de honor, al caballero que podía someter a su rival en un duelo. Aquél que ganara la contienda y saliera airoso podría disfrutar de cierta honra y generar respeto ante la sociedad, pero aquel que perdiera, se quedaba en la deshonra por no demostrar valentía ante su contrincante.

Debemos aclarar que el momento histórico es superficial para este trabajo, sólo se toca como referencia. Como base de partida tenemos al delito injuria que es «*de facto*» como «*de iure*», por lo que se quiere comparar si está hasta hoy perfectamente definido y tipificado.

La injuria comienza su vida histórica de manera muy confusa. La palabra injuria es tremendamente enigmática en los primeros tiempos y tan imprecisa en los derechos romano, germánico y canónico, que no existe en ellos un concepto general de lo que hoy se entiende por delito de injuria. De igual forma, en los tiempos medievales se vive esta confusión histórica. Es en la Edad Media cuando se fragua y desarrolla la vida estricta de la injuria. Antes de ese periodo, no se puede hablar, sino en muy leves atisbos, de injuria como el delito que atenta contra el honor y honra de las personas. Después del Medievo, las aportaciones jurídicas y aun fácticas son escasas para dar una crítica sobre lo que es el honor y la injuria.

La identificación de la injuria en la época romana, o acción judicial que preservaba de los más heterogéneos antijurídicos, como lo que hoy entendemos por injuria o se reconocía como conducta realizada contra el honor u honra de las personas. De las interpretaciones doctrinales a través de la historia, una de las confusiones más importantes es la que se dio en las Partidas, cuando se aseguraba que “Injuria en latín tanto quiere decir en romanze como la deshonrra”, cuando en realidad la injuria romana y la deshonra medieval eran dos

cosas muy dispares. Los caracteres más relevantes de la injuria romana son los de amplitud y ambigüedad. Partiendo de esto, existe una acepción de injuria en Derecho Romano como «inuria», lo injusto, lo contrario a derecho, en cuyo enunciado se comprende toda conducta antijurídica de cualquier índole. Entre esta categoría de hechos en concreto amparados por la acción injuria, encuadrados a los actos que hoy llamaríamos injuria, como delito contra el honor y honra de las personas. De igual forma la injuria en un lento proceso de la Edad Media hasta la Baja Edad Media, se aplicará a esa mínima parte de los hechos, cuya característica común es construir afrenta o ultraje, deshonor o deshonra para otro sujeto.

En el siglo VII y hasta la mitad del siglo XIII, se desarrolló la obra jurídica de Vidal de Canellas, de Alfonso X, que manifiesta la iniciación de la injuria medieval hasta su elaboración jurídica semiplena en la Baja Edad Media. Algunos tratadistas actuales dicen que la injuria medieval solamente es aludida de pasada. Por ejemplo, SÁNCHEZ-ALBORNOZ, dice: «documentos y textos legales nos presentan también desde el siglo XI claras pruebas de la vidriosa estimación de su honor por los nobles de León y de Castilla. La deshonra podía ser de dicho o de hecho y hasta referirse a actos cometidos contra los vasallos o las cosas del hidalgo».

Los criterios a seguir para determinar lo que es injuria a través del tiempo, pueden ser varios, pero casi todos equívocos, ya que la palabra injuria en esta época, equivale a injusto. Tratando de reconstruir la injuria medieval, sería más correcto hablar de afrenta que de injuria.

Entendemos que solamente hay un criterio acertado. Consiste en reconstruir la vida personal y colectiva del hombre medieval, sus ideas, creencias y usos sociales. Y entre éstos, la parte positiva de la injuria, es decir, el honor y la honra. Con este sistema, y apoyándonos en los métodos supletorios dichos anteriormente, nos aproximaremos bastante a la auténtica injuria medieval. Ha de

admitirse que cada época vive y concibe un honor distinto, no sólo como sentimiento individual (honra), sino como creencia colectiva (honor) y que en tal honor influyen los más variados conceptos sociales. Es obvio que cada época basa insensiblemente su vida colectiva en una serie de creencias o valores sociales y éstos repercuten jurídicamente en la vigencia legal de la época, dándole a cada una, en otras instituciones jurídicas, un delito característico, predominante. La injuria, como delito, se configura en la Edad Media, pero también, en parte, la configura y no sólo constituye el delito medieval característico, sino también el caracterizante, en cierto aspecto, de la vida penal del Medievo.

Carecería de sentido y de realidad histórica hablar de injuria sin hacerlo antes de honor y honra. (...). Entrando en el honor es siempre un hecho social con repercusiones jurídicas. Vivido por hombres, tiene todos los caracteres opuestos a cualquier hecho físico, biológico o perteneciente a la naturaleza. Es impalpable, inaprehensible, sin reglas fijas de evolución, ilimitadamente voluble según épocas y lugares. Esta es la justificación de las disquisiciones que hacemos y repetiremos acerca del honor y de la honra para tratar de entender a su secuela la injuria.

El honor es, pues, relativo, mutable, eminentemente social, nutriéndose de las creencias colectivas de cada momento histórico, de la verdad común creída y admitida en cada instante. SAIZ CANTERO, capta jurídicamente esta nota al decir que “es característica del honor protegido su movilidad. Las reglas de valoración cambian no sólo con los tiempos sino también según los distintos círculos culturales, correspondientes a identificar la hora histórica”. De esta variabilidad histórica del honor depende la mutabilidad temporal de la injuria.

Si hoy la injuria es un delito leve, es porque al honor actual podríamos calificarlo, en terminología de DURKHEIM, de simple «hecho colectivo», o, siguiendo a ORTEGA, de un mero «uso social» y aun cabría preguntarse en

fraseología de si en el ámbito del honor y la injuria se actúa hoy por estricta convicción o por adaptación; es decir, si se actúa auténticamente o por presión de la sociedad, pues a veces en las opiniones colectivas se restringen la conducta individual a la convencional.

Muy distinta es la situación histórica del honor, y por tanto de la injuria, en la época Medieval. Es, pues, reconstruyendo el honor imperante colectivamente en aquel entonces, como más se aproxima la presencia de la injuria en las fuentes jurídicas medievales. Imperaba el honor rudo, externo, integral, centrado en valores físicos, tangible, al que corresponde una injuria predominantemente de hecho, manifestada de ordinario en forma de agresiones corporales y en un estricto y limitado catálogo de palabras injuriosas.

Y así se aprecian en las fuentes jurídicas medievales casos de injuria – deshonor en general-, más amplio que injuria) que constituyen directos precedentes de las situaciones literarias de honra de los siglos XVI y XVII; hallaremos casos de venganza colectiva de la afrenta. Por ejemplo en los Fueros de Guadalajara, Salamanca, Calatayud y Usatges de Barcelona, la pena de injuria es idéntica y aún mayor que por homicidio y que en las fuentes medievales es tan grave «deshonrar» a otro o descabargarle que darle muerte.

De manera semejante, en el Derecho Romano se entendió sustancialmente por injuria dos cosas relacionadas, pero distintas entre sí: lo injusto y la acción judicial de injuria. Dentro de esta iban comprendidas la mayoría de conductas que hoy tenemos por injuria. Esta última acepción es, según veremos, la que, unida a la deshonor visigótica y de los textos medievales españoles, formará el núcleo de lo que hoy entendemos por delito de injuria¹³⁷.

¹³⁷ La injuria en el Derecho Romano.- la explica Florián: “su materia es variadísima: comprende todo lo hecho contra la persona como hombre, como ser libre, como ciudadano. Todo lo que concierne al cuerpo, a la posición jurídica, al honor, es injuria y va desde un golpe físico hasta la calumnia, o desde el libelo a la ofensa contra el pudor de una matrona”. Por su

En este tenor, el Derecho Canónico, dice SCHIAPPOLI, el título «*De iniuris*» de las Decretales de Gregorio IX no se ocupa de la injuria en sentido propio, sino de la aceptación del daño ocasionado o sin derecho «*damum iniuria datum*»

Respecto del Derecho Germánico, DEL GIUDICE, señala que «falta en los derechos germánicos el concepto general de la injuria, en el sentido de ofensa al honor, pero en todas las leyes se da acogida a la dignidad y reputación del hombre, según las ideas y las condiciones de la sociedad de aquel tiempo», e incluye entre las injurias reales conductas que sorprenden por su antigüedad como el «el atravesamiento de la vía» y la violación del domicilio o de la paz doméstica. Esto nos indica la superioridad del influjo germánico en la injuria que lo establecido en la parte medieval y la romana.

parte, Ferri afirma: “La pena por injuria varía lógicamente muchísimo, tratándose de un delito tan comprensivo y diverso en sus manifestaciones”. A su vez, Justiniano dice: “*Iniuriam autem committitur non solum, cum quis pugno pulsatus aut fustibus caesus vel etiam verbaratus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sive cuius bona quasi debitoris possessa fuerit ab eo qui intelligebat nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicuius libellum aut Carmen scripserit, composuerit, ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, sive quis matremfamilias aut praetextatum praetextamve assectatus fuerit, sive cuius pudicitia attentata esse dicitur, et denique aliis pluribus modis admitti iniuriam, manifestum est*”. Estas citas refieren por supuesto al momento evolutivo del Derecho Romano. (...). Muy próxima a esta heterogeneidad de que hablan Florián, Ferri y Justiniano, se halla el concepto más conocido de la injuria romana como “in-iuria”, es decir todo aquello perpetrado sin derecho, que va contra la justicia, cualquier injusto. A ella se refiere Ulpiano: “*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne quod non iure fit, iniuria dicitur*”. Lo que para nosotros resulta menos confuso acerca de la consideración jurídica romana sobre la injuria es que realmente la injuria en el Derecho Romano era una acción judicial más que un propio y específico delito. Esta acción se concedía al perjudicado por una serie de hechos muy prolijos, muchos de los cuales nada tenían que ver con lo que hoy entendemos por delito de injuria.

El nacimiento del concepto dignidad de la persona nos hace ver el hilo conductor de todo un proceso en estudio desarrollado con esta palabra, así como la evolución histórica y su adaptación, de acuerdo con el momento histórico y las circunstancias sociales del hecho. El proceso filosófico de la dignidad nos lleva a su conceptualización de manera paralela a la definición de honor.

Forzosamente han de ser reiterativos o, al menos, muy análogos los tipos de injuria de un texto a otro, de una fuente jurídica medieval a otra coetánea. (...). Se ha repetido que el honor sustancialmente es uno en cada momento histórico, dentro de un ámbito espacial extensísimo, de tal modo que las diferencias son casi exclusivamente de matiz, intensidad o grado.

La injuria es directamente proporcional, aunque de signo negativo, al honor, que tiene vigencia en cada momento de la vida humana. Y la idea del honor en el mundo medieval es la de un honor externo, corporal, visible, al que corresponde una injuria tosca, brutal, casuística, poco imaginativa, más de hecho que oral, carente de ironía, de simbolismo y de difamación.¹³⁸

¹³⁸ El texto que más genéricamente recoge esta idea es el Fuero de Tudela, bajo el nombre de Privilegio "*Tourtum per Tortum*", escrito en el año 1127, donde establece que es daño por daño, ofensa o agravio (incluso es muy frecuente en textos medievales que se considere bajo un mismo epígrafe del daño o la injuria, como ocurre en el Fuero general de Navarra). O sea, *Tortum* es sinónimo de injuria o agravio. En el fuero de Viguera y Val de Funes, como veremos, se puede herir impunemente por cualquier ultraje recibido, e incluso se admite la reacción colectiva contra el honor mancillado. Igual exención de pena establece, algunos años después, en 1144, el Fuero de Peralta para el caso de injurias dichas en el concejo, con la particularidad, fijada en el mismo texto, de que por golpes dados en el concejo se impone una pena de quince sueldos, y en el caso de injuria, dicha en el mismo lugar, tales como llamar a otro "gafo", "fornorno", "cornuto", o sodomítico, no se aplica la pena, sino que es legítima la reacción inmediata de golpear al que injurió («...*e percuserit eum super verbum malum, non habeat peito*»)

La idea de honor en Navarra durante los siglos medievales, como general y especialmente lo fue en la legislación pirenaica, influida por francos y catalanes, es equivalente a heredad, fundo o posesión. (...). Se emplea el concepto deshonor ajustadamente en el Fuero de Marañón, al referirse al enigmático verbo «*deschablenaverit*», la palabra deshonor se utiliza en una acepción inmutable en fueros muy antiguos.

En el mismo fuero se emplea la palabra dignidad como participación en los honores de un cuerpo social privilegiado y tal vez como sentimiento íntimo del individuo por esa adscripción. Es el caso que un clérigo deshonor su dignidad, matando a otros hombres o hurtando las cosas.

La fama es otro término de frecuentes concomitancias con injuria y honor, no sólo por ser elemento constitutivo de un delito tan afín a la injuria, como dice SÁNCHEZ-ALBORNOZ: “la honra y la deshonor torturaban a los castellanos, especialmente por la fama favorable o adversa que les acarreaban. La fama constituía la eterna y continua preocupación de todos cada hora”.

De los textos histórico-jurídicos navarros, al igual que de la generalidad de fuentes medievales, se infiere la vivencia en el Medievo de un honor externo y visible al que corresponde una injuria de comisión por acción directa, y en general lesiva físicamente. Así como nos parece ser la injuria el delito característico de la historia penal española, dentro de ella es la modalidad más frecuente y tradicional, más vigorosa y acorde con el signo de esta época la lesión afrentosa, la herida o el golpe ultrajante. Uno de los caracteres más acusados en la historia de la injuria española es, como venimos repitiendo, su indelimitación jurídica con la lesión, y creemos que yerran los tratadistas en la mayoría de casos en que se separan ambos delitos como perfectamente diferenciados entre sí. Conforme avanza el tiempo la injuria verbal se sobrepone

a la de hecho, pero según se retrocede, la injuria corporal, infiere en la exterioridad física de la persona, es más abundante.¹³⁹

En los aragoneses queda confirmada la indistinción y frecuente equivalencia entre lesión e injuria, o bien que la lesión afrentosa constituía la injuria medieval, concepto que consideramos esencial para la historia de la injuria en nuestro derecho. Igualmente la acepción estricta y exacta, si bien no es incorrecta otra más amplia, del «tuerto» medieval es la de agravio o injuria, por donde el *quid* del *Tortum per Tortum*, como el privilegio de los Veinte y del otorgado por Pedro II a los Jurados de Zaragoza, es la licitud de la reacción violenta y aun delictiva, sin el delito y sin pena consecuente, por agravio padecido. Estos privilegios, por su contenido, son hitos destacados en nuestra historia del delito y de entre ellos la particularidad más relevante, muy ibérica, es la concesión del privilegio a toda ciudad, el sentir popular del honor y la honra, la

¹³⁹ La injuria sin *animus iniuriandi* es imposible, pero junto a los móviles clásicos que excusan de ella, vgr: corriendo, narrandi, iocandi, consulendi, etc... este Fuero nos proporciona otro infrecuente y que pudiéramos llamar *animus lucrandi*. El *animus iniuriandi* va embebido en todos los tipos de injuria, pero se le menciona expresamente en varias ocasiones y con diversas fórmulas, cuales son por diabólico furor (...). La *exceptio veritatos* se admite como exculpatoria de la injuria dicha. (pag. 140). (...) los privilegios de Zaragoza y Tudela, nos parece un texto fundamental para la historia de la idea del honor, sentimiento de la honra y delito de injuria en el derecho español. Corroboración de este sentido de tuerto como agravio encontramos repetidamente en Aragón; el Fuero extenso de Jaca, regulando los derechos honoríficos que conserva y pierde la infanzona que casa con villano, habla de que si algún tuerto o deshonor padece la tal infanzona no tenga derecho, vergüenza o dignidad ni reciba pena o indemnización de infanzona («...pero si algún tort o alguna onta li fan, mentre que esta ab son marit uilan, no aya vergoynna, nin prenga dreyt ni emanda de infançona»). Y en la Recopilación de Fueros Medievales Aragoneses anteriores a 1265 encontramos una plena equiparación entre el golpe y la herida recibida y la injuria, hablándose en ellos de infanzón golpeado o deshonorado («infançonus percussus aut deshonoratus...») o de mujer u hombre que clama a la justicia por haber sido golpeado o deshonorado («de homine uel femina qui nenerint clamans de percussionibus uel desonore»).

existencia de un honor colectivo, con participación no sólo de una clase privilegiada, sino de todo un pueblo, así como la anulación axiológica y delictiva del homicidio cuando se encuentra en colisión con cuestiones en donde está de por medio el honor.

Las injurias de comisión por acción, coincidentes literalmente en ambos textos, son las siguientes: apedrear puerta ajena, meter palo por la natura, poner en la puerta ajena huesos o cuernos; en puerta ajena hacer inmundicia, compeler a comer cosa sucia o ponerla en boca o cara de otro, arrojarle huevo, pepinillo o cogonbro, coger a la mujer por los cabellos o arrastrarla de ese modo y arrojarla por la ventana escopetina o casa sucia sobre persona determinada.

De igual modo el término dignidad, central en nuestro tema, se usa en muy análogo sentido al actual, si bien con un acusado matiz de prebenda o a favor concedido y detentado, aludiéndose también a la dignidad de la orden de caballería. Igual permanencia de acepción se da en el vocablo agravamiento, muy citado en esta compilación como expresión más amplia que la propia injuria, que puede comprenderla, pero no siempre implica una acción delictiva.

Repetidamente encontramos la palabra «honor» (unas veces onor; honor otras), empleado como posesión, heredad, concesión, regla de un fondo; raramente, una sola vez, con sentido siquiera aproximado al actual, como parece acontecer cuando se habla de rendir al Rey honor y reverencia («...den al senyor rey onor et reuerencia...»). En cambio, desde muy antes sí estaba perfectamente configurado el concepto de honra, que se repite una y otra vez en esta compilación, tanto en el sentido de reconocimiento como en el de virtudes en general («...honrados proomnes nuestros»; «et sian dispuestos de la onra de su oficio...»), o también como en los aspectos negativos de deshonra, que no siempre, forzosamente, ha de ser injuria, sino que puede abarcar una serie de situaciones heterogéneas.

Generalmente cuando se habla de deshonra en los fueros medievales españoles viene a ser lo mismo que injuria. Fue posteriormente, al colectivizarse más la idea, coincidiendo con la explosión literaria en el Siglo de Oro, cuando parece ser que la deshonra se extiende a otras situaciones, no propiamente injuriosas, sino más bien en el sentido de deshonra sexual.

Es curioso el hecho de la temprana formación del concepto de honra y la tardía del concepto de honor. En el estudio de los más antiguos textos españoles y de otras regiones, hemos encontrado honra y deshonra, ésta se forma casi exclusivamente de injuria, y, en cambio, no vemos hasta bastante más tarde una referencia del honor. Paradójicamente éste surge en Cataluña, Aragón y Navarra en textos jurídicos del feudalismo o, cuando menos, del vasallaje y por trasposición de su primitivo significado (posesión de un territorio por superior concesión) se llega al actual. ...El honor que desemboca en la aceptación que de él usamos ahora, aunque directamente en tales cuerpos legales se tenga una idea del vocablo honor mucho más alejada de la nuestra que tuvieron Grecia y Roma.

Esta anomalía de precedencia temporal de honra sobre honor nos parece que tiene una explicación verosímil; es la misma razón que hace preceder el sentir al pensamiento, lo vivido a lo razonado y que admirablemente explica América CASTRO, cuando dice que «fue grave descuido hablar del concepto honor en 1916 y no de sentimiento de la honra y de su expresión dramática. El idioma distinguía entre la noción ideal y objetivada del honor y esa misma noción funcionante, vitalmente realizada en un proceso de vida singularizada. El honor es, pero la honra pertenece a alguien, actúa y se está moviendo una vida. La lengua literaria distinguía entre el honor como concepto y los «casos de la honra».

La norma en que se manifiesta la importancia dada por aquellos hombres a la deshonra, o injuria, siempre son de interés, por lo que supone para nosotros una mutación de creencias o valores sociales de unas épocas a otras. A este

propósito, se admite como cosa lógica, aunque castigue, que quien oye palabra de desafío, lance dardo contra el retador, lanza o saeta que le ocasione la muerte. En otro lugar se habla de que, si se probare la deshonra, tuerto se dice textualmente, hecha en yermo o poblado, el autor tiene pena de homicidio.

Finalmente, parece apreciarse en el Código de Huesca una regulación de circunstancias modificativas, atenuantes o agravantes, en la injuria, según diversas razones, tales como la estimación de las producidas en yermo o despoblado, taberna o lugares públicos y villa murada, así como el empleo de armas prohibidas, que, aunque no supiéramos que proceden del mismo autor, nos encontraría directamente este texto con el «Vidal Mayor», quien, según vamos a ver inmediatamente, concede un extraordinario margen de influencia a tales circunstancias, es decir, a la mayor o menor severidad en la punición de la injuria, atendiendo a muy variadas razones, móviles y circunstancias.

También se puede mencionar la serie de oraciones gramaticales que rozan la injuria verbal, pero que no la constituyen propiamente, como son las alusiones a las palabras cometidas (“palauras non comedidas”)... (“palauras rudas”) como sinónimo de decir la verdad, en contraposición a las palabras retóricas y adornadas (“...andando en uano por flores rethoricas, es assaber por plauras affeitadas...”). De todas ellas tal vez la más relevante sea la clara diferenciación que establece Vidal entre injurias verbales y la comisión por acción, empleando para éstas la calificación de maltrato (“...denostado por paulauras o maltreito por quoyal se quiere otra injuira...”).

La explicación es que cuando el inferior ofende al más digno, atenta contra el ordenamiento establecido por Dios, ya que, por gracia de éste, por derecho divino pudiéramos decir, se reciben las dignidades (“...que lo crebantán por ordenamiento malo aqueillo que DÍus li dio por su gracia”). Igual es la explicación para disminuir la pena cuando es mayor la dignidad del que hace la injuria y más humilde la condición del que la recibe.

La pena de la injuria debe ser mesurada, si preciso fuere agravada, porque hay muchos hombres maliciosos y malhechores. Con esto llegamos a la finalidad de la pena que debe ser la ejemplaridad y la defensa social, claramente establecidas y explicadas en «Vida Mayor» (Ejemplaridad: “...quar entontz menesteres por exiemplo que la pena del I espante a muitos, et con miedo de la pena sean agreuidos...”. Defensa social: “Et la patz de los pueblos quoando es turbada demanda que sea manera goardada en las cosas de non tener manera...”). Si estas razones se sobreponen en VIDAL DE CANELLAS a otras muchas que hubiera dado cualquiera de sus contemporáneos para castigar severamente la injuria, como, por ejemplo, que la deshonra es el mayor de los males, que es tal como la muerte, etc... demuestra, aparte de que VIDAL era un buen jurista, en cierto modo colocado por encima de la vivienda de su tiempo, que la honra, deshonra e injuria están ahora en un momento de crisis, en el sentido de cambio o evolución.

Dentro de las injurias de mortificación, VIDAL DE CANELLAS aclara cuáles no lo son. Esto ocurre cuando, simplemente, se le llama puta a la mujer, aun siendo casada. Las heridas incruentas son de las más originales y que motivan la injuria por la liviandad y por movimiento de saña repentina y la más anecdótica la que concurre en la injuria verbal por razón de alegar el injuriante que aquel es el lenguaje usado en su pueblo.

El animus iniuriandi está bien captado en VIDAL MAYOR, al caracterizarlo por el pensamiento malo y previo que se tuviere de la injuria o el deseo de corazón de causarla (“...con pensamiento malo, con pensamiento que antes ouiesse y con entendimiento de su coraçon...”).

El arbitrio judicial en la punición de la injuria también parece tener acogida cuando se habla de que las penas deben ser reguladas por muy diversos motivos, entre ellos la firmeza del juez (...). Las restantes normas de injuria en

VIDAL MAYOR son las relativas a procedimientos. Este se inicia por medio de la querrela, o queja del ofendido, que no parece exigir requisitos especiales, sino la simple comparecencia verbal del afrentado diciendo que ha sido golpeado, llagado, perseguido o agarrado, que fue denostado por palabras o maltrecho por cualquier otra injuria. Los testigos, única prueba a que se hace referencia (lo que demuestra en parte que el proceso histórico de la injuria comienza por el hecho, continúa por denuestos y tan sólo en época bastante posterior se introduce gráficamente cometida), han de ser mayores de siete años, si la injuria hubiere sido hecha en lugar de poblado y, en cambio, son recibidos de siete años, cuando lo fuere en yermo. La injuria de palabra solamente puede ser acreditada por el testimonio de hombres barbados.

Finalmente, el juez debe considerar todas las circunstancias que concurrieron en la injuria; teniendo, por otra parte, la pena pecuniaria que se imponga, según la condición social del ofendido. Si es infanzón, recibirá dos partes y una tan solo entre el concejo y juez; pero si el injuriado es villano u hombre de servicio o signo, dichas partes proporcionales se invierten.

La palabra honor se empleaba haciendo referencia a tres conceptos distintos: dignidad, tierra concedida como beneficio o feudo y el propio honor, que es lo que nos interesa. En este sentido, la doctora RODÓN BINUÉ dice que “el significado propio de la palabra honor en el lenguaje del feudalismo en Cataluña es el de dignidad y se aplicó a los cargos que confería el rey, pero como estas dignidades llevaban aparejada una concesión de tierras, se identificó con el fevum, o tierra concedida en feudo”.

Asimismo, el honor que encontramos en Cataluña a lo largo de sus disposiciones es un honor predeterminado y en parte muerto por la relación de vasallaje, no espontáneo; es el honor específico de unas relaciones regladas que se dan entre señores y sometidos. El honor propiamente no lo hallamos en los usatges en forma negativa, es decir como deshonor, y éste se refiere

generalmente a la ruptura del vínculo con el señor, como quebrantamiento de la fidelidad y del vasallaje que impone la concesión del honor, (...), siendo menos frecuente el caso en que el empleo de la palabra deshonor deduzca la probable existencia de una afrenta; tal ocurre en la u. “*si quis vuleneraverit*”, en que se dispone que si alguno matare o hiriere a un caballo u otro animal, montándolo o teniéndolo de la mano algún hombre, enmiende el deshonor de éste. (Es curioso que el término honor aparezca de nuevo ligado a la caballería).

El honor también se maneja como equivalente de daño al patrimonio, como lo emplea el u. “sólidos”, al referirse al deshonor y daño que sufre el dueño de árboles que son talados. Así pues, honor en los usatges de Barcelona es cosa muy distinta que el honor empleado en los textos legales castellanos, tan diferente como el concepto de deshonor en unos y otros. Deshonor en los usatges es perjuicio causado faltando a una obligación debida. No obstante aparece deshonor como concepto de injuria, por ejemplo en usatges “*camini et strate*” y otros.

También como consecuencia del feudalismo, surge la multiplicidad de honores, dignidades y clases sociales, ya que el mismo señor que tenía varios vasallos se encomienda, a su vez, a otro señor más poderoso y éste a otro, y así hasta la multiplicidad de categorías sociales, con el consiguiente sometimiento, en cuerpo y honor, de todas las personas a alguien más fuerte y superior. En este sentido, se entregaban en manos de otros parcelas o fracciones de la personalidad en las que suelen tener libre juego el honor, y la injuria, tales como la protección de la persona y familia, del caudal, la independencia personal; sin embargo, el hecho guerrero y la gesta quedaban excluidos en el feudalismo.

Toda la vida colectiva y la configuración de las clases sociales en Cataluña están referidas al feudalismo, no como ocurre en Castilla por la lucha con los árabes. La autoridad lo es por la función que desempeña en el conjunto de feudos. Las autoridades o cargos fueron muy numerosos en Cataluña durante

la Edad Media, pero siempre en relación con la vida del feudalismo. El feudalismo, que ocupa toda la Edad Media catalana, actuó debilitando la dignidad y el honor personal. Tan propio del feudalismo es el menoscabo de la dignidad personal, como las mismas reglas contenidas en los usatges de Barcelona.

De otro lado, lo que pudiéramos llamar injuria entre particulares, tuvo tanta preponderancia en Cataluña como en el resto de España. En los usatges encontramos al mismo tiempo la injuria que en cualquier texto legal castellano, y se la trata en igual extensión que ellos. La injuria es el delito que produce la Edad Media en cualquier parte del Occidente. Incluso encontramos en Cataluña algunas formas de defensa del honor más caballerescas y poéticas que en otros sitios, con mayores suspicacias sobre el honor ofendido.

La historia nos da un parámetro no muy alejado de la evolución del significado de honor, y cómo nace el término dignidad de la persona, aunque hasta nuestros días las sociedades más precarias siguen careciendo de dignidad. Esto se percibe tanto en pueblos, como etnias, pero más en los países subdesarrollados.

II. Conceptos actuales de honor

Empezaremos por estudiar los límites del honor, así como los artículos 18.1¹⁴⁰ y 20.4 y su colisión con el artículo 20.1 a) y d) de la Constitución española (CE).

¹⁴⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Protección del Honor y de la Intimidad”, *RDP*, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, págs. 97 y 98. En este sentido dice: «El artículo 18 (de la Constitución de 1978) agrupa diversos objetos de protección jurídica, no fácilmente distinguibles entre sí. El honor, la intimidad, la imagen, el domicilio, y el secreto son conceptos respectivamente imbricados y con significados similares, aunque no idénticos. De igual forma ALZAGA, nos dice, «el bien jurídico

Es importante definir honor desde la perspectiva tanto penalista como constitucional. Por eso se estudiarán a distintos autores para enriquecernos de las definiciones que nos llevarán a describir la más precisa idea o concepto.

En este caso, es importante revisar el trasfondo de las definiciones y las evoluciones del honor, ya que a través de los tiempos la cultura social, la parte sociológica y la norma jurídica, han cambiado su estudio a su tiempo y a la estructura de la sociedad. No se puede dejar de comparar ese tipo de situaciones, donde la definición del honor, era para unos cuantos de clase superior; no todos gozaban de ese derecho, y mucho menos las sociedades vulnerables o excluidas.

La norma jurídica que embalsa un tipo de sociedad, y de una ley que se acopla a las circunstancias sociales, eh aquí, la evolución de aquellos tiempos donde existían otro tipo de condiciones. JAKOBS menciona el status de la persona y el régimen de la norma: “el esclavo, en cuanto sujeto que admite su situación, es una persona igual al señor, teniendo en aceptar éste que el esclavo lo es en su condición de antigua persona, y no como sujeto sometido por la mera fuerza”.¹⁴¹

Sintetiza gráficamente un problema evidenciado por su escurridizo y volátil significado, que induce en ocasiones al intérprete a abandonar a cualquier tarea que implique una concreción certera de su contenido. (...), pues el Derecho

protegido en última instancia es la intimidad de la persona, que es, a su vez, corolario de su dignidad, proclamada en el artículo 10». A esto, BAJO FERNÁNDEZ nos dice: Ciertamente, el derecho a la imagen, al secreto o al domicilio no son más que manifestaciones concretas del derecho a la intimidad. (...). De ahí que el artículo 18 de la Constitución gire, a mi entender, alrededor de la protección de dos bienes jurídicos: la intimidad y el honor.

¹⁴¹ JAKOBS, Günther, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Traducción de Manuel CANCIO MELÍA y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1986, pág. 39.i

penal, a pesar de su «tosquedad», no puede permitirse albergar bienes *indeterminados e inciertos*.¹⁴²

En resumidas cuentas, en el año 1986, se mostraron notables reticencias ante la nueva interpretación de adecuación constitucional del conflicto entre el honor y la libertad de expresión e información propugnada por el máximo intérprete de la Constitución y, cuyo punto de inflexión, como se ha señalado, se produjo en el mencionado año 1986 porque, hasta entonces, el propio tribunal Constitucional se encontraba apegado a formulaciones estrictamente tradicionales y excesivamente formalistas, derivadas de una interpretación literal del art. 20.4 de la Constitución.

Esto es, hasta el año 1986, el TC interpretaba que el art. 20.4 de la Constitución recogía unos límites infranqueables a las libertades de expresión e información; dicho en otros términos, cuando se vulneraba o lesionaba el honor de alguien, el conflicto siempre había de resolverse a favor del derecho al honor, dado que el art. 20.4 de la Constitución establecía expresamente como límites de tales libertades –entre otros- el respeto al honor; esto es, se interpretaba literal y formalmente el término respeto, contenido en el art. 20.4 de la Constitución. Ello conllevaba afirmar que el honor era un límite infranqueable que nunca podía traspasar aquellas otras libertades reconocidas en el art. 20 de la Constitución, además de establecer que se trataba de un derecho fundamental de mucha mayor entidad o peso que las libertades de expresión o información; y todo ello, sin contar con que, a través de ese tipo de interpretaciones, el legislador ordinario –al establecer la redacción de los tipos penales- podía fijar y decidir el alcance del texto constitucional desde el Código Penal, ya que en función de lo que éste estableciera como delito contra el honor, no sólo fijaría el contenido y alcance de este derecho fundamental, sino también, el contenido y alcance de las libertades

¹⁴² FERNÁNDEZ BAJO, Miguel, Protección penal del honor, en Comentarios a la legislación penal I (Derecho Penal y Constitucional), Madrid, 1992, pág. 124.

de expresión e información, en mayor extensión sobre estas primeras interpretaciones del TC.¹⁴³

Por una parte, la protección al honor y su estudio histórico es complejo por el cambio de la forma de vida en las sociedades. Los ordenamientos jurídicos van evolucionando y las expectativas de protección del Estado deben acomodarse a las necesidades sociales. A pesar de todo, la parte jurídico sociológica del honor ha cambiado, de acuerdo a las personas, los individuos y sus circunstancias. Existen en la actualidad grupos de personas que se consideran protegidas de ese derecho; de igual forma, existen personas a quienes se les considera al margen del derecho al honor y, por tanto, no susceptibles de ser lesionadas en un honor que no poseen.¹⁴⁴

De igual modo en la codificación española, la protección penal del honor comienza ya en el Código de 1822, que en su Título II de la Parte Segunda, entre los delitos “contra el honor, fama y tranquilidad de las personas” contiene el epígrafe “las calumnias, libelos infamatorios, injurias y revelación de secretos confiados”.

La regulación actual aparece básicamente en el Código penal de 1848. Los rasgos estructurales de aquel texto surgen hasta nuestros días, e incluso determinan el Proyecto de 1980 y de la Propuesta de 1983. Sólo en el Código penal de 1928 aparece fugazmente la figura difamación.

Por otra parte, el Código penal alemán distingue entre injuria (*Beleidigung*), difamación, (*Üble Nachrede*) y calumnia (*Verleumdung*). De manera casi semejante, el Código penal italiano distingue entre injuria (ofensa al honor de una persona presente) y difamación (ofensa o reputación a otro fuera de

¹⁴³ MUÑOZ LORENTE págs. 141 y ss.

¹⁴⁴ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, «La protección del honor y de la fama en el derecho histórico español», *ADUM*, núm. 11, Murcia, 1991, pág. 117.

su presencia). Por su parte, el Código penal portugués, aprobado por Decreto Ley de 23 de septiembre de 1982, distingue entre injuria y difamación, ateniéndose al criterio de la dirección del acto al ofendido o a terceros y configura la calumnia como injuria o difamación realizada con conocimiento de falsedad del imputado.

En el derecho anglosajón, el peso de la protección del honor descansa de las acciones por libelo y, básicamente, se apoya en la vía civil.¹⁴⁵

Por otra parte, en el plano normativo, la protección al honor se recoge de modo implícito en los derechos fundamentales garantizados en las Constituciones. De modo explícito, el derecho al honor (junto con el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) ha sido recogido en los artículos 18 y 53 de la vigente Constitución española. En el plano normativo ordinario la protección del honor ha discurrido en dos esferas distintas: la criminal y la civil.

La persecución criminal de la injuria aparece en los diferentes y sucesivos Códigos penales, desde 1822 hasta el vigente, al tratar los delitos de calumnia e injuria. (...). Con respecto a la injuria pública, y ante el juez y el escribano testigos y cuatro hombres buenos, si las injurias fueron privadas. Estos restos de consideración privatística de la injuria, recogidos todavía en el Código de 1822, desaparecen en los posteriores.

En el Código de 1848 se siguen recogiendo por separado los delitos de calumnia e injurias y se precisa su concepto, clases y penas de prisión y multa. La injuria existe sólo cuando es contra funcionarios por hechos cometidos durante el ejercicio de su cargo. Con respecto a la satisfacción al ofendido, se

¹⁴⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «La libertad de expresión y el derecho al honor», *RFDUG*, núm. 13, Granada, 1987, pág. 239 y sigs.

limita a reconocer que sólo él puede poner en marcha el proceso por injurias y, si perdona al injuriado, desaparece la pena.

La persecución civil para obtener los daños ocasionados por la injuria se basó en el artículo 1.902 del Código Civil, en el que se dice «el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». La cuestión que se debatirá entre los civilistas es la de establecer cuáles son los tipos de daños contemplados en ese texto legal.

En la Ley sobre la Protección del Honor de la Constitución de 1982 se precisa que tiene preferencia la protección penal sobre la civil. El derecho al honor se declara irrenunciable, incluso en cuanto a la protección civil, inalienable e imprescriptible. En cuanto a su contenido, se reconoce que depende en gran medida de las ideas de la sociedad y del concepto del afectado. El derecho al honor está limitado por el interés público y el consentimiento del afectado, que deberá ser expreso y revocable. La acción que dimana de este derecho pasa a los herederos y la indemnización exigible entra a formar parte de la masa hereditaria.

En la práctica extrajudicial de la protección penal del honor hay que tener en cuenta que en esta época se ha tendido a una igualación de las clases sociales y a una pérdida de la importancia social de la clase nobiliaria, que era la que más puntillosamente se había preocupado de la defensa del honor. De ahí el que la práctica del duelo, el medio de antonomasia para lavar las ofensas, vaya disminuyendo hasta desaparecer. Pero no hay que olvidar que todavía en 1900 el marqués de Cabriñana, con el asesoramiento de diversos expertos, publicó un proyecto del Código del honor, en el que proponía que las lesiones graves del honor se lavaran mediante el desafío, en el que el ofendido, según la gravedad de la ofensa, podría elegir no sólo las armas, sino el tipo de duelo y las distancias; en caso de injurias leves, bastaría con las correspondiente excusa, que si no se

daba, traería como consecuencia el que la injuria leve se transformara en grave y tuviera que ser lavada con el desafío.¹⁴⁶

Asimismo, al inicio de este nuevo proceso evolutivo se consensúa en el siglo XIX con la despatrimonialización de los llamados bienes de la personalidad. Jurídicamente podría fijarse su plenitud con la promulgación de la CE/1978. En efecto, el saludable camino emprendido por el honor hacia su socialización y democratización puede entenderse alcanzado por la constitución de 1978.

Debe tenerse presente, a estos efectos, que el proceso de evolución experimentado por el honor hacia conceptos más democráticos y plurales, que aboca en la admisión de su titularidad a toda persona y su recepción de nuevos valores socialmente dominantes, ha visto frenado su impulso renovador por el enfrentamiento con las viejas figuras de injuria y calumnia provenientes de CP 1948. Ha permitido que el deslinde de las viejas concepciones no haya sido completo, debido esencialmente a la resistencia ejercida por la antigua legislación que ha obligado a la convivencia de puntos de vista seculares acerca del honor junto a las más modernas tendencias, de tal forma que en ocasiones los nuevos problemas atinentes a este bien jurídico han sido solucionados acudiendo a sistemas sólo valiosos en un determinado contexto normativo-valorativo con el consiguiente efecto distorsionador. Ello ha propiciado que aún hoy la tutela penal del honor constituya una materia espinosa, no sólo por cuanto afecta al concepto mismo, sino también por sus relaciones conflictivas con otros bienes, como el derecho a la información o a la libertad de expresión.

El honor en el año de 1978 tiene una característica esencial de la historia reciente del derecho al honor. Esto se infiere no sólo de la natural evolución del propio contenido, sino también de la confluencia de aquel con otros derechos y

¹⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, Antonio, «La protección del honor y de la fama en el derecho histórico español», *ADUM*, núm. 11, pág. 151.

libertades, cuyo desarrollo en sentido inverso al del honor, le han ganado terreno en la valoración cultural, social, y consiguientemente también en la jurídica, cediendo parcelas en función de esa presión. (...). El honor, sin embargo, se amplía desde un punto de vista subjetivo; el proceso culmina con la generalización de su titularidad a toda persona, en función de la pertenencia a una casta o grupo social. Tal medida se justifica por el recurso de dignidad de la persona como parámetro igualador. Así, canalizando el honor a través de la dignidad, y puesto que hoy no parece discutirse que esta sea patrimonio de la persona, por el mero hecho de serla, también del honor, en cuanto materialización o derivación de aquélla, se predicará una generalización semejante.

La identificación parcial entre ambas ha permitido, por tanto, en un contexto cultural y jurídico ambiguo, cuando no manifiestamente enfrentado a la idea del honor democrático e igualitario, argumentar con suficiente peso la afirmación de que el honor es consustancial a la persona, con independencia del *status* social. En este sentido, ha sido sin duda muy positiva la referencia a la dignidad como sustrato último del honor, aunque, a mi juicio, en el actual contexto, sería necesario el replanteamiento de las relaciones entre ambos conceptos y su idoneidad para cumplir el rol asignado en aquel momento histórico concreto y si, en último término, tal conceptualización ha sido constitucionalmente amparada.¹⁴⁷

Bajo esta tesitura, la referencia de los precedentes históricos facilita la comprensión del sentido normativo de un concepto tan sutil y debatido como el honor en los sistemas penales. La consideración del honor en el Derecho romano permite determinar algunos de los caracteres esenciales para la configuración del concepto. Si en sus orígenes el honor fue entendido como el estado de dignidad ileña de la persona, posteriormente fue abarcando varias acepciones, tales como

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ PALMA, María Rosa, «Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor», *RDDPP*, págs. 450 – 488.

el sentido de la propia dignidad, la estima social y la buena reputación personal, el honor civil de la persona y la dignidad institucional inherente al desempeño de la función pública.

Fue el derecho real medieval español el que reconoce al honor como un concepto que afecta esencialmente a la dimensión espiritual del hombre, constituyendo una noción relativa, mutable, y poliédrica, que es socialmente acreedora de una elevada estimación colectiva. Por ello los delitos contra el honor fueron objeto de rigurosas sanciones penales.¹⁴⁸

En el siglo XVIII, Cesare DE BECARIA, escribió: « la palabra honor es una de aquellas que han servido de base a dilatados y brillantes razonamientos sin fijarle alguna significación estable y permanente». Con esto no se refería a un concepto jurídico de honor, sino a su ideal social, de la sociedad de aquel tiempo, pero es interesante destacar que ya entonces advertía la dificultad de su configuración; añade que «es una de aquellas ideas complejas, que son un agregado, no sólo de ideas simples, sino de ideas igualmente complicadas.¹⁴⁹

El honor es un concepto esencialmente relativo. Se puede considerar, en sentido subjetivo, como el sentimiento de nuestra propia dignidad y, en sentido objetivo, como el reconocimiento de esta dignidad por los demás.¹⁵⁰

El honor se sitúa en la concepción de la persona y consiste en la estima en que la persona es tenida por la sociedad o grupo al que pertenece, o donde desarrolla su actividad; la importancia del derecho al honor estriba en dar razón

¹⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de derecho penal parte especial*, tomo I, Tecnos, Sevilla, 2010, pág. 267.

¹⁴⁹ DE BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, traducción de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, pág. 41.

¹⁵⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de derecho civil*, tomo I, EDITORIAL Trotta, Madrid, 1968, pág. 189.

de un tributo tan vehemente como es la dimensión y valoración social de la personalidad.¹⁵¹

Es muy difícil dar un concepto preciso y exacto del honor desde el punto de vista jurídico, quizá porque sea un concepto prejurídico.¹⁵²

La principal dificultad reside en que no son plenamente precisos los términos que se emplean en la definición; se emplea la palabra dignidad cuando ésta es tan etérea como la de honor.¹⁵³

El honor deriva del principio de dignidad y es el derecho a ser respetado. Concepto jurisprudencial a la luz del C.c.

En la época de la codificación, no habían arraigado los conceptos jurídicos de los derechos de la personalidad y, concretamente, del honor. Ni el C.c. francés ni el italiano, ni los que en ellos se inspiraron, contienen normas sobre derechos a la personalidad.

El C.c. español no fue ajeno a la corriente de la época y no menciona los derechos de la personalidad (el art. 162, redactado por la ley de 13 de mayo 1981, hace solo una mención de los mismos). Fue la jurisprudencia quien los reconoce por primera vez y lo hace en una sentencia sobre el honor. No lo trata como la configuración jurídica que se le ha dado modernamente, sino como

¹⁵¹ LÓPEZ JACOISTE, José Javier, *Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil*, en Libro Homenaje a Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, vol. IV, Madrid, 1989, pág. 578.

¹⁵² BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Protección penal del honor y de la intimidad*, en comentarios a la Constitución, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pág. 24.

¹⁵³ HERRERO- TEJEDOR, Fernando, *Honor, intimidad, y propia imagen*, EDITORIAL Madrid, 1990, pág. 73.

indemnización por el daño moral que ha sido infringido y al amparo de lo dispuesto en el art. 1902 de C.c.

El T.S., en sentencia de 6 de diciembre 1912, reconoce el daño moral causado al honor y otorga la fortísima indemnización reclamada; dice textualmente que la honra, el honor y la buena fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada... y se acerca a dar una identificación del ataque al honor: expoliación de la dignidad personal, familiar y social de la joven ofendida, violentamente despojada de todos sus títulos de pudor y honestidad que la hacían acreedora a la estimación pública.

La doctrina de esta sentencia es mantenida reiteradamente: la sentencia de 14 de diciembre 1917 se refiere al honor profesional de un médico (la fama y reputación profesional); la de 12 de marzo 1928 reitera la doctrina de la de 1912; las del 31 marzo 1930, 19 mayo 1934 y 25 junio 1945 se refieren al honor de un comerciante. Dice textualmente la primera: tan necesario es el crédito y el prestigio para la vida y el desarrollo del comercio, como a la de los humanos el honor; por ende, cuando de algún ilícito e injusto se atenta por alguien, comerciante o no, ya de la palabra, ya por escrito, ya por la prensa, ya por otro medio de publicidad, al crédito o al honor.

La jurisprudencia, pues, sin dar un concepto teórico y general del honor, lo identifica con la fama, consideración, dignidad, reputación, crédito, sentimiento de estimación, prestigio... Tradicionalmente el derecho al honor, en cuanto derecho de la personalidad, ha venido reconociéndose y amparándose en la mayoría de los textos constitucionales.¹⁵⁴

¹⁵⁴ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *El derecho al honor en la ley orgánica, 1/1982, de 5 de Mayo*, Civitas, Madrid, 1989, pág. 36.

En el Ordenamiento jurídico español ya aparece protegido en el art. 4 del Fuero de los españoles, cuyo texto expresaba: «Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar y quien lo ultrajare, cualquiera que fuese su condición, incurrirá en responsabilidad».

En desarrollo del art. 18 de la Constitución se aprueba la Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Hasta la entrada en vigor de esta Ley, la tutela del derecho al honor...se reducirían las vías al Derecho penal, a través de los delitos contra el honor regulados, fundamentalmente, en el Título X del Libro Segundo del Código Penal (injurias y calumnias). A partir de su entrada en vigor, al particular agredido en su honor, se le ofrece una protección mayor.

Sobre el honor se ha escrito mucho y son ininidad las definiciones de toda naturaleza que se han elaborado. No en vano manifestaba CESARE BECCARIA que «la palabra honor es una de las que han servido de base para largos y brillantes razonamientos, sin que jamás se haya aplicado a una idea estable y bien determinada».

El honor, como lo recoge magistralmente CASTÁN VÁZQUEZ, a lo largo de la historia y de la literatura española, es un sentimiento que ha calado muy hondo en el carácter hispano. Así se refleja en romances como el que el Conde de Benavente dirigía al monarca de su tiempo, advirtiéndole:

«Vuestro soy, vuestra mi casa,
de mi disponed y de ella,
pero no toquéis mi honra
y respetad mi conciencia».

ESTRADA ALONSO, dice: «Toda persona entiende que, por el mero hecho de haber nacido, es portadora de una dignidad humana y que uno de los atributos esenciales que lo acompañan es el honor. Todos los autores coinciden en señalar

la dificultad de alcanzar un concepto uniforme que pueda servir para todo tipo de personas y circunstancias. Es un concepto relativo porque varía según el ámbito cultural, histórico, y geográfico donde se presenta. El honor, tal y como se entiende por la mayoría de la doctrina, no se concibe de la misma forma hoy que hace un siglo; ni tampoco un español comparte el mismo criterio sobre el honor que un africano o un oriental, ni un civil entiende el honor como un militar de carrera».

En tiempos pasados de nuestra historia, se suponía el más importante valor humano a este sentimiento, aunque esta posición no tuviese más que un sentido imaginado y aparente.

El honor es un sentimiento, cuya agresión puede tener manifestaciones físicas y psíquicas. Nos encontraríamos con algunas personas que, por su mayor sensibilidad sufrirían, con las agresiones contra su honor, mayor perjuicio moral que otras. Además, si se identifica al honor con la fama, podría pensarse en algún tipo de personas que, por su desacreditado modelo de vida y denegación social, podría dudarse que siguiesen manteniendo la titularidad del derecho al honor.

FERRARA, dice que existe un honor individual, que consiste en la misma dignidad humana de la persona, y forma parte de su existencia moral; un honor civil, que abraza la estimación pública del ciudadano; y un honor político, que considera al individuo en relación con su conducta política; y todavía un honor profesional, científico, literario, artístico, una honorabilidad comercial y otras infinitas modalidades de la respetabilidad humana.

Esto contrae la divergencia de conceptos de la palabra honor. Lo que se busca en este capítulo es centrarnos en encontrar una convergencia de ideas para realizar de forma integral una sola definición para todas las personas en todo el ordenamiento jurídico que marca la legislación y mantener unívoca la concepción.

Necesitamos que la definición, desde el punto de vista penal, encaje con los demás conceptos, como lo interpreta la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 febrero de 1962, la cual afirma el honor en la vía civil y complementa todas las ideas del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional).

En el mismo sentido se encuentra la Sentencia 7 diciembre de 1984, que dice: «Aun las personas más degradadas o envilecidas, conservan un honor, a modo de oasis, que no es lícito profanar, ofender, y lesionar, siendo preciso también destacar que el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona tal, como proclama la Constitución española».¹⁵⁵

Como se viene señalando, desde las primeras sentencias no se tenía definido un concepto unívoco del honor y correspondía al intérprete determinar el alcance que le constituye. Hasta nuestros días, no se ha logrado una definición que englobe a todas las ramas del Derecho, por lo que los límites son amplios y son pieza casi fácil, desde un punto de vista global, para rebasar el bien jurídico tutelado. Una de las primeras definiciones es la de SAINZ CANTERO: « desde un punto de vista cultural, el honor se viene entendiendo como resultado de un juicio de los miembros de la comunidad sobre el comportamiento de una persona en relación a sus deberes».

En estos casos la concepción objetiva del honor, como se manifestó, rebasaba a la protección jurídica, ya que aquel sujeto que carecía de reputación social, hace que se le excluya de la sociedad, por los actos inmorales, no protegiéndolo igual que a todos los ciudadanos. Anteriormente, la concepción

¹⁵⁵ ESTRADA ALONSO, Eduardo, *u.o.c.* pág. 36 y ss.

objetiva del honor, no protegía al sujeto que carecía de reputación social, por no haber estimación pública de los valores. En la actualidad, la reputación de la persona, sería lo que se define en el funcionalismo como individuo, a diferencia de las personas en Derecho, pero forman parte del entorno y no participan en la estructura social en un ámbito en concreto; en este caso no se excluye en el ámbito de personalidad del sujeto y se adapta a la vigencia de la norma en concreto.

SAINZ CANTERO, busca el punto intermedio entre el honor objetivo y el subjetivo, al afirmar: «el honor objetivo, se tutela al hablar de la acción ejecutada o expresión proferida, es *descrédito* de otra persona; el honor subjetivo al decirse, *deshonra*». Esta es una definición donde otros autores divergen, ya que no engloba todas las definiciones de honor ni protege a todos los individuos o personas en derecho. Tenemos el ejemplo de las prostitutas, o algún sujeto de enorme desprecio personal, por lo que volvemos al entorno de la reputación social. Por lo cual, en la actualidad, la persona es «persona en Derecho», en tanto dispone de ciertos derechos y deberes, y en tanto adecua su comportamiento a la norma. La persona es, pues, el ser humano que protege y posibilita la norma, mediado por lo normativo y lo social. Esto sigue el mandato jurídico básico de Hegel: «*sé persona y respeta a los demás como persona*».¹⁵⁶

Las definiciones no protegen a la persona o individuo que cumple con la vigencia de la norma. POLAINO-ORTS, afirma que el individuo forma parte del ambiente, del entorno, es el sujeto perteneciente al ámbito natural. Es un ser empírico y sensorial que se mueve en el mundo de la experiencia, mediante un código de satisfacción e insatisfacción. «El individuo es, por tanto, en terminología extraída de la filosofía de KANT, el *homo phaenomenon*, que se opone al *homo noumenon*: este último es un ser racional pensante que se guía

¹⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Protección penal del honor y de la intimidad*, en comentarios a la Constitución, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pág. 124.

por el sistema normativo que tiene interiorizado; el primero es un ser empírico guiado por los sentidos.¹⁵⁷

En Roma se articularon diversos instrumentos jurídicos de tutela del derecho al honor, del que destaca la *actio iniuriarum* (HERRERO-TEJEDOR).

El texto de las Partidas, de igual modo, contiene algunas referencias al derecho del honor. En ellas se decía: «que cualquier que recibiera tuerto ó desonrra, que pueda demandar enmienda della en una destas dos maneras, qual mas quisiere. La primera, que paga el que lo desonrra, enmienda de pechos de dineros. La otra es en manera de acusación, pidiendo que el que le fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello...»

Durante el siglo XIX, con el triunfo de las revoluciones burguesas, se fue reconociendo el derecho al honor, aunque esos reconocimientos se recogían únicamente en las Constituciones y en los Códigos Penales. Así pues, la delimitación de la protección civil del honor se produjo por vía jurisprudencial, a través de la sentencia de 6 diciembre de 1912.

Conviene recopilar los pronunciamientos de tan importante sentencia, que en sus consideraciones establece «que la honra, el honor y la fama (de la mujer), constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de la mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico, base piedra angular de la sociedad pública, debiendo apreciar estos daños como uno de los más graves, que debían tomar en cuenta el legislador al legislar y los Tribunales encargados de aplicar la ley y de

¹⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, Bosch, Barcelona, 2009, págs. 159 y sig.

realizar la justicia con el propósito de remediarlos para procurar se fije una norma reguladora.¹⁵⁸

Concepto fáctico del honor. Este concepto fáctico había sido definido con precisión en los trabajos preparatorios del Código Rocco («Relazione ministeriale al progetto definitivo di un codice penale e del codice di procedura penale, V, IIª, Roma, 1929, pág. 402): «El honor que, en sentido amplio, representa un bien individual, protegido por la ley para consentir al individuo el desarrollo de su personalidad moral, encierra en sí mismo una doble noción. Entendido en sentido subjetivo, se identifica con el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad moral, y designa la suma de los valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo. Es precisamente esto lo que generalmente viene siendo denominado estrictamente como honor. Entendido, en cambio, en sentido objetivo, honor es la estima o la opinión que los demás tienen de nosotros; es decir, representa el patrimonio moral que deriva de la consideración ajena y que, con términos claramente entendibles, se denomina reputación».¹⁵⁹

JAKOBS, parte de la idea de que la función del honor no es solamente una función personal, sino también social, que consistirá en «presentar la necesaria garantía de veracidad específica». (En la configuración del bien jurídico honor, como en la resolución de los conflictos entre éste y otros derechos fundamentales. O sea, la doble dimensión, personal y social, del honor que se encuentra en la base de las propuestas de JAKOBS). Ello es preciso por los controles informales que desempeñan una estabilización social; función que, sin embargo, al carecer ese sistema informal de las vinculaciones que posee el formal, puede resultar alterado y, en consecuencia, provocar enjuiciamientos

¹⁵⁸ PLAZA PENADES, Javier, *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 27.

¹⁵⁹ ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 19 y sig.

erróneos, como resultado de imputaciones informales incorrectas. En este sentido, las injurias serían delitos contra los falseamientos de la imputación informal.

Un segundo problema estaría representado en lo que es consustancial al peculiar planteamiento, por la postergación del sujeto en su realidad individual, al ser considerado éste, en las construcciones del autor, como un subsistema. Ello provoca que, en la concepción analizada, sea posible afirmar la existencia de personas carentes de honor, incluso sus reductos mínimos; aunque, ciertamente, no de su capacidad abstracta para poseerlo hasta el punto de que puede ser injuriada una persona sin honor, ya que posee la posibilidad de llegar a tenerlo.

La primera sentencia que reconoció el derecho de honor y su violación como daño moral indemnizable fue la STS, de 6 diciembre de 1912, que se refiere a la «honra, el honor y la fama de la mujer» como los «bienes sociales de su mayor estima», y su menoscabo, «la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada», doctrina que mantiene el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de marzo 1928.¹⁶⁰

El honor es un valor humano, un bien de titularidad universal, que poseen todas las personas porque nace de su propia naturaleza.¹⁶¹ El honor se puede definir, hablando en términos jurídicos, como el derecho que tiene cada hombre a que se reconozca y respete, ente él mismo y ante los demás, su personal dignidad, aquella que arranca de su condición de persona, así como los concretos méritos y cualidades que se han ido adquiriendo en el desarrollo de la personalidad y en las relaciones sociales de cada individuo (...) desde un punto de vista sociológico, el

¹⁶⁰ BLANCO QUINTANA, María Jesús, «El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del tribunal constitucional», *AFDUC*, núm. 93, Editorial, Madrid, 1986, pág. 50.

¹⁶¹ BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, *Honor, verdad e información*, Universidad de Oviedo servicio de publicaciones, Oviedo, 1994, págs. 67.

honor ha sido considerado como uno de los rasgos conformadores y definitorios del carácter y de la idiosincrasia de instituciones, de personas, y en algunos casos, de épocas históricas. Basta en este sentido recordar el ideal medieval de la honra reflejada en los libros de caballerías¹⁶², o la importancia que este valor tenía en el Siglo de Oro español como ideal de vida.

El honor y la reputación han sido considerados tradicionalmente como bienes valiosos para la persona. La literatura, el arte y otras múltiples manifestaciones humanas son un ejemplo de la presencia del honor en las mentalidades, en las relaciones sociales, económicas y en la vida misma de los pueblos.

De la naturaleza del honor como bien jurídico ofrece cumplida idea la profusión de normas y leyes que en los diferentes ámbitos del Derecho han regulado y protegido este valor. (...). Y ello sin distinción a lo largo de los diversos periodos históricos y en las más diversas formas de entender el Derecho. El honor ha sido considerado como un bien jurídico, tanto por el derecho romano como por el germánico, y por las diversas fuentes medievales.

Cabe establecer que a cualquier sistema de Derecho le interesa reconocer y proteger con amplitud el honor, y ello por tratarse de un bien individual y social, por tener trascendencia tanto para la persona como para la entera sociedad. Se puede considerar que el honor tiene una dimensión individual y una dimensión social.

¹⁶² Es de todos conocida la famosa cita del capítulo I del Quijote: *Ingleses, franceses y españoles*, en la cual afirma que “en cada uno de estos tres pueblos se afirma una actitud distinta y un sistema idea-sentimiento-fuerza, característico de cada uno de ellos y que constituye a la vez a la norma de moral, la clave de sus emociones y el motor de sus actos. Estos sistemas característicos son, respectivamente, para el inglés, fairplay; para el francés, le droit; para el español, el honor”.

Desde un punto ontológico, BERNAL DEL CASTILLO y Carlos SORIA comparten la idea de que relevancia del honor procede de considerar este bien jurídico como la manifestación más precisa de la dignidad de los individuos, hasta el punto de que con frecuencia se entiende como sinónimo de ella. En este sentido, el honor se presenta como la exigencia del reconocimiento y respeto de la dignidad entitativa y moral de la persona. En cuanto a expresión de la perfección ontológica, es un bien, como dice SORIA, al que nadie renuncia, cualquiera que sea el estado de su patrimonio moral. “Toda persona siente profunda y claramente su excelencia por el mero hecho de tener conciencia de su condición humana”.

En el catálogo de los derechos de la persona, formulados en las diversas Declaraciones Universales, el honor aparece reconocido y recogido como tal de una manera casi unánime. Su naturaleza como derecho fundamental está hoy día fuera de toda duda y las Declaraciones de Derechos siguen la tradición de incluirlo. Sin remitirnos a las primeras Declaraciones, como la francesa de 1789 o la de Filadelfia, basta con un breve repaso por las modernas para corroborar la afirmación anterior. Así, el artículo 12 de la Declaración de 1948 considera el honor como objeto de protección por la ley ante las injerencias arbitrarias en dicho derecho y en iguales términos lo mencionan el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el art. 10.2 de la Convención del Consejo de Europa de 1950.

El artículo 12 de la Declaración de Derechos de 1948 manifiesta que “nadie será objeto de... ataques a su honra o reputación”, e igualmente que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Casi con los mismos términos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 señala que “nadie será objeto de ataques ilegales a su honra”.

En las Constituciones estatales la protección del honor sigue dos caminos diversos: en unas es objeto de mención expresa, considerándosele comprendido

dentro de la protección genérica a la dignidad del hombre, (Constitución italiana); en otras, su protección se formula expresamente, determinando genéricamente su contenido y los límites de su protección, como acontece en el artículo 33 de la Constitución portuguesa de 1976 y en el art. 18.1 de la Constitución española de 1978, que dice: “se garantiza el derecho al honor...”.

La normativa jurídica sectorial que desarrolle el contenido y asegure la protección del honor, deberá reunir una serie de características y garantías que se adecuen a su rango constitucional. ...podemos destacar que ley orgánica que desarrolle los derechos reconocidos en el art. 18 de la Constitución, deberá respetar en todo caso el contenido esencial de los mismos, (como lo establece al art. 81 de CE que toda ley deberá tener rango de orgánica, pág. 39), lo cual quiere decir, según interpreta Bajo Fernández, que “no podrá modificarse el sentido y el alcance del bien jurídico protegido, ni el fin ni la función de la norma”.

De esta manera, el honor como perteneciente a los derechos fundamentales, gozará de todos los medios de tutela y protección que el art. 53 de la Constitución reconoce para éstos: a) Procedimiento preferente y sumario, desarrollado por la Ley de Protección Jurisdiccional de los derechos de la persona (ley 62/1978, de 26 de diciembre), la cual en su distancia final autorizaba al Gobierno para incorporar al ámbito de esta ley, por Decreto legislativo, la protección de nuevos derechos constitucionales, distintos a los recogidos expresamente en ella. Acogiéndose a esta facultad legal, el Decreto 342/1979, de 20 de febrero, incluyó en la protección otorgada por dicha ley al derecho al honor. Un segundo punto es el procedimiento correspondiente al recurso de amparo, regulado en los artículos 49 al 58 de la LO 2/1979, de 3 de octubre. En tercer lugar, existe el control de la inconstitucionalidad de las leyes que desarrollen este derecho, tal y como lo expone el artículo 161 de la Constitución.

Dentro de la doctrina penalista, algunos autores han puesto en duda la necesidad de continuar manteniendo una regulación penal del derecho al honor, hablando de la superfluidad de la misma; o bien, sin negar su necesidad y conveniencia, exponen que dicha regulación implica una intromisión excesiva por parte del Derecho penal en la determinación del ámbito jurídico del honor.

Desde el primer punto de vista, en la doctrina italiana, MANNA recoge la tendencia que niega la eficacia del Derecho penal en la protección del bien jurídico del honor, basándose en la levedad de las penas señaladas para los delitos contra el mismo y en la escasa aplicación práctica de las normas penales que contemplan las conductas delictivas contra la reputación de las personas. En el derecho español, MUÑOZ MACHADO no deja de constatar cómo la vigencia de la nueva normativa civil del derecho al honor, iniciada con la LO de 1982, ha implicado un desplazamiento a favor de la aplicación de ésta sobre la normativa jurídico-penal.

En un segundo lugar, la tipificación de las conductas injuriosas se hace describiendo, aunque negativamente, el bien jurídico lesionado por las diversas modalidades comisivas. Así, el artículo 457 expresa que son injurias las acciones realizadas en *deshonra, descrédito, o menosprecio*; de lo que se produce la *honra, el crédito y el aprecio o la reputación*, constituyen para el derecho penal español diversas manifestaciones del honor que se consideran bienes jurídicamente protegibles a través de la tipificación de este delito

En el Código civil, como en los demás códigos civiles decimonónicos, no se recogía la protección de los derechos de la personalidad, y por tanto, no se aludía el derecho al honor. Sin embargo, y a pesar de este vacío normativo, el

Tribunal Supremo admitió por primera vez la protección del honor de las personas físicas en su sentencia de 6 de diciembre de 1912.¹⁶³

La STS (Sala 1ª) de 6.12.1912 reconoció el daño moral causado a «la honra y la consideración pública y privada» y otorgó la indemnización reclamada a raíz de un artículo publicado en un periódico bajo el título «Fraile, raptor y suicida». Y se hizo por la vía de la responsabilidad civil extracontractual derivada del art. 1902 del C.c., única vía civil posible para perseguir estos hechos hasta la aprobación de la LO 1/1982. La jurisprudencia civil posterior, sin dar un concepto teórico y general del honor, lo identifica con la fama, considerando, dignidad, reputación, crédito, sentimiento de estimación, prestigio.¹⁶⁴

En el ámbito penal, tampoco los Códigos respectivos han definido el concepto de honor en la tradicional regulación de los delitos de injuria y calumnia (como, por otra parte, es habitual en este texto legal, que puede mencionar, pero no suele definir el bien jurídico protegido). Por consiguiente, sólo cabía intentar deducir el contenido del honor, como objeto de protección penal en estos delitos, de los términos en que el legislador definía las conductas típicas, definición que, por otro lado, se mantuvo casi inmutable durante más de un siglo.

En efecto, desde el Código penal de 1848 hasta el Texto Refundido de 1973, la injuria se definió como la expresión proferida o la acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.

La definición de las conductas típicas era la misma a mediados del siglo XIX, en los años 70, circunstancia que no ha impedido que su interpretación

¹⁶³ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen, *La protección penal del honor de las personas jurídicas y los colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 64 y sig.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 68.

doctrinal y jurisprudencial haya ido adaptándose al contexto social, político y cultural de cada momento.

Así las cosas, en 1978 se declaraba la protección constitucional del derecho al honor en el art. 18.1 CE. «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

La principal aportación del derecho germánico al tema honor-injuria, afirma SIERRA RUIZ, “es la introducción incipiente del elemento subjetivo en tal relación, es decir, la honra como participación individual de la persona en una creencia social (honor). A partir de entonces, inicia la diferenciación entre el honor, por un lado, y la honra, la fama o la reputación, por otro lado”.

El elemento subjetivo, a su vez, revisará, en palabras de Liguori, la dimensión de la *Stima dei terzi*, o bien la dimensión correspondiente a la *coscienza della dignità personale*. Piensa García Valdecasas que “el movimiento renacentista, especialmente en Italia, se apoderó del nombre del honor para designar el sentimiento orgulloso de la personalidad individual que entonces se desarrollaba. Al respecto, por los vínculos de comunidad que el honor alentaba, éste queda en el individuo como expresión de su propio concepto de sí”.

Es el honor consiguiente a la dignidad ontológica del hombre y podría definirse como el crédito moral, inherente a la naturaleza humana que hace posible la sociabilidad del hombre.

La idea del crédito forma parte de este rico patrimonio doctrinal español sobre el honor. Refiriéndose al eje diamantino de este patrimonio, subraya GARCÍA VALDECASAS que “la ascendencia noble no arguye nobleza, sino obligación de ser noble, y, a lo más, un crédito de confianza: se espera un noble comportamiento de quien tal ascendencia tiene”. De todas formas, el concepto de crédito moral excede la idea de una pura obligación de actuar noblemente y se

acerca bastante más al significado que encierra un crédito de confianza para la actuación social. “Acaso «honos», honor latino, tiene más conexión como «onus», carga, gravamen, pues «honor» es la responsabilidad consiguiente a sufrir un gravamen o levantar una carga: algo como la confianza puesta en quien tiene por misión cumplir un deber social difícil, de donde, ya cumplido ese deber, la confianza social es cambiada en agradecimiento”: MONEVA Y PUJOL.

En la analogía entre el bien de la vida y el honor, así como la excelsitud con que ambos bienes eran valorados, explica la opinión sustentada durante un tiempo por la doctrina y jurisprudencia del país, en el sentido de que lo dispuesto en el art. 1902 del C.c. –responsabilidad extracontractual- no era referible al daño causado a un bien de la personalidad. Dicha interpretación, dice Castro, “será destrozada por la doctrina establecida en una valiente y bien fundada sentencia del Tribunal Supremo (s. 6 de diciembre de 1912)” (...). “El reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico de los bienes de la personalidad en general”.¹⁶⁵

A este respecto, JAÉN VALLEJO¹⁶⁶ refiere: «Sin duda, la dificultad de hallar un concepto uniforme de honor reside en su propio relativismo y circunstancialidad, por cuanto en variedad de factores puede incidir en su determinación. Piénsese en el ámbito cultural, histórico y geográfico».

¹⁶⁵ SORIA, Carlos, *Derecho a la información y derecho a la honra*, A.T.E., Barcelona, 1981, pág. 14.

¹⁶⁶ JAÉN VALLEJO Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*, Colex, Madrid 1992. pág.149. En este sentido, el autor cita a QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I v. II, Edersa, Madrid, 1972, págs. 1156 y sig. De igual forma, SÁINZ CANTERO, José Antonio, «El contenido sustancial del delito de injurias», en *ADP*, Madrid, 1957, pág. 88. Apunta que «desde el punto de vista cultural, el honor se viene entendiendo como el resultado de un juicio de los miembros de la comunidad sobre el comportamiento de una persona en relación a sus deberes».

Enrique BACIGALUPO¹⁶⁷, define: «...en el derecho vigente, el honor es protegido frente a las imputaciones falsas de delitos y frente a las expresiones y acciones que atenten a la dignidad». En la actualidad, se entiende por la mayoría de la doctrina que el honor es una concreción de la dignidad personal y que, por consiguiente, es atribuible a todas las personas. El Tribunal Supremo ha afirmado que «aún las personas más degradadas o envilecidas, conservan un honor, a un modo de oasis de dignidad, (...), siendo preciso también destacar que el honor no es privilegio o patrimonio exclusivo de las clases acomodadas o de las personas refinadas o cultas, sino que corresponde a todos como derecho individual e irrenunciable de la persona, tal como proclama la Constitución española».¹⁶⁸

Desde el enfoque penalista el concepto normativo del honor vincula el bien jurídico con la dignidad de la persona y en este sentido es la pretensión de respeto, que fluye en la dignidad personal. El honor no es algo que se tiene

¹⁶⁷ BACIGALUPO ENRIQUE, Coordinación dirigida por: JAÉN VALLEJO, Manuel, MORENO Y BRAVO, Emilio, SILVA CASTAÑO, M.^a Luisa, *Delitos Contra el honor*, Cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Dickinson, Madrid, 2000, pág. 5.

¹⁶⁸ JAÉN VALLEJO Manuel, *u. o. c.* pág. 149. Sentencia de 7 de diciembre de 1984 (Sala Primera). En este sentido, en el ámbito internacional, el autor menciona que el derecho al honor en los distintos tratados sobre derechos y libertades, ratificados por España son: “la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York, 10 de diciembre de 1948), citada expresamente en el artículo 10.2 CE, establece en el artículo 12 que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni ataques a la honra o a su reputación...». Por su parte, el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950), aunque sólo reconoce en forma expresa el derecho a la vida privada (art. 8), menciona la protección a la reputación como una de las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión (art. 10.2). Finalmente, otro texto supranacional, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) dispone que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada..., ni ataques ilegales a su honra y reputación» (art. 17.1).

(concepto objetivo) o algo que se siente (concepto subjetivo)¹⁶⁹. En este campo, Manuel JAÉN es uno de los autores que piensa que el honor forma parte de la dignidad humana. Considera que el concepto de dignidad se vincula con el efectivo cumplimiento de deberes ético-sociales¹⁷⁰ y la buena reputación. «Se identifica así el concepto normativo de honor con el concepto normativo fáctico, dando lugar a una concepción intermedia o concepto personal de honor, comprensivo del valor personal que surge de la dignidad humana, del que nadie puede carecer, y del valor de su comportamiento personal...».¹⁷¹

En resumen, JAÉN VALLEJO, define al honor desde un concepto normativo penal, protegiendo el bien jurídico del delito injuria y no dependiendo del comportamiento social de la persona. «En tal forma, el honor busca un sentido de la pretensión de respeto que es constitucional con la dignidad humana, y que puede verse disminuido, tanto como su protección jurídica penal, como consecuencia de los propios actos de la persona¹⁷². Es decir, hoy es indiscutible

¹⁶⁹SÁINZ CANTERO, José Antonio, *u. o. c.*, pág. 125. Señala un concepto anterior, «el honor objetivo se tutela al hablar de la acción ejecutada o expresión proferida en descrédito de otra persona; el honor subjetivo, al decirse deshonra». Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, dice: «...esta posición intermedia no es útil en muchas ocasiones desde el momento en que el honor objetivo y subjetivo pueden no coincidir (...) y, por otra parte, opera en definitiva con la reputación social, lo que puede conducir a negar la protección jurídica al honor por razones que el artículo 14 de la Constitución prohíbe».

¹⁷⁰ QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *u. o. c.*, págs. 125 y 126. En una de las definiciones anteriores, que se conservan en la actualidad, el autor dice: «...la valoración ético-social juega un papel importante en el concepto de honor, pero esta valoración tiene que partir no tanto de la posición social, méritos, raza o religión del sujeto, cuanto del simple hecho de ser persona, (...), estas necesarias valoraciones no deben obedecer exclusivamente a consideraciones éticas, porque ciertas virtudes morales pueden ser altamente injuriosas...».

¹⁷¹ *Ibidem*, pág. 151.

¹⁷² En este sentido, FERREIRO GALGUERA, Juan, *Los Límites de la Libertad de Expresión*. La cuestión de los sentimientos religiosos, Monografía, Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996, pág. 66. Cfr. Crítica

que el honor es un valor personal que surge de la dignidad de la persona, la que todos somos acreedores, luego el obligado y deseado cumplimiento del principio de igualdad¹⁷³ queda salvado». ¹⁷⁴

De igual forma, BERDUGO señala, en un aspecto jurídico-constitucional del honor, que «las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social». Agrega: «el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad». ¹⁷⁵

La autora CARMONA SALGADO, hace un análisis de lo que diferentes juristas penalistas consideran el concepto honor. En este estudio realiza comparaciones de las definiciones, que nos servirán para ampliar la investigación y tener una mayor profundidad conceptual.

la posición de JAÉN VALLEJO, de la cual afirma es partidario de una posición mixta, normativa, pero con base fáctica “de lo que no se puede prescindir”.

¹⁷³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y AA. VV., *La libertad de expresión*, Manual de Derecho Constitucional, Vol. II, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 2009, págs. 86 y sig.

¹⁷⁴ JAÉN VALLEJO Manuel, *op. cit.*, pág. 154.

¹⁷⁵ BERDUGO DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 57. En este sentido, CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, pág. 96. *Cfr.* VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Libertad de expresión y derecho al honor», *RFDUG*, núm.13, Granada, 1987, pág. 245. «..si bien otorga primacía a los aspectos jurídico-constitucionales del honor, determina el contenido de éste en base a criterios sociales, fácticos y normativos. Se produce así un concepto contradictorio e inmanejable. La dignidad, igual para todos, se erige en un fundamento del honor; pero la realidad concreta del honor que se postula se deja a criterios variables según los individuos, que conducen a un mosaico de diferencias incompatibles con el fundamento igualitario otorgado al derecho.

La autora afirma que en realidad pocos bienes jurídicos aparecen unidos a la personalidad y resultan afectados al propio tiempo por valoraciones sociales y culturales. Esto hace que se realice un profundo estudio en la delimitación del carácter circunstancial del mismo, lo que dificulta una descripción legal más exacta al respecto y su condicionamiento o factores personales, temporales y locales.

En este estudio cita a SAINZ CANTERO y su posición sobre el concepto honor, que es una postura intermedia y desde el punto cultural, social y el comportamiento de una persona en relación a sus deberes, planteados desde el honor objetivo y subjetivo, manifestando que esta posición puede no servir en ocasiones, pues a veces el honor objetivo y subjetivo no coinciden. GARCÍA PABLOS¹⁷⁶, dice que el honor es un bien jurídico que se fundamenta en un juicio personal y normativo, igual opina sobre las discrepancias que existen entre el honor objetivo y subjetivo. BAJO FERNÁNDEZ¹⁷⁷, refiere que no comparte el concepto de honor relativo y a la estimación de una persona en función del cumplimiento de sus deberes. ALONSO ÁLAMO¹⁷⁸, realiza un estudio evolutivo desde el concepto fáctico del honor, al cual lo configura como un bien jurídico integrado, tanto por su valor intrínseco u honor externo, así como normativo basado en la dignidad de la persona humana. BUSTOS¹⁷⁹, de igual forma opina que una concepción normativa-fáctica del honor en la que se considera, tanto al valor intrínseco del sujeto como su reputación en conexión con la dignidad de la persona sobre la base de criterios éticos-sociales de actuación. De VIVES, realiza un estudio completo, dentro del cual se tocará lo necesario para éste capítulo. El

¹⁷⁶ CARMONA SALGADO, Concepción, *u. o. c.*, pág. 96. “En esta concepción, el autor habla sobre la bipolaridad contradictoria de la naturaleza de este derecho, que repercute en el ámbito sociológico...”

¹⁷⁷ *Ibidem*, pág. 94.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág. 96.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pág. 97.

autor critica las concepciones fácticas existentes al respecto. Tampoco comparte el concepto empírico-social, que se identifica con el honor y la buena reputación. En cuanto a las concepciones normativo-sociales que hacen depender de esa reputación de su reconocimiento o no a criterios vigentes de la sociedad. Además, subraya la incompatibilidad que marcan las concepciones morales y formales, ya que no atienden a la dimensión del bien jurídico honor. “De las concepciones jurídico-normativas que vincule al honor con la dignidad de la persona, no permite dar un concepto susceptible de dotar de contenido a los diversos tipos penales que lo protegen, y necesita de determinaciones ulteriores. (...) la dignidad de la persona como sujeto de derecho, porque es la misma del honor y determina su contenido, presencia que se materializa en la concesión a aquélla de naturaleza general y abstracta, a pesar de la existencia de manifestaciones concretas de la dignidad, y en ese sentido desempeña su papel el derecho fundamental al honor, de forma que los ataques al mismo van dirigidos de manera inmediata a la dignidad en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama. Concebido así el honor, presenta dos aspectos complementarios: el interno, ideal e intangible, que se identifica con la dignidad de la persona como ser racional, y el externo, prácticamente constituido por la reputación o fama...”¹⁸⁰

En definición de POLAINO NAVARRETE, dice que “el concepto normativo de honor penal, lejos de surgir en nuestros días, enraíza en los orígenes mismos de los sistemas punitivos. La idea del honor está presente en todos los pueblos desde el comienzo de la historia de la ciencia penal. El honor integra una categoría conceptual que en su trayectoria histórica ha sido objeto de valoración jurídica muy diversa.

El transcurso del tiempo ha contribuido de una manera decisiva a la configuración del concepto penal de honor. La incesante mutabilidad en el

¹⁸⁰ *Ibidem*, págs. 97 y 98. Para un estudio más detallado consultar esta obra.

tiempo y en el espacio sobre la apreciación valorativa del honor dificulta la determinación de la naturaleza y alcance de este bien jurídico. La referencia a los preceptos históricos facilita la comprensión del sentido normativo de un concepto tan sutil y debatido como el honor en los sistemas penales”¹⁸¹

En un recuento de las citas que a través de la historia han evolucionado la definición de honor, se pueden mencionar las primeras distinciones clásicas entre el honor objetivo y el subjetivo, del cual destacamos el *Auto* 106/1980 y el *Auto* 13/1981, que hablan del derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación. El *Auto* 50/1983 menciona que *ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos*. Es decir que el derecho al honor se deteriora como obra de hechos del propio titular o sujeto activo.

Para una concepción estrictamente jurídica, la dignidad de la persona, como sujeto de derecho, constituye la esencia del honor y determina su contenido.

Pero a más de esa serie de manifestaciones concretas sobre dignidad, ha de otorgarse tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto. Ese es el papel que desempeña el derecho fundamental al honor. Los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama (heteroestima). En tal sentido se ha pronunciado el T.S. Federal norteamericano, al afirmar (en *Rosenblatt vs Bear* -1966- y *Gertz vs Robert Welch Inc.* -1974-) que «el derecho individual a la protección del propio buen nombre no refleja más que nuestro concepto básico de dignidad esencial y valor de todo ser humano, un concepto que ha de hallarse en la raíz de cualquier sistema decente de libertad ordenada»

¹⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Tecnos, Sevilla, 2010, pág. 267.

Concebido de este modo, el honor presenta dos aspectos complementarios: el honor interno, ideal e intangible, que posee el hombre como ser racional y que se identifica con la dignidad de la persona y el honor externo, en el que se concreta el anterior.¹⁸²

III. Planteamiento de la problemática

La libertad de expresión debe seguir un rol de libre comunicación¹⁸³ por medio de expresiones de individuos o personas en una sociedad, dentro del ámbito de las normas jurídicas en sentido enfático, comprendiendo el punto normativo y no rebasando los límites de la ilicitud jurídica. Es fundamental que el sujeto cumpla con su libertad de opinión. Al respecto, JAKOBS dice: “Sin proceso de comunicación no se generan sujetos libres, además, en el trasfondo del sentido comunicativo aparece el sentido subjetivo. Dicho de otro modo, la subjetividad no sólo es un presupuesto, sino también una consecuencia de la socialidad”¹⁸⁴.

El ciudadano que lleve a cabo el rol de expresión, tiene la obligación de manifestarse dentro de los términos de la legalidad, dentro de lo estipulado en el artículo 20.1 de la CE. En caso contrario, se vuelve infractor de la norma, lo que tiene como resultado su sanción. Cuando el sujeto activo llega a violentar la norma, en el caso de lo que refiere el artículo 20.1 a) y d) *contrario sensu*, se

¹⁸² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «La libertad de expresión y el derecho al honor», *RFDUG*, núm. 13, Granada, 1987, pág. 246.

¹⁸³ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Anthropos, México, 1997, págs. 123 y sig. A esto refiere, “La producción de los sistemas comunicativos sólo es posible por medio de la comunicación y ésta –para asegurar la capacidad de conexión- exige una continua reducción a la acción”.

¹⁸⁴ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 33.

tiene como consecuencia la vulneración del sujeto pasivo, por la descripción de un hecho típico en el Código Penal, como puede ser el delito de injuria. Uno de los bienes jurídicos, como es el honor, protegidos del artículo 206 del CP, (existen autores que consideran a la dignidad también como bien jurídico), que puede consistir en el menosprecio de las personas jurídicas, (la discriminación) o sea un menoscabo de la fama.

Se debe precisar, primero, qué es honor. En opinión de MOLINA FERNÁNDEZ, no existe claridad de un concepto *ad hoc*, ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley, además de sustentarlo en las sentencias del TC 223/1992, FJ 3; y 139/1995, FJ 5.

En este sentido, podemos citar a EIRANOVA ENCINAS¹⁸⁵, la cual dice: “desde una perspectiva moderna y estrictamente jurídica, la dignidad de la persona constituye la raíz misma del derecho al honor. Se ha definido así el honor como la pretensión de respeto que emana de la propia dignidad”. Por su parte, BARRERO Abraham, afirma que “dignidad y honor son conceptos ligados y definidores cada uno a su nivel de abstracciones de todos los seres humanos sin excepción. Este concepto de honor, enraizado en la dignidad de la persona es el que recoge nuestra Constitución. (...), el derecho al honor que corresponde a toda persona, ha sido reconocido de forma explícita por el Tribunal Constitucional (Cita SSTC 231/1988 Y 214/ 1991, entre otras).”¹⁸⁶

IV. Honor y libertad de expresión (e información) como conceptos funcionales (comparado con los

¹⁸⁵ EIRANOVA ENCINAS, Emilio, *Honor e intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, pág. 75 y sig.

¹⁸⁶ BARRERO ORTEGA, Abraham, *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 28. Respecto al honor apunta; “El derecho al honor es un derecho difícil de definir, por cuanto apela el sentimiento de los demás, al modo en que los demás nos perciben”. STC 223/1992.

conceptos ontológicos y la dignidad)

Aquí abordaré al honor y la libertad de expresión principalmente desde la óptica funcional, sin dejar de lado la parte ontológica. Como ya lo han tratado de hacer distintos autores, no se ha llegado a definir al honor como un concepto único, ni para la ley penal, ni la constitucional.

En este apartado, se conceptualizará la parte funcional y para ello me trasladaré a la definición de dignidad –que es incompatible con el funcionalismo normativo-; para profundizar sobre los conceptos de honor y libertad de expresión y la importancia que tiene la dignidad en ambos derechos fundamentales.

Honor es el contenido social y cultural que desarrolla el individuo o persona jurídica en cada sociedad. Todas las culturas tienen una noción equivalente de honor, pero existen conceptos distintos en el lenguaje de la comunidad, que pueden tener como resultado la lesión en sentido subjetivo, como dañar el sentimiento de nuestra propia dignidad, y en sentido objetivo, externar el reconocimiento de esta dignidad por los demás.

La libertad de expresión es el rol que lleva a cabo la persona que difunde, manifiesta o exterioriza una palabra, un gesto o una acción por medio de la comunicación, sin dañar la dignidad (moral) o lesionar el bien jurídico del sujeto pasivo (honor), cumpliendo la expectativa de informar o comunicar y no defraudar a la sociedad incumpliendo la vigencia de la norma.

Entre el concepto funcional y el ontológico existen diferencias de ideología de las escuelas penales. Para su estudio nos implicaremos en el análisis de la dignidad. En el capítulo anterior se señaló una referencia en la que se debe profundizar, para definir con certeza el bien jurídico de la injuria y también de la

calumnia, donde hay autores que manifiestan su posición sobre el honor y la dignidad.

Al analizar, qué es el honor privado y la dignidad pública¹⁸⁷, se abre un paradigma social clasista para la teoría del delito y de esa manera entrar en los límites del bien jurídico del injusto ontológico y de la injuria normativa que queremos saber.

Dado que muchas resoluciones se han referido a la dignidad, no de los particulares, sino, como ya hemos visto, de ciertas instituciones públicas, la jurisprudencia se ha visto obligada a atribuir a unos y otras una dignidad diferenciada, quedando reservado a los primeros el derecho al honor (Cita 182 STC 139/1995). En la STC 151/1997 se concede el amparo ante resoluciones que «tampoco precisan si la conducta deshonrosa –o, en la dirección de la sentencia, el acto contrario a la dignidad y al honor-».

Al respecto, Ignacio GUTIÉRREZ¹⁸⁸, especifica que la eficacia jurídica de la dignidad de la persona, es aquella que corresponde al reconocimiento constitucional de la dignidad, que se suele describir en España mediante aproximaciones dogmático-funcionales¹⁸⁹, «Dignidad de la persona», cuyo objetivo es ordenar bajo categorías dogmáticas, más o menos precisas, el material jurídico disponible.

¹⁸⁷ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, IGNACIO, *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 132.

¹⁸⁸ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ Ignacio, *u. o. c.*, pág. 77. SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José, nos dice, “para «atribuir un significado jurídico – o proponer una interpretación correcta del reconocimiento por la Constitución de la dignidad de la persona-». SOLOZABAL procura sistematizar su contenido obligatorio con genérica referencia a un efecto impeditivo y a otro positivo; pero reconoce igualmente que, cuando cláusula principal, se caracteriza «sobre todo por su necesidad de completamiento o integración con otra cosa».

¹⁸⁹ *Ibidem*, pág. 77.

V. Dignidad

En capítulos anteriores, se abordó la antigüedad y los precedentes de la dignidad, así como la secularización de la sociedad durante la modernidad, a partir del siglo XVII, de la ética pública (laica) con un fundamento racional.¹⁹⁰

La dignidad humana, es un concepto difuso, por lo que presenta dificultades en cuanto a su determinación, caracterización y definición. Se predica de ésta que es la cualidad esencial del ser humano, su cualidad específica y exclusiva, en virtud de la cual se distingue lo humano de lo no-humano.

La dignidad aparece, pues, como una señal de identidad del ser humano, como ser dotado de inteligencia y libertad, como ser moral. Se ha dicho, al respecto, recientemente, que la idea de dignidad resulta tan atractiva, que se manifiesta en la actualidad como uno de los “ganchos” trascendentales del discurso moral de humanidad, que ha encontrado su mejor definición operativa y su concreción más palmaria en el concepto de los derechos humanos.

La dignidad humana aparece como una categoría pluridisciplinar, porque para su cabal caracterización y configuración se impone la confluencia de varias

¹⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Dykinson, 2003, pág. 13. A fin de conocer el devenir del concepto de la dignidad, el pensamiento de Confucio, el Antiguo Testamento, SÓCRATES, PLATÓN, CICERÓN, SÉNECA, entre otros. Asimismo, PELÉ, Antonio, analiza el pensamiento de algunos autores representativos desde la Antigüedad hasta la Ilustración, como ARISTÓTELES, DESCARTES, PASCAL, GROCIÓ y KANT. Véase su tesis doctoral: *Filosofía e historia en el fundamento de la dignidad humana*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Disponible en: <http://earchivo.uc3m.es/dspace/handle/10016/3052> (Visitada el 15 de abril del 2009).

disciplinas: la filosofía general, y en particular su rama de Ética o Filosofía moral, la Antropología, la Política y el Derecho, todas estas disciplinas- especialmente el derecho- son de utilidad para conformar el concepto de dignidad humana y permiten además, ahondar en su significado.

La dignidad de la persona constituye un límite infranqueable a los avances tecnológicos, una barrera que no se puede traspasar.

Pero sin duda es la ética kantiana, expresada en algunos textos de la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, la que contiene una expresión más clara de la idea de la dignidad como categoría ética, vinculada a la dimensión moral del hombre. A ella se deben también los primeros intentos de interpretar a los derechos humanos en la idea de la dignidad.

Como es sabido, KANT consideró la autonomía personal como el principal rasgo humano y en tal contexto nos habla de la “dignidad de un ser racional que no obedece otra ley que aquella que se da de sí mismo”. “El hombre tiene dignidad, no precio”. Y de manera muy especial se expresa este principio de dignidad e inviolabilidad de la persona conectada con su famosa teoría del imperativo categórico como regla moral.

La dignidad es una cualidad que se predica en toda persona, con independencia de cuál sea su comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad. Por paradójico que resulte, preservamos nuestra dignidad con independencia de lo indigno que podamos llegar a ser. La dignidad no queda desmentida por el hecho de que muchas personas se comporten indignamente, hasta el asesino más abyecto tiene “o debería tener” dignidad.

La idea de la dignidad aparece en los textos jurídicos indisolublemente ligada al concepto de derechos humanos. Los hombres tienen derechos que han

de ser reconocidos por el poder político porque tienen dignidad. La dignidad humana es la causa de que reconozcan derechos, es su justificación.

También se puede deducir que la dignidad es el valor espiritual y moral inherente a la persona, íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás (S.T.C. 53/1985). Implica el respeto a la persona como ser humano y a los derechos inherentes al mismo.

La Constitución española inicia su Título I, dedicado a los derechos y deberes fundamentales proclamando que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social (art 10) (V derechos fundamentales y libertades públicas)¹⁹¹

La persona posee ciertos atributos y virtudes que la distinguen de los demás seres y le dan un valor en sí misma. Ante ello se dice que el hombre es un ser digno, esto es, un ente que merece ser respetado y al que se le debe garantizar una serie de derechos que le permitan tener una existencia plena y compatible con su propia naturaleza, derechos a los que, para distinguirlos de otros, se les califica como “humanos”.

La dignidad humana: El ser humano, por naturaleza, es un ente individual, racional, libre y con voluntad, atributos que le dan un carácter de superioridad respecto a los demás seres. Por tanto, por su propia naturaleza y con independencia de aspectos como su edad, sexo, raza, situación económica, estado

¹⁹¹ Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2002.

de conciencia, capacidad intelectual, o cualesquiera otras condiciones semejantes, merece ser respetado y visto como un fin en sí mismo, y no como un instrumento o medio para un fin.

En este orden de ideas, es posible conceptualizar a la dignidad humana como un atributo inherente a la persona humana que hace merecedora de respeto y que delimita un ámbito de prerrogativas que se le deben garantizar, a fin de que tenga una existencia plena y compatible con su propia naturaleza.

De esta forma, en aras de intrínseca dignidad, a la persona se le debe asegurar un mínimo de prerrogativas que le permitan desarrollarse y vivir como tal, y es por ello que la dignidad humana es considerada como “el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”.

Lo anterior ha sido reconocido tanto en el ámbito doctrinal, como en el normativo y jurisprudencial. En el primero de ellos puede hacerse alusión, por ejemplo, a lo manifestado por CAMPOS MONGE, en el sentido de que “la dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no sólo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos.”

En el mismo tenor, TORRALBA ROSSELLÓ refiere que la dignidad puede considerarse como el fundamento sobre el que se sustentan los derechos humanos, pues cuando se afirma que el ser humano debe ser tratado dignamente o que es un ser digno de respeto, se está afirmando que se deben respetar sus derechos fundamentales.

En el ámbito normativo, específicamente en el internacional, se tiene que en diversos instrumentos se reconoce a la dignidad humana como un atributo

consustancial al hombre, en el que descansa el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Así se establece por ejemplo en los preámbulos o considerandos de los instrumentos internacionales.

La dignidad de la persona puede verse, entonces, como un derecho humano general cuyo medio de reconocimiento y garantía son los derechos humanos específicos, lo que implica que aquella se materializa y hace efectiva a través de estos derechos, que no son sino las “prerrogativas inherentes a la persona humana cuya realización efectiva resulta indispensable para su desarrollo integral.

Así como lo establece SASTOQUE, el respecto a la dignidad humana “se hace presente en el reconocimiento y aceptación de ciertas propiedades del hombre como persona, que se denominan comúnmente derechos y deberes. De esta forma, el respeto absoluto que reclama la dignidad de la persona humana, es real y se hace evidente cuando se da el respeto de los derechos y deberes del hombre que emanan de la misma dignidad humana”.

En consecuencia, dada la dignidad de la persona, el Estado debería reconocer, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, derechos que deben regir todas las actividades y funciones de los poderes públicos, de manera que, como lo establece LANDA: “La dignidad humana puede verse también como un principio rector de la política constitucional, en la medida que dirige y orienta positiva y negativamente la acción legislativa, jurisprudencial y gubernamental del Estado. Positivamente, en la medida que todos los poderes y organismos públicos deben asegurar el desarrollo de la dignidad humana en los ámbitos del proceso legislativo, judicial y administrativo. Negativamente, en cuanto deben evitar afectar la dignidad humana a través de las leyes, resoluciones y actos

administrativos que emitan, ya que todos los poderes públicos están vinculados directamente a la Constitución en su sentido formal y material”.¹⁹²

La justicia impone el respeto al otro y que nos exhorta a dar a cada uno lo suyo, descansa en el valor propio de cada persona humana. Los derechos de la persona han constituido siempre uno de los focos principales de la lucha por el Derecho. Si el Derecho es de orden social, el hombre y sus bienes se encuentran en el centro del Derecho. Para estar a la altura de la dignidad humana, el Derecho debería reconocer y proteger la libertad de los hombres, como seres moralmente independientes y autorresponsables. Ésta esfera de libertad moral con fundamentos ónticos, no está sometida a la decisión de las autoridades ni puede convertirse en mero instrumento al servicio de los fines del Estado, de la raza o de la clase social.

El respeto a la dignidad humana debería exigirse para todos los hombres y a la comunidad misma, Estado o nación. Una cosa es que el individuo quiera sacrificarse voluntariamente en aras de la comunidad, y otra cosa muy diferente es que la comunidad pretenda imponer ese sacrificio. Los derechos del hombre, basados en la exigencia moral de respetar la dignidad humana, partes del hecho ontológico de la autodeterminación del ser humano. Por eso son los hombres capaces de Derecho, capaces de obrar y jurídicamente responsables.¹⁹³

El término dignidad es, relativamente, de reciente aparición en la literatura jurídica. No figuraba en las primeras y emblemáticas declaraciones de derechos de los Estados Unidos de América y de Francia de finales del XVIII, ni

¹⁹² Dignidad humana, derecho a la vida y derecho a la integridad personal. Serie Derechos Humanos volumen 2, página 1 a la 10. Primera Edición, julio de 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹⁹³ Agustín Basave Fernández Del Valle, Filosofía del derecho internacional. Instituciones de Investigaciones Jurídicas. Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público II México, 2001, págs. 355 y 356

en los textos posteriores hasta casi la segunda mitad del siglo XX. Tradicionalmente las cartas y declaraciones de derechos se fundaban más en nociones de libertad, igualdad, propiedad, e incluso búsqueda de la felicidad que en la dignidad. Las convulsiones que asolaron al mundo tras las dos guerras mundiales del pasado siglo y los atentados perpetrados a la dignidad humana con ocasión del auge de los totalitarismos, amén de las atrocidades cometidas con motivo de las guerras coloniales, iban a imponer ciertamente un cambio de paradigma en la concepción de los derechos humanos impulsado, ante todo, por los anhelos de paz. La incorporación de la noción de dignidad a los textos jurídicos se iba a producir en el contexto de la internacionalización de los derechos humanos.

La dignidad personal se va a considerar en varios textos, como el valor fundador de todos los derechos humanos, siendo dichos derechos concreciones o manifestaciones de dicho valor. Se dice, por tanto, que la dignidad de la persona constituye el fundamento incuestionable de la idea de los derechos humanos.

La expresión de la dignidad en los textos jurídicos aparece inicialmente en el plano internacional, ya que en las primeras declaraciones y documentos elaborados y proclamados en el seno de la ONU.

La noción de dignidad humana de la que venimos hablando asume como punto de partida, al menos tres postulados: la afirmación de que el hombre o la persona humana es el valor límite de toda organización política y social; el reconocimiento de que la libertad y racionalidad son los valores constitutivos y los rasgos identificadores de la persona humana; y la aceptación de que todos los hombres son básica o esencialmente iguales en cuanto a la tenencia y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad.

La dignidad humana constituye un valor central en la axiología del constitucionalismo europeo contemporáneo.¹⁹⁴

La idea que sobre la dignidad tuvo KANT, ha sido la que mayor influencia ha tenido tanto en la filosofía política como la filosofía moral y jurídica de nuestro tiempo. Pero también hay que mirar en la parte jurídica para el funcionalismo normativo. No hace falta sino fijar nuestra atención en algunas constituciones contemporáneas, especialmente la alemana, para comprobar esa afirmación. Esto como lo dijimos es verdad. Sin embargo, no lo es menos que la concepción Kantiana de la dignidad de la persona no ha sido, en la historia del pensamiento humano, ni la primera ni la única que ha existido.¹⁹⁵

El concepto de la dignidad humana es una expresión eminentemente ética. En diversas Constituciones latinoamericanas (como la brasileña y la chilena), este concepto aparece expresamente en relación con el respeto absoluto que se le debe a la persona humana. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania vincula la dignidad humana con los derechos fundamentales y considera como un deber del Estado protegerla. Allí puede leerse, por ejemplo, lo siguiente: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (...) El pueblo alemán, por ello reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo”.

Más allá de las explicaciones mencionadas, y de la relevancia que posee la noción de dignidad humana en el ámbito filosófico, jurídico y biomédico, el concepto de dignidad humana no deja de ser problemático. Mientras que algunos pensadores sostienen que se trata de un criterio ético fundamental, que ofrece

¹⁹⁴ Revista de Bioética y Derecho. Número 9 Enero de 2007. Artículo la dignidad humana, los derechos humanos y los Derechos Constitucionales Pág. 2 y sig.

¹⁹⁵ José Luís Pérez Treviño, De la Dignidad Humana y Otras Cuestiones Jurídico-Morales Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pág. 190.

también la base para la vincularidad jurídica tanto para la política como para la investigación genética y la biomedicina (REINTER, J. 2001; SPAEMANN, r. 2001), otros se muestran escépticos respecto de los aportes y alcance ético y jurídico que pueda tener el criterio de la dignidad humana.¹⁹⁶

Hoy en día, la noción de “dignidad humana” es considerada un concepto clave en el desarrollo del discurso de los derechos humanos. Esto es algo que recientemente ha sido reconocido por el filósofo Jürgen HABERMAS, para quien la dignidad humana (...) constituye la “fuente moral de la que todos los derechos fundamentales derivan su sustento”. En esta tendencia, las referencias a la filosofía práctica de KANT¹⁹⁷, constituyen también un lugar común, como el mismo HABERMAS lo recuerda.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Estudios de filosofía Práctica e Historia de las Ideas. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas, Vol 12 No 1/ISSN 1575-7180/Mendoza/Julio 2010/Artículos (41-49).

¹⁹⁷ Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas. Dignidad Humana en Kant y Habermas. Estud. Filos. Práct. Hist. Ideas vol. 12 no 1 Mendoza jun. 2010. En este sentido, KANT ha abordado explícitamente el concepto de dignidad humana y, más allá de las controversias, su interpretación sigue siendo relevante en la actualidad. Desde el planteo ético-filosófico Kantiano, es posible dar una respuesta tanto al problema de la fundamentación de la noción de dignidad y las condiciones de aplicación, situacional e histórica de la misma. KANT ha aportado buenas razones para la solución de cada una de estas cuestiones.

¹⁹⁸ Dignidad, Derechos Humanos y la Filosofía Práctica de Kant, Javier Orlando Aguirre-Pabón, pág. 48. En este sentido: Tenemos que son derechos humanos, aquellas facultades, atributos y libertades inherentes al hombre, esto es, no tienen su origen en una concesión del Estado, sino en la propia dignidad de la persona. De ahí entonces que como se expuso en el presente, la dignidad humana ha sido objeto de numerosos debates filosóficos y ocupa un lugar relevante en el derecho internacional. Considero que el tema o concepto de la dignidad irá incorporándose aún más en nuestros textos tanto jurídicos, como de filosofía, con definiciones quizá más concretas y claras pese a lo difícil de su descripción, ello en razón de su implicación en las Constituciones, teniendo en cuenta que es considerada como el “origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”, lo anterior tanto en el ámbito doctrinal, normativo y jurisprudencial como se precisó en el presente trabajo. Y desde luego que al ser la

En la actualidad, la dignidad humana es una realidad reconocida –y desconocida principalmente por los sectores más vulnerables- universalmente. De ella se habla en la calle, se escribe en la prensa y en los libros, se debate en los parlamentos y se juzga en los tribunales. La dignidad humana está reconocida en todas las Declaraciones contemporáneas de Derechos. Pero es realmente difícil elaborar un concepto de dignidad humana, dado que existen diferentes concepciones de la misma que hacen imposible el acuerdo o conceso, tanto sobre su contenido como sobre la extensión de sujetos a quienes esta se debe atribuir. Se dice que toda persona tiene una dignidad propia e irrenunciable. Todas las cosas tienen una cierta dignidad, pero la dignidad de la persona y la de las cosas no tienen el mismo valor; no son magnitudes ontológicamente correlativas.¹⁹⁹

La base de los derechos humanos es la dignidad de la persona, la cual debería estar por encima de consideraciones positivistas, y debido a ella, nadie debería legítimamente impedir a otro el goce de sus derechos. Esta idea está robustecida con dos nociones cuidadosamente elaboradas por el autor. Por una parte, la de la dignidad humana, que distingue a la persona de otros seres vivos debido a su razón, voluntad, libertad, igualdad e historicidad y, por otra, la de los derechos humanos que son el conjunto de atribuciones reconocidas como instrumentos jurídicos para hacer efectiva la idea de dignidad de todas las

dignidad el origen, esencia y fin de los derechos humanos, debería observarse el respeto de la misma a todos los seres humanos, ya que de no hacerse se podría caer en un retroceso en materia de derechos humanos, cuyo respeto está tan ponderado en la actualidad en diferentes protocolos y manuales para la impartición de justicia, sin perder de vista lo que conlleva al menos en materia de procesos penales el que se violen derechos humanos, lo cual va desde de reposiciones de procedimiento, nulidad de pruebas, e incluso libertades bajo las reservas de ley, pese existir pruebas que hagan patente la probable responsabilidad del sujeto activo en la comisión de un delito.

¹⁹⁹ Narciso Martínez Moran, La Dignidad de la Persona ante el Desafío de la Biotecnología. Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de España, págs. 160 y 161.

personas, lo que tendría que permitir una existencia humana desde diversos ámbitos relacionados entre sí, como son el individual, social, político, económico y cultural.

La dignidad es pues un tema complejo, arduo que atañe a la filosofía y que recientemente fue incorporado a las Constituciones. Es difícilmente descriptible, pero sin embargo es algo de lo que todos estamos conscientes, además varios autores describen a la dignidad muy cercana al concepto honor (que también es compleja su definición).

3.III.3.1 La evolución de la dignidad y el honor de fáctico a normativo, hasta normativo fáctico

HONOR Define el TC (SSTC 223/1992 F3; 176/1995, F3)

Art. 18 No tiene una consolidación directa en la Constitución española



Estos factores son importantes, pero no afectan el núcleo del concepto HONOR

HONOR= Prestigio
 (Importancia social)
 + = Honorabilidad
 = Autoestima

HONORABILIDAD- Honor, honorable, puede aplicarse en cualquier sociedad. Todas las culturas tienen una noción equivalente, pero su contenido seguramente es distinto en diferentes sociedades. **Diccionario de Sociología**

SSTC 223/ 1992 F3; 139/1995 F5; 176/ 1995; F3; STC 180/ 199;
F4
HONOR Gira en torno a **REPUTACIÓN** (STC 139/ 1995) F649/2001, F5
232/ 2002, F2

**Elementos de la Jurisprudencia Penal: FAMA
FAMA/ REPUTACIÓN Y AUTOESTIMA.**

CP (español) Antiguo en su artículo 457. Define FAMA, o CRÉDITO que
subsisten y se **Define al HONOR** amplía en el nuevo CP al recoger
AUTOESTIMA (ART. 208 CP)

CP Art. 208 Señala que la injuria es un menoscabo de la FAMA, o un atentado
contra la PROPIA ESTIMA.

C. CIVIL RO 1/1982 Intromisión ilegítima «la divulgación de hechos relativos a
la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen
NOMBRE.

CC Art. 7.3 La imputación de hecho o manifestación de juicios de valor a
través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de
otra persona, menoscabando su forma o atentado contra su propia
estimación».

CC 7.7 En todo caso, lo que no siempre ha hallado sustento jurídico es la
protección del AUTOESTIMA.

TC Insisten ambas ideas anteriores:

El carácter circunstancial afecta al contenido del HONOR, pero no a su
concepto, que gira en torno a la REPUTACIÓN.

STC 180/ 1999, F4; VINCULA HONOR Y REPUTACION

Otras SSTC 223/ 1992 F3; 139/1995 F5; 176/1995 F3; 180/1999, F4; 112/
2000, F6; 49/ 2001, F5 232/ 2002, F2.

J.L Fuentes define HONOR: Es un concepto jurídico normativo, cuya
precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada
momento, de ahí que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de
apreciación a la hora de concretar en cada caso que deba tenerse por lesivo del
derecho fundamental que lo protege.

En definición ABSTRACTA de TC: Ampara

- Buena REPUTACIÓN de la persona

- La protege de expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena
- El menosprecio o descrédito

En la STC 139/1995; F5., el autor nos indica:

J.L Fuentes

DEFINE En la Jurisprudencia penal define:

*FAMA
HONOR *REPUTACIÓN
*AUTOESTIMA

Jurisprudencia PENAL Tiende a CONFUNDIR
DIGNIDAD
HONOR INTERNO

Así la sentencia SAP Madrid 664/ 2002 F3

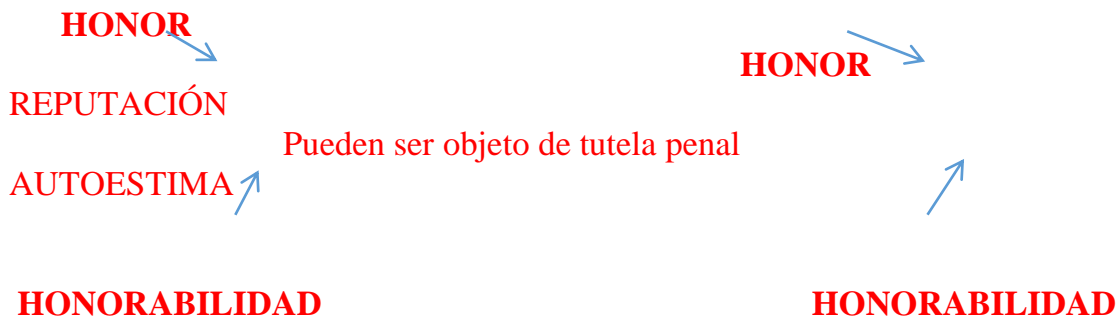
PERSONA **NATURAL** Como consecuencia del reconocimiento de su dignidad.

JURÍDICA

Al tiempo reconoce la existencia de honor subjetivo y objetivo:

HONOR SUBJETIVO: (Vulnerado por los juicios de valor) se identifica con la autoestima y con la dignidad (de modo que uno de estos dos términos se vuelve innecesario; en este caso, la AUTOESTIMA).

SAP Asturias 283/ 2000 Habla del grave ataque contra la dignidad y FAMA, si bien antes había confirmado que su tutela dignidad lesionada mediante el menoscabo de la fama y propia estima.



REPUTACIÓN Conceptos que han convivido tradicionalmente con
 sistemas sociales y **AUTOESTIMA** jurídicos (pre constitucionales)
 (con un corte aristocrático y clasista) Dejando de lado a
 las sociedades excluyentes.

Esto ya “superado” y que encerraba del peligro de privar de HONOR a una buena parte de la sociedad.

LA TUTELA Puede llegar a ser deformada (si existe el prejuicio o el clasismo en los sistemas sociales y jurídicos. Lo que tiene como consecuencia privatizar el honor.

Es por eso que las Teorías de Abstracción que, en el intento de eludir el uso de los conceptos (**REPUTACIÓN Y AUTOESTIMA**) y las consecuencias que tenían buscaron por objeto de protección distinto: inicialmente la **dignidad**, más tarde la **libertad**.



Corrientes teóricas que no terminan de ser aceptadas ni comprendidas por la jurisprudencia penal. Más allá de la estrecha vinculación entre honor y reputación (de forma más tibia con la autoestima) que se aprecia en la jurisprudencia penal, en rara ocasión se observa una referencia a dichas teorías y, cuando se hace, no se utilizan con precisión sus elementos: como si fueran sinónimos entre sí, como si fueran diferentes objetos de protección Lp. e, se indica que se protege el **honor** y la **fama**. El **honor** y la **dignidad**. En el fondo la jurisprudencia penal, en lo relativo al honor, se centra en otras cuestiones.

El segundo factor de confusión viene motivado por la precisión de los elementos circunstanciales, antes señalados, de modo que el contenido del HONOR tuviera encaje CONSTITUCIONAL, MORALES PRATS.

***BJ (honor) *Elementos Normativos:**

***FAMA** - En el momento que se acepta el honor, tiene una conexión con **FAMA** y **AUTOESTIMA**, la actividad definitoria del **bien jurídico honor** y la interpretación de **AUTOESTIMA** son los **elementos normativos** de los tipos que lo tutelan deben consistir en determinar cuándo posee un sujeto reputación y propia estima, cuándo produce su lesión, cuáles son los límites de su protección jurídico penal. Y de entre todas estas respuestas posibles, rechazar aquéllas que no fueran respetuosas con el modelo Constitucional. Lógicamente ello implica, con carácter previo, la elección de un modelo valorativo (...) que tenga encaje Constitucional.

La jurisprudencia  se concreta en dos actividades

PENAL

Relativa al HONOR

- Determinar si la conducta realiza los elementos Típicos de los Arts. 206 ss.
- Resolver el conflicto, concreto, que surge entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información conforme a los criterios suministrados por el TC.

Siendo cuestiones muy importantes, se olvida de establecer previamente qué definición del BJ HONOR va a utilizar (dentro de las que tienen cabida en el texto penal y son constitucionalmente admisibles) es fundamental (aunque sea,

como ya he dicho antes, una actividad compleja), pues las consecuencias que se derivan de cada opción son diferentes. Únicamente si se conoce que opción se ha elegido, se puede determinar si la solución adoptada es coherente con esa toma de postura inicial.

REPLANTEAMIENTOS DOCTRINALES- HONOR

1.- Existen dos grupos:

Las Concepciones

* Constitucional

Fácticas- Normativas: (Representan la versión) * Preconstitucional

(Del concepto Bien Jurídico Honor)

Modelo ecléctico

* Normativo fáctico (Igual de corte Constitucional)

En resumen: existen tres líneas interpretativas:

- Concepciones Fácticas
- Concepciones Normativas
- Concepciones Mixtas o Normativas

Concepciones FÁCTICAS: (Valoración que la sociedad practica respecto a los méritos de una persona)

* **Objetivas:**

- Reputación social
- Buena fama

*** Subjetiva:**

- Autoestima

(**Valoración** que un **individuo** practica sobre sí mismo. No obstante, hay concepciones fácticas que se limitan a la buena reputación).

Su principal problema, que no único, reside en su dificultad para conectar con la igualdad y el pluralismo, pues no todos tendrían objetivo/ subjetivamente honor ni en la misma medida. En suma, la cantidad de honor sería variable para cada sujeto pudiendo carecer algunos incluso de un mínimo.

Concepciones NORMATIVAS: Deducen el contenido del honor del cumplimiento o respeto de un determinado código normativo. Se establece una distinción según el código normativo utilizado sea extrajurídico (moral y social) o jurídico.

Concepciones normativas: se diferencia de: * Concepciones mixtas o normativas-fácticas

* Concepciones estrictamente normativas

En su libro, CARDENAL MURILLO y José Luis SERRANO nos indican:

Las concepciones normativas conciben al honor como valor interno de la persona basado en la dignidad humana y derivado de su existencia moral ³⁴, deduciéndose su contenido del efectivo cumplimiento o adecuación del comportamiento del autor a un determinado código valorativo.

VIVES ANTÓN las ha clasificado, en atención a la naturaleza de las valoraciones, a las que se remite el comportamiento del autor, en concepciones normativo-sociales, morales y jurídicas.²⁰⁰

Concepciones MIXTAS o NORMATIVAS- FACTICAS: Hay una cantidad de honor mínimo, común para cada sujeto (elemento estático vinculado a la dignidad y a la pretensión de respeto del individuo que de ella deriva), y una cantidad de honor variable según criterios fácticos: depende del grado de respeto por el comportamiento, adoptado libremente por cada sujeto en el desarrollo de su personalidad. (...)

Estos planteamientos adoptan la imagen del honor a la Constitución pero se mantienen fieles a una idea de merecimiento: consideran necesario aceptar la existencia de desigualdades (desde luego, no por nacimiento o parentesco) en comportamiento del sujeto (valor real del sujeto).

Con otras PALABRAS: la Sociedad puede arrebatar legítimamente al sujeto ciertas cantidades de honor según se comporte.

2.- HONOR INTERNO= DIGNIDAD HONOR EXTERNO= REPUTACIÓN

Concepciones estrictamente normativas: Personalidad propio de la dignidad de la persona o (protección del libre desarrollo de la personalidad) = los delitos contra el honor protegen la libertad de un sujeto para elegir su forma y modo de vida frente a las limitaciones.

*Juicios de valor

*Importaciones de hechos

Constitución = Honor normativo

²⁰⁰ Vives Antón “Delitos contra el honor”, en M. COBO del ROSAL y otras Derecho Penal, Parte Especial 1990 pág. 674 y sig. En este mismo sentido, los autores Alonso Álamo, 1983 pág. 142; BERDUGO pág. 305 y sig; Bernal de Castillo pág. 1436- 1439; LOPEZ PEREGRIN pág. 79 y sig; (Wessels/ Hettinger BT. pág. 137 Maurach/Schroeder/ Maiwald).

HONOR CONSTITUCIONAL PRE: «(García de Pablos) La criminología (...) ha demostrado cómo el honor forma parte de todos los códigos axiológicos incluidos de los más dispares subculturas y carreras criminales (...)» García- Pablos 1984, p. 395.

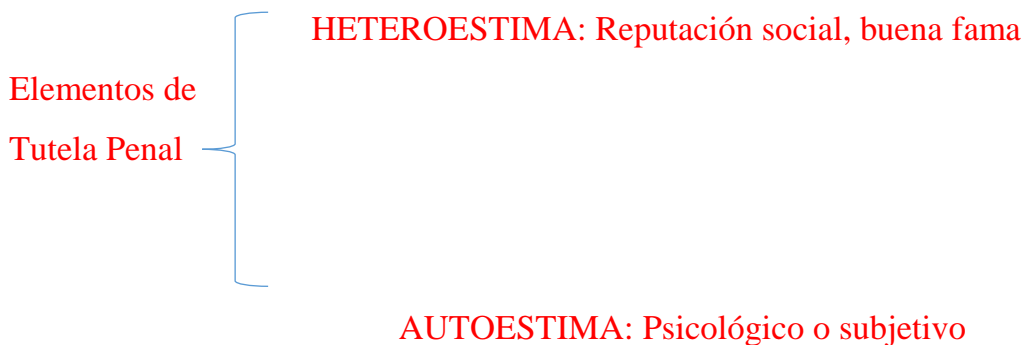


... Todas las elaboraciones del bien jurídico honor, son, en un sentido sociológico, -normativas.

«Cada concepción del honor debería en realidad contener elementos fácticos y normativos».

Honor = Concepto pre jurídico

Determinado en su contenido por su exclusiva y directa conexión de datos de la realidad de carácter social u objetivo.



En este SENTIDO BERDUGO 1984 p. 305;

López Peregrín, 2000 p. 69 s.

Laureano Copello, 2002 p. 15, 2004 p. 937

Lo que no aparecía de forma explícita es que esos datos objetivos- fácticos, aun siendo pre jurídicos, estaban conectados en un criterio normativo de referencia: un sistema de valores que considera que honorable es aquella persona que pertenece a una clase social, que respeta en su actuar el conjunto de valores dominantes.

Elemento fáctico: El sujeto disponía de una honorabilidad tutelada: (hay dos variantes):

- Ambas son decisiones normativas**
- I** Basta con que la sociedad, o el propio individuo, consideren que se respeten dichas normas, es decir, es suficiente con que la comunidad y/o el individuo reconozcan esa honorabilidad, aunque sólo sea aparente.
 - II** Es necesario además que el sujeto respete de forma efectiva dichas normas: la falta de pertenencia a esa casta o comportamiento disconforme a ese código ético priva al sujeto de honor-honorabilidad.

La problemática del honor en su sistema valorativo: qué código ético, quién lo elige.

Normativas pre Constitucionales → Se denominan FÁCTICAS

Normativas Constitucionales → Modelos NORMATIVOS

Estos intentan dotar al honor de un contenido integrado dentro de la Constitución material:

- **Igualdad** y el **pluralismo**; con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Para establecer una constitución del honor conexas con estos principios Constitucionales sería necesario fijar (...) quién lo determina, qué perspectiva hay en la sociedad (el código del sujeto pasivo, del sujeto activo el mayoritario en la comunidad).

La elección de un sistema como criterio de juicio implica paradójicamente la negación de otros y consecuentemente del pluralismo consagrado constitucionalmente, pues se acaba imponiendo a la SOCIEDAD un MODELO ÉTICO- SOCIAL, y así, además, se limita la autonomía personal de cada sujeto.

3 Existen dos corrientes:

Modelos intrínseca de cada	Elemento mínimo	La VALÍA
Pre Constitucionales	del HONOR	
PERSONA		

Comprobación

FÁCTICA



CONEXIÓN



Honorabilidad (aparente o cierta)
Gtz.

Consultar Ignacio Gtz

Pre Constitucional → El carácter variable que tiene la extensión del derecho al honor (como pretensión de respeto)
Respecto de los ataques mediante la imputación de hechos, se puede llegar a los mismos resultados cuando se considere que el sujeto pasivo carece de prestigio.

HONORABILIDAD – Pervive como objeto de tutela o como objeto material del delito. (Aunque esta conexión no parece siempre recogida con claridad)

4

Psicología con conexión datos

Sociológica

Se desarrollan tres puntos

- Distinción de BJ honor, -según un criterio normativo
- Honor- Honorabilidad:
 - (i) Concepción pura; conectada a la dignidad como límite
 - (ii) Con exigencia de respeto real o aparente del sistema de valores.
- **Honor- libertad** (siendo éste el enfoque más adecuado)

HONOR = HONORABILIDAD

(De igual forma, investigar el libro de Carlos Soria)

Se identifica abiertamente el BJ Honor con la honorabilidad de las personas.

(... tradicionalmente denominadas fáticas o normativo- fáticas)

La **HONORABILIDAD** en un sentido estricto es el **reconocimiento** que la **sociedad otorga a un individuo** y que este puede considerar que disfruta, determinado por su actuar respetuoso, real o aparente, con el conjunto de valores dominantes.-

-El objeto de la tutela penal es, por consiguiente, la protección de los niveles alcanzados de «distinción social o personal».

También se dice en estos casos que la honorabilidad puede venir determinada por la valoración de la conducta de una persona según su pertenencia a una determinada clase social, o por su participación en el sistema social. – valores dominantes- :

Primer Caso: Es una manifestación de un sistema ético- social previo y concreta que determina que la pertenencia a una clase tendrá ciertas consecuencias sociales.

El **segundo** es un acto de conformidad con el **sistema de valores** (un sujeto que participa plenamente, declara a la comunidad que ha aceptado e interiorizado sus principios).

1.- SISTEMA DE VALORES:

Conexión



Honorabilidad = Sistema de valores = Gire a una sociedad de clases
No todos dispondrán de HONOR en la misma medida.

El sistema de valores se conecta con la HONORABILIDAD, gira en torno a una sociedad de clases, no todas dispondrán de HONOR con la misma medida.

El sistema de valores condena determinadas formas de comportamiento social, su realización provocará una inmediata pérdida de este reconocimiento social, e incluso individual.

Ejemplo:

Un sistema ético social que mantenga que las **mujeres no son personas honorables**, o que **tener determinada tendencia sexual** (o que mantener relaciones sexuales con una finalidad distinta a la que se considera éticamente correcta) atenta contra las buenas costumbres, negaría la posibilidad de tutela del honor a las personas de género femenino o a los que han elegido esa opción sexual.

De acuerdo al ejemplo en el PRIMER CASO porque no tiene honor. En el SEGUNDO porque lo ha perdido por su comportamiento.

Por consiguiente, la cantidad de honor será muy variable para cada miembro de la comunidad pudiendo carecer algunos incluso de un mínimo. El sujeto no posee honor. (o sólo en cuanto que se dé una definición restrictiva de PERSONA que coincide con la de individuo que pertenece a una clase social).

En algunas ocasiones (el honor) no lo tendrá nunca, en otras lo obtendrá en sociedad: perteneciendo o alcanzando una clase superior y/o respetando otras normas ético- sociales vigentes.

Es evidente que estos planteamientos en lo relativo al honor, representan un atentado contra la igualdad y el pluralismo.

2.-HONORABILIDAD – En conexión con códigos éticos es un serio escollo para su factibilidad en la sociedad democrática.

- Superar el ataque que representa contra la igualdad (Art. 14 C.E) enfoques de honorabilidad basados en la posición social, que privan a ciertos sujetos de honor.
- Ninguna cantidad de HONOR, era contrario al derecho honor garantizado a cada persona (Art. 18 C.E) (...)

Según dimana de la **dignidad** como **principio ordenador de todos los Derechos fundamentales** (Art. 10 C.E)

(Del mismo modo incompatible con la referencia típica a la dignidad, prevista en el Art. 208 C.P. López Peregrín, 2000 p. 105)

La solución sólo se podía encontrar aceptando que todos los ciudadanos disponen de HONOR tutelable, con independencia de su raza, posición social o de su comportamiento. Y ello es una exigencia genérica, de la dignidad de la persona y, concreta del reconocimiento del honor como derecho fundamental (44)

(Y, así se indica que el honor deriva de la dignidad) O´challagan, 1991 p. 38 García García, 2003; y que el núcleo esencial del derecho al honor viene determinado por la dignidad de la persona «la consideración de la persona en cuanto a su integridad de ser humano».

GARCÍA- PABLOS denomina la DEMOCRATIZACIÓN o SOCIALIZACIÓN al HONOR, pero no sólo se vincula al valor interno del sujeto, por su condición de persona (46) (y no por méritos sociales) vulnerada mediante ataques contra su reputación y autoestima. Hay dos líneas diferentes:

- **Normativo- fáctico.-** Que intenta concretar el alcance de esta genérica pretensión de respeto a la persona mediante la combinación con la idea de **honorabilidad**.
- **Estricta normativa.-** Pretende hacer lo mismo a través de la libertad (que será estudiada en el título honor = ¿libertad?

Sistema de Valores = Anclaje Constitucional = Conexión BJ Honor/
Honorabilidad

Ruth En suma, todas las personas parten en, abstracto con una misma cantidad de honor **Vallejos** (entendido como pretensión de respeto personal).

Sin embargo, la extensión real del objeto de todo en la práctica será distinta (desigual), en función de elementos fácticos.

Estas desigualdades en la protección del honor, desde luego no están motivadas por la presencia de elementos objetivos = acciones libres (elemento dinámico)

ALONSO ÁLAMO - HONOR – es un aspecto de DIGNIDAD HUMANA (pero puede disminuir según el comportamiento de cada sujeto).

Para Gossel.- El honor es el derecho al reconocimiento de la vida social cuya «extensión depende del comportamiento y del rol social del sujeto afectado», pero dejando a salvo un mínimo: «nadie (...) puede perder completamente su dignidad humana, y por ello tiene el derecho a ser reconocido como sujeto capaz de comunicación».

López Peregrín, 2000: p.p. 79 ss.

El honor en cuanto vinculado a la dignidad, tiene un límite mínimo –que explica la ilegitimidad de los insultos- y máximo «por deficiencias elementales de la persona que limita la capacidad para actuar con racionalidad (...) porque el propio titular del honor infrinja deberes jurídicos o éticos, ya sean estos generales o específicos».

HONOR «la pretensión de respeto que cada persona merece en función de las esferas sociales en que se integra y su grado de participación en ellas».

BERDUGO; HONOR tiene una base común a todas las personas (una relación de reconocimiento mínimo ajeno a la dignidad humana, e independiente «de sus condiciones personales y de su comportamiento social» en concreto depende de la «extensión y del cómo de su participación en el sistema», de la adecuación de su conducta a los comportamientos esperados por la comunidad.

Nivel de exigencia de su efectivo respeto:

I La apreciación de un sujeto individual respecto a su reputación social y su grado de autoestima u honor subjetivo.

II De la existencia de un reconocimiento social que puede ser afectado por la expresión realizada. ¿Honor aparente?

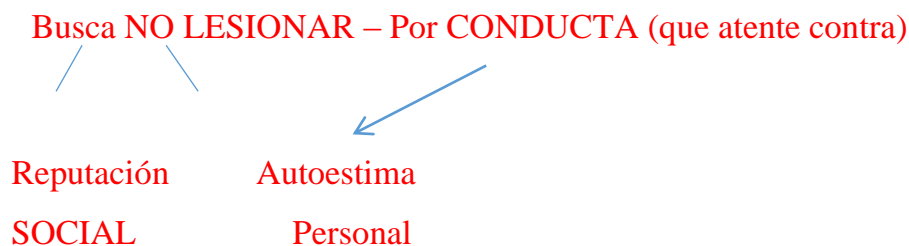
III Del nivel de reducción social y personal de dicha valoración con independencia de la veracidad o gravedad del ataque.

Lo importante es verificar qué consecuencias ha tenido el ataque sobre la fama o valoración individual del afectado: basta con que tenga efecto negativo sobre la reputación o la autoestima.

Honorabilidad merecida (o REAL)

La virtuosidad de la conducta se mide por el nivel de respeto real de los valores ético-sociales dominantes.

1 Protección de honor (aparente) = honorabilidad



(Aunque en realidad el sujeto no satisfaga fácticamente los criterios normativos)

2 HONOR real o merecido = Honorabilidad

(Sólo puede ser lesionado (el honor) cuando la CONDUCTA afecte a la reputación o autoestima efectivamente alcanzada)

De manera que si se pone al descubierto que el sujeto no ha actuado conforme a ese código ético, o tiene una valoración personal superior a la que corresponde por su actuación dentro del mismo, no habrá lesión del honor, pues no hay honorabilidad alguna que tutelar o está en un nivel inferior al grado de protección que se solicita.

Honorabilidad

Limita de la pretensión de respeto inherente a cada sujeto por persona.
=Actuación de RESPETO con el sistema de valores democráticamente dominante

Lo contrario sería:

Una reducción progresiva del ámbito del objetivo de tutela (paralela a la **reducción de honorabilidad: FAMA y AUTOESTIMA**

¿Los valores sociales democráticamente dominantes son el real o el aparente?

De acuerdo con los VALORES SOCIALES: LA REDUCCIÓN es una consecuencia de nuestra conducta desviada que ha sido adoptada por la libertad. Cuando se sostiene que una persona puede elegir libremente llevar una vida respetuosa o irreverente con dichos valores y, que si se aparta de ellos voluntariamente, no será merecedor de la tutela de su honor, (o de trato desigual merecido en lo relativo al honor).

A este proceso BERDUGO dice: Críticos por que ello representa un atentado contra el principio de IGUALDAD.

Se dice que los enfoques normativos- fácticos (utilizando la terminología tradicional) protegen una reputación realmente merecida y una autoestima «basada en los valores reales del individuo» LÓPEZ PEREGRÍN, 2000 p. 107.

¿ELEMENTO ESTÁTICO?

Por ser juicios de valor insultantes o degradantes.

Se dice que los enfoques normativos- fácticos (utilizando la terminología

tradicional) protegen un reputación realmente merecida y una autoestima basada en los valores reales del individuo – López Peregrín: p. 107

En el PUNTO 3 refiere sobre los puntos 1 y 2

En los (1 y 2) puntos anteriores, se comprueba que algunas de las formas de vida reducen la reputación social o directamente, crean mala fama.

La diferencia es que, en un grupo, se requiere comprobar que lleva ciertamente esa forma de vida y, en el otro no, por lo que basta el juicio personal o social por las apariencias.

(¿Cuándo se lesiona el aspecto estático?)

- HONOR = ¿LIBERTAD? -

DIGNIDAD = HONOR (Elemento estático)
(Como LÍMITE MÍNIMO)

Valor interno (honor como atributo de la personalidad, propia de la dignidad de la persona)

Autoestima merecida. Juicio positivo previo sobre la conducta titular del HONOR

Reputación



HONORABILIDAD (limitaba esa protección de respeto)



Valor Interno → Autoestima El parámetro de evaluación era el **respeto**



de los

valores ético- sociales

Reputación

Existen dos problemas

1) La parte **preconstitucional** (inicial)

O sea privar totalmente de HONOR a los sujetos “por la DIGNIDAD”

DIGNIDAD (como contenido MÍNIMO)

(o ELEMENTO ESTÁTICO del HONOR)

Elemento ESTÁTICO – Juicios de valor insultantes o degradantes

Expresiones que se puedan considerar, (en un segundo juicio), una lesión de honor, al ser atentados directos contra ese mínimo indispensable.

2) La **DIGNIDAD** como **LÍMITE MÍNIMO**

- Sobre el tema existen dos preguntas, según FUENTES OSORIO

¿Cómo puede ser un sujeto parcialmente privado de su pretensión (jurídico) de respeto por haber realizado una conducta que no está prohibida, o por no efectuar una que no está mandada?

¿Cómo puede ser modulada la pretensión de respeto del sujeto (en cuanto tal)?

Entrando en detalle en la primera pregunta:

Aunque el titular de un derecho puede definir su propio ámbito de honor protegido, no ha asumido voluntariamente esta limitación: únicamente ha efectuado una conducta que ha generado una restricción al honor consecuencia jurídica que no tiene porqué conocer, ya que no está prevista legalmente.

Aunque el objetivo de satisfacer las exigencias del principio de legalidad (garantía criminal) llevará finalmente a aceptar que sólo cuando se cometan ilícitos penales o administrativos se pudiera sufrir

semeyante reducción, este planteamiento tampoco superaría, en tal caso, los límites que el principio de legalidad (garantía penal) impone.

Sería una restricción de derechos no prevista en la ley penal o administrativa alguna. Incluso la fijación legal de esta sanción no sería válida, pues representaría la imposición de una sanción difamante. No aceptable en cuanto contraria a la prohibición de penas degradantes.

El defecto físico o psíquico de la persona o sujeto pasivo

La CONDUCTA del sujeto pasivo no es contraria al código ético o moral, no se ha producido una reducción de su pretensión de respeto como persona que puede ser lesionada por esa imputación capaz de reducir su **reputación o autoestima**.

ORTIZ Urbina, al respecto, manifiesta:

... manteniendo que a la presencia de ese defecto **no es una conducta imputable** a su titular, sino una «condición» que no depende de su propia agencia.

Por consiguiente, los **INSULTOS** basados en estas condiciones **vulneran la expectativa de respeto mínimo**.

La divergente es ¿cuál es el BJ protegido HONOR o DIGNIDAD?

DIGNIDAD. Primero, quien agrede al HONOR, lesionará la dignidad humana. La DIGNIDAD se acepta como derecho constitucional autónomo (de carácter absoluto), ya que tiene límites internos:

De acuerdo con lo anterior, la DIGNIDAD puede ser un bien jurídico autónomo (constitucional, cita 68) Gtz. Gutiérrez, 2005, pp. 32 sig. De igual forma, la DIGNIDAD como derecho fundamental y sus consecuencias.

La DIGNIDAD se ha convertido en objeto de tutela en los delitos contra el honor.

Con la independencia de que se le pueda reconocer, aparte de eso, una vertiente como principio valor del ordenamiento jurídico.

...La distinción entre dignidad de la persona y la dignidad del hombre, cimienta de

los derechos fundamentales, **HIRSCH**, 1989 p. 53 **ALEXY** pp. 106, ... la dignidad como regla y como principio.

Como se complementa la dignidad con el honor

¿A qué se reduce, entonces, la conexión con el honor?

I Este carácter autónomo de la dignidad puede producir una confusión entre DIGNIDAD y HONOR → en relación al bien jurídico.

En materia PENAL

VIVES Antón pág. 1025 «Los ataques al honor son **ataques inmediatos**, a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama (heteroestima)».

Ataques EDIATOS serían aquéllos realizados contra los derechos fundamentales «manifestaciones concretas» de la dignidad.

De esta manera la **DIGNIDAD**, encuentra su **protección general y abstracta en la tutela del HONOR**. **CARMONA SALGADO, 1991 p. 98 y sig.**

DIGNIDAD Y HONOR – Honor y dignidad, ambos conceptos se identifican con la idea de MÉRITO y MERECIMIENTO.

En la parte PENAL:

Los **ATAQUES** al **HONOR** son ataques **INMEDIATOS** a la dignidad en su materialización mínima **AUTOESTIMA Y FAMA (HETEROESTIMA)**.

ATAQUES MEDIATOS- Manifestaciones (de la dignidad) concretas- derechos fundamentales:

De esta manera la DIGNIDAD, *per se*, encuentra su protección GENERAL y ABSTRACTA en la Tutela del HONOR. (CARMONA S. p. 98 y sig.)

DIGNIDAD – HONOR

HONOR – DIGNIDAD

Ambos conceptos se identifican con la idea de:

MÉRITO y MERECIMIENTO

CONSTITUCIONAL Y LÍMITES DE DEFINICIÓN CON LA PARTE PENAL:

Idea que coquetea con ENFOQUES de la dignidad diferenciados (en la medida en que proviene de un foco EXTERNO: su pertenencia a una religión, a un grupo socio-económico, etc) sobre los que se apoyan los planteamientos preconstitucionales (y de los que se diferencian por la prevención de ese mínimo). **PECES- BARBA, 2002 p. 26 y sig.**

Pág. 22

Gtz. Gtz II No obstante, esta confusión no se tiene que producir necesariamente. Eso **p. 97** acontecerá únicamente la definición de la dignidad coincida con la del HONOR.

Concepto interpersonal del honor- KINDHÄUSER

El concepto funcional de honor, se dice, da un paso más en esta línea al considerar que el honor es un requisito de la Constitución: es la capacidad del hombre para <comportarse de tal modo que puede cumplir las expectativas normativas que debe tener para ser aceptado como un interlocutor igual>. De modo más amplio AMELUNG, Die Ehre als.

Kommunikationsvaraussetzung, 2002, Concepto funcional en el que, curiosamente, no se termina de incluir a JAKOBS.

Buscar Artículo Lorenzo Copello, 2004 p. 944 y 957 y 961 El Bien Jurídico HONOR.

Cita 88

Pág. 27 Quintero/ Morales 2005 p. 490. También en este punto, aquellas otras formulaciones que mantienen que libre desarrollo de la personalidad (como elemento positivo de la dignidad).

Por este motivo fracasa el intento de consorción del binomio honor/ dignidad a través de la libertad.

Definir elementos:

Honor – Honorabilidad: Fama – Autoestima

Así como:



La lesión será sancionada por delitos contra el HONOR

Se contrapone el HONOR y la HONORABILIDAD

La clave reside, pues, en que el **honor** cuando **se configura** como derecho **definido de forma respetuosa** con los principios **básicos del sistema axiológico** recogidos en la **Constitución.**

Ver Fernández Palma, 2001 a: p. 77 y s.

En abstracto, nunca desaparece de forma definitiva, bien porque se considere que el sujeto siempre tiene la posibilidad de alcanzar esa fama y autoestima (95)

(Cita 95) Ejemplo: De la misma manera que el incremento de las deudas de una

persona que ya no tiene patrimonio disponible constituye una LESIÓN del PATRIMONIO, porque (y en la medida de que ello sea así) con ello se alarga el camino a la obtención de un patrimonio disponible, también quien carece de honor puede ser injuriado, porque (y en la medida de que eso sea así) con ello se alarga el camino hacia la honorabilidad.

JAKOBS dice: La norma contra las injurias no protege en todos los casos el HONOR positivamente existente, sino que protege frente al empeoramiento del balance del honor; éste, sin embargo, ya podía ser negativo antes del hecho. Pág. 434 (1985)

- El Derecho reaccionará (...) en aquellos casos en los que haya un ataque contra el reconocimiento social y personal de un sujeto.
- ¿Qué sucede cuando el sujeto afectado no dispone de dicho reconocimiento (honor)?

La dignidad no es objeto de tutela. Por consiguiente, no se puede afirmar que un <simple insulto >> se deba sancionar porque atenta contra la dignidad humana.

El INJUSTO se tiene que constituir en torno al objeto protegido:

Reputación – Autoestima

De este modo el juicio de valor será un ataque contra el honor, en la medida que se encuentre o demuestre su capacidad lesiva.

... Su justificación no parece demasiado complicada; cuestión distinta es que la formulación de un juicio de valor sea una forma de ataque menos grave que la

imputación de hechos; y que estas agresiones no sean sancionadas a la libertad de expresión (y, por tanto, no sean antijurídicas).

JAKOBS dice (1985 p. 434 s.) que considera que sí puede haber una pérdida total de status de honor en un momento vital determinado, lo que se mantiene inalienable es la capacidad para ser titular del honor.

Lo que sucede a las imputaciones de hechos cuando están amparados por el ejercicio de la libertad de información. No obstante, no se afirma de forma unánime que ello se resuelve por la vía de la antijuricidad; también se defiende que puede conducir a su ATIPICIDAD.

Dos posibles situaciones conflictivas interconectadas:

- (i) Se señala que el juicio de valor sólo lesiona la autoestima del sujeto
- (ii) Se cae en una construcción subjetiva del ataque contra la AUTOESTIMA.

Juicios de valor + Imputación de hechos = Son capaces de afectar la reputación como la autoestima.

Autoestima → La define Fernández Palma (2001 p. 166)

« el status mínimo que le aseguró, sea cual fuere su propio comportamiento, un tratamiento en el que no se le olvide cómo ser libre, racional e igual » lesionado por « las imputaciones de contenido discriminatorio que coartan la libertad de desarrollo personal o social, o que atenten contra la diversidad »

Osorio Fuentes considera que hay confusión en la definición de Fernández Palma:

Autoestima (=) Honor interno Propia estima (=) DIGNIDAD

Art. 208

C.P. La REDACCIÓN TÍPICA arroja esta reacción:

 ¿Basta con la realización de uno de los elementos típicos (atentado contra fama/ propia estima) o tiene que recurrir a ambos?

DISYUNTIVA

Ex ante: La conducta para perjudicar a la fama o autoestima, se llega a la conclusión de que puede bastar con la capacidad de afectar a una de ellas.

Ello levantará voces de alarma: qué sucederá con aquellos sujetos que tienen un enorme y sensible ego.

 ¿El DP tendría que reaccionar frente a ataques insignificantes?

 ... se llega a este resultado porque se utiliza un criterio subjetivo de interpretación del tipo...

Las **teorías subjetivo- formales** utilizan la representación mental del proceso delictivo como criterio de interpretación del tipo...

Normalmente el criterio subjetivo de interpretación tiene en cuenta la representación del autor.

En el caso que ahora se estudia se dice, en cambio, que es la víctima la que valora en qué momento la conducta del autor es ejecutiva: motivada por alta autoestima... (o ser sublime):

 No saludar en la calle, por ejemplo, ya representa un ataque típico.

...Sólo unas expresiones o acciones con determinadas características objetivas serán capaces, de menoscabar la FAMA y la AUTOESTIMA (si únicamente se

muestran capaces de afectar a una de ellas no serán penalmente relevantes) aunque ex post, afecte exclusivamente a una de ellas, a ambas o a ninguna.

(Cita 102) CARMONA SALGADO 2005: P. 389

Insiste en que no se trata de un atentado alternativo a una de esas dos vertientes, lo importante es que el ataque se tenga por grave en el concepto público.

LIBERTAD DE DECISIÓN Y ACTUACIÓN

Libertad (sin perder referencia) = a la DIGNIDAD y LIBRE DESARROLLO de la personalidad.

La libertad de decisión y actuación se convierte en objeto de tutela en perjuicio de la HONORABILIDAD → (que se mantiene no obstante como objeto material del delito).

A este extremo se llega cuando se afirme que la reducción de la **autoestima** o **fama**, a través de manifestaciones de desprecio, reducen las posibilidades, futuras de desarrollo personal.

(Cita 103) NAVARRO/ FUENTES, 2007 p. 385 s., 402

FERNÁNDEZ PALMA, 2001 p. 129, 164 ss. y 202

LAUREANO COPELLO, Patricia; autora, aunque indica sujeto activo es el que expone al sujeto pasivo a una pérdida de «respeto comunitario».

Los delitos contra el HONOR se convierten en formas específicas de ataques contra la libertad de decisión y actuación.

Libertad como atributo de voluntad: aspecto psicológico entendido como el Derecho esencial o la libre formación de la voluntad (sin injerencias o presiones intolerables externas).

Un sujeto destruye la autoestima de una persona (pérdida de confianza de un individuo en sus méritos como merecedores de reconocimiento social) (público o laboral).

2.- HONOR - HONORABILIDAD

(En esto consiste	Los Conceptos de FAMA y AUTOESTIMA
adquieren alcance	
el ataque contra	NORMATIVO del TIPO.
la libertad que se	
produce mediante	Con la peculiaridad de que no se convierten en
auténtico objeto	
la destrucción de la	de TUTELA.
reputación o la	
autoestima)	La comprobación fáctica del grado de
autoestima y FAMA – ex	
	antes (109) Lorenzo Copello pág. 41. <i>ex post</i> .

...de los ataques posibles contra la libertad, sólo se sancionarán (únicamente serán típicos) los que se realicen mediante una agresión a dichos elementos.

Laurenzo Copello 2002 b: p. 40 y 129

... A pesar de ello, se mantiene en los aspectos esenciales la misma concepción del bien jurídico honor que en el supuesto anterior. La diferencia radica en que se ha producido una subordinación de la tutela del bien jurídico HONOR al BJ libertad INDIVIDUAL. Así se indica que el HONOR sólo puede ser objeto de protección en la medida en que los ataques a dicho bien afecten, además, a la libertad de acción y DECISIÓN (que se encuentra en la misma dirección de ataque del comportamiento inicial contra el HONOR).

... el BJ honor, realmente se convierte en un eje de BJ intermedio peculiar, ... (subordinación de BJ colectivos a bienes individuales - ..., mediante la prevención típica de su puesta en peligro en el tipo) (Ver Cita 111) Conecta dos BJ individuales.

El motivo de este vínculo se encuentra en la relativización de la importancia penal de los ataques contra el HONOR. Aunque dicho BJ, (...), merece TUTELA por el ordenamiento jurídico, sólo se debe requerir la intervención penal en los supuestos de ataques especialmente GRAVES (principio de INTERVENCIÓN MÍNIMA): cuando la conducta lesiva contra la reputación y autoestima limite (o sea capaz), adicionalmente, la LIBERTAD de ACCIÓN y DECISIÓN.

3. Ello va a tener una serie de consecuencias en la estructura del tipo y del injusto. El examen del injusto se tendrá que realizar en torno al objeto de protección: la LIBERTAD. Y se valorarán **los elementos típicos normativos** afectación de la FAMA y la propia ESTIMA (INJURIA), o realización de la conducta concreta que se considera que tiene este efecto, a saber, la IMPUTACIÓN de hechos delictivos (calumnias). Hay dos análisis inseparables.

- (i) Verificar que todos los elementos del TIPO (objetivos) (estructura del TIPO)
- (ii) Grado de realización del ataque contra el BJ que representan (estructura del injusto).

ACALÉ SÁNCHEZ (2000: pp. 152 y sig.) señala con claridad en su monografía sobre el tipo de injusto en los delitos de actividad que analiza el tipo penal hay que distinguir entre estructura de la antijuricidad (que puede ser lesión o peligro) y estructura típica (que puede ser de simple actividad o de resultado). O dicho de otro modo: se trata de determinar si, a la vista de la estructura típica, se requiere

un resultado de lesión del objeto de tutela. Si no es así, será necesario precisar la clase de delito al que nos enfrentamos examinando su grado de peligro y exigencia de su concreción en el caso concreto (delito de peligro abstracto o delito de peligro concreto), como su posición en el *iter criminis* del proceso que conduce a la lesión del BJ de referencia (la libertad).

Los delitos contra el honor son un delito de LESIÓN cuando requieren la producción de la lesión efectiva de la libertad de acción y decisión. Sin embargo, cuando no lo exijan serán delitos de peligro – concreto o abstracto - y de *Iter Crimines* – de tentativa o de preparación o de participación –.

Será un delito de TENTATIVA cuando se exija que la conducta posee capacidad suficiente ex ante para iniciar la lesión de la libertad. Diferente a lo que sucede si fuera un delito de preparación. En este caso se perseguirían penalmente conductas que son la condición de actividad delictiva (que posibilita, facilita o asegura: carácter condicional), incapaz per se de lesionar de forma directa (carácter mediato) el BJ tutelado (es un comportamiento materialmente no-ejecutivo).

De igual forma tendrá ciertas consecuencias en la estructura subjetiva. Cuando se parte de un planteamiento.

CAPÍTULO IV

HONOR Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

I. Límites constitucionales y problemática (art. 20.4 y art. 20.1 A y D): libertad de expresión e información

El honor es un derecho, bien jurídico o tipo penal no fácil de describir, definir o investigar, la doctrina, la jurisprudencia y la mayoría de autores se suman a esta posición; el constitucionalista Abraham BARRERO, manifiesta que por cuanto apela al sentimiento, que cada cual tiene su propia dignidad, pero también al sentimiento de los demás, al modo que los demás nos perciben. Esta dificultad en cuanto a su definición, reconocida por el Tribunal Constitucional

STC 223/1992, ha sido la causante de abundantes discusiones doctrinales acerca de su concepto y de que, en definitiva, la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen, y el mismo Tribunal Constitucional confíen su delimitación no sólo a las leyes, sino también a los usos sociales y a los valores e ideas que en cada momento prevalezcan en la sociedad. EL concepto de honor hay que buscarlo “en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino”.²⁰¹

En todo caso desde una perspectiva moderna y estrictamente jurídica, la dignidad de la persona constituye la raíz misma del derecho al honor. Se ha definido así el honor como la pretensión de respeto que emana de la propia dignidad. Dignidad y honor son conceptos ligados y definidores cada uno a su nivel de abstracciones de todos los seres humanos sin excepción. Este concepto de honor, enraizado en la dignidad de la persona es el que recoge nuestra Constitución. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 CE, la dignidad de la persona se concreta en un conjunto de “derechos inviolables que le son inherentes” y, entre ellos, el derecho al honor que corresponde a toda persona, ha sido reconocido de forma explícita por el Tribunal Constitucional (SSTC 231/1988 Y 214/ 1991, entre otras).

Así fundado, el derecho al honor presenta una *vertiente interna*, también considerada vertiente subjetiva del derecho, que está constituida por la dignidad de la persona, y una vertiente externa u objetiva que se halla integrada por la reputación o fama, esto es, por el juicio que la comunidad tiene del individuo y que proyecta sobre él. Ciertamente es que, jurídicamente, suele manejarse una concepción estricta de honor que lo vincula a la vertiente externa.²⁰²

²⁰¹ BARRERO ORTEGA, Abraham, *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant lo Blanch, monografías 692, Valencia, 2010, pag. 40 y ss.

²⁰² *Ibidem*, pág. 44.

La aceptación generalizada de la idea de que el honor, en su vertiente interna, nace de la dignidad de la persona, determina la aplicación del principio de igualdad a su protección jurídica: el derecho al honor corresponde, a todas las personas, sin que tengan relevancia alguna las particularidades de linaje, cultura, méritos y posición socioeconómica, aunque no cabe duda que esa protección jurídica será graduable, dependiendo de la mayor o menor inserción de la persona en los diferentes contextos sociales.

En lo que concierne a la vertiente externa del derecho al honor, que consiste en la reputación, fama o consideración social, no es otra cosa que el reconocimiento, estimación u opinión colectiva que los demás tienen de nosotros. Al respecto se ha discutido entre la doctrina si el prestigio profesional es uno de los elementos o circunstancias que integran esa vertiente externa del honor que es la fama. El Tribunal Constitucional ha venido a zanjar la cuestión al declarar que el prestigio profesional ha de incluirse en el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al honor. Aunque no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional el honor de la persona y su prestigio profesional, la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio en la actividad profesional de una persona pueden ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando se excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que, por su naturaleza, características y forma en que se hace esta divulgación, la hagan desmerecer en la opinión colectiva ajena de su dignidad como persona (SSTC 40/1992, 223/1992, 180/1999 y 282/2000).²⁰³

Por lo demás, y como ya se ha dejado entrever, la defensa frente a las agresiones al honor se realiza en nuestro ordenamiento a través de tres vías. La

²⁰³ GRANADOS PEREZ, Carlos, “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Cuadernos del Poder Judicial*, 1, 1998, pp. 131-164.

vía de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación, que atiende al deseo del afectado por una información errónea y desmerecedora de su fama de que se publique la corrección al error. La vía penal, a partir de la tipificación de delitos de calumnias e injurias y de la falta de injurias (art. 205 a 206 y 620-2º CP), reservada para los atentados más graves al honor. Y la vía civil, a través del ejercicio de la acción de indemnización de daños del artículo 1902 Cc. Y de las acciones para exigir las medidas cautelares y reparadoras, sean éstas indemnizatorias o no, reguladas en la Ley Orgánica 1/1982. Existe, sea como fuere, la posibilidad de solicitar la tutela judicial del honor ante la jurisdicción civil y ante la penal, pudiendo el interesado optar por aquella que considere más adecuada a sus intereses (47 STC 241/1991).²⁰⁴

En este apartado se estudiará un punto fundamental, es decir, el límite de los artículos 20.1 a) y d) y el 18.1 de la CE. En el capítulo anterior se escribió brevemente sobre estos derechos fundamentales, que colisionan con la parte penal y en especial con el delito de injuria. Por ello, analizaremos primeramente los límites entre el honor y la libertad de expresión, además de investigar los límites entre éste y la libertad de información. Iniciaremos con lo que ya se ha definido en la Constitución como libertad de expresión.

En la ley de España, como ya se ha estudiado, la definición de libertad de expresión²⁰⁵, se manifiesta en su contenido material: El artículo 20.1 de la Constitución Española reconoce y define los derechos del citado fundamento:

²⁰⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel., *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, pág. 50 y ss.

²⁰⁵ LLAMARADEZ CALZADILLA, M^a Cruz, *Las Libertades de Expresión e Información como Garantía del Pluralismo Democrático*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid, Civitas, Madrid 1999, pág. 40 y ss.

b) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

El artículo 20.1 a) consiste en la posibilidad de dar a transmitir las ideas, expresiones o conocimientos a las personas. El objeto se sitúa en el plano subjetivo y se concreta con los pensamientos, ideas y opiniones, además de los juicios de valor.

Sobre la naturaleza jurídica de la libertad de expresión, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA menciona que «la significancia social y política de los derechos de comunicación, que deriva de su utilización masiva y de su contribución a la formación de la opinión pública, al influir en las actuaciones de los órganos estatales y en el comportamiento electoral de los ciudadanos, no es capaz de transformar la naturaleza jurídica de los mismos, aunque sí permite hablar de una dimensión institucional de estos derechos fundamentales, que resulta de su conexión, no sólo con la dignidad de la persona, de la que son manifestación inmediata e imprescindible, sino de su relación con el principio democrático que ayudan decisivamente a realizar»²⁰⁶

El TC, en una combinación de sus sentencias 6/1981, de 16 de marzo y 12/1982, de 31 de marzo, garantizan el funcionamiento del sistema democrático, a través del mantenimiento de una comunicación pública libre, además de proteger la opinión ligada con el pluralismo político.

El límite de las manifestaciones protegidas por la libertad de expresión radica únicamente en el menosprecio personal, la vejación injustificada y el insulto, lo que integraría la consideración penal del delito de injuria, ya que estas manifestaciones no quedan amparadas por la condición (u opinión) pública del

²⁰⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm., 23, Madrid, 1988, pág. 146.

sujeto, a quien se dirigen estas expresiones, que no tiene que soportar una especie de servidumbre abierta a todo tipo de ataques personales configurados con excesos de la libertad de expresión en el contexto que analizaremos.

Al respecto, la STC 159/1986, F.J. 6, nos dice que «los derechos y libertades fundamentales no son absolutos (...) pero puede atribuirse tal carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades (...). Tanto los derechos fundamentales como sus limitaciones, en cuanto éstos derivan del respeto a la ley (...), son igualmente (...) fundamento del orden político y de la paz social».²⁰⁷

La Carta Magna, en su art. 20.4, da cuenta de los límites de los derechos fundamentales de la libertad de expresión e información, y marca:

«Estas libertades tienen como límite el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección a la juventud y de la infancia».

Estos límites también los considera el artículo 18.1 de la CE, donde destaca el honor, la intimidad y la propia imagen, que colisionan con la libertad de expresión y los derechos de la personalidad, ya que son naturales de un Estado social y democrático de derecho. De igual forma, el artículo mencionado señala la protección a la juventud y a la infancia, por estimar que son los más fácilmente vulnerables por un ejercicio excesivo de las libertades.

Esto marca la neutralización y el no desbordamiento de la comunicación. A este respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo dice: «los derechos fundamentales libertad de expresión, honor, e intimidad, como todos los demás,

²⁰⁷ STC 159/1986, de 12 de diciembre (B.O.E. de 31 de diciembre de 1986), F.J. 6.

no son ilimitados ni absolutos ni viven ni se desarrollan aisladamente, sino que están fatalmente llamados a coexistir y, en esa inevitable coexistencia, entran frecuentemente en colisión»²⁰⁸.

Partiendo de lo que salvaguarda la garantía del artículo 20.1 apartado a), principiaremos a distinguir lo que protege cada uno de los fundamentos constitucionales y su proporcionalidad ante el derecho penal y el delito de injuria. El primer límite con el que nos encontramos es la hegemonía y ver si ésta existe o no, entre la libertad de expresión y el honor, ya que cada una de las garantías es de interés para este capítulo.

Por lo tanto, se estudiarán los límites del honor en los artículos 18.1²⁰⁹ y 20.4 y su colisión con el artículo 20.1 a) y d) de la CE.

Adicionalmente es importante definir honor desde las perspectivas penalista y constitucional. Para ello analizaremos las definiciones de algunos

²⁰⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Libertad de expresión y derechos al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos” en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pág. 897

²⁰⁹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, “Protección del Honor y de la Intimidad”, *RDP*, en *Comentarios a la Legislación Penal*, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, págs. 97 y 98. En este sentido dice: «El artículo 18 (de la Constitución de 1978) agrupa diversos objetos de protección jurídica, no fácilmente distinguibles entre sí. El honor, la intimidad, la imagen, el domicilio, y el secreto son conceptos respectivamente imbricados y con significados similares, aunque no idénticos. De igual forma ALZAGA, nos dice, «el bien jurídico protegido en última instancia es la intimidad de la persona, que es, a su vez, corolario de su dignidad, proclamada en el artículo 10». A esto, BAJO FERNÁNDEZ nos dice: Ciertamente, el derecho a la imagen, al secreto o al domicilio no son más que manifestaciones concretas del derecho a la intimidad. (...). De ahí que el artículo 18 de la Constitución gire, a mi entender, alrededor de la protección de dos bienes jurídicos: la intimidad y el honor.

autores, que nos llevarán a describir la más precisa conceptualización. En el capítulo anterior se trabajó con varios autores referentes del tema.

En este contexto, debemos saber que las definiciones sobre el honor como norma cultural han respondido a evoluciones a través de los tiempos, la cultura social, la parte sociológica y la norma jurídica, lo que ha cambiado su estudio a su tiempo y a la estructura de la sociedad. No se puede dejar de tomar en cuenta que antiguamente, por ejemplo, el honor era para unos cuantos –ahora también, en distintas sociedades- exclusivo de la clase pudiente, y no todos gozaban de ese derecho –hasta ahora-, y mucho menos las sociedades vulnerables o excluidas de la sociedad.

La norma jurídica que embalsa un tipo de sociedad, y de una ley que se acopla a las circunstancias sociales es una muestra de la evolución hacia otro tipo de condiciones. JAKOBS menciona el status de la persona y régimen de la norma: “el esclavo, en cuanto sujeto que admite su situación, es una persona igual al señor, teniendo en aceptar éste que el esclavo lo es en su condición de antigua persona, y no como sujeto sometido por la mera fuerza”.²¹⁰

En este enfoque debemos resaltar que tanto en la parte de cultura, como la social, pueden existir distintos enfoques legales, de acuerdo con lo que conlleva a la definición de honor y la norma. Además se puede volver a citar con gran interés lo que se dijo en unas líneas de esta tesis, en comentario de Ángel TORIO, haciendo alusión a que es sobre los cambios de sociedades y cultura como se aplica la vigencia de la norma y se sanciona la ilicitud del hecho por la conducta punible del sujeto en una acción antijurídica. A lo que TORIO dice: “*La antijuricidad sería la norma de negación, de la norma del elemento cultural...*”

²¹⁰ GUNTHER, Jakobs, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Traducción de Manuel CANCIO MELÍA y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1986, pág. 39.

Hay que volver a la idea de Mayer de la norma de cultura como momento fundamental, no sólo en el derecho positivo sino en la creatividad del derecho. ¿Qué representa esta declaración legislativa informada por la mayoría parlamentaria? Pues que desde la óptica de la norma de cultura, hay varias culturas”.

Ahora bien, CARMONA SALGADO²¹¹ hace referencia a algunos casos jurídicos donde los límites jurídicos, son eje de este trabajo: «En primer lugar se refiere a la STC 105/1983, de 23 de noviembre: «La Sentencia alude al caso “Vinader”. Los hechos fueron los siguientes: dicho periodista publicó en la revista *Interviú* unos artículos sobre ciertas personas de ideología ultraderechista, que al parecer ejercían actividades anti E.T.A. Algunas de esas personas fueron posteriormente asesinadas por dicha organización terrorista y la Audiencia Nacional castigó a Vinader como autor de un homicidio imprudente, por entender que había una relación casual directa e inmediata de la publicidad de los hechos referidos con la muerte de aquéllos. Dicha Sentencia de la Audiencia Nacional ha sido duramente criticada por GIMBERNAT en los términos siguientes: si no se supo quiénes fueron los autores materiales, tampoco si llegaron a leer el artículo de *Interviú*, no es posible concluir si hubo relación de causalidad entre la conducta periodística y las muertes de las víctimas, concluyendo que es equivocada la Sentencia de esta Audiencia, de 17 de noviembre de 1981». *Libertad de expresión y derecho penal*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Complutense de Madrid, 1985, pág. 108.

Esta sentencia del caso Vinader tratada desde una teoría ya rebasada por la dogmática penal, es símbolo de la injusticia por el Poder Judicial de aquellos años. Con el funcionalismo, analizada desde el punto de partida de la Teoría de los sistemas seguido de los derechos y deberes del periodista, sólo cumple su rol

²¹¹ CARMONA SALGADO, Concepción, *Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, 1991, Edersa, pág. 1 y ss.

de opinar y de informar a la sociedad. Asimismo, se deja ver la contundencia de la palabra, de la opinión del periodista, mal interpretado jurídicamente por las autoridades. Si se hubiera analizado desde el punto de vista normativo, la autodeterminación de informar el derecho de expresar una opinión, revocaría la sentencia y podría cambiar el fallo rotundamente.

Conforme a esto, Carmona Salgado nos dice: “...el derecho a comunicar puede, en cierto sentido, considerarse una simple aplicación concreta de la libertad de expresión, cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, si bien en la práctica el art. 20.1 d) sirve de salvaguarda a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica, mientras el derecho a recibir es una redundancia en rigor, pues no hay comunicación cuando un mensaje no tiene receptor posible (Sentencia 6/1981, de 16 de Marzo).”²¹²

«En esta misma línea, otra Sentencia, la 107/1988, de 8 de junio, recordando precisamente la antes citada 6/1988, de 21 de enero, advierte que nuestra Constitución consagra por separado la libertad de expresión “art. 20.1 d)” acogiendo una concepción *dual*, que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los preceptos de los Conceptos y Acuerdos internacionales ya mencionados. Según esta configuración dual que normativiza aquel nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual sigue manteniendo íntima conexión y conserva elementos comunes la libertad del art. 20.1 a) tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor y el de la libertad del art. 20.1 d) el comunicar y recibir libremente

²¹² *Ibidem*, pág. 17

información sobre hechos o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables». ²¹³

«Coincidimos con la interpretación realizada por LÓPEZ GUERRA, de esta última Sentencia, al entender que la jurisprudencia constitucional ha destacado mediante ella el hecho de que la libertad de opinión y de información son cosas distintas, que merecen un tratamiento diferente: mayor amplitud del primero de esos derechos, que deben encontrar su marco en la adecuación de las expresiones utilizadas, mientras en el ejercicio del segundo hay un elemento decisivo para determinar si cae dentro o no su ejercicio del art. 20 de la Constitución; el de la *veracidad*, en tanto que en el caso de la libertad de opinión la cuestión de la veracidad o no de la misma es evidentemente secundaria al tratarse de *apreciaciones personales*, por lo que aquí lo decisivo es si las expresiones utilizadas son formalmente injuriosas (es decir, si constituyen insulto en cualquier contexto), o si resultan innecesarias y ajenas al pensamiento, idea u opinión manifestada. Por tanto, y resumiendo, puede hablarse de *veracidad* en la información y *pertinencia* (o no impertinencia, al menos) en la simple opinión como criterios distintivos a considerar.»

«FERNÁNDEZ MIRANDA explica cómo una contemplación dialéctica del problema de la información del pensamiento y sus manifestaciones externas ha conducido a una paulatina sustitución del concepto de “libertad de expresión” por el de “derecho a la información”. Se trata de una acepción que analiza el fenómeno informativo como proceso, pone en conexión al individuo como público y sirve para significar conjuntamente no sólo el acceso del pueblo a una información imparcial y lo más completa posible, sino también la clásica libertad de expresión o de prensa.

²¹³ *Ibidem*, pág. 9

Esta exhaustiva y compleja distinción ha propiciado entre la doctrina diversas interpretaciones. Así, se ha entendido que el derecho del art. 20.1 a) y d) tiene una manifestación general, que es la libre expresión de las ideas y de los pensamientos por cualquier medio, y otra más particular, de gran importancia, que es la libertad de prensa e imprenta, también libertad para fundar y mantener empresas de radiodifusión y televisión y de expresarse a través de estos medios de titularidad pública. De otra parte, se han manejado ambas acepciones de forma indistinta, aunque diferenciando entre la libertad de expresión pública, como equivalente a libertad que institucional y socialmente vendría revestida de una entidad menor, en cuanto estaría conectada con intereses colectivos y sociales, y frente a ella la libertad de información, que estaría recubierta de un contenido sociopolítico, más amplio, dado que presentaría una vinculación más estrecha con los principios superiores del ordenamiento jurídico (libertad y pluralismo) y con los caracteres definitorios del Estado social y democrático de Derecho». ²¹⁴

«Con base en todo ello, FERNÁNDEZ-MIRANDA se ha cuestionado lo que debe entenderse por información y por pensamientos e ideas y opiniones, señalando dos formas posibles de interpretación, ambas –a su juicio- igualmente insatisfactorias: bien entender que el término información se refiere estrictamente a la noticia (derecho al hecho), excluyéndose la propaganda de ideas y la comunicación de opiniones, interpretación que tendría a su favor la exigencia de la información de la “realidad”, concepto vinculado a la noticia y ajeno, sin embargo, a la transmisión de ideas, pero conducirla al absurdo de concluir que la Constitución sólo ampara la facultad de libre recepción en el caso de aquéllas, desconociéndose el derecho a la admisión de pensamientos u opiniones, bien entendido que dicho término se utiliza en sentido genérico, incluyendo noticias e ideas, pero referido a la comunicación a través exclusivamente de los medios de comunicación de masas, con especial tratamiento por su particular relevancia en la formación de la opinión pública, exégesis que tendría a su favor el

²¹⁴ *Ibidem*, pág. 12

reconocimiento de la cláusula de conciencia y del secreto profesional, referidas a la profesión informativa, pero se llegaría al absurdo también en este caso, de negar el derecho de recepción de noticias, opiniones o ideas, cuando no se transmitan por medios de comunicación de masas».

Con base precisamente en la teoría diferenciadora o dual entre los derechos del art. 20.1 a) y d) de la Constitución, se ha mantenido por la jurisprudencia del TC la posibilidad del ejercicio alternativo o conjunto de ambas libertades (Sentencia 104/1987, de 17 de julio), sosteniéndose que cuando aparezcan entremezclados elementos de una u otra significación en un mismo caso (ideas y hechos, art. 20.1 a) y d)), ello aconseja para calificarlo y enjuiciarlo en cada apartado del art. 20.1 elemento que en él aparezca como preponderante (Sentencia 6/1988, de 21 de enero). En el supuesto fáctico concreto, objeto de consideración por esta última resolución, las declaraciones que dieron lugar al despido laboral entendiéndose por los receptores como relativas a hechos, siendo éste, pues, el mencionado elemento preponderante, y no constituyendo óbice al mismo el dato de que en las manifestaciones se contuviera el juicio de valor, apreciación esta última que parece correcta por la inmensa dificultad que entraña en algunos casos el delimitar tajantemente entre hechos, de una parte, y opiniones o juicios de valor, de otra.

*Los derechos y libertades fundamentales no son absolutos pero tampoco sus límites: interpretación restrictiva y reserva de la ley orgánica para los mismos.*²¹⁵

Según se ha dicho, el art. 20 de la Constitución no incorpora ningún derecho absoluto, sino que tiene límites basados en la dignidad y en los derechos de los demás, que deben quedar situados dentro de otro respecto de igual rango, que impida el desbordamiento jurídico de la libertad de expresión.

²¹⁵ *Ibidem*, pág. 63.

A este respecto, ha observado GARCÍA PABLOS, que aunque es obvio que no existen derechos absolutos, ilegislables e ilimitados en un Estado de Derecho social y democrático, insinuar la existencia de límites naturales, ontológicos, pacíficos e indiscutibles a los mismos, sólo es el resultado de un planteamiento idealista, dogmático o ingenuo, que no se aviene al sinuoso relativismo de la tensa y compleja dinámica social, resultando ser éste un planteamiento convencional que adolece de un notorio positivismo y que cabe, por tanto, revisarse. En esta línea, señala que lo más preocupante en la tradicional legislación del ejercicio limitado de los derechos y libertades, es la función meramente *restrictiva y negativa* que se otorga al Derecho penal, que no opera entonces como simple instancia protectora de éstos (función *positiva*), sino como un límite natural (función *negativa*), desvirtuándose los genuinos contenidos del *ius puniendi* en el ámbito de las libertades públicas. El Derecho penal, -dice- no es una instancia directamente limitadora de las mismas, y tampoco es un derecho sancionador, sino *protector, garante* del sistema total de libertades, debiendo cumplir una función positiva y no represiva; es decir, el castigo del ejercicio ilícito de la libertad de expresión no se legitima, sino en la medida en que sea necesario tutelar determinados bienes jurídicos, no por la supuesta invasión de unos límites naturales inexistentes en ese derecho. De aquí que siente una serie de premisas para la revisión del sistema tradicional positivista de los límites y de la sanción de los excesos en el ejercicio del mismo: 1. Naturaleza plural del orden social: su imagen monolítica no se ajusta a la realidad. 2. En el ámbito del ejercicio legítimo de las libertades no puede sustraerse a la relatividad y conflictividad del orden social que le sirve de soporte. 3. Es necesario reconocer que no existen límites naturales, pacíficos e indiscutibles al ejercicio de los derechos: el carácter plural y conflictivo orden social crea una interdependencia funcional de los derechos en él y una actitud esencialmente valorativa en el jurista, que, desautoriza todo planteamiento apriorístico al respecto. Y, finalmente, la naturaleza subsidiaria de *ultima ratio* y función positiva del Derecho penal, como máxima instancia protectora de las libertades, sino como su

más *eficaz garantía*, no siendo el castigo del ejercicio abusivo de un derecho cuestión de *principios*, sino de protección del sistema de libertades, que se vería amenazado por una vulneración impune y generalizada de bienes jurídicos concretos, como el honor y la intimidad».

«...El que se reconozca la existencia de derechos fundamentales ilimitados, supone que la solución a los casos de conflicto aparezca condicionada por una serie de factores, como, por ejemplo, el desarrollo que experimenta el contenido de algunos de aquéllos, en especial con el cambio de su consideración como derechos de defensa frente al Estado al de derechos de participación en un determinado sistema social; o la concreta dificultad de precisar el contenido de alguno de los jurídicamente consagrados, que lleva a veces a afianzar el carácter aparente del conflicto.

Por tanto, ni la libertad de expresión ni ninguna otra, pueden ser concebidas desde el momento en el que se desarrollan en un plano colectivo con otro carácter absoluto su ejercicio –dice Morillas Cueva- tiene que ajustarse, no solo a las normas como expresión formal del ordenamiento, sino también a los valores y postulados que lo integran materialmente, debiendo coexistir con los demás principios y derechos, lo que origina un conjunto de limitaciones con carácter extrínseco concretados en ella, como ocurre con el art. 20.4 de la Constitución».

«Muy claramente se manifiestan sobre el particular las Sentencias del TC 159/1986, de 12 de diciembre y de febrero de 1990, al referir que los derechos y libertades fundamentales no son absolutas, pero tampoco tienen ese carácter los límites a que han de someterse el ejercicio de los mismos».²¹⁶

²¹⁶ *Ibidem*, pág. 65 y ss.

«Con razón se ha podido en consecuencia decir que la libertad de expresión y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, son bienes jurídicos *interdependientes* y, por ello, limitados. La unidad y funcionalidad del orden social no permiten la existencia de expectativas absolutas o autónomas, y como las fronteras que definen los derechos y libertades son imprecisas, los conflictos resultan inevitables, pues se trata de bienes antagónicos, siendo todo ello consecuencia de la naturaleza *plural* del orden social y de su dinamismo.

Finalmente, añaden las mencionadas Sentencias, que cuando el conflicto ocurra, las restricciones que de él se deriven deben interpretarse de tal modo que el contenido del derecho en cuestión no resulte, dada su *jerarquía institucional, desnaturalizada, ni incorrectamente relativizado*. Por eso, en el caso de un conflicto producido entre la apología del terrorismo, tipificado como delito y el derecho del director de un periódico a publicar los comunicados de una organización terrorista, aquél no puede resolverse otorgando *a priori* un superior rango jerárquico al interés protegido por la Ley penal frente a la libertad de información. Por el contrario, la lucha antiterrorista y la libertad de información no responden a intereses *contrapuestos, sino complementarios*, orientados al aseguramiento del estado democrático de Derecho. En este sentido, insiste la Sentencia de 15 de febrero de 1990: la posición preferente que ha de reconocerse a los derechos consagrados en el art. 20.1 de la Constitución en razón a su dimensión institucional, determina que cuando la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos fundamentales, e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política, respaldados, por ejemplo, por la legislación penal, “las restricciones que de ese conflicto pueden derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el derecho fundamental no resulte desnaturalizado”.

Puede, pues, deducirse de esta resolución jurisprudencial que, aun siendo demasiado aventurado aducir que la libertad de expresión es absoluta o que puede prevalecer siempre frente a otros derechos fundamentales, lo cierto es que

sus límites deben interpretarse *restrictivamente* a favor de ella, y que las colisiones con otros derechos deben resolverse mediante técnicas interpretativas que ni coarten ni limiten la información, ni debiliten la crítica o el debate público, necesario en la sociedad democrática.

Del juego de los art. 18, 20 y 53 de la Constitución se desprende que los derechos de libertad de expresión, honor e intimidad, aparecen inseparablemente unidos al modelo de sociedad configurado por ella, de ahí resulta que el mandato constitucional conlleva una interpretación *restrictiva* de los posibles límites de esos derechos, y una *prioridad* de los mismos, caso de conflicto con otros derechos y libertades, y si el ejercicio de cualquiera de ellos hay que interpretarlo siempre restrictivamente (*in dubio pro libértate*), con más motivo si se trata de uno fundamental. De otra parte, de acuerdo con un criterio de ponderación objetiva de los respectivos bienes jurídicos, prevalecerá el que tenga un más destacado rango jerárquico en la escala de valores y éste es el caso de los derechos y libertades fundamentales. En línea con esas afirmaciones, sostiene la Sentencia 51/1989, de 22 de febrero, que “no puede desconocerse que la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo (STC 159/1986, de 16 de diciembre), las cuales han de ser interpretadas de acuerdo con lo dispuesto por los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución), entre ellos el art. 10.2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950...»

«Desde otro punto de vista, ha sostenido la Sentencia 6/1981, de 16 de Marzo, que cualquier limitación de las libertades del art. 20.1 “sólo es válida en cuanto hecha por la Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internacionales ratificados por España, sino, sobre todo, porque así lo impone la propia Constitución, que extremando aún más las garantías, al propio legislador

una barrera infranqueable (arts. 53 y 81). Pero esta reserva de ley sólo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad...»²¹⁷

*Determinación de los límites: Código penal, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y art. 1902 del Código Civil.*²¹⁸

«En el ámbito punitivo en concreto, las limitaciones que proceden de este precepto se bifurcan y justifican en dos órdenes de intereses: el público general y el particular. El primero se proyecta a través de los resultados de los delitos del Título II, libro II que atentan contra la seguridad interior del estado, según el Código, como las injurias contra el Jefe del Estado, injurias y calumnias contra el Rey y el Gobierno, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Gobierno de las Autoridades Autónomas (aunque en esos casos, como se verá más adelante, se protege en realidad el *prestigio* de tales instituciones y no tanto el honor de las mismas), delitos de desacato, apología... En relación al segundo, la proyección recae fundamentalmente en los delitos comunes contra el honor del Título X del libro II: calumnia e injurias de los arts. 453 y sigs., y el descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 497 y sigs. Con anterioridad a la reforma de 21 de junio de 1989, también resultaba de aplicación la falta del núm. 2 del art. 566, que ha sido derogada: “Los que por medio de la imprenta, litografía, u otro medio de publicación, divulgaren maliciosamente hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, puedan producir perjuicios o graves disgustos en la familia a que la noticia se refiera”».

«Se ha llamado expresamente la atención respecto de la ambigüedad del art. 2.1 de esta Ley: “La protección civil del honor, la intimidad y de la propiedad de imagen quedará delimitada por las leyes y por sus usos sociales atendiendo al

²¹⁷ *Ibidem*, pág. 68.

²¹⁸ *Ibidem*, pág. 78.

ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.” De su redacción destaca un primer elemento: la protección de estos derechos encuentra sus límites en las leyes y usos sociales. Un segundo aspecto lo sugiere la frase “atendiendo al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”, que plantea la problemática de la interpretación de los derechos de la personalidad, a través de la constatación de que el Juez no está exento de sus propias convicciones y de la influencia que sobre él ejerce el medio social: la independencia y objetividad en la aplicación de la norma han de presidir su actuación, pero cuando la ley ofrece las posibilidades de colmar sus propias insuficiencias, las variables sociales y personales pueden operar con mejor beligerancia.

El art. 7 enumera de forma detallada pero no excluyente, los supuestos que han de considerarse “intromisión ilegítima”. De las siete modalidades previstas – lo que no impide la existencia de otras- la 3, 4, y 7 son las que plantean una mayor relación con la labor de los profesionales de la información, resultando ser nota común a las mismas, el patente conflicto de derechos que se puede deducir de su contenido, habida cuenta de la laxitud de los conceptos utilizados y de la indeterminación a veces de los parámetros a los que deberá ajustarse la actividad informativa y la libertad de expresión en general. Por ello, la consecuencia inmediata es remitir al Juez ordinario la resolución del conflicto, o que puede volver a plantear los problemas ya enunciados sobre los diversos criterios en torno al enjuiciamiento de los valores e intereses en conflicto, deducibles según la personalidad del Juez de que se trate.

Por su parte, el honor se consagra constitucionalmente sin estar claramente definido. La Ley de 5 de mayo de 1982 regula conjuntamente tres derechos, conceptuándolos, como hemos comprobado, de forma negativa a través de la expresión “intromisiones ilegítimas” de su art. 7, del que sólo el último o séptimo apartado se refiere al mismo: “la divulgación de expresiones o hechos

concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”». ²¹⁹

«El derecho a la propia imagen no impedirá, en cambio (art. 8.2), su capacitación, reproducción o publicación por cualquier medio “cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público” (art. 82 a); “la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social” (art. 8.2 b); y “la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria” (art. 8.2 c). De estas excepciones mencionadas, las contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación “respecto a las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”. Se trata en verdad, de una cláusula excesivamente genérica, que no indica quiénes serán esas personas y qué problemas podría acarrear, en particular a los profesionales de la información gráfica». ²²⁰

«En consecuencia, hay que descartar una subordinación, sin más, de la libertad de expresión con respecto al honor, aunque, como se ha observado , habrá en relación a él una mayor concreción del marco del conflicto, pues a través de las disposiciones legales a que se refiere este derecho (Código penal y Ley de 5 de mayo de 1982), se reducirá el posible ámbito del mismo, si bien la solución concreta dependerá de la *función* que desarrollen los intereses concurrentes, teniendo en cuenta los principios constitucionales y el papel que la libertad de expresión desempeña en una sociedad democrática, lo que en abstracto la hace *preponderante* frente a ese otro bien de la personalidad, pues mientras el honor es un derecho individual, aquélla tiene una proyección hacia la

²¹⁹ *Ibidem*, pág. 80.

²²⁰ *Ibidem*. pág. 82.

totalidad del sistema y hacia derechos distintos de ella misma, interpretación esta seguida por la referida Sentencia del TC 104/1986, de 17 de julio».²²¹

«En la libertad de expresión, aquél consiste en la posible manifestación sin trabas de opiniones sobre temas sociales o públicos, o manifestación de sentimientos, ideas o relatos de hechos verdaderos, que no pertenezcan al ámbito de la vida privada, hasta el contenido mínimo, se convierte en inconstitucional».²²²

«...la libertad de expresión y el honor son derechos equiparables, puesto que así es en la realidad, y ni siquiera la propia Ley Fundamental distingue *a priori* entre ambos, sino que los regula en un plano de igualdad (...) De esa doble perspectiva integradora del conflicto, se desprende la obligación del órgano judicial que haya estimado la lesión al honor de realizar un *juicio ponderativo* a fin de señalar si la conducta se justifica o no por el *valor predominante* de la libertad de expresión en el caso concreto, valoración que deberá atender a dos pautas que habrán de presidirlas: la clase de libertad ejercitada (de expresión o información) y la *condición pública o privada* de las personas afectadas por su realización».²²³

Libertades de expresión e información referidas a personas y asunto públicos. Aluden a esta relación varias Sentencias del TC. Por orden cronológico puede citarse, en primer término, la 105/1983, de 23 de noviembre, que señala que el objeto del art. 20.1 d) consiste en el conjunto de hechos que pueden considerarse noticiables o noticiosos porque encierren *trascendencia pública*, como necesarios para la real participación de los ciudadanos en la *vida colectiva*; y añade la 159/1986, de 12 de diciembre, que la libertad de información juega un

²²¹ *Ibidem*, pág. 107.

²²² *Ibidem*, pág. 113.

²²³ *Ibidem*, pág. 117.

papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira la Constitución, que presupone el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto de los hechos, para que puedan tener sus propias convicciones, y participar en la discusión de los *asuntos públicos*.

De una forma ya más concreta se manifiesta la Sentencia 165/1987, de 27 de octubre: si la información refiere a *personas públicas*, que han optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una eventual lesión a sus derechos de la personalidad, mientras que si se trata de *personas privadas*, que no participan voluntariamente en la controversia pública, el derecho al honor alcanza su más alta eficacia como límite a las libertades del art. 20 de la Constitución, según el número 4 del mismo, porque, “ la libre información que incide en el honor de las personas privadas debe enjuiciarse distinguiendo radicalmente entre información de hechos y valoración de conductas personales, y sobre esa base excluir del ánimo justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la formación pública, en atención al que garantiza constitucionalmente su ejercicio”. Lo que ocurrió con las expresiones injuriosas contenidas en unas hojas anónimas dirigidas a persona privada, siendo innecesarias, sobre la base de los hechos a que se refieren, para la formación de la opinión pública, con lo que se quebranta el límite externo del respeto al derecho del honor ajeno»²²⁴.

«En la línea muy similar se muestra la Sentencia 107/1988, de 8 de junio, al referirse al valor *preponderante* de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución: “solamente puede ser protegido cuando éstas se ejerciten en conexión con asuntos que son de *interés general* por las *materias* a que se refieren y por las *personas* que en ellos intervienen y contribuyen en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su

²²⁴ *Ibidem*, pág. 132 y ss.

máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor (igual, la Sentencia 51/1989, de 22 de febrero), el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son *personas públicas* ejercen *funciones públicas*, obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de *interés general*, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática».

«Es decir, para evaluar si existe o no lesión del honor, ha de atenderse al sujeto lesionado, a su *status* o cualidad, en el sentido de que la fuerza justificadora del derecho a la libre expresión se corresponde al carácter o relevancia pública de los sujetos enjuiciados, esto es, la protección constitucional se extiende a la información u opinión personal sobre conductas privadas, carentes de interés público, que quedarían así fuera de la dimensión preferente del derecho a la libertad de expresión o información, pues ésta actúa con su mayor eficacia protectora en cuestiones de relevancia de esta naturaleza.»

MUÑOZ MACHADO, ha insistido en la necesidad de separar lo *público de lo privado*, como delimitación técnica del contenido mínimo irresistible de la libre información, porque la preferencia de esta última tiene una justificación funcional: está al servicio del debate público y de la información básica de los ciudadanos. Informar, si se trata de sujetos privados, es un derecho de igualdad con los demás. A este respecto, reconoce que el art. 20 de la Constitución no establece expresamente ninguna distinción sobre sujetos y asuntos públicos y privados, pero se deduce de otros preceptos y del sistema de valores que su texto consagra. Precisamente en el apartado 1 d) de ese artículo que se proclama, junto a la libertad de informar, el derecho a recibir información, que hay que conectar con los negocios colectivos y asuntos de interés general por las materias a las que afecten y las personas que en ellos intervienen. El derecho a recibir información está de forma especial e inmediata unido al conocimiento de la marcha de los

asuntos de trascendencia general que cualquier ciudadano necesita para poder actuar como tal. No existe democracia sin la posibilidad de que éste resulte informado, y no es factible el pluralismo si la misma no es plena y libre, pudiendo ser todas opiniones, por hirientes que sean, escuchadas, difundidas y valoradas. Por eso, si la libertad de informar, además de un derecho individual es una libertad de informar, es una libertad, función o garantía del sistema democrático, tiene que estar *más protegida* al emplearse respecto de *personas o asuntos públicos*». ²²⁵

También BERDUGO alude a la tradicional distinción entre *esfera de la vida pública y de la vida privada* como criterio para establecer el límite de la libertad de expresión o información, determinando la inclusión del objeto de la misma en una u otra esfera la existencia o no del conflicto, (...) el hecho de informar sobre la vida privada de otro, pues en el conocimiento de datos de esa vida privada puede concurrir un interés público relevante que determine la preponderancia de la libertad de expresión. Lo que sí es claro es que informar sobre hechos objetivamente ciertos de la vida pública, no lesiona ni el honor ni la intimidad. Por otra parte, señala este autor que no es fácil establecer el alcance de la *esfera pública*, pues su límite está señalado en buena medida por la actuación de cada individuo. En tal sentido, la Ley Orgánica de 5 de Mayo de 1982 indica en su art. 2.1 que se atenderá para ello “al ámbito que por sus propios actos mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia”. Ilustrativas a este respecto resultan las referencias hechas por él a las jurisprudencias norteamericanas y alemana en torno a la determinación del *carácter público* de un asunto y una persona, así como al establecimiento de la *naturaleza preponderante* del derecho de libertad de expresión sobre el honor.»

La Crítica Política «...forma parte del contenido esencial de la libertad de expresión el derecho a informar, en cuanto afecte al *interés general*, y el *derecho*

²²⁵ *Ibidem*, pág. 134.

a criticar, aunque sea de modo hiriente, la *función pública*, así como que en ese sometimiento a la crítica de la opinión pública radica en parte la dignidad del poder en un sistema democrático; es la opinión y la crítica, necesarios para el limpio funcionamiento de las instituciones democráticas.»²²⁶

La Veracidad como límite interno del derecho de información del art. 20.1 d). No cabe una verdad absoluta u objetiva: específico deber de diligencia del informador de comprobar la noticia (verdad subjetiva).

La doctrina coincide en afirmar que en la *veracidad* constituye un *límite interno* en el ejercicio de libertad de información; es decir, no cabe incluir contenido que no sea veraz.²²⁷

Distinción entre opiniones y hechos: no se exige límite interno de veracidad en las primeras. « A esta cuestión se ha referido expresamente la Sentencia del TC 107/1988, de 8 de junio: esta distinción entre pensamientos, ideas, y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, por el otro, cuya dificultad de realización destaca la STC 6/1988, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad de ejercicio de esas libertades, “pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, no presentan por su naturaleza abstracta una demostración de su exactitud y ello hace que al que afecte la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, independientemente de la parte a quien incumba se carga, la legitimidad constitucional del derecho a informar, según los términos del art. 20.1 d) de la Constitución, y por tanto, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar en el ejercicio de aquella el límite interno de veracidad que es aplicable a esta...” y ello conduce a la

²²⁶ *Ibidem*, pág. 137.

²²⁷ *Ibidem*, pág. 164.

consecuencia de que aparecen desprovistas de valor de causa de justificación las *frases formalmente injuriosas* o aquellas que carezcan de interés público y resulten, por tanto, *innecesarias* a la esencia del pensamiento., idea u opinión que se expresa». ²²⁸

El honor es el bien jurídico tutelado que se protegerá y el límite principal con la libertad de expresión, así como derecho fundamental que colisiona en protección de la dignidad humana o los derechos fundamentales. Esto nos llevará primeramente a citar algunas jurisprudencias que marcan el límite de cada contenido conceptual.

La sentencia en análisis, relativa al estudio realizado sobre el honor y la libertad de expresión, así como sus límites, es la 266/2005 en su fundamento núm. 4, que define a la libertad de expresión, además de hacer alusión de la aplicación al tipo penal ²²⁹; de igual forma, refiere a la colisión de derechos, marcando los límites de la libertad de expresión y el art. 20.4 de la CE. No dejando de lado de forma concreta la STC 139/2007 refiere a la libertad de expresión, la verdad objetiva en los medios de comunicación y detalla su contenido sobre el trabajo periodístico, además menciona la colisión de fundamentos del art. 20.1 a) y d) y 20.4 ²³⁰, según constata la CE, y hace delinear

²²⁸ *Ibidem*, pág. 174.

²²⁹ STC 266/2005, Fundamento número 4, define libertad de expresión, derecho a comunicar o a informar. URÍAS, Joaquín, *Op. cit.* pág. 58. Analizando la STC, ya mencionada, puedo opinar, que más que definir libertad de expresión en el fundamento 4, refiere al reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y de información en colisión con el honor. Esta sentencia manifiesta la vulnerabilidad de la parte subjetiva del *animus iniuriandi* por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento del tipo de delitos.

²³⁰ ESTRADA ALONSO, Eduardo, «*El derecho al honor, en la Ley Orgánica /1982, de 5 de Mayo*», Civitas, Madrid, 1988, págs. 21 y ss.

los límites que presentan cada una de estas garantías políticas del Estado, como es el caso de la sentencia anterior, que ambas definen diferentes límites²³¹.

Otra de las sentencias que podemos citar, al respecto de lo tratado en este caso, es la STC 213/2006. Dicha jurisprudencia señala la confrontación entre las garantías de la CE en sus artículos 20.4 y 20.1 apartado a) y d).

En la STC 213/2006 nos enfocamos directamente a los límites del art. 20.1 a) y d) y el 20.4 en el ordenamiento jurídico español, la cual hace énfasis en el principio de proporcionalidad. Al respecto señala que “la función del Tribunal Constitucional en relación con dicha cuestión, consiste en verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, no en un juicio sobre la aplicación del tipo penal a los hechos tenidos por probados por la jurisdicción penal. Para realizar dicha labor, la primera tarea *será delimitar cuáles son los derechos en conflicto, tarea que, si en ocasiones resulta compleja, en el presente caso es patente que, son, por un lado, el derecho a la libertad de expresión*”²³²

En las jurisprudencias de importancia que se pueden destacar, resalta la STC 9/2007, de 15 de enero²³³. En un epítome o aportación se puede agregar que

²³¹ STC 139/2007, Fundamento número 11, libertad de expresión y verdad objetiva del periodismo. MAGRO SERVET, Vicente. “Los delitos contra el honor en el contexto de la libertad de expresión en los responsables públicos”, (Análisis de la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la crítica pública por los representantes de los ciudadanos de las distintas administraciones), *RDPPyP*, La Ley Penal, número 44, Madrid, 2007, págs. 115 y ss.

²³² STC 213/2006,

²³³ STC 9/2007, de 15 de enero, señala primeramente las diferencias en el artículo 20.1 a) y d), además de su delimitación con el derecho al honor, más aun, la situación que refiere a la persona pública un trinomio de análisis importante e interesante donde primeramente la libertad de expresión pudiera tener un espacio levemente mayor al honor, por el hecho de ser funcionario público. Al respecto, la dicha sentencia en su Fundamento 7 define «la doctrina de la reciente STC 69/2006, de 13 de marzo (RTC 2006, 69), “de aplicación al presente caso,

lleva un mismo sentido que las anteriores sentencias, en especial a la 278/2005, la cual hace la distinción entre libertad de expresión es más amplia a la libertad de información, y no opera en ella el límite de veracidad. Además de separar las distinguidas delimitaciones con el derecho al honor, es así que el honor protege la “dignidad de la persona” de las descalificaciones, de las injurias innecesarias por la manifestación externa de un menosprecio o descrédito, y más aún, ante una persona de cargo público²³⁴, donde el choque entre derechos fundamentales demarque ese pequeño hilo que protege ambas posiciones, para hacer valer su garantía que emana el estado de derecho.

donde se evidencia la extralimitación de un responsable político a la hora de difundir las críticas de hechos que hacen desmerecer en la consideración de los funcionarios que prestan servicios en la Administración sobre una base que se ha demostrado inveraz, y que ha incurrido en una contumacia a enmendar tales ofensas al prestigio profesional y al honor personal, (...)”. Subraya el escrito que en dicha Sentencia se afirma que para afectar al honor de la persona aludida basta una individualización indirecta y que la libertad de información de una autoridad pública posee rasgos específicos respecto a la de un ciudadano.

²³⁴ Así la STC 9/2007, da una definición sobre empleado o encargado público que están expuestos a la crítica abierta, «el derecho a la libertad de expresión y de crítica en el ámbito de las personas que desempeñan funciones públicas, que no son solamente aquellas que acceden por elección de los conciudadanos a sus cargos, sino también los funcionarios y empleados públicos que acceden a ellos por su mérito y capacidad a través de los procedimientos de selección establecidos legalmente, ...que al desempeñar voluntariamente un empleo público ha de soportar las críticas. ... Las expresiones que considera lesivas de su honor, estas dañan su prestigio profesional, que, según la jurisprudencia constitucional (STC 282/2000, de 27 de noviembre [RTC 2000, 282]), constituye una manifestación del honor personal». En confrontación la STC 216/2006 advierte: «En ese contexto, y como ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, éstos han de soportar las críticas o las revelaciones, aunque «duelan, choquen o inquieten» (STC 76/1995, de 22 de mayo [RTC 1995, 76]) o sean «especialmente molestas o hirientes», *contrario sensu* de la STC 9/2007.

Entre los límites que se han desarrollado de cara a la jurisprudencia citada en sus distintas sentencias, podemos decir que la libertad de expresión ha sido reconocida, como parte integrante del conjunto de derechos que son considerados fundamentales. Este especial reconocimiento ha dado lugar a un vinculado núcleo de medidas orientadas a su respeto y garantías en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como al cumplimiento de determinadas obligaciones específicas por parte del Estado y a la protección judicial rápida y efectiva a través de los procesos en la distintas Constituciones.²³⁵

Los derechos fundamentales son la piedra angular del edificio constitucional y son universales para los gobiernos democráticos, así la libertad de expresión es parte primaria de la democracia.

De ellos se parte, para fundamentar las definiciones jurídicas y el desarrollo legislativo de las libertades públicas. Sin embargo, pese a su importancia, en un Estado Constitucional los derechos fundamentales no se pueden presentar como absolutos, sino que su ejercicio debe ser respetuoso de otros derechos y bienes jurídicamente tutelables, en función de intereses subjetivos y necesidades objetivas que vinculan al conjunto del cuerpo social.²³⁶

La libertad de expresión, al igual que otros derechos fundamentales, no puede considerarse como absoluta en el entendido de que permita cualquier contenido del discurso al margen de cualquier consideración sobre la dignidad de

²³⁵ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto, *Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio*, Tesis para optar por el grado académico de magíster en Derecho Constitucional, 2009, pág. 42.

²³⁶ STC 11/1981 de 8 de abril (F.J. 5), STC 2/1982 de 29 de enero (F.J. 5), STC 20/1990 de 15 de febrero (F.J. 3), STC 105/1990 de 6 de junio (F.J. 3) y STC 181/1990 de 15 de noviembre (F.J. 6) Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 26 de marzo del 2007, Expediente N° 8410-2006-PA/TC, F.J. 5.

la persona, concepto de interés y análisis para nuestros límites, y el respeto de los derechos de los demás.²³⁷

Las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión pueden estar orientadas a limitar la difusión de un determinado discurso (restricciones sobre el contenido) o regular la forma en que puede ser transmitido (restricciones neutras).²³⁸ Sin embargo, las limitaciones o restricciones en su ejercicio no significan, en ningún caso, una autorización para suprimirlos.²³⁹

Por eso afirmo que la libertad de expresión es más importante como garantía que el honor por su importancia dentro de los estados democráticos, que hacen una balanza para que el individuo o la sociedad expresen de manera abierta su opinión y transmitan sus ideas. El honor es uno de los límites puros y duros que permiten un equilibrio en la manifestación de ideas y acciones por parte del individuo. El tipo de acciones es el tema que estudiaremos en nuestro próximo capítulo y prevé cuáles son los excesos de las expresiones que se describen en la ley y recaen en el injusto típico para el estudio teórico del delito, y de esta manera asimilar los elementos que integran el tipo penal y en qué momento se lesiona el bien jurídico honor, por el comportamiento humano. Antes se

²³⁷ La preocupación por dejar claro que la libertad de expresión no permite decir impunemente cualquier cosa, viene de antiguo. Así, en el artículo 11° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, se establece la libertad de comunicar ideas y opiniones. Sin embargo, a renglón seguido se señala que “se deberá responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (artículo 11°).

²³⁸ STC 120/1983 de 15 de diciembre (F.J 2) y STC 181/1990 de 15 de noviembre (F.J. 3). Véase GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, «*Estado democrático y libertad de expresión*», En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, N° 64, 1981, pág. 159 y ss.

²³⁹ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 14 de agosto del 2002, Expediente N° 0905-2001-AA/TC, F.J. 14.

estudiarán los límites que existen entre el artículo 20.1 a) y d) y los artículos 20.4 y 18.1 de la CE.

Se vuelve hacer énfasis sobre la dignidad humana, la fama, el prestigio, el honor objetivo, el subjetivo, los derechos humanos y los derechos fundamentales como límites ontológicos, -así también estudiar la parte funcionalista y la relevancia del normativismo- en el derecho penal y constitucional. Este tipo de límites no permiten que sean generales los derechos para todos los ciudadanos, en especial para todas las personas en derecho, tanto físicas como jurídicas. El funcionalismo normativo puede cubrir estas esferas jurídicas -que violan el principio de igualdad-, como es la privacidad y subsistemas orientados a equilibrar los entes públicos y privados.

Otra de las sentencias en estudio, es la 266/2005, que en su Fundamento núm. 4, define la libertad de expresión, y hace alusión de la aplicación al tipo penal²⁴⁰. De igual forma se refiere a la colisión de derechos marcando los límites de la libertad de expresión y el artículo 20.4 de la CE. Pero hay que decir que la STC 139/2007 se refiere de forma concreta a la libertad de expresión, así como a la verdad objetiva en los medios de comunicación y detalla su contenido; sobre el trabajo periodístico, hace mención de la colisión de fundamentos del artículo 20.1 a) y d) y 20.4²⁴¹, según constata la CE, y hace delinear los límites que se

²⁴⁰ STC 266/2005, Fundamento número 4, define libertad de expresión, derecho a comunicar o a informar. URÍAS, Joaquín, *Op. cit.* pág. 58. Analizando la STC, ya mencionada, puedo opinar, que más que definir libertad de expresión en el fundamento 4, refiere al reconocimiento constitucional de la libertad de expresión y de información en colisión con el honor, esta sentencia, manifiesta la vulnerabilidad del parte subjetiva del *animus iniuriandi* por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento del tipo de delitos.

²⁴¹ ESTRADA ALONSO, Eduardo, «*El derecho al honor, en la ley orgánica /1982, de 5 de Mayo*», Civitas, Madrid, 1988, págs. 21 y ss.

presentan en cada una de estas garantías políticas del Estado, como es el caso de la sentencia anterior, que ambas definen diferentes límites²⁴²

Otra de las sentencias que podemos citar, al respecto de lo tratado, es la STC 213/2006 que se señala la confrontación entre las garantías de la CE en sus artículos 20.4 y 20.1 apartado a) y d), entre dos derechos fundamentales para la ciudadanía como es el honor y la libre expresión e información de las personas. Como lo explicamos anteriormente este tipo de sentencias nos dan la pauta para analizar la ponderación de derechos. Además, esta sentencia delimita los derechos fundamentales y el tipo penal.

En la STC 213/2006 nos enfoca directamente a los límites del art. 20.1 a) y d) en el ordenamiento jurídico español, la cual nos dice; «la vulneración del derecho a la libertad de expresión se hace residir, en definitiva, en que la opción del Tribunal Supremo por la condena del demandante de amparo, implica que, al realizar la valoración de los derechos en conflicto, ha desconocido la prevalencia que en el presente caso merece ser otorgada al derecho fundamental cuya vulneración se denuncia. En tal sentido, recuerda el Fiscal que la función del Tribunal Constitucional en relación con dicha cuestión, conforme a su jurisprudencia desde al menos el año 1993 (SSTC 15/1993 [RTC 1993, 15] y 336/1993 [RTC 1993, 336]) y hasta la actualidad (STC 39/2005 [RTC 2005, 39], FF. 3 y 4), consiste en verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, no en un juicio sobre la aplicación del tipo penal a los hechos tenidos por probados por la jurisdicción penal. Para realizar dicha labor, la primera tarea será delimitar cuáles son los derechos en conflicto, tarea que, si en ocasiones

²⁴² STC 139/2007, Fundamento número 11, libertad de expresión y verdad objetiva del periodismo. MAGRO SERVET, Vicente, “Los delitos contra el honor en el contexto de la libertad de expresión en los responsables públicos”, (Análisis de la colisión entre el derecho al honor y el derecho a la crítica pública por los representantes de los ciudadanos de las distintas administraciones), *RDPPyP*, La Ley Penal, número 44, Madrid, 2007, págs. 115 y ss.

resulta compleja, en el presente caso es patente que, son, por un lado, el derecho a la libertad de expresión del demandante de amparo, porque el delito por el que fue condenado se cometió al divulgar la opinión que mantiene sobre SM el Rey de España, y, por otro, el derecho al honor del Rey de España y de la Monarquía que el mismo encarna, porque la condena se dictó por un delito de injurias graves.

En cuanto al primero, cuando de establecer los límites al derecho a la libertad de expresión se trata, es doctrina constitucional consolidada (SSTC 165/1987 [RTC 1987, 165], 107/1988 [RTC 1988, 107], 51/1989 [RTC 1989, 51], 65/1991 [RTC 1991, 65], 105/1990 [RTC 1990, 105], 171/1990 [RTC 1990, 171], 172/1990 [RTC 1990, 172] y 190/1992 [RTC 1992, 190]) que «la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del texto fundamental»

Difícilmente, en efecto, podrá negarse el carácter oprobioso, vejatorio e infamante para cualquier persona, incluso pública, de la calificación de «responsable de los torturadores» y de las afirmaciones de «ampara(r) la tortura» y de imponer el régimen monárquico «mediante la tortura y la violencia». Como dijera este Tribunal, denegando el amparo pretendido en un supuesto en que el recurrente había imputado el mismo tipo de conducta a altos cargos políticos, «[l]a innecesariedad de tan graves imputaciones a personas concretas, que por el simple hecho de ser políticos no dejan de ser titulares del derecho al honor, unida a la completa falta de fundamento de las mismas, hacen que dichas imputaciones no puedan ampararse en el derecho a la libertad de expresión» (STC 190/1992, de 26 de noviembre [RTC 1992, 190], F. 5).

Por las siguientes razones, dentro de las jurisprudencias que se pueden destacar, sobresale la STC 9/2007, de 15 de enero²⁴³, la cual lleva un mismo sentido, que al igual que las anteriores sentencias, en especial la 278/2005, hace la distinción que libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, y no opera en ella el límite de veracidad. Además, separa las distinguidas delimitaciones con el derecho al honor, es así que el honor protege la dignidad, la fama y la reputación de las personas, de las descalificaciones -o como dice el primer escalón citado en anterior capítulo-, injurias innecesarias por la manifestación externa de un menosprecio o descrédito, y más aun ante una persona de cargo público²⁴⁴, donde el choque entre derechos fundamentales

²⁴³ STC 9/2007, de 15 de enero, señala primeramente las diferencias en del artículo 20.1 a) y d), además de su delimitación con el derecho al honor, más aun, la situación que refiere a la persona pública un trinomio de análisis importante e interesante donde primeramente la libertad de expresión pudiera tener un espacio levemente mayor al honor, por el hecho de ser funcionario público, al respecto la dicha sentencia en su Fundamento 7 define «la doctrina de la reciente STC 69/2006, de 13 de marzo (RTC 2006, 69), “de aplicación al presente caso, donde se evidencia la extralimitación de un responsable político a la hora de difundir las críticas de hechos que hacen desmerecer en la consideración de los funcionarios que prestan servicios en la Administración sobre una base que se ha demostrado inveraz, y que ha incurrido en una contumacia a enmendar tales ofensas al prestigio profesional y al honor personal, (...)”. Subraya el escrito que en dicha Sentencia se afirma que para afectar al honor de la persona aludida basta una individualización indirecta y que la libertad de información de una autoridad pública posee rasgos específicos respecto a la de un ciudadano.

²⁴⁴ Así la STC 9/2007, da una definición sobre empleado o encargado público que están expuestos a la crítica abierta, «el derecho a la libertad de expresión y de crítica en el ámbito de las personas que desempeñan funciones públicas, que no son solamente aquellas que acceden por elección de los conciudadanos a sus cargos, sino también los funcionarios y empleados públicos que acceden a ellos por su mérito y capacidad a través de los procedimientos de selección establecidos legalmente, ...que al desempeñar voluntariamente un empleo público ha de soportar las críticas. ... Las expresiones que considera lesivas de su honor, estas dañan su prestigio profesional, que, según la jurisprudencia constitucional (STC 282/2000, de 27 de noviembre [RTC 2000, 282]), constituye una manifestación del honor personal». En confrontación la STC 216/2006 advierte: «En ese contexto, y como ya hemos afirmado en otras ocasiones, especialmente cuando los afectados son titulares de cargos públicos, éstos han de

demarque ese pequeño hilo que protege ambas posiciones, para hacer valer su garantía que protege su estado de derecho.

La libertad de información y expresión establecen que estos derechos no pueden estar sujetos a previa censura²⁴⁵²⁴⁶, sino a responsabilidades ulteriores de quienes lo ejercen desmedida e indebidamente.²⁴⁷

soportar las críticas o las revelaciones aunque «duelan, choquen o inquieten» (STC 76/1995, de 22 de mayo [RTC 1995, 76]) o sean «especialmente molestas o hirientes», *contrario sensú* de la STC 9/2007.

²⁴⁵ En España, la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo o de censura. Las normas constitucionales de España (artículo 20.2º²⁴⁷) son lo suficientemente claras e inequívocas al proscribir todo tipo de censura a título de medida anticipada al contenido de un discurso. No se puede censurar de manera previa la difusión de noticias u opiniones sobre un hecho o una persona, que presumiblemente puedan afectar el honor de ésta u otros bienes constitucionalmente protegidos.

²⁴⁶ Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas oportunidades que toda medida preventiva del Poder Ejecutivo, del legislador e incluso de los jueces significa inevitablemente el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención, por lo que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo, sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”, del 13 de noviembre de 1985, párr. 38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 11/96. Caso 11.230. Chile, 3 de mayo de 1996. Al realizar una comparación entre la Convención Americana y los otros instrumentos universales y regionales, queda claro que el único instrumento que expresamente incluye la prohibición de la censura previa es el interamericano. En efecto, ni el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (artículo 19º) ni el Convenio Europeo (artículo 10º) ni la Carta Africana (artículo 9º) contienen referencias explícitas a la proscripción de toda medida de carácter preventivo a la libertad de expresión.

²⁴⁷ Véase también la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión del 2000, elaborado por la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), octubre del 2000 y la Carta Democrática Interamericana del 2001.

En el ámbito interno, la Constitución de España señala que «se reconocen y protegen los derechos (...). A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», artículo 20 a).

Las normas que hemos reseñado sirven para advertir que la libertad de expresión es el derecho a manifestar, comunicar y conocer sin trabas ni censura previa²⁴⁸ cualquier tipo de pensamiento, idea, información, opinión, noticia, publicidad, actividad artística, comentario político, entre otros, que pueda ser difundido de las más variadas formas que tiene la comunicación para ser transmitida: oral, escrita, a través de símbolos, por radio, televisión o cualquier otra modalidad.²⁴⁹

La libertad de expresión constituye un elemento central para el desarrollo individual, ya que permite a las personas recibir puntos de vista ajenos y de comunicar y manifestar su propia opinión. Cuanto más real y participativo sea el debate público, se promueve que los individuos crezcan como ciudadanos. Esta

²⁴⁸ STC 13/1985 de 31 de enero (F.J. 1). En esta sentencia se define: «La censura previa consiste en el control y previo examen oficial del contenido de una obra (publicación, programa, etc.) antes de que ésta sea difundida con el objeto de enjuiciarla con "arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el plácet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario».

²⁴⁹ SOLOZÁBAL, Juan José, «*La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*», En Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: Ministerio de Defensa N° 32, 1991, pág. 8. BIDART CAMPOS, Germán. «*Manual de Derecho Constitucional Argentino*», Buenos Aires, Ediar, 1985, pág. 228. Citas tomadas de la Defensoría del Pueblo. Informe N° 48 “Situación de la libertad de expresión en el Perú. Septiembre 1996 – Septiembre 2000”. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000, pág. 8. Disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/inform-defensoriales.php> (Visitada el 11 de marzo del 2009).

libertad es la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del ser humano en sociedad.

Este derecho cuenta además con una trascendencia social vinculada con el funcionamiento del propio sistema democrático. Cada vez que ha tenido que aplicar el artículo 10º de la Convención Europea, la referencia de la libertad de expresión, como fundamento de la democracia, ha sido constante para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debido a que la considera una garantía de la circulación de las informaciones que, en una sociedad democrática, constituyen la base de la acción política y proporcionan a los ciudadanos las informaciones necesarias para la creación de una opinión pública libre.²⁵⁰

La libre difusión de ideas e informaciones, permite que todas las personas puedan estar en igualdad de condiciones para participar en los asuntos de interés público. Cuando un mensaje es emitido, todos sus posibles receptores tienen la posibilidad de conocerlo y, a partir de allí, formar parte del debate que se suscite.

De esta manera, desde su dimensión institucional, la libertad de expresión contribuye a la transparencia, a la participación informada y racional de las personas en los asuntos públicos, y a la rendición de cuentas «*accountability*».

²⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso Handyside contra el Reino Unido, de 7 de setiembre de 1976: «La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres». Véase también FREIXES SANJUÁN, Teresa, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de la comunicación”, En: Revista de Derecho Comunitario Europeo N° 15, 2003, pág. 3. Disponible en: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_015_007.pdf (Visitada el 24 de julio del 2009).

Brinda, en definitiva, las herramientas propias para llevar a cabo la fiscalización social y la vigilancia ciudadana del poder, así como el debate plural. Todos estos aspectos son esenciales en un Estado democrático de Derecho.²⁵¹

Como se dijo al inicio de este capítulo, la libertad de expresión: «Es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que (...) quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre».²⁵²

El respeto de la libertad de expresión es aplicable no sólo con relación a la información –veraz o no veraz- y las ideas que tienen una acogida favorable o que son consideradas como inofensivas o contempladas con indiferencia, sino también respecto de las que ofenden, impactan o inquietan al Estado o a cualquier sector de la población público o privado. Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el respeto y la difusión de tales ideas son exigencias mínimas del pluralismo, la tolerancia y la apertura de ideas, sin las cuales no existiría la sociedad democrática.²⁵³

²⁵¹ Defensoría del Pueblo. Informe N° 48. *Op. cit.*, pág. 5. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 14 de agosto del 2002, Expediente N° 0905-2001-AA/TC, F.J. 9; Sentencia del 20 de febrero del 2006, Expediente N° 0027-2005-PI/TC y Sentencia del 5 de abril del 2001, Expediente N° 02-2001-AI/TC. Véase también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-066/98, del 5 de marzo de 1998. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 6 de febrero del 2001 (Caso Ivcher Bronstein), párr. 151.

²⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 «*La colegiación obligatoria de periodistas*», del 13 de noviembre de 1985, párr. 70.

²⁵³ La necesidad de amparar bajo la libertad de expresión también las críticas molestas o inquietantes viene ratificada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia del caso Handyside contra el Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, párrafo 49; Sentencia del caso Lingens contra Austria, del 8 de julio de 1986; Sentencia del caso Castells

De igual modo, la protección de la libertad de expresión, cubre tanto al contenido como la forma del mensaje. Su esencialidad en el sistema democrático hará que se permita cierta dosis de exageración o provocación para que no quede reducida al relato aséptico de los hechos. De ahí que también esa libertad pueda ser merecedora de protección de las expresiones exageradas o, incluso, provocadoras.

La libertad de expresión no sólo ampara el mensaje expresado en programas informativos, sino también a las manifestaciones artísticas, a través de las artes plásticas, viñetas o caricaturas sarcásticas, publicidad comercial, películas, obras de teatro, programas cómicos, etcétera. La libertad de expresión tiene un carácter integrador que incluye diversos ámbitos, que incluye a las expresiones que buscan transmitir una idea de forma jocosa. Es decir, también protege el mensaje simbólico, pues de lo que se trata es que las personas puedan tener a su alcance y disposición la mayor cantidad de posibilidades para formar su propio criterio, gusto y opinión.²⁵⁴

contra España, del 23 de abril de 1992; Sentencia del caso Open Door y Dublin Well Woman contra Irlanda, del 29 de octubre de 1992 y Sentencia del caso De Haes y Gijssels contra Bélgica, de 24 de febrero de 1997, párr. 49. Se admite la crítica desfavorable o ácida, en especial cuando va dirigida a políticos o instituciones públicas, los cuales deben tolerar un margen más amplio en la crítica al dedicarse a la gestión de los intereses públicos y estar sometidos a un mayor control social y jurídico. Véase también Informe del Relator de Naciones Unidas para la Libertad de Expresión, E/CN.4/1995/32, del 14 de diciembre de 1994, párr. 31.

²⁵⁴ CATALAIBAS, ALEXANDRE, *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho, 2001, pág. 183. MESQUITA, Mario, *El cuarto equívoco. El poder de los media en la sociedad contemporánea*, Fragua, Madrid, 2007, pág. 20.

Como se puede advertir, la importancia de la libertad de expresión radica en que es un derecho esencial para la protección de la difusión de ideas e informaciones, con el que se fortalece la democracia, y se promueve la formación de una opinión pública libre y la creación de un libre mercado de ideas. Es decir, para el desarrollo del ser humano y la colectividad.

Los derechos fundamentales son la piedra angular del edificio constitucional y son universales para los gobiernos democráticos, así la libertad de expresión es parte primaria de la democracia. De ellos se parte para fundamentar las definiciones jurídicas y el desarrollo legislativo de las libertades públicas. Sin embargo, pese a su importancia, en un Estado Constitucional, los derechos fundamentales no se pueden presentar como absolutos, sino que su ejercicio debe ser respetuoso de otros derechos y bienes jurídicamente tutelables, en función de intereses subjetivos y necesidades objetivas que vinculan al conjunto del cuerpo social.²⁵⁵

Es decir, la libertad de expresión, al igual que otros derechos fundamentales, no puede considerarse como absoluta en el entendido de que permita cualquier contenido del discurso al margen de la dignidad de la persona – concepto importante para nuestros límites- y el respeto de los derechos de los demás.²⁵⁶

²⁵⁵ STC 11/1981 de 8 de abril (F.J. 5), STC 2/1982 de 29 de enero (F.J. 5), STC 20/1990 de 15 de febrero (F.J. 3), STC 105/1990 de 6 de junio (F.J. 3) y STC 181/1990 de 15 de noviembre (F.J. 6) Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 26 de marzo del 2007, Expediente N° 8410-2006-PA/TC, F.J. 5.

²⁵⁶ La preocupación por dejar claro que la libertad de expresión no permite decir impunemente cualquier cosa, viene de antiguo. Así, en el artículo 11° de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, se establece la libertad de comunicar ideas y opiniones. Sin embargo, a renglón seguido se señala que “se deberá responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (artículo 11°).

Las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión pueden estar orientadas a limitar la difusión de un determinado discurso (restricciones sobre el contenido) o regular la forma en que puede ser transmitido (restricciones neutras).²⁵⁷ Sin embargo, las limitaciones o restricciones en su ejercicio no significan, en ningún caso, una autorización para suprimirlos.²⁵⁸

II. ¿Cómo se compatibilizan los conceptos penales de honor y libertad de expresión e información y sus límites ontológicos y normativos?

Aunque la parte constitucional es de relevancia, nos interesa en este capítulo la definición desde el concepto de la jurisprudencia penal y su relatividad con la tutela del honor. Primero, cómo se define ante la conducta y los elementos del tipo descrito en el artículo 206 y siguientes del CP español y, segundo, abordar la problemática que existe entre el artículo 20.1 a) y d) de la CE y el honor, de acuerdo con lo descrito en el TC, que ya en varias sentencias anteriormente se ha señalado, pero en este caso se hará desde la perspectiva del Derecho penal.

De lo escrito hasta ahora nos encontramos con varias incógnitas del concepto honor. Como especifiqué al principio, no será fácil encontrar un significado que cubra las expectativas tanto del Derecho penal como del Derecho constitucional. Manteniendo la postura de guiarnos principalmente por el Derecho penal, uno se basa –como ya se explicó– desde el punto tanto del honor

²⁵⁷ STC 120/1983 de 15 de diciembre (F.J 2) y STC 181/1990 de 15 de noviembre (F.J. 3). Véase GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, «Estado democrático y libertad de expresión», En: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, N° 64, 1981, pág. 159 y ss.

²⁵⁸ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia del 14 de agosto del 2002, Expediente N° 0905-2001-AA/TC, F.J. 14.

objetivo, como del honor subjetivo. Los elementos que encontramos son la convergencia o la divergencia de nuestra definición. Aunque ya se explicaron los conceptos de cada uno de estos elementos, se debe compaginar con el contenido constitucional.

Al tanto de lo expuesto, podemos indagar en la definición jurisprudencial e investigar lo que marca en este sentido el tribunal Constitucional español, en donde existen conceptos encontrados con la definición de honor; por lo consiguiente, se analizarán sentencias relevantes.

Uno de los fundamentos del TC, en su sentencia 216/2006, señala un significado sobre el honor, que dice: “es como un objeto del derecho consagrado en el artículo 18.1 de la CE, «un concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, y de ahí, que los órganos judiciales dispongan de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso que deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que protege. Además, señala que, a pesar de ello, este tribunal no ha renunciado a definir el contenido constitucional abstracto del derecho fundamental honor y ha afirmado que este ampara la buena reputación de una persona protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacer desmerecer en la consideración ajena al ir al descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentoso...”.

Las SSTC 223/1992, F3; 176/1995, F3, manifiestan que en el artículo 18 de la CE no existe definición directa que consolide al honor, por tanto, hace manejable su concepto. En primera instancia, el honor es definible por su connotación cultural, ética y social, donde la opinión depende de su momento histórico. Estos factores son trascendentales para afectar el contenido del concepto. En las diferentes leyes que rigen a la sociedad española, los elementos esenciales que pide cada una de nuestras normativas son el prestigio y la autoestima. Por ejemplo, estas leyes contemplan estos elementos para que se

dañe o se lesione la honorabilidad del sujeto pasivo dentro de lo que es la importancia social, y su dignidad de persona.

Si bien es cierto que no existe una definición exacta del concepto honor, sus elementos honor objetivo y honor subjetivo, buscan proteger su tutela legal. De igual forma, se trata que dentro del ámbito de las sociedades existan normativas de peligro abstracto, además de valorar que se tome en cuenta la norma cultural. Estos elementos tendrán como consecuencia verificar que el modo de vida social influirá en el modo de aplicar la norma.

En este sentido, O'CALLAGHAN, dice que "El honor es un concepto esencialmente relativo. Se puede considerar en sentido subjetivo, como el sentimiento de nuestra propia dignidad y en sentido objetivo, como el reconocimiento de esta dignidad por los demás."

Igualmente la doctrina acepta otra de las definiciones más acertadas a lo que queremos encontrar, donde hace ver las diferencias del honor objetivo y subjetivo, esa diferencia de la parte interna y externa, ese segmento donde la norma, basándose en una interpretación jurídica, pueda llegar a los diferentes sectores sociales, respetando el aspecto tanto social como cultural de manera principal y es la de Adriano de CUPIS: "*dignidad personal refleja en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona*"

Ante estas definiciones, BAJO FERNÁNDEZ manifiesta que es muy difícil definir al honor en un concepto exacto que cubra las expectativas jurídicas, así, igual refiere que una de las razones es por el concepto pre jurídico, ya que para definir –como se dijo antes- se debe empezar por la parte subjetiva, desde delimitar entre las diferentes palabras que se compaginan con el concepto, como lo es el crédito, el prestigio para la vida, o como lo marca la jurisprudencia, que sin dar un concepto general o teórico del honor lo identifica con la fama, la reputación, sentimiento de estimación o con el prestigio. Lo que podemos

percibir es que el honor deriva del principio de dignidad y es el derecho a ser respetado, como lo marca el autor HERRERO-TEJEDOR.

Estos delitos contra el honor establecen delitos de peligro abstracto, donde elementos como la fama o autoestima no son suficientes, el sentimiento subjetivo no es total para su castigo, necesita de manifestaciones aptas, que dañen la reputación o el honor intrínseco al sujeto pasivo.

Estos puntos normativos tocados, son elementos que se aplicarán en los diferentes sectores sociales y que tendrán como consecuencia lesionar el bien jurídico tutelado, por parte del delito injuria. Aunque nos encontremos, con situaciones como son las no fáciles definiciones de honor objetivo o honor subjetivo, que no será sencillo obtener su equilibrio de evaluación por lo abstracto de sus concepciones, por ejemplo, del lado del honor subjetivo nos encontraremos con definiciones como la fama o reputación, en el honor objetivo se debe definir la reputación externa hacia la persona en general. En este tipo de conceptos existen, divergencia de significados, como los que nos hace ver la doctrina actual, la cual, rechaza el sentimiento de autoestima. La doctrina define como concepciones fácticas al honor subjetivo. Esto si tomando en cuenta, que los delitos contra el honor constituyen delitos de peligro abstracto, por el contenido decisivo como se comento antes, algunos autores lo define no sólo en la parte de la fama, siguiendo el concepto de elementos de honor subjetivo. En este caso señala José Luis Serrano (y otros autores –además de las SSTC 223/1992, F3; 176/1995, F3-), que puede existir el hecho de que una manifestación sea apta de forma general para afectar la fama (o el sentimiento subjetivo de la persona). Esto si volvemos al principio de estas líneas en la que los distintos conceptos tanto sociales, como culturales, pueden cambiar el contenido de la lesión del bien jurídico tutelado al sujeto pasivo. La fama, la reputación, el prestigio, el autoestima, la honorabilidad, son palabras que nos encontraremos en cada momento y que se tendrá que trabajar con cada una de las definiciones, para que se pueda crear un acercamiento a lo que queremos

alcanzar, que es la definición del honor de forma general y que los elementos tanto objetivos como subjetivos sean idóneos y nos faciliten obtener un adecuado concepto, en sentido abstracto vigente en la norma penal.

En lo que respecta, al honor subjetivo, se puede encontrar de primera mano con la divergencia entre fama y reputación, ambas, parte de sus elementos que definen y llegan a ser lesionados por el sujeto activo, por medio de la manifestación de opiniones. De primera instancia, podemos encontrarnos, que la fama depende del sector cultural en el que se desarrolla, así como se puede dar el daño. No se puede comparar los sectores sociales, porque las costumbres marcan sus formas comunitarias y eso influye en cómo debe ser castigable una expresión donde su núcleo social no tiene un significado, o que dañe la palabra el heteroestima de la persona, aunque tenga un contenido de bagatela.

Del mismo modo la reputación con un contenido subjetivo, en principio es calificable como paralela conceptual de la fama, pero su significado es distinto. En lo que respecta a la fama se puede definir como la opinión que tiene la sociedad de la persona; en lo que refiere a la reputación, es el prestigio o estigma que son de alguien o algo. En este caso, el honor íntegro, la persona que tiene fama de gente honrada pero en realidad es un bandido, por ejemplo el político deshonesto.

En principio, honor y honorabilidad, son dos elementos de análisis, son objeto de tutela penal, pero existe una diferencia en lo conceptual con la parte constitucional. Seguido de que primeramente en este capítulo nos interesa la parte penal, se puede definir que honor y honorabilidad, son similares y tienen consigo elementos comunes que son reputación y autoestima, momento fundamental de la parte subjetiva. Se había dicho que la autoestima la doctrina actual la rechaza como elemento, ya que es un sentimiento, al respecto se tienen dos puntos: el primero, es que el concepto es difícilmente compaginable con el bien jurídico y, el segundo, que la protección penal no puede hacerse depender de

los combatientes sentimientos del sujeto y de su mayor o menor sensibilidad. La autoestima se tendrá que injertar como elemento en las concepciones fácticas del honor.

En cambio, la reputación se puede emplear tanto en el elemento honor subjetivo, como elemento primario, además, de ser parte esencial como elemento del honor objetivo y su reputación externa.

En estos elementos, que son puntos de partida e interesantes de estudio, es necesario describirlos y conocer la subjetividad de sus definiciones que nos ayudarán en el análisis para encontrar el concepto idóneo más acercado para definir el honor de forma genérica, ya que tanto la reputación como la autoestima, son conceptos que son tradicionalmente parte de los sistemas sociales y jurídicos (o preconstitucionales). Desde el punto de vista social, puede darse la descompensación de la definición del honor, puede exteriorizarse sólo para un tipo sociedad y tener un toque de corte aristocrático y clasista, dejando de lado a las sociedades excluyentes.

En estas situaciones de preferencias o etiquetas sociales, que se han tratado de superar para castigar al individuo, nos dice Juan Luis FUENTES, que se han superado y que se encerraba el peligro de privar de honor a una buena parte de la sociedad. Que pudiera llegar hacer deformada. Eso se puede dar, si existe un prejuicio social o el clasismo en los sistemas sociales y jurídicos, lo que tiene como consecuencia privatizar el honor.

De esta opinión, Juan Luis FUENTES, manifiesta que la reputación y la autoestima, respecto a lo que dicen las teorías de la abstracción, están en el intento de eludir el uso de estos conceptos y las consecuencias que se tenían buscaron inicialmente la dignidad y más tarde la libertad como objeto de protección.

De igual forma, entendemos que la conexión entre la autoestima y la reputación son paralelas, que recaen en definiciones casi similares subjetivamente, como lo es la dignidad y la libertad.

Existen dos factores de interés que cita Juan Luis FUENTES, como ya estuvimos definiendo, una de ellas es la reputación y la fama, en la que señala que corrientes teóricas, no terminan de ser aceptadas ni específicas para que tengan una importancia relevante dentro de los que es la jurisprudencia penal, que lo que se pretende es tener una definición de honor objetivo y subjetivo desde los puntos jurídicos del derecho penal, como del constitucional y acercarse a una misma interpretación jurídica del concepto honor.

El segundo sector es el que el autor llama como encaje constitucional del concepto honor, existe la confusión por la precisión de los elementos circunstanciales, en este caso la conexión que existe del honor con la fama y el autoestima donde se seguirá el estudio de estos elementos normativos de los tipos, que tutelas deben de consistir en determinar, cuándo se posee un sujeto de reputación y propia estima, cuando produce su lesión, cuales son los límites de su posesión jurídico penal, todo esto debe ser acorde al modelo constitucional, bajo la elección de un modelo valorativo.

Según FUENTES OSORIO, la jurisprudencia penal se aprecia, igualmente una permanente conexión del honor con la fama, con la reputación y la autoestima (si bien, cuando esta aparece, se tiende a confundir con la dignidad y el honor interno).

Este tipo de definiciones son las que se deben precisar minuciosamente y llamamos honor externo y honor interno. Es aquí donde se desarrolla las diferencias básicas de las distintas concepciones del honor, como son las fácticas y las normativas.

En comentario de BARRERO Abraham, explica la parte objetiva y subjetiva del honor; “Así fundado, el derecho al honor presenta una *vertiente interna*, también considerada vertiente subjetiva del derecho, que está constituida por la dignidad de la persona, y una *vertiente externa* u objetiva que se halla integrada por la reputación o fama, esto es, por el juicio que la comunidad tiene del individuo y que proyecta sobre él. Ciertamente es que, jurídicamente, suele manejarse una concepción estricta de honor que lo vincula a la vertiente externa.

La aceptación generalizada de la idea de que el honor, en su vertiente interna, nace de la dignidad de la persona, determina la aplicación del principio de igualdad a su protección jurídica: el derecho al honor corresponde, a todas las personas, sin que tengan relevancia alguna las particularidades de linaje, cultura, méritos y posición socioeconómica, aunque no cabe duda que esa protección jurídica será graduable dependiendo de la mayor o menor inserción de la persona en los diferentes contextos sociales.²⁵⁹

En lo que concierne a la vertiente externa del derecho al honor, que consiste en la reputación, fama o consideración social, no es otra cosa que el reconocimiento, estimación u opinión colectiva que los demás hacen con nosotros. Al respecto se ha discutido entre la doctrina si el prestigio profesional es uno de los elementos o circunstancias que integran esa vertiente externa del honor que es la fama. El Tribunal Constitucional ha venido a zanjar la cuestión de declarar que el prestigio profesional ha de incluirse en el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al honor. Aunque no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional el honor de la persona y su prestigio profesional, la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio en la actividad profesional de una persona puede ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando se excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que, por su

²⁵⁹ BARRERO ORTEGA, Abraham, *u.o.c.*, pág. 52.

naturaleza, características y forma en que se hace esta divulgación, la hagan desmerecer en la opinión colectiva ajena de su dignidad como persona (SSTC 40/1992, 223/1992, 180/1999 y 282/2000).²⁶⁰

Es un punto de partida para el desarrollo de este punto importante del honor describiendo las teorías que pueden envolver el contenido definitorio de este concepto. Las distinciones que existen en las definiciones del honor, se puede involucrar en dos que son; las concepciones fácticas y las concepciones normativas. De la parte fáctica, podemos observar que conllevan exclusivamente al mundo del ser, a la realidad social, la parte interna del individuo o su lado psicológico. Esto es lo que llamamos el honor tutelado por el derecho penal o los datos prejurídicos que intervienen de forma directa en la vida social, que se definen por las concepciones. La parte normativa es la que se adentra al estudio del mundo de los valores, adecuada al mundo normativo que se determina a través de los códigos valorativos (como lo son sociales, éticos o jurídicos). Desde este punto normativo, hace que el honor deje de ser totalmente fáctico de acuerdo a la realidad social y el derecho penal.

Estas dos concepciones, nos permiten adentrarnos de una manera más profunda en las concepciones señaladas, empezaré por marcar las concepciones estrictamente fácticas, las cuales son divididas por el honor subjetivo y el honor objetivo, de lo que existen conceptos de distintos autores.

El honor subjetivo, es el honor interno, es la parte intrínseca del ser humano, esta fracción es la que hacemos referencia al estudio psicológico, podemos dividir en este segmento la autoestima o sentimiento personal. Como se sabe, la doctrina actual rechaza el sentimiento de autoestima, ya que, es un bien

²⁶⁰ GRANADOS PEREZ, Carlos, “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Cuadernos del Poder Judicial*, 1, 1998, pp. 131-164.

jurídico que no se puede tocar o afectar, partiendo desde el punto fáctico del honor y su bien jurídico protegido.

El honor subjetivo es complicado de delimitar su daño proporcional que se le da al bien jurídico de la persona (dependiendo su condición social), me refiero en la posición sentimental que existe en la situación sublime y autoestima del ser o por el lado cultural de la expresión que califica la actuación que perjudica socialmente al sujeto pasivo de la acción injusta del hecho. La persona reacciona de distintas formas, de acuerdo a la recepción de la expresión emitida por el sujeto activo. He aquí, la importancia de delimitar, el daño del bien jurídico en concepción de los delitos de bagatela jurídica, porque no todas las expresiones por obscenas que sean, deben de ser punibles a los ojos del administrador de justicia penal.

El honor objetivo, es la parte externa o conocida de igual forma, como el heteroestima, se traduce o se considera la estima de la que goza una persona dentro de la sociedad, o la calificación de comportamiento que le atribuye la comunidad o núcleo que le rodea, que lo podemos simplificar en reputación social.

El estudio del honor objetivo, es el que se analiza de una forma detallada, por lo delicado que es de definir, el punto estratégico del bien jurídico honor (depende de la lesión de la parte subjetiva) y su combinación con el concepto estrictamente fáctico, tiene como fondo de partida la reputación – así como la autoestima- que es el objeto de protección penal. Hay que tomar en cuenta que los delitos de honor constituyen delitos de peligro abstracto, como se sabe, la reputación es la opinión que se tiene de la persona dentro de la sociedad, es ese prestigio del que goza dentro del núcleo de individuos que clasificaran al sector humano de acuerdo al comportamiento de las conductas que realicen, al momento de expresar o externar una idea u opinión. En este sentido, se apunta, «...que se pretende salir al paso de este argumento aduciendo que en realidad

sólo se protege penalmente la buena fama merecida y supone abandonar la concepción fáctica por la normativa, atendiéndose al honor en sí...», esto es lo que se conoce como reputación real.

El honor objetivo puede partir del mundo ontológico del ser, este tiene dos derivaciones. Una primera que es el bien jurídico, en el que LAURENZO COPELLO, nos dice; “que es el contenido altamente variable, distinto para cada ciudadano en función de su mayor o menor sentimiento de propia estimación y, sobre todo, del grado de prestigio social del que disfrute, esto es como lo que comentamos líneas anteriores, de lo que se llama reputación real, o sea, «no todas las personas tendrán pues el mismo honor, siendo imaginable incluso la existencia de ciudadanos sin este atributo de la personalidad», en base a esto se puede nombrar, los que arrastren mala reputación social (aquella que traslade esa falta de afecto colectivo a sus propios sentimientos internos, careciendo así, de un mínimo de autoestima), de la misma forma y lo que define al honor subjetivo, están en este concepto los niños de corta edad o los enajenados que carezcan de capacidad para decidir o capacidad de goce.

Es importante señalar que el delito de injurias podría parecer más un delito de *status social* donde solo a ciertos sectores sociales afecta la imprudencia de la palabra o la expresión que se exterioriza, donde la imputación ofensiva es parte de la lesión del objeto de tutela que es reputación social efectiva, y esto no es dependiente de la verdad o falsedad de lo manifestado, la imputación depende de que influya de forma negativa en la buena fama de la que sustenta el sujeto pasivo. En estos casos la lesión del bien jurídico honor y su reputación externa que representa ante la sociedad, cuando se lesiona ese honor subjetivo, puede poner entre dicho la buena fama de la persona afectada y su alta consideración social, los autores llaman honor aparente²⁶¹. Lo que se debe de cuidar es no caer

²⁶¹ LAURENZO COPELLO, Patricia, *u.o.c.*, pag. 17 y ss. En el derecho al honor existen diferentes formas de definirlo –como ya lo mencionamos-, por lo que se ha analizado los conceptos y las concepciones tanto estrictamente fácticas como normativas, de las cuales los

diferentes autores nos aportan sus estudios, de los cuales me inclinaré por una postura que se acerque a lo que pueda ser lo más objetivo para el trabajo de investigación. Esas concepciones suelen partir entre el honor objetivo y el honor subjetivo. Respecto de lo que define el honor objetivo se basa en el heteroestima de la persona, de forma concreta es aquella que goza un estilo de vida social o de una efectiva reputación social, partiendo desde un punto estrictamente fáctico. En este sentido pero el honor subjetivo, hace referencia al lado psicológico de la persona, como lo es el autoestima o sentimiento personal de la propia valía. En este sentido LAURENZO COPELLO, nos indica que en su trabajo que las habituales distinciones que se derivan del honor tanto objetivo como subjetivo, de igual forma real y aparente, merecido o meramente formal, externo e interno, con frecuencia aparecen yuxtapuestas de manera no tan clara pero apreciable. Hace las distinción entre las concepciones fácticas y normativas, las primeras define que apuntan como directas y exclusivamente al mundo del ser, a la realidad social o psicológica del individuo. En tanto, las concepciones normativas, se vinculan en el contenido de este bien jurídico entre el bien de los valores, de tal forma que el honor deja de ser un dato puramente fáctico que el derecho penal capta sin filtro alguno a la realidad social, de esta forma se convierte en una construcción normativa (fundada en determinados códigos valorativos - sociales, éticos o jurídicos-). Así también, de esta forma, MORETÓN TOQUERO hace mención, que la protección al honor en sentido objetivo como lo es la fama o reputación, tenían como consecuencia que ciertos sectores sociales quedarán excluidos de protección. Es así, por lo que el concepto actual de honor objetivo cambia y se une intrínsecamente con la dignidad, tema que ya se ha tocado anteriormente y que como se mencionó es importante para nuestra investigación.

Se reforzará el desarrollo de este punto importante del honor describiendo las teorías que pueden envolver el contenido definitorio de este concepto. Las distinciones que existen en las concepciones del honor, se puede involucrar a dos, que son; las concepciones fácticas y las concepciones normativas. De la parte fáctica, podemos observar que conllevan exclusivamente al mundo del ser, a la realidad social, la parte interna del individuo o su lado psicológico. Esto es lo que llamamos el honor tutelado por el derecho penal o los datos prejurídicos que intervienen de forma directa en la vida social, que se definen por las concepciones. La parte normativa es la que se adentra al estudio del mundo de los valores, adecuada al mundo normativo que se determina a través de los códigos valorativos (como lo son sociales, éticos o jurídicos). Desde este punto normativo, hace que el honor deje de ser totalmente fáctico de acuerdo a la realidad social y el derecho penal. Estas dos concepciones nos permiten que nos adentremos de una manera más profunda en cada una de las concepciones señaladas, empezaré por señalar las concepciones estrictamente fácticas, las cuales son divididas por el honor subjetivo y el honor objetivo.

El honor subjetivo, el honor interno, la parte intrínseca del ser humano, esta parte es la que hacemos referencia al estudio psicológico, los cuales podemos dividir en la parte de la autoestima o sentimiento personal. Como se sabe esta parte la doctrina actual rechaza el sentimiento de autoestima, ya que es un bien jurídico que no se puede tocar o afectar, partiendo desde el punto fáctico del honor y su bien jurídico protegido. El honor objetivo, es la parte externa o conocida de igual forma, como el heteroestima, se traduce o se considera la estima de la que goza una persona dentro de la sociedad, o la calificación de comportamiento que le atribuye la comunidad o núcleo que le rodea, que lo podemos simplificar en reputación social. El estudio del honor objetivo, es el que se analizará de una forma detallada, por lo delicado que es de definir, el punto estratégico es el bien jurídico honor y su combinación con el concepto estrictamente fáctico, que tiene como fondo de partida la reputación – así como la autoestima que es el objeto de protección penal. Hay que tomar en cuenta que los delitos de honor constituyen delitos de peligro abstracto, como se sabe la reputación es la opinión que se tiene de la persona dentro de la sociedad, es ese prestigio del que goza dentro del núcleo de individuos que clasificaran al sector humano de acuerdo al comportamiento de las conductas que realicen, al momento de expresar o externar una idea u opinión. En este sentido, se apunta, «...que se pretende salir al paso de este argumento aduciendo que en realidad sólo se protege penalmente la buena fama merecida y supone abandonar la concepción fáctica por la normativa, atendiéndose al honor en sí...», esto es lo que se conoce como reputación real.

El honor objetivo puede partir del mundo ontológico del ser, este tiene dos derivaciones. Una primera que es el bien jurídico, en el que LAURENZO COPELLO, nos dice; “que es el contenido altamente variable, distinto para cada ciudadano en función de su mayor o menor sentimiento de propia estimación y, sobre todo, del grado de prestigio social del que disfrute, esto es como lo que comentamos líneas anteriores, de lo que es la reputación real, o sea, «no todas las personas tendrán pues el mismo honor, siendo imaginable incluso la existencia de ciudadanos sin este atributo de la personalidad», en base a esto se puede nombrar, los que arrastren mala reputación social (aquella que traslade esa falta de afecto colectivo a sus propios sentimientos internos, careciendo así, de un mínimo de autoestima), de la misma forma y lo que define al honor subjetivo, están en este concepto los niños de corta edad o los enajenados que carezcan de capacidad para decidir o de goce.

Es importante señalar que el delito de injurias podría parecer más un delito de *status social* donde solo a ciertos sectores sociales afecta la imprudencia de la palabra o la expresión que se exterioriza, donde la imputación ofensiva es parte de la lesión del objeto de tutela que es reputación social efectiva, y esto no es dependiente de la verdad o falsedad de lo manifestado, la

en lo delitos de bagatela –como se dijo anteriormente-, donde cualquier falta de tacto o expresión hostil, se pudiera afirmar la presencia del delito de injurias. Se debe identificar en estos casos, el bien jurídico honor afecte o recaiga en el sentimiento subjetivo.

Lo que respecta en las definiciones de “fama y reputación” es importante señalar el concepto de cada una de ellas, por lo que se refiere fama, es la noticia o voz común de algo. Opinión de que la gente tiene de alguien en su profesión o arte. A su vez, reputación, es la opinión o consideración en que se tiene de alguien o de algo. Estas definiciones nos dan el conducto de estudio para tocar las dos consecuencias que se pueden dar dentro del concepto estrictamente fáctico, de los dos elementos, que por medio de la expresión, lesionan al bien jurídico honor.

imputación depende de que influya de forma negativa en la buena fama de la que sustenta el sujeto pasivo. En estos casos la lesión del bien jurídico honor y su reputación externa que representa ante la sociedad, cuando se lesiona ese honor subjetivo, puede poner entre dicho la buena fama de la persona afectada y su alta consideración social. Esto es lo que los autores llaman honor aparente. Lo que se debe de cuidar es no caer en lo delitos de bagatela, donde cualquier falta de tacto o expresión hostil, se pudiera afirmar la presencia del delito de injurias. Se debe identificar en estos casos, el bien jurídico honor afecte o recaiga en el sentimiento subjetivo.

Lo que respecta en las definiciones de “fama y reputación” –como ya señalamos anteriormente-, el concepto de cada una de ellas son: fama, es la noticia o voz común de algo. Opinión de que la gente tiene de alguien en su profesión o arte. A su vez, reputación, es la opinión o consideración en que se tiene de alguien o de algo. Aquí, estamos tocando las dos consecuencias que se pueden dar dentro del concepto estrictamente fáctico, se debe recordar estas sensibles definiciones y su alcance fáctico.

Por esta razón, la falta de trascendencia de la verdad o falsedad de la imputación ofensiva de cara a configurar la lesión del honor entendido como buena fama y hacen que todas aquellas legislaciones se restrinjan o no admitan la *exceptio veritatis* se limitan a proteger una mera apariencia de honor o, lo que a estos fines es igual, la buena reputación social.

En este sentido, Patricia LAURENZO nos dice. «Esa falta de trascendencia de la verdad o falsedad de la imputación ofensiva de cara a configurar la lesión del honor entendido como buena fama ha llevado a un amplio sector doctrinal a concluir que todas aquellas legislaciones que restringen o no admiten la *exceptio veritatis* se limitan a proteger una mera apariencia de honor o, lo que a estos fines es igual, la buena reputación social»

El elemento subjetivo y objetivo del honor, como se dijo, son partes fundamentales del trabajo que se tratará con la conceptualización de distintos autores, tratando el bien jurídico que lesiona la persona y las definiciones de las concepciones que aportan las fracciones tanto fácticas y normativas.

FUENTES OSORIO, identifica al honor con «la pretensión de respeto que corresponde a cada persona (natural o jurídica) como consecuencia del conocimiento de su dignidad», al tiempo que reconoce la existencia de un honor subjetivo y otro objetivo (del mismo modo SAP Zamora 49/2004; AAP Madrid 704/2004; SAP Asturias 283/2000; *vid.* también SAP Madrid 543/2004; AAP Castellón 92-A/2002; SAP Castellón 55-A/2001; SAP Islas Baleares 274/1998). En suma, parece que el honor subjetivo (vulnerado por los juicios de valor) se identifica con la autoestima y con la dignidad, de modo que uno de estos últimos dos términos se vuelve innecesario: la autoestima. Por ejemplo la SAP Asturias 283/2000 habla de grave ataque contra la dignidad y fama, si bien antes había afirmado que se tutela la dignidad lesionada mediante el menoscabo de la fama y propia estima.

En este sentido, iniciaré con los puntos de opinión de lo que refiera al honor, además de definir dignidad, para tener claro el honor objetivo y el honor subjetivo, así mismo, diferenciar las concepciones fácticas y normativas del bien jurídico tutelado y el estudio de la libertad de expresión e información, la lesionan que puede originar al momento de opinar o de comunicar. De igual

forma, indagar en la definición normativista en su cumplimiento de la vigencia de la norma dentro de lo que es el derecho penal, saber cuál es el rol que desempeña, tanto objetiva como subjetivamente el honor, mostrando su verdadera faz.

La LO 10/1995 de 23 de noviembre, ha marcado tendencia en la definición del concepto honor, en ella nos manifiesta la unificación del bien jurídico, en contra de los ataques jurídicos relevantes que se realizan al honor, como se recordará en el artículo 7.7 de la LO 1/1982 se define por una definición civil de “intromisión ilegítima” del honor, el cual dice: “la imputación de hechos o las manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación”

Este contexto de “intromisión ilegítima” del honor se asemeja de forma textual a la definición del delito de injuria, es por ello, que por consiguiente se estudie el bien jurídico del delito de injuria.

Aquí concluiría, manifestado en resumen que el honor no debe ser aparente, o para un tipo de sociedad, o sea, un honor elitista. Se necesita una esfera social donde el honor cubra las expectativas de cada una de las personas que integran la sociedad y representan un bien común. Incluso necesitamos un honor para aquellas personas que han perdido prestigio o tienen un prestigio simulado. La esfera del honor debe ser amplia y representar a toda clase de sociedades por medio de un honor real, o prestigio, o reputación real.

CAPÍTULO V
PROTECCIÓN PENAL DEL HONOR
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS:
CONSIDERACIONES LEGALES
Y POLÍTICO-CRIMINALES

I. Introducción

La política criminal es un tema reciente. Con esta temática se pretende la prevención del delito para erradicar la delincuencia a largo plazo, tal y como se ha hecho en países como Holanda, Suecia, Francia y España. De igual manera se busca que recaiga responsabilidad penal sobre la persona jurídica, porque se está generando un nuevo delito llamado “delincuencia económica”, que tiene como principal actividad el lavado de dinero y el enriquecimiento ilícito entre otros delitos.

El incremento de este tipo de delincuencia en el seno de la sociedad industrializada, a través de asociaciones, corporaciones y empresas ha venido a replantear el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entendemos que la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica es un instrumento necesario y, por ende, su consagración en el Código penal del principio "*societas delinquere potest*". El sistema legal presenta deficiencias a la hora de enfrentarse a la delincuencia económica, con la consiguiente necesidad de subsanar esta laguna. Al respecto existen varios factores a tener en cuenta: un factor político-criminal, como es la necesidad de prevención así como la dificultad de prueba de la responsabilidad penal de las personas individuales en la estructura de la empresa y finalmente la política europea de integración que propone la aplicación de sanciones penales a las empresas.²⁶²

Aquí se aborda la evolución dogmática y político criminal de la responsabilidad de la persona jurídica, la cual ha pasado de un rotundo no al desconocimiento del principio "*societas delinquere non potest*" a una apertura paulatina en los países del sistema de derecho continental, motivado por los nuevos retos que suponen las sociedades industrializadas y las nuevas amenazas de la criminalidad organizada, especialmente en el ámbito del derecho penal económico.²⁶³

Al mismo tiempo, debemos crear una conciencia colectiva sobre la humanización de la vida del recluso en las cárceles y penitenciarías. Porque no está bien que cuando todo el aparato estatal a través de sus funcionarios de jurisdicción e instructores, el fiscal, todas sus fuerzas armadas y sus organismos científicos se ponen al servicio de la investigación penal, el sujeto pasivo de ésta,

²⁶² GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de las empresas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 42.

²⁶³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *u.o.c.*, pág. 46.

que es el delincuente, reciba un trato inhumano, se le abandone a su propia suerte y su propia dignidad como persona sufra todos los quebrantos y traumatismos que hoy en día se derivan por el solo hecho de la privación de la libertad.²⁶⁴

En este estudio, se refiere sobre todo al papel que el Estado debe jugar en la definición de la política criminal que permita combatir la criminalidad, sin menoscabo de la dignidad humana y los valores fundamentales reconocidos por las sociedades democráticas contemporáneas.²⁶⁵

La política criminal, desde una perspectiva criminológica, tiene un sentido mucho más amplio que incluye las políticas jurídico-penales, pero también otras políticas sociales para la prevención. Si desde la perspectiva clásica la criminalidad es producto de un mal cálculo humano, consecuencia de un mal funcionamiento del sistema de castigo, el advenimiento de la escuela positivista europea de finales del siglo XIX y principios de nuestro siglo significó enormes cambios en cuanto a la política criminal que ésta abogaba. La escuela positivista sostenía que la criminalidad era motivada por causas externas a la voluntad del individuo: causas psicológicas, sociológicas, etc. Las implicaciones para la política criminal serían no sólo el cambio del aparato represivo penal —DORADO MONTERO (1904) abogaba por la sustitución de jueces por «médicos sociales»—, sino también políticas criminales para provocar cambios en las causas individuales y sociales de la conducta delictiva. La escuela positivista ha tenido y sigue teniendo un efecto enorme en la criminología moderna. Detallaremos su influencia en la investigación criminológica y la política criminal, más adelante fenómeno delictivo.²⁶⁶

²⁶⁴ LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, ISSN 0120-3886, N.º. 45, 1971, págs. 46-52.

²⁶⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, *Dignidad de las personas y derechos fundamentales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 91.

²⁶⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología parte general y especial*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 35; En este sentido BARBERET HAVICAN, Rosemary, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ISSN 1132-9955, N.º 5, 2000, págs. 221-244.

El fenómeno de la criminalidad transnacional ha abierto procesos de reestructuración subjetiva, normativa y funcional, determinando la política criminal en el contexto de las transformaciones económicas, sociales y culturales paralelas a la globalización. Desde una perspectiva novedosa, se aborda el concepto, naturaleza, alcance del sistema penal transnacional, la responsabilidad de las personas jurídicas, como principales sujetos activos de la delincuencia transnacional, las medidas de ejecución penal aplicables y los derechos de las víctimas de los delitos transnacionales. Por ende, se estudian la mayoría de los delitos considerados transnacionales, analizando los instrumentos europeos y las leyes penales, así como las sentencias de los tribunales de justicia y sistema penitenciario nacional. Finalmente, se ha pretendido aportar soluciones idóneas para nuestra realidad estatal, resaltando de manera especial una valoración no sólo de la implementación de los instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento, sino también sobre si resulta o no eficaz en el objetivo primario de reducir las cifras de criminalidad.²⁶⁷

La investigación versa sobre el art. 31 bis del Código penal, vigente a partir de diciembre de 2010 en España. En él se establece por primera vez la responsabilidad criminal de los entes colectivos. Y el reto para la doctrina española, los jueces y magistrados, fiscales y abogados, es la elaboración de un modelo o sistema dogmáticamente adecuado y coherente, legitimado constitucionalmente y políticamente más rentable. Nuestra postura es entender que la norma que previene un tipo penal específico, un delito dentro de la parte general del Código penal, que podría llamarse de "organización empresarial defectuosa", un delito de imprudencia sobre la propia organización empresarial, y que solamente puede ser cometido por una persona jurídica de determinadas características. Contra la doctrina mayoritaria que entiende que la norma de solidaridad o subsidiaridad o de autoría y participación de la persona jurídica en

²⁶⁷ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, *Política Criminal el Reto de Delincuencia Transnacional*, Editorial Universidad de Salamanca, 2000, págs. 321-360

el delito de la persona física, nosotros nos apartamos de tales perspectivas y creamos una opción interpretativa que, quisiéramos creer, llena de sentido y coherencia todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.²⁶⁸

Como parte de los estudios acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el autor contempla aquí una posibilidad novedosa y es que una vez establecida y aceptada la responsabilidad penal de la persona jurídica inclusive en diversas legislaciones europeas esta puede ser inimputable en algunos casos, tal como sucede con la persona natural, es decir, existen personas jurídicas imputables e inimputables.²⁶⁹

La nueva regulación de la persona jurídica en el Código penal español, tras la reforma de 2010 y, más recientemente, la de 2015, al incorporar la responsabilidad penal de las mismas, establece sin duda nuevas perspectivas en el ámbito penal hasta el presente momento no visualizadas. Por medio del presente artículo se examina el ajuste de la nueva regulación penal sobre la persona jurídica a la normativa ambiental comunitaria en la que, en principio, tiene su origen. Se trata de examinar si realmente ese ajuste ha tenido lugar y de comprobar, además, si se ha producido de manera debida.²⁷⁰

La posibilidad de conceptualizar a la persona jurídica como sujeto responsable capaz de cometer delitos, introducida tras la reforma del Código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, en su art. 31 bis, ha supuesto el abandono definitivo del viejo aforismo *societas delinquere non potest*, en consonancia con la progresiva expansión que dicha posibilidad ha experimentado en el marco del Derecho penal comparado. Con ello se viene a dar respuesta a una realidad social en la que los

²⁶⁸GONZÁLEZ SIERRA, Pablo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Granada: Universidad de Granada, 2003, pág. 75.

²⁶⁹GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, Madrid, 2006, págs. 5-34.

²⁷⁰VERCHER NOGUERA, Antonio, *Diario La Ley*,

grupos delictivos se escudan, cada vez más frecuentemente, bajo la forma de personas jurídicas como medio para desarrollar sus actividades delictivas. La posibilidad de que a una persona jurídica se le puede exigir responsabilidad penal, trae como consecuencia una transformación de los mecanismos procesales por los que puede hacerse efectiva dicha responsabilidad, máxime si tenemos en cuenta que nuestro sistema procesal penal está diseñado para personas físicas. Consciente de esta necesidad, la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introduce un conjunto de reformas con las que se pretende adaptar el proceso a la reforma que se introduce por el legislador penal. El estudio y la adecuación de dichas medidas a los problemas procesales que puede plantear la comparecencia como parte en el proceso de la persona jurídica serán objeto de análisis en este trabajo.²⁷¹

El incremento de la criminalidad económica en la sociedad industrializada que se realiza a través de asociaciones, corporaciones y empresas ha venido a replantear la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que dichas corporaciones o asociaciones no se ven afectadas por una sanción que regule sus ingresos. Asimismo, por medio de estas asociaciones se realiza lavado de dinero en beneficio de las organizaciones criminales. De esta realidad se busca por medio de la política criminal crear o implementar medidas de seguridad, para evitar esos delitos y de igual manera ir reduciéndolos. Esto es un proyecto a largo plazo, que involucra el tipo de educación que se da en el país, ya que la mayoría de la población actúa de manera errónea ante estas situaciones. Asimismo, se deben generar más fuentes de empleo y mejorar la economía del país.

II. Contenido de la regulación penal: panorámica de los arts. 205-216 CP

²⁷¹LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes, *Revista General de Derecho Procesal*, N.º. 29, Thomson Aranzadi, Pamplona, Año 2013, pág. 5 – 29.

Las personas jurídicas, por su naturaleza privada, serán responsables de los delitos que se cometan con sus propios medios, o los que se cometan a su nombre, o bajo su amparo, o por sus representantes legales, quienes tengan facultades para obligarlas, en términos de las disposiciones aplicables, o quienes se ostenten como tales.

El reproche que se les haga es de carácter oficioso, tomando en consideración el papel que desempeñan en nuestra sociedad. Es decir, buscar el autor dentro de las empresas ya que la responsabilidad individual se muestra notoriamente insuficiente y no permite llevar a cabo a una reparación integral del daño. También se ha aceptado que la posibilidad de sancionar a la persona jurídica o moral implica violar el principio de personalidad de la pena, toda vez que, según se dice, mientras que uno actúa (persona física) otro se convierte en el destinatario de la sanción (persona jurídica). Se señala también que la punición de personas jurídicas llevaría a la violación del principio *non bis in ídem*, así como la capacidad de pena que estos detentan en relación con otros.²⁷²

Por consiguiente, FEJOO SÁNCHEZ nos plantea: El modelo implantado mediante la reformas/ 2010 no es una especie de «crimen culpable o «delito de persona jurídica» que carezca de relación con la correspondiente figura de la parte especial. La persona jurídica es responsable en relación a uno de los concretos hechos delictivos susceptibles de generar responsabilidad penal de la persona jurídica (cohecho, estafa, etc.). Por ello la conducta típica de la persona jurídica se debe establecer imputando el hecho típico correspondiente a través de los requisitos del art. 31 *bis*. Formulada en términos antropomórficos, si faltan los requisitos del art. 31 *bis* estaríamos ante algo equivalente a un caso de «ausencia de acción». No existiría «conducta de la persona jurídica», sino exclusivamente una conducta individual. En la medida en la que la

²⁷²QUINTERO, Eloísa, *Persona Jurídica y Análisis Sistemático*, Instituto Nacional de Investigaciones Jurídicas, 2012, pág. 56.

interpretación de los tipos particulares no presenta peculiaridades especiales con relación a cualquier estudio de parte especial, las cuestiones esenciales relativas a la «conducta típica de las personas jurídicas» están vinculadas a los requisitos del primer apartado art. 31 *bis*.²⁷³

La política criminal es el puente necesario entre el saber empírico y la concreción normativa que es el Derecho penal. La política criminal busca y pone en práctica los medios y las formas más adecuadas para hacer eficaces los fines del Derecho penal. Esta eficacia se va a conseguir cuando la política criminal le indique cuáles son las metas a las que aspira el Derecho penal. La solución al problema criminal, exige una coordinación del enfoque criminológico, político criminal y penal, ésta decide qué comportamientos deben ser criminalizados o descriminalizados. La persona jurídica, a través de sus representantes y de acuerdo con sus funciones se determinará si sus actos son ilícitos o no, de acuerdo con la ley penal vigente en el Estado.

La persona jurídica y el honor constituyen un tema muy ligado y para determinar si estas personas gozan de honor exterior, honor *real o merecido*, definitivamente en el estudio hecho, hemos ido deduciendo que no tienen dignidad. A colación podemos decir que: “La esencia y contenido del bien jurídico en los delitos contra el honor ha de determinarse partiendo, ... de la tutela de materializaciones mínimas, siempre conforme a la orientación valorativa plasmada en la Constitución o, genéricamente, en el ordenamiento jurídico: El honor interno o autoestima, como pretensión mínima de respeto que emana de la persona por el mero hecho de ser persona, y el honor externo o heteroestima, como resultado del ejercicio individual del libre desarrollo de la

²⁷³BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas; Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: Los requisitos del art. 31 bis I*, Ed. Aranzandi, Pamplona, 2012, pág. 91

personalidad y como objeto, a un mismo tiempo, de valoración por los demás. Pero lo que la tutela del honor ha de pretender salvaguardar no puede ser la fama o consideración de que un individuo concreto disfrute *de facto*, con independencia de que haya sido merecida o no, sino el derecho, que asiste por la igualdad a todo individuo, de desarrollar libremente su personalidad y que los demás puedan valorarlo conforme a ello”.²⁷⁴

Adicionalmente, “El Derecho penal, mediante la tutela del bien jurídico honor (en su consideración externa, o heteroestima) no debe pretender sino garantizar el derecho que asiste por igual a todo individuo de desarrollar libremente su personalidad, y constituye un presupuesto indispensable la actividad o comportamiento del individuo, como medio de que dispone por excelencia, para intervenir en la sociedad y para crear expectativas de reconocimientos que no se vean falseados o alterados”.²⁷⁵

“De este modo, el bien jurídico en los delitos contra el honor queda configurado por dos consideraciones distintas: El honor interno, o respeto a la persona por el mero hecho de ser persona, y el honor externo o heteroestima, entendido como posibilidad que asiste a todo individuo por igual de desarrollar libremente su personalidad a través de su propia actuación”. Así queda concebida la protección al honor. (La concepción legal de los delitos contra el honor, contenida en el Código penal español, presenta ciertas dificultades interpretativas cuando pretende reconducirse a una concepción del honor acorde a los valores constitucionales).

Bajo esta tesis, POLAINO NAVARRETE define que la idea del honor está presente en todos los pueblos desde el comienzo de la historia de la Ciencia penal.

²⁷⁴ CARDENAL MURILLO, Alfonso; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 17 y ss.

²⁷⁵ *Ibidem*, pág. 19.

El honor integra una categoría conceptual que en su trayectoria histórica ha sido objeto de valoraciones jurídicas muy diversas.

El transcurso del tiempo ha contribuido de una manera decisiva a la configuración del concepto penal de honor. La incesante mutabilidad en el tiempo y en el espacio sobre la apreciación valorativa del honor dificulta la determinación de la naturaleza y alcance de este bien jurídico. La referencia de los precedentes históricos facilita la comprensión del sentido normativo de un concepto tan sutil y debatido como el honor en los sistemas penales.

Son diversas las dimensiones valorativas que a lo largo de los tiempos se le han ido reconociendo al concepto penal de honor, en el proceso de delimitación de la características de los tipos legales y determinación del contenido material injusto, por los sistemas penales reconocidos proveer tutela a un bien jurídico como el honor, tan sutil y difícil de aprender –En gráfica expresión de MAURACH- con los “toscos guantes del derecho penal”.²⁷⁶

A juzgar por la historia, el honor tiene distintas etapas y la evolución ha marcado un cambio en la norma cultural de la sociedad, POLAINO NAVARRETE nos refiere los orígenes y la adopción de esta palabra en las distintas sociedades. Ahora debemos enfocarnos a las definiciones actuales de varios autores, aterrizando el concepto en la definición de honor objetivo, honor subjetivo, honor fáctico, normativo y mixto. Vamos a hilar de una forma que se entienda que el objetivo es encontrar una conceptualización de honor que cubra las expectativas sociales de cada sector social.

²⁷⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2013 pág. 267. En sentido SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *u.o.c* .pág. 27. Las dificultades son, sin embargo, bien conocidas para la doctrina, como pone de manifiesto gráficamente la conocida frase de MAURACH: “El honor es el bien más sutil, el más difícil de aprender con los toscos guantes del Derecho penal y por lo tanto el menos eficaz protegido”.

POLAINO NAVARRETE ha simplificado las definiciones del honor desde la parte especial del Derecho penal. Una básica configuración normativa del honor ha postulado la delimitación entre honor fáctico y honor real. Por el primero se entiende la estimación social de derecho de la persona, la consideración y buena reputación de la misma y la correlativa pretensión jurídica de respeto que le es reconocida. Como honor real se considera la positiva estimación que la sociedad confiere a la persona en cuanto cumple fielmente los deberes sociales que le corresponden. –Otra antiética delimitación conceptual del honor es la que establece la diferenciación entre honor objetivo (honor real o merecible; fama o reputación) y el honor subjetivo (honor aparente interpersonal; autoestima o descrédito).

Cabe señalar que también se habla de honor externo y el honor interno. Por honor externo se ha entendido la representación que la colectividad social tiene sobre el merecimiento de una persona, integrando el respeto y estima de valor reconocido a una persona. Por honor interno se ha comprendido la autoestima del sujeto singular, la apreciación subjetiva de cada persona sobre su propia dignidad, expresando un sentimiento del hombre que integra el verdadero honor como valor personal.²⁷⁷

Sobre todas las posibles delimitaciones conceptuales que puedan apreciarse en relación con el honor, hay una dimensión normativa que es esencial en el

²⁷⁷*Ibidem*, pág. 268. Otras dimensión conceptuales sobre el honor han sido destacadas por la doctrina, entre las que cabe señalar el honor social frente al honor antropológico, el honor moral (cualidades espirituales) frente al honor legal (ficción jurídica), honor innato y honor adquirido, honor de tráfico (valoración social) y honor normativo (valoración del deber ser), el honor como interés (fundamento de ventajas materiales vinculadas a la buena fama) y el honor como pretensión (a no ser menospreciada en su autoestima y a ser respetada en su reputación social).- Ninguna de las unilaterales delimitaciones propuestas permiten determinar la esencia del concepto penal de honor con carácter general, pues se limitan a destacar dimensiones o aspectos de un global concepto unitario de naturaleza estrictamente jurídica.

ámbito penal: el honor como valor individual de estimación de la persona en sociedad, que representa la expresión de la dignidad personal ante el Derecho y que – en palabras de BINDING- constituye un patrimonio personalísimo de todo ser humano.²⁷⁸

El honor, en sentido penal, es la dignidad personal, el derecho de toda persona a ser respetada y a no ser ofendida ni menospreciada en su calidad humana, la facultad de respeto inherente a la personalidad que alcanza por igual a todos los seres humanos. No hay discriminación posible en la estimación del honor ante la ley penal. Todas las personas son portadoras de idéntico valor del honor que les confiere la condición humana sin distinción por causa alguna.

La persona jurídica protege su bien jurídico desde el honor real, se excluye la dignidad, como lo consideran varios autores, entre ellos Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, que enfoca su definición como honor institucional, a un honor externo que tiene como fin proteger y sancionar los derechos y deberes de las personas en derecho.

El ordenamiento penal español incrimina dos tipos de delitos contra el honor: la injuria y la calumnia. En la injuria contempla la esencia misma del honor: la dignidad de las personas, aunque referida a singulares perspectivas de la misma (fama social y propia estimación). En la calumnia aprecia un concepto más formal del honor: el honor legal, entendido como el honor que jurídicamente es reconocido a quien sin haber realizado un delito se imputa falsamente la comisión del mismo.

²⁷⁸ *Ibidem*, pág. 269. El honor representa el valor humano de la persona que le corresponde a causa de su dignidad personal, más fuertemente vinculados a la personalidad, en cuanto –señala Arthur KAUFMANN- sólo el hombre, y ningún otro ser de la naturaleza, participa del mismo. El condicionamiento sustancial del valor personal del honor a la estimación social permite –en palabras de MAURACH- conciliar las realidades de la vida con las exigencias dogmáticas del sistema penal.

III. Injuria

Lo relevante para la injuria es la transmisión de un contenido significativo, con independencia de que sea expresado directamente en palabras, o aparezca como correlato de la realización de ciertos actos.

Dicho contenido significativo ha de resultar lesivo para el honor, pudiendo dañar directamente el honor interno (menosprecio) o hallarse referido cada manera inmediata al honor externo (deshonra o descrédito). De igual manera se exponía que “es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”.

Por su parte, POLAINO NAVARRETE expone que el delito de injuria se configura cuando se haya acreditado su realización de manera intencionada con un específico ánimo de injuriar, así también, podemos decir que el delito de injuria exige una real voluntad de ofender, desprestigiar la reputación real de una persona física o jurídica, visto desde el normativismo moderno.

Es injuria la acción o expresión (art. 208) que lesiona la dignidad de una persona, menoscabando su fama o atentado contra su propia estimación. Estas modalidades de conducta han de completarse con la imputación de hechos a la que alude el art. 208, párrafo tercero, a efectos de graduar la gravedad de la injuria realizada mediante la misma. De no existir tal previsión normativa, la imputación de hechos sería directamente subsumible en la modalidad de conductas constituidas por la expresión.²⁷⁹

²⁷⁹*Ibidem*, pág.269.

Las dos modalidades alternativas de la conducta de injuria descritas en el tipo legal tienen carácter alternativo: la injuria puede cometerse, tanto mediante una acción, como mediante una expresión. Ambas conforman un delito de mera actividad, cometiendo a través de un hacer o decir que no requieran la producción de resultado material.

Una expresión, una exteriorización verbal, oral, escrita, gráfica, cibernética, simbólica, alegórica; expresiones que pueden ser valorativas o descriptivas, así como la imputación de hecho delictivo o no delictivo y conforme al hecho lastimar la fama, su pública estimación o la autoestima o heteroestima. A este tipo de injurias se refiere POLAINO NAVARRETE como injuria simbólica.²⁸⁰

Por consiguiente, el sistema legal tiene su origen en el modelo tradicional, que describía como injuria a toda expresión proferida, o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona, y quien tipificaba a la injuria como un delito subjetivamente configurado que exigía *animus injuriando*, o intención de injuriar del autor. En tanto el sistema legal vigente conforma un tipo de delito que no exige el elemento subjetivo del ánimo de injuriar, sino que requiere sólo la objetiva producción de una ofensa al honor.

Puesto que el actual Código describe la injuria como acción o expresión, sin violencia interpretativa del texto de la ley, cabe apreciar la realización del tipo de injuria tanto por acción positiva como por omisión. La omisión impura en

²⁸⁰ *Ibidem*, pág. 271. Injuria manifiesta e injuria simbólica. Es considerada manifiesta la injuria que se realiza a través de un medio ejecutivo directo, sea verbal o sea escrito. Es apreciada como injuria simbólica la que es cometida a través de medios indirectos que sirven de signo de mofa, escarnio o humillación de la persona a la que se refieren. Entre los medios simbólicos de ejecución pueden reconocerse símbolos, emblemas, caricaturas, alegorías, sátiras, insidias o asechanzas funcionalmente aplicados a los objetivos u ofensivos propios de la manifestación injuriosa.

la injuria se fundamenta en un especial deber jurídico de actuar y se refiere a la “causación” del resultado típico, sin exigir la producción de resultado material por tratarse de un delito de mera actividad.²⁸¹

Las circunstancias de la injuria constituyen una característica esencial de la configuración delictiva de la misma. El Código dispone que “solamente serán constitutivas de delito de injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves” (art. 208.2). La causación a otro de una “injuria o vejación leve” integra el tipo de falta (art. 620.0°).

Cabe señalar que sobre la injuria verbal e injuria escrita, se consideran más graves las injurias cometidas por medios escritos que las ejecutadas por medios orales, así como las realizadas con publicidad o ante pluralidad de personas que las perpetradas ante la única presencia del ofendido (art. 209).

La razón de la cualificación penal de las injurias escritas y públicas radica en la mayor entidad *desvalorativa* de la resolución criminal de que son acreedoras, así como la singular eficacia, perdurabilidad o trascendencia social que acreditan de la conducta típica.²⁸²

²⁸¹*Ibidem*, pág. 272. ¿Se puede cometer injuria por omisión? En los orígenes de la codificación penal española, el Código penal de 1822 suscitó interés dogmático sobre la materia al incorporar en la descripción de la conducta de injuria el ((omitir o rehusar hacer la honra o dar la señal de respeto que según la ley se debe a una persona)). La doctrina mayoritaria ha apreciado dificultad en estimar que el tipo de injuria se puede realizar mediante una conducta omisiva. Ello tenía especial sentido en relación con el texto del anterior Código al hoy vigente, que describía la injuria como ((expresión proferida o acción ejecutada)), pues su descripción parecía fundamentar la exigencia de una conducta activa. En este sentido, MACIÁ GÓMEZ, Ramón, *El Delito de Injuria*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pág. 90 En una acción en algunos casos será omisiva.

²⁸²*Ibidem*, pág. 273. Injuria imprecatoria. Es realizada a través de manifestaciones que implican especial entidad de expresión, que según el contexto social puede alcanzar relevancia típica más allá de representar una forma de expresión iniciativa y grosera aunque socialmente

La injuria real o fáctica, se considera a la realizada a través de acciones fácticas o gestuales que, rebasando los límites de los socialmente adecuados, inciden en el ámbito típico de lesión de honor.²⁸³

La injuria contra un funcionario es objeto de un tratamiento singular. El funcionario puede ser ofendido en su dignidad personal, como cualquier otro sujeto de derecho, tomándose en consideración o no su carácter público. Pero si las imputaciones injuriosas se dirigen contra el funcionario sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de delitos o infracciones administrativas, la ley establece una causa excluyente de responsabilidad penal, siempre que quien hace las imputaciones pruebe la veracidad de las mismas. En tal caso, «el acusado de injurias quedará exento de responsabilidades probando la verdad de las imputaciones» (art.210).

El Código consagra el principio de la *exceptioveratis* (excepción de la prueba de la verdad), conforme a la cual se reconoce la facultad de efectuar imputaciones injuriosas a un funcionario, siempre que las mismas no sean falsas y se refieran a hechos concernientes a su función o a la comisión de delitos o

adecuadas. Se han estimado como supuestos de expresión imprecatoria comportamientos como dispensar «trato inhumano» efectuar «manifestación despreciativa» a una persona, expresarle «malos deseos» efectuarle «admoniciones ofensivas» dirigirse «graves insultos», hacerle destinatario de «premoniciones catastróficas» o dirigirle «otras imprecaciones» que exijan una singular valoración en el contexto circunstancial de las condiciones sociales en las que se profesan.

²⁸³*Ibidem*, pág.274. La casuística jurisprudencial registra actos como «poner manos sobre alguien» «mesar las barbas de uno». «Cortarle los cabellos», «levantar la mano contra él», «escupir a alguien», «zambullirlo en una fuente», «sentarse en el regazo de una persona» u otros similares que en determinadas circunstancias rebasan el ámbito de significación civil y alcanzan relevancia típica. Así sucede en supuestos como abusos de derecho mediante actos de emulación o realización de conductas (*iocandil causa*) conforme a su naturaleza originaria pero que por su significación en el contexto social trascienden a la esfera de la relevancia penal.

infracciones. Esta causa de exención de responsabilidad penal se asienta en una singular valoración de los derechos del ciudadano frente a la actuación del titular de la función.

Ahora bien, en el reconocimiento de esta causa, el legislador incurre en grave incongruencia, en la medida en que exime de responsabilidad a la imputación relativa no sólo a «actos concernientes al ejercicio de sus cargos» sino también a actos constitutivos de «faltas penales o infracciones administrativas» que hubiere cometido el funcionario.

La primera hipótesis (actos concernientes) presupone el ejercicio del cargo, pero la segunda (faltas penales o infracciones administrativas), excede del ámbito del ejercicio de la funciones pública. Por ello la previsión penal resulta discriminatoria e incompatible con el principio de igualdad de la ley penal. La segunda hipótesis legal (delito o infracción cometidos por el funcionario) debería ser excluida de la exención penal, pues no contempla actos concernientes a la función, sino actos particulares ajenos a la función, frente a los que decae la excepción a la tutela penal.

El honor de toda persona (incluidos los funcionarios) ha de ser objeto de tutela penal, frente a sus agresiones típicas, en condiciones de igualdad y con independencia de si su titular es o no funcionario, con la excepción del ámbito de actuación del funcionario en el ejercicio del cargo que vincula a su titular con un especial deber jurídico.

La dignidad de la persona constituye el contenido esencial de la injuria y se puede incidir sobre el honor personal en alguna de las siguientes dimensiones valorativas del mismo: menoscabando la fama de la persona o atentando contra su propia estimación, a través de una acción o expresión que sean tenidas por graves en el concepto público (art. 208.1.2), o bien efectuando la imputación de

un hecho no consecutivo de delito «con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art.208.3)

La primera hipótesis alternativa se refiere a la dimensión valorativa del honor externo objeto de estimación social. La segunda alude a la dimensión del honor interno en su aspecto de sentimiento subjetivo de la persona. La tercera introduce un elemento extraño en la injuria cual es el de la falta de veracidad de la imputación de unos hechos con el elemento subjetivo del injusto de la falsedad subjetiva de quien manifiesta algo contrario a lo que cognitivamente conoce (discordancia de verdad objetiva y verdad subjetiva como singular elemento subjetivo del injusto) o bien con el dolo de desprecio abierto hacia la verdad.

La penalidad asignada por el Código para el delito de injuria varía en función del carácter grave de la misma. Sólo son consecutivas de delito de injuria las acciones o expresiones lesivas de la dignidad personal que, por su naturaleza, efecto y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves. No se consideran graves las injurias que consistan de la imputación de hechos, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (art. 208). El tipo básico de injuria es sancionado con la pena de multa de tres a seis meses, y el tipo cualificado, por el cual se reconocen las «injurias graves hechas con publicidad» es castigado con la pena de multa de seis a catorce meses (art. 209).

IV. Calumnia

La calumnia es la falsa imputación de un delito hecha con conocimiento, creando internamente y exteriorizar una acusación, constituye la más grave figura de delitos contra el honor incriminados en el Código penal. A diferencia de la injuria, selecciona una particular dimensión valorada del honor como bien jurídico protegido, integrada por el denominado «honor legal», entendiendo por

tal aquella perspectiva del honor integrada por el derecho de toda persona a no ser falsamente imputado de autor de un delito.²⁸⁴

El autor del hecho busca imputar como al sujeto pasivo, se apodera en el ámbito típico de la calumnia una perspectiva social de honor que tiene una raíz positiva, de la que deriva la calificación de honor legal, entiendo cómo la facultad que corresponde a todo sujeto a no ser imputado ante la opinión pública, de un delito que no cometido.

El núcleo de la conducta de calumnia estriba en la imputación de delito que se hace a una persona, concurriendo la falsedad de la imputación por el temerario desprecio hacia la verdad. La falsedad de la imputación representa el requisito tradicionalmente reconocido por la legislación penal para el delito de calumnia (falsa imputación de un delito), pero de forma alternativa a la misma, el Código vigente ha incorporado como elemento típico esencial la realización de la imputación, aun sin conocimiento de su falsedad con manifiesta desestimación de la verdad.

La característica típica de la falsedad de la imputación de delito comprende, una doble dimensión: la perspectiva objetiva, según la cual el imputado no ha cometido el delito y la de la falsedad subjetiva, conforme a la cual quien realiza la imputación ha de poseer conocimiento de que el delito no ha sido cometido.

²⁸⁴*Ibidem*, pág. 273. Basta la concurrencia de esta característica de la no comisión de un delito y la correlativa falsedad de la imputación, para que se produzca la incidencia lesiva en esta singular esfera de la dignidad de la persona designada como honor legal, que expresa el derecho de respeto de toda persona a ser estimada como no delincuente. El hecho de ser delincuente es considerado por el sistema legal como causa de imputación del delito cometido, y se reconoce al ciudadano la facultad de imputar al autor de los delitos la comisión del mismo. Por el contrario, cuando no se ha cometido delito, la imputación de este al no autor del mismo es consecutiva del delito de calumnia. En este sentido, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *u.o.c.*, pág. 117.

La exigencia del elemento subjetivo del injusto de la falsedad subjetiva incluye a este tipo delictivo en el grupo de los delitos subjetivamente configurados, que se caracteriza por la discordancia entre lo que el sujeto conoce (verdad subjetiva del conocimiento que el sujeto posee) y lo que manifiesta (expresión externa de lo que dice conocer) no entre esta y la verdad histórica objetiva que no es jurídicamente exigible a nadie.

La prueba de la falsedad subjetiva (discordancia entre la realidad histórica y el conocimiento personal de los hechos) ha de efectuarse con los medios procesales ordinarios que permitan llegar a la conjetura de decidir si el imputador era conocedor o no de la comisión del delito. El núcleo del injusto típico reside en la discordancia subjetiva entre lo que el sujeto conoce y lo que manifiesta, que prevalece sobre la coincidencia o no con la realidad objetiva.²⁸⁵

El tradicional concepto de honor legal se suple, en el ámbito de esta modalidad típica de calumnia, por el de verdad legal sobre la comisión de un delito. Se amplía el ámbito del tipo a costa de desvirtuar el bien jurídico protegido, que el lugar del derecho del respeto de quien no es delincuente (honor legal) se extiende también al respeto de un supuesto honor de quien es objeto de imputación del delito efectuada con desprecio hacia la verdad sobre el hecho de que el imputado sea o no delincuente (honor ficto).

²⁸⁵*Ibidem*, pág. 274. La característica típica del desprecio a la verdad en las imputaciones hechas ((con temerario desprecio hacia la verdad)) prescinde de la exigencia de la falsedad de la imputación y de la dificultad de prueba de la falsedad subjetiva. Suprime la exigencia del elemento subjetivo del injusto de carácter cognitivo constituido por falsedad subjetiva de la imputación entendida como discordancia entre lo conocido y lo expresado por el sujeto. En esta modalidad el tipo no es subjetivamente configurado, de modo que con la mera presencia del dolor se realiza el tipo. El ((temerario desprecio hacia la verdad)) implica una actitud subjetiva de destinación o desafección del valor verdad por parte del autor, y cuya prueba no presenta menor dificultad que la falsedad subjetiva.

La *exceptioveritatis* (excepción de la verdad) es reconocida como causa eximente de responsabilidad penal (art. 207): el acusado por calumnia “quedará excéntrico de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. Dicha causa de exención de responsabilidad penal afecta sólo a la hipótesis típica de la imputación falsa, (que admite la excepción de la verdad), pero no a la imputación efectuada (desprecio a la verdad), pues mientras en la primera se desvalora la falsedad de la imputación (quedando sin efectos penales la verdadera), en la segunda se desvalora la mera actitud de desprecio de la verdad (siendo típica la imputación con dependencia de su contenido verdadero o falso).

En el plano de los elementos negativos del delito (atipicidad de la acción o excusa absolutoria) se prioriza en términos valorativos el criterio de la falsedad sobre el del desprecio como fundamento de la causa eximente de responsabilidad penal. Con ello se considera más gravoso el mero desprecio a la verdad que el contraste a la misma. Esto sin duda resulta censurable, no sólo desde la perspectiva político criminal, sino también desde el punto de vista de la justicia material, e implica cuestionar el propio sentido de la reforma del tipo de delito de calumnia en la configuración legal del vigente Código penal.

El tipo básico de calumnia se sanciona con la pena de multa de seis a doce meses y, el tipo cualificado de calumnia que configura el Código, por el mero hecho de que la propagación de la imputación es efectuada con publicidad, es sancionado con la pena de prisión de seis a dos años o multa de doce a veinticuatro meses.

V. Agravación de la injuria y calumnia por precio

El Código prevé la configuración de sendos tipos agravados de delitos de injuria y de calumnia, por la concurrencia de una circunstancia agravante descrita (art. 213) como específico elemento típico de singular agravación: el precio, promesa o recompensa.

La apreciación particular de esta agravante específica en los delitos contra el honor (art. 213) conlleva un régimen especial de penalidad por el que se impone una nueva pena adicional. En lugar de imponerse la pena del delito en su mitad superior que correspondería conforme a la regla general de determinación de la pena por la concurrencia de una o dos circunstancias agravantes (art. 66.3ª), se impondrá el respectivo delito además de la pena señalada por la ley la de inhabilitación especial por tiempo de seis meses a dos años.

La pena de inhabilitación especial constituye una pena adicional en los tipos de injuria y calumnia singularmente agravados por la concurrencia de precio o recompensa, que deja de ser una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal y pasa a ser un específico elemento típico de agravación del delito. La pena de inhabilitación especial podrá consistir en inhabilitación para empleo o cargo público (art. 42) o en inhabilitación para profesión u oficio (art.45).

VI. La publicidad en la injuria y calumnia

La primera disposición general de ambos delitos es contenida en el art. 211, que se limita a establecer positivamente el concepto legal de publicidad como elemento típico de agravación determinante de la configuración de tipos calificados de injuria y de calumnia.

La noción legal de publicidad que delimita a estos efectos agravatorios se circunscribe a la utilización de medios comisivos de ambos delitos que acreditan una especial difusión social de la comisión de los mismos. El precepto legal dispone que la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión, o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Cobra así especial valor la dimensión social del concepto de honor como bien jurídico protegido, incrementándose la gravedad de los delitos atentatorios contra el mismo por el hecho de la divulgación de su comisión. Este elemento circunstancial de la especial trascendencia social de la comisión del delito determina el incremento de injusto de la conducta típica lesiva de un bien privado consustancial a la personalidad humana.

El alcance de la cualificación punitiva por el empleo de medio de publicidad en la comisión de los delitos contra el honor es significativo:

-En el ámbito de la injuria, el tipo básico de injurias graves (tenidas como tales en el concepto público por su naturaleza, efectos y circunstancias) es sancionado con la pena de multa de tres a siete meses, en tanto que el tipo cualificado por la comisión con publicidad lo es con la pena de multa de seis a catorce meses: el tipo cualificado justamente duplica la pena tanto en el límite mínimo como en el límite máximo del marco penal.

-En el ámbito de la calumnia, el rigor de la cualificación es aún mayor, pues la pena de multa de seis a doce meses del tipo básico se incrementa cuando la calumnia se propagara con publicidad que pasa a ser la pena de multa de doce a veinticuatro meses (duplicación de la pena básica), bien alternativamente la pena de prisión de seis a dos años (agravación cualitativa, pues en lugar de pena pecuniaria de multa se puede imponer pena privativa de libertad de hasta la misma extensión de dos años).

VII. Responsabilidad civil en la injuria y calumnia con publicidad

El art. 212 establece una responsabilidad civil solidaria para los delitos de injuria o calumnia propagados mediante un medio informativo, a cargo de la persona física o jurídica propietaria del medio. El precepto introduce un nuevo elemento en el ámbito de los delitos contra el honor cometidos con publicidad,

cual es el de la titularidad de propiedad sobre el medio informativo a través del cual se haya llevado a efecto la propagación de la injuria o la calumnia.

Este precepto legal remite a la norma de regulación de los delitos de injuria y calumnia cometidos con publicidad y específicamente delimitadora del concepto de publicidad, pero a pesar de esa genérica invocación normativa efectúa seguidamente una delimitación precisa que impide al intérprete considerar la *pars pro toto*: de entre esos medios de propagación que fundamenta la publicidad, singulariza específicamente el medio informativo a través del cual se haya propagado la injuria o la calumnia.

Adjudica al propietario del medio informativo que ha sido vehículo de la propagación de la injuria o la calumnia la responsabilidad civil solidaria *ex delicto* por la realización de los tipos delictivos contra el honor precisamente a través del medio informativo. Cualquier otro medio de difusión, por muy relevante que sea (publicación editorial de un *bestseller*), si no constituye medio informativo de difusión de masas, no será afectado por la responsabilidad civil solidaria prevista para los delitos cometido a través del mismo.

VIII. Publicación de la sentencia y reparación del daño

La responsabilidad civil *ex delicto* es además objeto de específica consideración en los delitos contra el honor por la previsión contenida en el art. 216 del Código, que dispone que en estos delitos se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria acosta del condenado.

Esta previsión representa una singular configuración del concepto de daño en los delitos contra el honor, atendiendo a la naturaleza del bien espiritual, sutil e inmaterial de la persona afectado por este tipo de delitos.

La mención legal del art. 216 al concepto de reparación de daño debió ser referida a la reparación de perjuicio moral, que es en realidad lo que se irroga en este ámbito típico por la naturaleza del bien protegido y la índole de la reparación contemplada.

Lo más desacertado del precepto es que a la postre impone de manera imperativa que se decrete la publicación o divulgación de la sentencia, aun en aquellos casos en que el delito no se hubiera cometido con publicidad, pues la disposición legal parte del presupuesto de que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria.

IX. La retractación en la injuria y calumnia

El art. 214 contempla una arcaica institución relacionada con los delitos contra el honor cual es la retractación de las imputaciones típicas lesivas del honor, y provee una regulación de la misma. La imprecisión de los términos de la disposición legal obliga a una delimitación de su contenido.

La retracción en los delitos contra el honor es una institución posterior a la comisión del delito y de carácter atenuante de la responsabilidad. Ambas características son compartidas con dos circunstancias genéricas atenuantes de la responsabilidad penal: la confesión de la infracción por el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él (art. 22.4^a), y la reparación del daño ocasionado que ha de producirse con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral (art. 22.5^a). La concurrencia de cada una de ellas llevaría aparejada la imposición de la pena establecida por la ley en la mitad inferior (art. 66.1.1^a).

La retracción de calumnia o injuria conlleva mayor privilegio punitivo, pues determina que se imponga la pena inmediata inferior en grado y que además pueda dejar de imponerse la pena adicional de inhabilitación especial del tipo

agravado por precio. Puede entenderse por ello que estamos ante una específica circunstancia atenuante de retracción reconocida en la configuración de los tipos de calumnia o injuria.

La retracción adolece de falta de rigor en su delimitación positiva. Del tenor literal de la ley parece derivarse la exigencia de dos momentos para la integración de esta institución: en primer término, el reconocimiento de la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y, además, la retracción de las mismas.

Se desdibuja la figura de la retracción, en la medida en que si no concurren ambos elementos, ha de entenderse que la retracción no se cumple, siendo así que la esencia de la retracción reside en revocar expresamente lo que antes se había dicho y desdecirse de ello, con independencia de la veracidad o falsedad de las manifestaciones expresadas.

La calumnia consiste en imputaciones de un delito (falsa o despreciadora de la verdad); pero la injuria puede consistir, tanto en la imputación de hechos (falsa o con desprecio de la verdad) como en cualesquiera otras acciones o expresiones que sin constituir imputación de hecho alguno sean lesivas de la dignidad de una persona (en su fama o propia estimación).

La descripción legal puede producir efectos contradictorios en el marco de una unilateral interpretación gramatical. ¿Quiere decir la expresión literal de la misma (reconocer la falsedad o no certeza de las imputaciones) que no cabe la retracción en los tipos de injuria que no consiste en imputación de hechos? ¿La retracción se admite para la calumnia y para la injuria de la falsa imputación de hechos, pero no para los demás supuestos de injuria?

La imprecisión de la descripción legal de la retracción es no sólo evidente, sino contradictoria. ¿Habrá de entenderse que de los requisitos

mencionados en la norma el de reconocimiento de la falsedad o no certeza de las imputaciones tiene mero carácter retórico y que la esencia de la retractación radica en la expresa revocación de lo antes dicho? Si se admite en el acto de retractarse un privilegio punitivo discriminatoriamente diferencias entre unos tipos y otros de injuria, se quebrantaría el principio de igualdad penal.

**X. La responsabilidad penal de la persona jurídica:
¿sujeto de responsabilidad jurídico-penal?**

A) Consideraciones previas

B) Lo moderno del Derecho penal económico

De lo comentado, se puede concluir que el legislador adopta el cuestionado modelo de responsabilidad penal por atribución, es decir, se parte de una acción ejecutada por personas físicas con determinadas relaciones con una persona jurídica que justifican la atribución de responsabilidades penales a esta. Dicha relación aparece genéricamente descrita en el precepto, de manera que la responsabilidad no se atribuye a la persona jurídica nada más que cuando el autor físico pudo llevar a cabo la conducta típica empleando medios de la persona jurídica que denotan, o bien una relación de dependencia, de hecho o de derecho, o una representación, pero siempre en beneficio de aquella.

En cuanto a las sanciones previstas para las personas jurídicas, parece evidente que el legislador se cuida de no mencionar nada más que sus contenidos –suspensión o disolución-, pero deja sin concretar si se trata de penas, de medidas de seguridad o de otras consecuencias accesorias. Más bien hay argumentos para defender la tesis de que el legislador no atribuye naturaleza jurídica de pena a las sanciones previstas para las personas jurídicas, al menos, no lo hace en el Código. En el art. 11 bis se las denomina consecuencias accesorias y en el catálogo del art. 24 se recoge sin especificar penas y medidas de seguridad.

En nuestro trabajo queremos desarrollar una valoración crítica sobre dos aspectos nucleares de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, a nuestro juicio, los argumentos más frecuentemente esgrimidos por la doctrina

partidaria de aquella, o no son convincentes o no llevan necesariamente a la conclusión de que deben castigarse con las penas dichas entes. En segundo lugar, los dos modelos que se emplean para imputar la responsabilidad presentan igualmente deficiencias para ser admitidos en un sistema penal dogmático, que es el único que se corresponde con las garantías del Estado de Derecho. Por el contrario, las necesidades político criminales que recomiendan superar el dogma *societas delinquere non potest* y que pueden sintetizarse en la idea de facilitar la persecución de quienes, amparados en ese principio, instrumentalizan las personas jurídicas para cometer delitos, pueden satisfacerse igualmente con propuestas que no obliguen a cuestionar los principios y las garantías de la responsabilidad penal, ya que si justificamos la disfuncionalidad de esos principios para que el Derecho penal pueda dar respuesta a las actuales exigencias de político criminal corremos más que un riesgo de que se debiliten de forma general como limitadores del *iuspuniendi* del Estado.

Nuestra propuesta parte de la necesidad de asegurar el proceso penal para controlar la instrumentalización criminal de las personas jurídicas, pero empleando un sistema sancionatorio paralelo a las penas que eviten que estas puedan imponerse sin el presupuesto de la responsabilidad por la acción típica, antijurídica y culpable. El Código Penal Federal, como ya hemos indicado, ofrece la posibilidad de castigar a las personas jurídicas con sanciones orientadas a la prevención, pero que no tienen la naturaleza jurídica de pena.

B) Lo moderno del Derecho penal económico

Desde hace varias décadas se ha señalado que el Derecho penal se encuentra en un proceso de expansión²⁸⁶, lo que nos lleva a cuestionarnos si también en el ámbito del denominado Derecho penal económico, dicho fenómeno expansionista se ha implantado. En un primer momento se puede afirmar que sí, no obstante no se debe confundir un proceso de expansión *–irracional–* con otro, que si bien tiene como común

²⁸⁶ Vid. al respecto uno de los trabajos más completos con la bibliografía allí citada a SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*^{3a}, Edisofer, Madrid, 2011, *passim*.

denominador, un aumento cuantitativo y cualitativo, se debe en parte a necesidades diferentes que nada o poco tienen que ver con el llamado *punitivismo ciudadano*²⁸⁷.

El Derecho penal económico no es de reciente implantación en las legislaciones, pues como acertadamente señala GRACIA MARTÍN, ni el fenómeno de la criminalidad económica ni la existencia de una legislación penal económica tienen nada de nuevo²⁸⁸, antes bien, este depende en gran medida de los modelos político-económicos de cada Estado, en el que con menor o mayor acierto disponen de una legislación para castigar hechos lesivos o peligrosos para concretos bienes jurídicos, que constituyen el orden económico²⁸⁹. No obstante, huelga decir que en la actualidad el Derecho penal económico, se encuentra en un proceso de modernización junto a otros sectores²⁹⁰.

²⁸⁷ MÁRQUEZ CISNEROS, Rolando, *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pág. 29.

²⁸⁸ GRACÍA MARTÍN, Luis, «Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, Nº3, Barcelona, 2016, pág. 5.

²⁸⁹ GRACÍA MARTÍN, Luis, «Concepto categorial...», *op. cit.*, 2016, pág. 4.

²⁹⁰ Se puede decir que los nuevos ámbitos del moderno Derecho penal son: «a) El denominado Derecho penal del riesgo, con el cual se trataría de dar una respuesta, preferentemente por medio de los tipos de peligro abstracto, a los grandes riesgos que crean ciertas actividades en la actual «sociedad del riesgo», como las relativas a la tecnología atómica y nuclear, a la informática, a la genética, o a la fabricación y comercialización de productos; b) el Derecho penal económico y del ambiente, que agrupa un conjunto de tipos penales orientados a proteger el ambiente y otros «nuevos» bienes jurídicos de la Economía que, generalmente, remiten a substratos de carácter colectivo; c) el Derecho penal de la empresa, en el cual se trata sobre todo de las cuestiones de imputación que plantea el hecho delictivo cometido a partir de una organización empresarial, y por esto con arreglo a los principios de división del trabajo y de jerarquía; d) el Derecho penal de la Unión Europea para la protección de los bienes jurídicos «europeos» diferenciados de los nacionales; e) el Derecho penal de la globalización para la protección de bienes jurídicos en el actual mercado global autorregulado y no controlado por los Estados nacionales; y f) el tan controvertido —y por Jakobs denominado en 1985— Derecho penal del enemigo», vid. ampliamente y con la bibliografía que ahí se cita a GRACIA MARTÍN, Luis, «La modernización del Derecho penal como exigencia de la realización

En principio, es necesaria la existencia de una diferenciación entre los delitos patrimoniales y el orden económico o socioeconómico²⁹¹, pues nos encontramos ante realidades divergentes. Entonces, desde punto de vista criminológico los efectos que generan los delitos económicos tienen repercusiones diversas que, por ejemplo, en los delitos que se cometan en el orden socio económico puede tener repercusiones en el ámbito de la economía nacional, e incluso internacional, situación que no acontece en los delitos patrimoniales. Asimismo, los autores que cometen estos delitos difieren sustancialmente a los que realizan los delitos patrimoniales, pues los primeros corresponden a que los delitos los cometen desde el ámbito de su profesión²⁹², mientras que en los delitos patrimoniales nadie, al menos, de manera formal, está dado de alta en la seguridad social como ladrón o estafador; es decir estos delitos los cometen al margen de su profesión o actividad.

Se puede definir al Derecho penal económico como aquél conjunto de normas jurídico-penales que protegen el orden económico, entendido este como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios²⁹³. Dicho de otra manera el Derecho penal económico protege la actividad económica dentro de la economía de mercado. Lo anterior conlleva a considerar que en la mayoría de los delitos económicos se protegen de manera sustancial bienes jurídicos de carácter colectivo²⁹⁴. Pues bien, en definitiva podemos decir que los delitos socioeconómicos son aquellas infracciones que afectan a bienes jurídicos de carácter colectivo²⁹⁵.

del postulado del Estado de Derecho (social y democrático)», en *Revista de Derecho penal y criminología* 3ª época, N°3, UNED, 2010, pág. 31.

²⁹¹ Vid. por todos a TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Derecho Penal Económico. Lineamientos de Política Penal», en *Ius. Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 35, Puebla, 2015, pág. 14.

²⁹² SUTHERLAND, Edwin H., *El Delito de Cuello Blanco*, trad. BELLOQUI, Laura, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2009, *passim*.

²⁹³ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Concepto y contenido del Derecho penal económico», en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, et alli, *Estudios de Derecho penal económico*, Livrosca, Caracas, 2002, pág. 7.

²⁹⁴ Vid. ampliamente y con la bibliografía ahí citada a HEFENDEHL, Roland, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Carl Heymanns, Köln, 2002, págs. 252 y ss.

El Derecho penal económico entra en tensión con la teoría «*clásica del delito*», pues resulta clara la insuficiencia del método naturalista, basado en nociones tendencialmente empíricas como la causalidad, el dominio o la intención, entre otras, pues una de las características que dotan al Derecho penal económico se basan precisamente en la presencia de elementos de infracción del deber, con las consiguientes repercusiones, tanto en el ámbito objetivo como en el subjetivo²⁹⁶.

A nuestro juicio, la aplicación de las premisas normativistas puede dar una respuesta satisfactoria a los nuevos planteamientos que se presentan en el Derecho penal económico, sobre todo en aquéllos casos en los que no se encuentran la inmediatez espacio-temporal y la visibilidad de los casos clásicos²⁹⁷; para ello, como señala SILVA SÁNCHEZ se deben construir equivalentes funcionales de las estructuras «clásicas», ampliando el alcance de las categorías e instituciones²⁹⁸. Sin embargo, resulta necesario aclarar que la construcción de equivalentes funcionales²⁹⁹ se presenta cuando diferentes estructuras pueden desempeñar la misma función, y por tanto, pueden sustituirse entre sí, siempre y cuando, no se puedan alojar cómodamente en el mismo sistema teórico que implica el postulado de la indispensabilidad³⁰⁰; la cuestión que se presenta es poder

²⁹⁵ En sentido similar BAJO FERNÁNDEZ, con la matización que él considera, la protección de dos bienes jurídicos, uno individual que viene a ser el patrimonio y por otro uno colectivo que es el orden socioeconómico, vid. «Concepto y contenido...», *op. cit.*, 2002, págs. 7 y ss..

²⁹⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*. PG^{5ª}, adaptada a la L.O. 1/2015, Tirant lo blanch, Valencia, 2016, pág.63.

²⁹⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*^{2ª}, con la colaboración de Raquel MONTANER FERNÁNDEZ / Lorena VARELA, Edisofer, Madrid, 2016, pág. 12.

²⁹⁸SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos...*, *loc. cit.*

²⁹⁹ Vid. respecto a los equivalentes funcionales en el ámbito del Derecho penal económico, especialmente en el modelo de la responsabilidad por las consecuencias de la actividad empresarial a GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, págs. 278 y ss.

³⁰⁰MERTON, Robert K., *Teoría y estructura sociales*^{4ª}, trad. Florentino M. TORNER / Rufina BORQUES, Fondo de cultura económica, México, 2002, pág. 107.

determinar si los postulados de la teoría del delito se pueden disponer en aras de una mejor adaptación a las nuevas formas de delincuencia o si por el contrario, se deben buscar alternativas más allá del Derecho penal; sin embargo un análisis de esta naturaleza excedería con mucho las pretensiones de este trabajo.

Pues bien, dicho lo anterior en el ámbito del Derecho penal económico puede eludirse un proceso de revisión amplio y profundo de instituciones, tales como el bien jurídico, la imputación objetiva, el concepto y el contenido del dolo, el error, la autoría y la participación y la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁰¹. Es precisamente en esta última figura donde trataremos de establecer si era necesaria su implementación desde un punto de vista político-criminal y por otro, en qué medida se puede desnaturalizar la teoría jurídica del delito con base en implementar una figura que hasta hace muy poco no existía en nuestra cultura jurídico penal³⁰².

C) ¿Es necesario ampliar la responsabilidad penal a las personas jurídicas?

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha terminado por ser ampliamente aceptada en los primeros años del XXI; con ello se pretendió dar una respuesta eficaz y contundente a la criminalidad económica y financiera protagonizada por sujetos económicos que actúan prácticamente siempre bajo la forma de sociedades mercantiles. No puede negarse que en todos los países los medios de comunicación han hecho eco de casos en los que determinadas empresas fueron creadas e instrumentalizadas con el único objetivo de cometer delitos, conscientes de que su impunidad a la postre favorecía la delincuencia financiera. La situación ha llegado a ser insostenible y hay un acuerdo generalizado en el sentido de que ni la jurisdicción civil, ni la mercantil, ni siquiera la administrativa, son capaces de atajar el problema. Sin embargo, la vía penal ofrece matices que apenas se han experimentado y que pueden resultar más convenientes para no provocar el debilitamiento del sistema de garantías.

³⁰¹MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal...*, *op.cit.*, 2016, pág. 64.

³⁰² Pues por vez primera se implantó en el CP la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la reforma 5/2010.

A continuación vamos a desgranar algunas de las razones empleadas a favor de la solución más radical de punir a las personas jurídicas en los mismos términos que a las físicas. Sin ánimo de ser exhaustivos expondremos algunas de las más frecuentes que en ocasiones tienen un carácter político criminal y otras se fundan en razones procedentes del Derecho penal.

A.- La autonomía del sujeto. Uno de los fundamentos a los que más se acude desde una perspectiva política-criminal para argumentar la adhesión de la persona jurídica en el ámbito de responsabilidad penal, consiste en que estas se han convertido en un sujeto autónomo, cotidiano y protagonista en las interacciones sociales de las sociedades capitalistas avanzadas, por lo que están presentes en la comisión de delitos muy diversos³⁰³. En efecto, resulta evidente que en la actualidad y debido al tráfico económico la persona jurídica ha cobrado un amplio protagonismo, no sólo en el ámbito de la economía de libre mercado sino también en la sociedad; incluso, se puede pensar *prima facie* que, por ejemplo, en el ámbito de los delitos tributarios, el tipo está configurado de tal manera que en la mayoría de las ocasiones lo comete una persona jurídica³⁰⁴.

Sin embargo, lo anterior, como significativamente lo describe DIÉZ RIPOLLÉS, adolece de incongruencias significativas³⁰⁵. Los legisladores no suelen establecer una responsabilidad jurídico penal para las personas jurídicas, sino que se basan en delitos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de las personas jurídicas³⁰⁶, es decir la sociedad puede ser penada, pero no puede cometer delitos³⁰⁷. De ahí que la

³⁰³DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, N° 1, Barcelona, Enero 2012, pág. 2.

³⁰⁴COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La defraudación tributaria en el Código penal español. Análisis jurídico-dogmático del art. 305 Cp*, JM Bosch, Barcelona, 2010, pág. 148.

³⁰⁵DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, «La responsabilidad...», *op.cit.*, 2012, pág.2.

³⁰⁶MIR PUIG, Santiago «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», *Revista Foro (Tribuna y boletín de la FICP)*, N° 2, Madrid, 2015, pág. 140.

³⁰⁷MIR PUIG, Santiago, « Las nuevas...», *loc.cit.*

argumentación a favor de establecer una responsabilidad penal de la persona jurídica, no se centre en ámbitos valorativos entre el comportamiento de la persona física y la jurídica³⁰⁸.

B.- La especificidad de los delitos cometidos por las personas jurídicas. Se ha argumentado, que se debe y se puede responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, en aquéllos casos en los que se vulneren normas que protegen bienes jurídicos penalmente relevantes, y materialmente se les pueden responsabilizar, ya que existen conceptos de conducta y responsabilidad propios de esa materia, lo que más que un problema ontológico, es sólo de definición³⁰⁹. Contrariamente a lo afirmado, es necesario aclarar que no es sólo una cuestión nominal como contrariamente se afirma, sino más bien se trata de dotar de sentido lógico y sobre todo dar congruencia a las estructuras de la teoría del delito en específico a la culpabilidad; de lo contrario, caeremos en graves contradicciones.

C.-La teoría del levantamiento del velo. Asimismo, resulta errado manifestar que se puede responsabilizar a la persona jurídica como medio para eludir su empleo instrumental para cometer delito (teoría del descubrimiento del velo)³¹⁰. Se confunden los fines y propósitos que se presentan en esta teoría; en efecto dicha teoría permite que los órganos jurisdiccionales puedan indagar la realidad personal de los componentes de determinada persona jurídica; las facilidades que presenta en el ámbito procesal, es considerar que la persona jurídica es una mera ficción, que sólo se justifica en tanto sirva para el fin que fue creada y no así cuando se utiliza como medio para defraudar intereses ajenos³¹¹.

³⁰⁸DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, «La responsabilidad...», *op.cit.*, 2012, pág.3.

³⁰⁹MARTIÑÓN CANO, Gilberto, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución», en ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo blanch, México, D.F., 2014, págs.323 y ss.

³¹⁰MARTIÑÓN CANO, Gilberto, «La responsabilidad...», *op.cit.*, 2014, pág. 323. Nota 2.

³¹¹GONZALEZ DE MURILLO, José Luis, / MERINO JARA, Isaac, «Levantamiento del velo y delito fiscal (Al hilo de la STS, Sala 2ª, de 20 de Mayo de 1996)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 264, Navarra, 10 de Octubre de 1996, págs 1 y ss.

La teoría del levantamiento del velo en el ámbito penal responde a una técnica judicial amparada en la autonomía que se tiene en el campo procesal para la averiguación de la verdad material y para la construcción de los elementos integrantes del hecho delictivo³¹². Una de las características primordiales de esta teoría consiste en la negación de la personalidad jurídica de la sociedad o empresa, en los supuestos en que se utilice con el propósito de realizar fines ilícitos, o también en los supuestos en los que algún socio actúa al margen para lo que está facultado.

D.- La persona jurídica como obstáculo para llegar a determinar la responsabilidad de las personas físicas. Se ha señalado que la implementación de la responsabilidad de las personas jurídicas, sirve para los casos en los que los tramados empresariales impiden identificar a las personas físicas responsables³¹³; por otra parte se ha manifestado que con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede aliviar las tensiones existentes con el sistema de responsabilidad individual³¹⁴. No obstante, tal afirmación resulta un tanto aventurada, pues como claramente señala DIÉZRIPOLLÉS, no se puede hacer responder a la persona jurídica por la responsabilidad de un tercero, puesto que los problemas de verificación de la responsabilidad deben resolverse mejorando los instrumentos para su averiguación³¹⁵.

E.- Las necesidades preventivas. Otro argumento a favor, se manifiesta en necesidades preventivas que trae aparejada la pena, puesto que las sanciones que establece el Derecho administrativo sancionador, sólo tiene efecto preventivo en la empresa, por lo que nada más las sanciones penales en este ámbito tienen capacidad para repercutir negativamente sobre la sociedad³¹⁶. Contrariamente a lo anterior, no se puede fundamentar la aplicación de una pena únicamente por susefectos preventivos, pues no obstante que dicha prevención sea un acompañante inescindible, e

³¹²COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La defraudación...*, *op.cit.* 2010, pág.154.

³¹³NIETO MARTÍN, Adan, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo* Iustel, Madrid, 2008, págs. 38 y ss.

³¹⁴NIETO MARTÍN, Adan, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, 2008, págs. 48 y ss.

³¹⁵DIÉZRIPOLLÉS, José Luis, «La responsabilidad...», *op.cit.*, 2012, pág. 3.

³¹⁶NIETO MARTÍN, Adan, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, 2008, págs. 43 y ss.

incluso deseable en toda imposición de la pena, ello no es argumento suficiente para legitimar la pena de las personas jurídicas.

F.-La globalización de las relaciones financieras. De igual forma, se ha manifestado que la implantación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, radica en el efecto que la globalización ha producido en las relaciones internacionales en el mundo financiero, lo que obliga a los legisladores nacionales a someterse a una disciplina político criminal que le impone medidas de ese tipo³¹⁷. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demanda una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente, tales como la corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos³¹⁸.

Si bien, la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas obedece, en gran parte, a tratados y decisiones internacionales, ello no es argumento suficiente para aceptar, al menos, desde el ámbito jurídico-penal, su regulación, pues como se ha puesto de manifiesto, las multas, ya sean vía administrativa o penal, son un instrumento intimidador que únicamente tiene un papel exclusivamente represivo, ello es así pues no se puede intimidar a un ente que no posee de manera sustancial ni material, un elemento *psíquico*, y por tanto tampoco puede actuar bajo libertad ninguna. Ahora bien, tomando como supuesto válido el efecto intimidatorio del que en teoría podría influir en las personas jurídicas, ello es bastante reducido, pues en muchos de los casos las empresas están dispuestas a asumir los riesgos pensando en los beneficios que hipotéticamente pueden obtener³¹⁹.

³¹⁷ Así, en el ámbito europeo, son muy numerosas las Directivas de Consejo y Decisiones Marco, que obligan a los Estados miembros a regular de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

³¹⁸GONZÁLEZ SIERRA, Pablo, *La imputación penal de las personas jurídicas análisis del art. 31 bis Cp*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, págs. 49 y ss.

³¹⁹SCHÜNEMANN, Bernd, «La responsabilidad penal de las empresas: Para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coord.), *La*

G.- Nuevamente, los argumentos preventivistas.- Finalmente, se puede decir que resulta correcta la afirmación de que con la falta de implementación de políticas criminales de amplio espectro, el Estado abandona sus objetivos preventivos para conformarse con opciones simbólicas de huida al Derecho penal. Es lo que ha hecho, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas³²⁰, en este sentido, no se puede argumentar que la implementación de la responsabilidad de la persona jurídica ayudará a reducir los delitos que en el ámbito económico se presentan, pues como ha quedado apuntado con antelación, el efecto preventivo es escaso por no decir nulo. Tampoco se puede atribuir su implementación en el sentido de que con antelación a dicha reforma era difícil la determinación del verdadero responsable que se camuflaba en el ámbito de la persona jurídica, ya que el ordenamiento jurídico cuenta con instrumentos, no sólo de Derecho penal que permitan una persecución efectiva, sino del Derecho administrativo o civil, por lo que, si ello no se ha logrado, como correctamente señala TERRADILLOS BASOCO, habrá que identificar las deficiencias en otros ámbitos de actuación, como la policial que muchas de las veces resulta poco eficaz o condicionada por la corrupción, mecanismos pre-penales de inspección y controles inadecuados o contaminados, ausencia de voluntad política de investigación, falta de adecuación de los cauces del proceso penal, recurso arbitrario a indultos no justificables³²¹.

D) ¿Es posible una responsabilidad *penal* de las personas jurídicas?

No se puede fundamentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas *so pena* de debilitar la vigencia de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas, que, además, relaja la protección de la persona física³²². No obstante, hoy día

responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pág. 514.

³²⁰TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Responsabilidad...», *op.cit.*, 2013, pág. 177.

³²¹TERRADILLOS BASOCO, Juan María, «Responsabilidad...», *op.cit.*, 2013, pág. 175.

³²²BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Responsabilidad penal colectiva», en VIERA MORANTE, Francisco (dir.), *Nuevas posiciones de la dogmática jurídico penal, Cuaderno de derecho judicial VII*, Madrid, 2006, págs 38 y ss.

parece que el aforismo *societasdelinquere non potest* ha quedado atrás³²³. Sin embargo como acertadamente señala ROBLES PLANAS, la cuestión radica en cómo articular la respuesta sancionatoria, en los supuestos en los que se ha cometido un delito en el seno de la persona jurídica³²⁴, si es que de alguna manera tiene acomodo tal constructo. Se sigue partiendo de la facticidad de que las personas jurídicas no pueden cometer delitos. Se advierte que lo que realmente se abandonó fue el principio *societaspuniri non potest*, pero no así el principio *societasdelinquere non potest*³²⁵, ya que de la redacción del citado artículo no se establecen delitos cometidos por las personas jurídicas, sino en delitos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de las personas jurídicas³²⁶. E, incluso, como hemos apuntado, no se puede concluir que sean penas las previstas para las personas jurídicas.

No obstante, visto el éxito alcanzado por las tesis partidarias de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas, nos parece conveniente revisar críticamente los modelos que está empleando el legislador a la luz de los principios de un Derecho penal acorde con un Estado social y democrático de derecho; o si por el contrario son resultado de construcciones *ad hoc*, para dar así una respuesta legitimadora «convinciente», de una figura cuya implementación resulta cuando menos controvertida.

De manera general, se puede señalar que las propuestas descritas a continuación no resultan plenamente satisfactorias para poder dotar de contenido congruente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ello es así, pues, no obstante, que puedan surgir nuevos modelos o formas de tratar de encajar dicha figura en el Derecho penal, siempre se encontrarán con el límite *malgré eux*, de una ciencia jurídica orientada y elaborada hacia la persona homo *phenomenon*, que es capaz de autodeterminarse, es decir, una persona con conciencia interna (psique), y no así la representación de dicha

³²³ROBLES PLANAS, Ricardo, «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», en *Indret. Revista para el análisis del Derecho* N°2, Barcelona, 2006, pág. 3.

³²⁴ROBLES PLANAS, Ricardo, «¿Delitos...», *loc. cit.*

³²⁵MIR PUIG, Santiago, «Las nuevas ...», *op. cit.*, 2015, pág. 140.

³²⁶MIR PUIG, Santiago, «Las nuevas...», *loc. cit.*

conciencia por terceras personas. De ahí que resulte absurdo hablar de estados mentales empresariales, pues no se debe confundir que si bien es cierto las personas jurídicas tienen personalidad jurídica, ello no las convierte en entes capaces de motivación jurídica, pues la personalidad no es otra cosa que la capacidad de ser titular del conjunto de derechos y deberes atribuidos a un mismo ente y determina la capacidad para relacionarse jurídicamente, lo cual no significa de modo alguno que la persona jurídica sea un ente por sí mismo.

Pues bien, se puede decir de manera general que ninguna de las formulaciones siguientes pueden salvar, al menos, de manera satisfactoria, la idea de que la persona jurídica carece de capacidad de acción en el ámbito jurídico-penal, lo cual no significa que ésta no se pueda obligar con terceros a través de una relación contractual, pues lo que resulta válido en el campo privado, no tiene por qué resultar en el penal.

1. Modelo de responsabilidad por el hecho propio

El modelo de responsabilidad por el hecho propio se basa en una estructura anónima en cuanto a la intervención individual³²⁷, por lo que en dicho modelo no se atribuye a la persona jurídica el hecho realizado en su nombre (administrador de hecho o de derecho), pues la responsabilidad se construye a partir de la existencia de supuestos hechos que la propia persona jurídica realizó, es decir que estos son independientes de los que las personas (físicas) que componen a la persona jurídica realizan. Dicho de otra forma, la responsabilidad de la persona jurídica se establece con base en defectos organizativos³²⁸; o bien que la culpabilidad de la persona jurídica, se establece en relación con los delitos cometidos en su seno, cuya realización debe a un déficit organizativo³²⁹.

³²⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, 2016, pág. 301.

³²⁸ROBLES PLANAS, Ricardo «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», en *Diario la ley*, N^o 15227, 29 de septiembre, Madrid, 2011, pág. 2.

³²⁹ROBLES PLANAS, Ricardo «Pena...», 2011, *loc. cit.*

Uno de los aportes de mayor relevancia en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el expuesto por GÓMEZ-JARA³³⁰. Este autor señala que para poder dotar de coherencia a dicha responsabilidad, es necesario partir de un supra concepto de *persona*, pues bajo un análisis *autopoiético*, el Derecho establezca la persona como un constructo propio del sistema jurídico. Es decir que es el propio sistema (en este caso jurídico) el que elabora y establece el concepto que se debe utilizar en sus propias comunicaciones³³¹; en fin, lo que cuenta no es el hombre en sí, sino más bien el contexto en el que éste se desarrolla. No son los propios individuos quienes realizan actos jurídicos en nombre de la empresa, sino es ella misma la que a través de su estructura los realiza, es decir sus actos no son decisiones puntuales tomadas por individuos. Es la persona jurídica, que al ser parte del sistema social, además de producirse y reproducirse a través de entes individuales (personas), roles y acciones, también se nutre de comunicaciones, y son precisamente estas comunicaciones las que dotan de sentido a la empresa, valiéndose de un código binario. Así se entiende que la persona jurídica sea un sistema organizativo que se reproduce mediante decisiones que sirven de conexión a decisiones posteriores de la propia empresa, además de orientarse en decisiones anteriores de esta³³².

Otro argumento en el que se centra el modelo constructivista, toma como punto de partida la teoría de sistemas, cuya característica primordial es el modo en que cada sistema se relaciona con su entorno y, por tanto, con otros sistemas sociales (autorreferencial). En este sentido, se puede decir que los sistemas sufren una especie de aislamiento, lo cual no significa que se encuentren incomunicados con los demás y por tanto no les afecte lo que ocurre en los diversos sistemas, sino antes bien la forma de cambio o transformación de un sistema está dado por su propio ámbito de organización. Esta teoría, se centra en la capacidad de acción, a través de un punto de vista colectivo,

³³⁰ Vid. ampliamente GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad...*, *op.cit.*, 2005, *passim*, ID., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacioal y nueva legislación española*, BdeF, Monetvideo-Buenos Aires, 2010, *passim*.

³³¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad...*, *op. cit.*, 2005, págs. 221 y ss.

³³² En este sentido *vid.* ampliamente a GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad...*, *op. cit.*, 2005, pág. 222.

en donde la empresa va a adoptar sus propios valores y decisiones. En este sentido, ante aquellos supuestos en que la decisión sea imputable a la empresa, estaremos frente a decisiones específicas de la organización, pero no decidibles, puesto que tal conducta no la realizó, per se, un miembro de la empresa, sino que es la misma empresa la que a través de una representación unitaria de todo el sistema organizativo empresarial, la que realiza tal conducta³³³.

Esta teoría trata de dotar de contenido los argumentos a favor de una responsabilidad colectiva, pues al establecer un constructor de persona, se pretende explicar la capacidad de la persona jurídica para adoptar sus propias decisiones y auto-organizarse³³⁴. En este sentido, se pone de manifiesto que el objeto de intervención penal es la autorregulación y si el Derecho concede capacidad a la empresa para auto-organizarse, quiere decir que la considera sujeto autónomo y por tanto autorresponsable³³⁵.

Uno de los problemas, que se presentan en este modelo radica en que, al establecerse una culpabilidad por defecto organizativo, sin saber a ciencia cierta en qué consiste dicho defecto, pasa por alto cuáles son los parámetros del injusto cometido a tomar en cuenta; por otro lado resulta cuestionable si existe en realidad dolo en la persona jurídica, o si este puede ser independiente de los sujetos individuales. Ahora bien, bajo este modelo, no se puede fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, pues si entendemos que el principio de culpabilidad presupone una acción individual, la única que es susceptible de reproche ético social, ello es incompatible con una pena a la persona jurídica.

Pues bien, este simple argumento resultaría ya suficiente para rechazar dicha responsabilidad, no obstante, como se ha señalado, se han construido modelos

³³³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N^o 8, 2006, versión on line (<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>), consultada el 28 de Agosto de 2016.

³³⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad...*, op. cit., 2005, págs. 237 y ss.

³³⁵ NIETO MARTÍN, Adan, *La responsabilidad...*, op. cit., 2008, pág. 80.

artificiales (constructivistas) para establecer un concepto de culpabilidad *ad hoc* para la persona jurídica; dicho intento se ve frustrado puesto que la referencia *autopoiética* en el marco empresarial nada dice acerca de la capacidad de la persona jurídica para posicionarse de modo autónomo respecto al Derecho.

En definitiva, cabe decir que un concepto de culpabilidad en el que no se pueda establecer un juicio de valor (juicio de reproche) por la realización de un hecho antijurídico, únicamente tiene cabida por necesidades preventivas, pero no así en un modelo basado en la responsabilidad (tanto objetiva como subjetiva), por lo que se puede intuir que en el fondo dichos modelos de responsabilidad tratan de fundamentar la culpabilidad en la capacidad de la persona jurídica para soportar la sanción y no así en los principios lógicos y sustanciales que son la realización del hecho.

A mayor abundamiento, incluso desde un punto de vista funcionalista la responsabilidad penal de la persona jurídica no tiene cabida, pues como el propio JAKOBS establece bajo una revisión más profunda del concepto de persona, que esta no por el hecho de que lleve la etiqueta de persona jurídica quiere decir que se entienda como susceptible de entrar en el ámbito penal como sujeto activo, máxime que la culpabilidad se determina de forma concreta en atención al autor.

2. Modelo de responsabilidad por atribución

Este modelo, al contrario del anterior, se establece con base en un hecho cometido por una de las personas físicas integradas en la propia persona jurídica³³⁶, pues se considera que los actos realizados por la persona física forman parte de la persona jurídica; es decir el hecho delictivo se transfiere a la persona jurídica, por lo que se puede entender que cuando la persona física que forma parte de la organización y bajo su representación, o en relación con su cargo, comete un delito, se entiende que lo está cometiendo la empresa misma³³⁷. Este modelo está basado en la idea de transferencia de responsabilidad dentro de las estructuras de poder, para atribuir a los

³³⁶SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos...*, *op. cit.*, 2016, pág. 297.

³³⁷ROBLES PLANAS, Ricardo «Pena...», *op. cit.*, 2011, pág. 3.

señores las conductas ilícitas y dañinas de sus sirvientes³³⁸; sin embargo su evolución va cambiando con la aparición de las empresas, de tal forma que sólo se podía atribuir responsabilidad a las mismas en los supuestos en los que el superior, había dado su consentimiento o había ordenado la acción del dependiente³³⁹. La incorporación del modelo de responsabilidad por atribución, tanto en el ámbito penal como el civil, no supuso en principio mayor inconveniente, pues se consideró que la empresa era el señor y el empleado el sirviente³⁴⁰.

El problema que presenta este modelo, era, sobretodo, en relación con aquellos hechos que para su comisión se necesita de una conducta positiva –un hacer positivo-, casan mal con la comprensión (y todavía se debe entender así³⁴¹) de que las personas jurídicas tienen personalidad jurídica, pero no así el sustrato físico-espiritual. No puede admitirse que realicen delitos que exigen un elemento físico³⁴². Más adelante se estableció que las empresas pueden responder de igual forma por los delitos de acción, no obstante, se limitó únicamente a los delitos de responsabilidad objetiva³⁴³. Es en el s. XX, cuando se incorpora al modelo de responsabilidad por atribución la denominada «doctrina del *alter ego*», que defiende la transferencia de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica, identificando la voluntad del primero con la del segundo, de tal manera que la persona que actúa no es que lo haga para la corporación, es que es la corporación la que lo realiza³⁴⁴.

³³⁸DEL ROSAL BLASCO, Bernardo «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», en *Diario la ley*, Nº 7670, 11 de julio, Madrid, 2011, pág. 3.

³³⁹DEL ROSAL BLASCO, Bernardo «Responsabilidad, 2011, *loc. cit.*

³⁴⁰DEL ROSAL BLASCO, Bernardo «Responsabilidad, 2011, *loc. cit.*

³⁴¹ Como acertadamente lo manifiesta y con la amplísima bibliografía *vid.* a GRACIA MARTÍN, Luis «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 18-05, Granada, 2016, *passim*.

³⁴² DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», en *Diario la ley*, Nº 8732, 1 de abril, Madrid, 2016, pág. 7.

³⁴³DEL ROSAL BLASCO, Bernardo «Responsabilidad, 2016, *loc. cit.*

³⁴⁴DEL ROSAL BLASCO, Bernardo «Responsabilidad, 2016, *loc. cit.*

Pensamos que este modelo debe ser rechazado por diversos motivos. En primer lugar, no es de recibo sancionar a la persona jurídica por hechos realizados por persona diversa, no obstante, que ésta forme parte del órgano de dirección de la empresa, o actúe en su nombre atendiendo al principio de culpabilidad normativa personal; es decir, la pena es la sanción jurídica que se impone al autor culpable de un delito, situación que no acontece en el ámbito de la persona jurídica, pues ésta no tiene capacidad de acción y por tanto lo demás deviene irrelevante, ya que la acción es la piedra angular del Derecho penal. Por otro lado, cabe decir que con este modelo se vulnera de manera directa el principio de responsabilidad individual, pues queda claro que la persona jurídica no realiza el delito, sino la persona física incorporada en ella, por lo que al final de cuentas se termina respondiendo por un hecho ajeno.

Asimismo, resulta cuestionable en este modelo la figura del *compliance*, es decir, la eventualidad contemplada en algunas legislaciones penales que permiten eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas cuando estas disponen de un compromiso de colaboración en la lucha contra la criminalidad, e incorporan un código de buenas prácticas empresariales, puesto que la responsabilidad de la persona jurídica nace de la responsabilidad individual, por más que los defectos y fallas en la gestión o en el funcionamiento de la empresa sean inmensos, pues en resumidas cuentas se culpa a la empresa una vez que se ha culpado a la persona física por más que la empresa no hubiera podido actuar de forma diferente a como actuó .

E) ¿Tienen Honor las Personas Jurídicas y los Colectivos?

1. Regulación legal

Respecto del honor, la Legislación Penal se contempla en el Título XI del Código penal, donde se habla de la definición común de los delitos contra el honor, sin establecer que la persona jurídica pueda ser o no sujeto pasivo. Sin embargo, a la par se establece en el Título XXI del Libro II del Código penal; la Injuria, además de la calumnia, a determinados órganos o instituciones estatales, pudiendo ser sujetos pasivos los gobiernos nacionales, Poder Judicial, Tribunales

Constitucionales, así como los cuerpos de seguridad o corporaciones policíacas. Por lo que hace al ámbito civil, tampoco se ha resuelto dicha problemática, ya que solo se ha contemplado tutela a las personas físicas, ya que en las legislaciones solo se han contemplado conceptos como “persona”, “vida íntima de la persona” o “datos privados de la persona” contemplando el honor del “fallecido” y de la persona designada por éste en testamento.

La Legislación Reguladora del Derecho de Rectificación no es clara en una postura a favor o en contra del reconocimiento del derecho al honor de las personas jurídicas. Dicha ley faculta en su primer artículo a toda persona que se vea afectada por la publicación de una información por parte de un medio de comunicación, concede el derecho a exigir la publicación de una disculpa pública o desmentido por dicho medio respecto de la información que le cause perjuicio.

2. Posturas jurisprudenciales

En este aspecto tenemos que la Primera Sala del Tribunal supremo admitió la protección del derecho al honor de las personas físicas por la vía de la responsabilidad civil extra contractual (6 de diciembre de 1912), tiempo después extendió dicha protección a una persona jurídica, siendo una sociedad anónima como protección del crédito, prestigio o buena fama y no expresamente como protección del honor.

Incluso con la promulgación de la Constitución de 1978 todavía se consideraba irrelevante para los tribunales civiles considerar que lo protegido en relación con las personas jurídicas era el derecho al honor, o por el contrario el crédito o prestigio, pues en ambos casos sólo cabía recurrir al procedimiento civil declarativo ordinario con base en el art. 1902 del Código civil. Lo único importante era el deber de indemnizar el daño moral producido. Fue hasta la promulgación de esta Constitución cuando se considera determinar si un daño producido a la persona jurídica es un daño a su honor y por lo tanto susceptible de tutela por parte del procedimiento preferente y sumario y por el recurso de amparo o constituye un daño a su prestigio tutelable solo por el procedimiento

declarativo ordinario. En el ámbito penal solo se contemplaba un precedente de mención expresa de la protección del honor a las personas jurídicas en el Código de 1928, cuyo art. 635 establecía sanciones aplicables no solamente a la calumnia, injuria y difamación dirigidas contra personas individuales, sino también a una entidad o persona jurídica, sociedad, corporación o empresa, en cuyo caso podrán presentar la querrela los que tengan su representación legal. Esa postura personalista o individualista del honor solo se mantuvo hasta 1988 ya que el tribunal constitucional comenzó a negar este derecho a las personas jurídicas, tomando en cuenta que dichas sentencias trataban de supuestos de ataque a instituciones públicas o clases del Estado.

De haberse mantenido esta doctrina jurisprudencial en el ámbito civil, es decir negar a las personas jurídicas el acceso al procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo, solo tendrían derecho a considerar la posibilidad de reclamar el ataque a su buen nombre como daño causado por un acto ilícito. Y en el plano penal, que si la injuria se dirige a una persona jurídica, solo se podría calificar de delito si esta se encuentra manifiestamente ligada a sus miembros por estar constituida por un colectivo reducido, en cuyo caso serían estos y no la persona jurídica los pasivos de la injuria.

3. El derecho al honor de las personas jurídico-privadas

La regulación de delitos contra el honor, y en concreto el concepto de honor, que se sostenga como bien jurídico, solo puede llevarse a cabo desde la propia legislación penal. Sobre esto hay autores que vinculan el honor con la dignidad. Por ejemplo, Antón Vives sostiene que si el derecho al honor se entiende como correlato genérico de la dignidad de la persona, solo las personas físicas pueden ser titulares del bien jurídico protegido en las injurias y calumnias, por tanto sujetos pasivos de estos delitos. Su fama, crédito, o prestigio solo sería tutelable por el art. 1902 del Código civil o por la normativa relativa a la competencia desleal, pero no por el Código penal, lo que no excluiría que frente a un ataque a una persona jurídica pudiese haber personas físicas que vieran

lesionado su honor, ni impediría que la persona jurídica estuviese legitimada para ejercitar en nombre y representación de las personas físicas u ofendidas las acciones de defensas del honor de estas.

La vinculación del honor a la dignidad no es incompatible con la extensión de la protección del honor a las personas jurídicas, como dice también la primera sala del tribunal superior: “En efecto, el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección, no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades, pues si bien en cuanto al honor afecta a la propia estimación de la persona, sería difícil atribuirlo a la persona jurídica societaria, no ofrece grave inconveniente entender, en su aspecto trascendente o exterior, que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, es igualmente propio de aquellas personas jurídicas que puedan gozar de una consideración pública protegible”.

En el día de hoy las personas jurídicas, son capaces de intervenir en las relaciones sociales y económicas, por lo que se encuentran necesitadas de buen crédito y fama para desarrollar sus fines, entendiéndolo en sentido amplio, incluyendo los derechos que protejan la existencia e identidad del ente de modo que permitan el libre desarrollo de su actividad, y el honor como pretensión del respeto merecido, el cual es *conditio sine qua non* de la existencia de la persona jurídica y de la realización de sus actividades. Es como para afirmar en este contexto que las personas jurídico-privadas de cualquier clase, y al margen de los fines que cumplan, son titulares del derecho de honor, pero también pueden serlo los entes de hecho, es decir las uniones de personas o bienes que no ostentan personalidad jurídica por no haberse cumplimentado respecto a ellos la necesaria inscripción en el registro, pero que están lo suficientemente organizados para afirmar su necesaria individualización.

4. El derecho al honor de las personas jurídico-públicas

En este orden de ideas, la jurisprudencia trata conjuntamente la cuestión de la titularidad del derecho al honor respecto de las personas jurídicas públicas y

respecto de las clases determinadas del Estado, esto es de los conjuntos de personas que participan unidas en el ejercicio de la función pública (jueces o policías). En la doctrina española se niega el derecho al honor a estos entes por las razones que no se le reconocen a las personas jurídicas privadas; porque entienden que el derecho al honor es exclusivo de las personas físicas.

Algunos autores al respecto consideran que las instituciones públicas no son titulares del derecho al honor, porque no son en sí personas jurídicas, sino órganos o partes de órganos pertenecientes a una persona jurídica como lo es el Estado. El autor Carmona Salgado establece que la extensión de la protección del honor más allá de la persona física no conlleva el peligro de restringir la libertad de expresión en general y la crítica política en particular.

F) ¿Tienen Derecho al Honor los Colectivos?³⁴⁵

Entendiendo el término colectivo a cualquier conjunto de personas no organizadas que tienen una característica en común, ya sea esta elegida voluntariamente (profesores, médicos, judíos) o inherente al individuo (europeos, negros, mujeres).

- a) Injurias a colectivos e injurias con denominación colectiva. La mayoría de los autores niega que las colectividades imprecisas y carentes de personalidad jurídicas puedan ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Es fundamental distinguir entre injurias a personas colectivas e injurias bajo denominación colectiva. En el primer caso, se afecta al ente como tal, a su honor, que es algo distinto de la suma de las pretensiones de respeto individuales de sus miembros: se injuria a la unión, no a sus componentes. Por el contrario en las injurias con denominación colectiva, al tratarse de imputaciones o juicios de valor dirigidos a colectivos no organizados, no existe un órgano directivo ni representativo, ni un honor

³⁴⁵ López Peregrin, Carmen. LA PROTECCION PENAL DEL HONOR DE LAS PERSONAS JURIDICOS Y LOS COLECTIVOS. 2000.

propio del directivo. Por esta razón la iniciativa del procedimiento penal por injurias, solo puede provenir de cada uno de los componentes del colectivo que pueda considerar lesionado su honor individual.

- b) En el caso de Violeta Friedman, el Tribunal constitucional emitió la sentencia 214-1991, de fecha 11 de noviembre, en la que se le otorgó el amparo como miembro del colectivo judío, motivado por unas declaraciones emitidas por León Degrelle, ex jefe de la SS en Bélgica consideradas como denigratorias para el pueblo judío, ya que, dijo, dudaba mucho de que los campos de exterminio hubieran existido y que todo era un invento de los judíos, Violeta Friedman, que estuvo internada en Auschwitz, donde murió casi toda su familia, formuló demanda de protección del derecho al honor, considerando que con tales declaraciones el demandado tergiversaba la historia y llamaba mentirosos a quienes como ella padecieron los horrores nazis.

En dicha sentencia se habla del derecho al honor de la colectividad judía pero al mismo tiempo se concede el amparo en base a que en casos como el descrito hay lesión al honor porque el ataque trasciende a seis miembros, identificables como individuos dentro de la colectividad. En concreto el artículo 510.2 del Código Penal tipifica la difusión, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad, de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo y orientación sexual.

- c) Las clases determinadas del estado y el derecho al honor. La característica común a este grupo consiste en la participación de sus miembros en el ejercicio de una función pública, debiendo ser tomado en cuenta para determinar la relevancia pública de la información que sobre ellos se transmite, pero no excluye la posibilidad de que haya sido afectado el honor individual de uno o varios de sus componentes.

En conclusión a este capítulo podemos comentar que las personas jurídicas tienen derecho al honor, toda vez que en un mundo globalizado dichos entes para realizar sus funciones deben gozar de dignidad, fama y prestigio para ser considerados como parte de una sociedad y que contribuyan a la economía de un determinado país.

Se han documentado casos en que los ciudadanos portamos ropa o artículos de marcas reconocidas y que tras esa marca de prestigio existen situaciones de explotación laboral similares a la esclavitud o que las empresas maquiladoras de diversidad de productos contaminan indiscriminadamente el ambiente, causando un perjuicio a la sociedad. Sin embargo, al encontrarnos en un mundo de leyes, debemos conceder el derecho a la defensa, inclusive de dichas personas jurídicas y antes de emitir un juicio de valor, escuchemos su postura.

CAPÍTULO VI
INJURIA A PERSONAS JURÍDICAS:
ANÁLISIS DOGMÁTICO

I. Introducción

Se debaten posiciones dentro de la doctrina española para reconocer e imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas.³⁴⁶ Pocas cuestiones han suscitado tantas y tan enfrentadas opiniones como ésta. Algunas se manifiestan radicalmente en contra de dicho reconocimiento y otras, sin embargo, entienden que su implantación no sólo sería conveniente, sino absolutamente imprescindible e inevitable en una sociedad postindustrial como la actual. Quienes defendían el tradicional principio penal recogido en el aforismo *societasdelinquere non potest* sostenían que el reconocimiento de la responsabilidad penal de entes colectivos chocaba frontalmente con la ausencia en ellos de algunas de las capacidades que dotarían de contenido a las categorías básicas configuradoras de la teoría general del delito como sistema de imputación de la responsabilidad jurídico-penal. Así, se afirmaba que al no ser las personas jurídicas entes autoconscientes dotados de capacidad de formar una verdadera y autónoma voluntad, no podían realizar conductas propias que dieran lugar a la apreciación de las acciones u omisiones necesarias para iniciar el camino que llevaría a la imputación de responsabilidad penal conforme a la citada teoría. Con ello su carencia de capacidad de acción impediría que se les pudiesen atribuir los injustos típicos y los delitos de los que se les tratara de responsabilizar.

Se afirma también que si las personas jurídicas realizan contratos e intervienen en el tráfico jurídico es gracias a las decisiones y actuaciones de algunas sus representantes, administradores, etc., con lo que lo lógico sería pensar que deben ser estos últimos y no aquéllas, quienes tendrían que recibir cualquier responsabilidad penal que se pudiese derivar de actividades que pudieran a ser delictivas. Imputar a la persona jurídica responsabilidad por algo que habría hecho de forma completamente autónoma un ser autoconsciente diferente, supondría hacerle responsable de un hecho ajeno que en realidad habría cometido un tercero; esto llevaría a que la imputación violara una de las

³⁴⁶ “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución. Ed. Comares. Universidad de La Laguna, 1997, pp. 107 y ss.

exigencias básicas derivadas del irrenunciable principio penal de culpabilidad, como es la exigencia de la personalidad de las penas.³⁴⁷

Pero la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas no sólo se enfrenta a estos problemas. El hecho de que se les considerase como entes carentes de voluntad propia, también lleva a que se niegue que gocen de verdadera capacidad de culpabilidad. Las normas penales tratan de motivar a los ciudadanos para que realicen o no determinados comportamientos, siendo precisamente el hecho de que decidan no cumplir con lo que las normas les exigen, pese a haber podido ser motivados de una forma suficiente por ellas, lo que permite considerarles culpables del injusto que habrían realizado al incumplirlas.³⁴⁸ Sin embargo, las personas jurídicas no se pueden motivar por las normas, con lo que, incluso, si se les imputara algún injusto, resultaría imposible considerarlas culpables del mismo al no tener capacidad de culpabilidad³⁴⁹.

Pese a todo, tampoco ha sido éste el último argumento técnico sustentado contra el reconocimiento de su responsabilidad penal. Así, por ejemplo, ¿cómo se intimidaría a una persona jurídica si no se le puede motivar? Y lo que es más importante: ¿cómo se la reeducaría? ¿Cómo se articularía su proceso de

³⁴⁷ Mir Puig, S. Derecho Penal. Parte General. Ed. Reppertor. Barcelona, 2005, p. 194; el mismo autor en “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en RECPC 06-01 (2004), en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf> (últ. vis. 12-7-2011), pp. 01-9. REJ – Revista de Estudios de la Justicia – Nº 15 – Año 2011

³⁴⁸ 3 Sobre este concepto de culpabilidad y sus consecuencias véase lo señalado por Muñoz Conde, F. / García Arán, M. Derecho Penal. Parte General. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 352 y ss.

³⁴⁹ Así, entre otros, López Peregrín, C. “La discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 CP, once años después” en Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008, p. 568.

reinserción social expresamente exigido por la Constitución española para todas las penas? La persona jurídica carecería entonces de capacidad de punibilidad con lo que se volvería a demostrar la vigencia del viejo principio de que las sociedades no solo no pueden delinquir, sino que además tampoco pueden ser penadas.³⁵⁰

Las personas jurídicas constituyen, al día de hoy, el grupo más nutrido, importante y poderoso de los actores económicos. La cada vez mayor exigencia de acumulación de capitales y recursos para realizar actividades económicas lleva necesariamente a que éstos se agrupen en numerosas y cada vez más grandes y complejas entidades colectivas para desarrollar actividades tales como la energética, la financiera, la química o la farmacéutica, entre otras muchas, hecho que las convierte en agentes esenciales de la economía no sólo nacional, sino mundial, pero también desarrollan el papel de titulares y responsables de muchos de los más importantes focos de grandes riesgos de las sociedades postindustriales.³⁵¹

³⁵⁰ García Arán, M. “Algunas Consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torio López. Ed. Comares. Granada, 1999, p. 326.

³⁵¹ En este sentido, señala Heine, G. que la aparición de los nuevos y enormes riesgos propios de estas sociedades, unida al hecho de que el Estado haya ido perdiendo el monopolio sobre la protección de bienes jurídicos, la distribución de riesgos y la planificación de estrategias, por carecer de los conocimientos y las competencias necesarias para ejercerlos, obliga a incrementar la autorresponsabilidad de las empresas que son las únicas entidades dotadas de los conocimientos y de las competencias necesarias para poder controlarlos. En “Modelos de responsabilidad jurídicopenal originaria de la empresa”, en *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 30 y ss. En similares términos se manifiesta también, Nieto Martín, A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. Madrid, 2008, pp. 64 y ss; Zúñiga Rodríguez, L. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. Cizur Meno (Navarra), 2009, pp. 77 y ss. y 113 y ss

II. Concepto de injuria (art. 208, primer párrafo, CP)

En la antigua Roma la palabra injuria tenía una significación muy amplia, diferente al que en la actualidad le otorgamos. En sentido amplio se entendería por injuria a toda conducta opuesta al Derecho; en términos modernos, injuria equivaldría a lo que conocemos como antijuricidad. En sentido estricto o técnico, injuria era la ofensa hecha a un tercero en su cuerpo o en sus cosas, que debería diferenciarse de la otra gran categoría de delitos contra los particulares agrupados en la órbita de los delitos patrimoniales (*furtum*).

Pero en ambos sentidos la injuria implicaba una ofensa a la *existimatio*, que era un derecho de la personalidad, materializado por el pleno goce de la dignidad atribuida a la persona por el Derecho civil romano. La *existimatio* confería a la persona el derecho a no ser objeto de opiniones perjudiciales a su autoestima o a su reputación social.

En la ley de las XII tablas la injuria ya se configura como ofensa contra el honor. Además de que se hacía mención de ciertas modalidades injuriosas que lesionaban el honor de cives, y que merecían una severa represión penal. Por todo esto, tiene razón Von Liszt cuando precisa que en vano procuraríamos encontrar en el Derecho romano un concepto que corresponda a la noción moderna de injuria. La advertencia merece nuestra más atenta consideración, puesto que como ya lo dijimos la noción romana de honor fue de límites harto confusos. Lo que sí parece fuera de duda es el hecho de que la noción de injuria, como ofensa física a la persona, precedió en mucho tiempo al daño moral, lo que contribuyó para que poetas y literatos utilizaran expresiones como *convicium*, *contumelia* y *ofensa* para evitar confusiones con los conceptos que interesaban al orden jurídico injuria.

La contumelia era una injuria especial, consiste en un ultraje. Para *Mommsen* la injuria era el tratamiento despreciativo hecho a otro.

El *convicium* era la injuria propiamente dicha, pero no debe pensarse que todo ultraje constituía *convicium*, el cual se caracterizaba porque era practicado con gran alboroto y frente a la casa de personas libres. Igualmente se requería de la presencia de un gran número de personas y la del ofendido en la mayoría de los casos.

No obstante, creemos que la historia es libre de enjuiciar los actos de la vida pública. La historia debe desenvolverse dentro de una atmósfera de libertad, salvo que se acredite una acción perversa de injuriar.

El Código penal tipifica como delitos contra el honor a la injuria y la calumnia. Estos delitos, que puede cometer cualquier ciudadano, tienen elementos comunes. Los delitos contra el honor sólo son perseguibles a instancia de parte, es decir, sólo pueden perseguirse judicialmente si el agraviado presenta una querrela criminal contra quien lo haya cometido. Es una excepción a la regla general de que los delitos son perseguibles de oficio por la autoridad sin necesidad de previa denuncia de la víctima (art. 215.1 Código penal). En consecuencia, no pueden instar, pues ni el Ministerio Fiscal, ni los parientes del ofendido pueden interponer la querrela. Ha de ser éste quien decida interponerla, bien personalmente o a través de su representante legal (si fuere menor o incapacitado).

Dentro de los delitos contra el honor, la calumnia es la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años, o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª Sentencia de 1 julio 2004. JUR 2004\22452, Ponente el Ilmo. Sr. D Carlos González Zorrilla, falla en contra de la apelante de una Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Manresa, en Sentencia de 16-03-2004, dictada en procedimiento abreviado, en que condenó a la acusada como autora de un delito continuado de injurias graves con publicidad y de un delito continuado de calumnias con publicidad, a la pena de diez meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros, por el primer delito, y a la pena de dieciséis meses de multa, con idéntica cuota diaria, por el segundo, y costas.

La Audiencia Provincial citada, señala que; la propagación con publicidad: como es la remisión al Ayuntamiento de una carta en la que se calificaba a la arrendataria denunciante como usurpadora del local desde hace más de 25 años, afirmando no tener permisos ni licencias, ni pagar los impuestos, carta que se distribuyó posteriormente entre comercios de la localidad, remitiéndose al Ayuntamiento sucesivas cartas en los mismos términos, afirmando además que la acusada siente miedo por los daños y ataques, sugiriendo que podrían causarle la muerte, y colgando diversos carteles y pancartas del balcón en que se contenían referencias a la usurpación y llamando sinvergüenzas a los denunciantes.³⁵²

También dentro de los delitos contra el honor, es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves; las injurias que consistan en la imputación de

³⁵²LAURENZO COPELLO, Patricia, Delitos contra el honor, Editorial PAG. 25-32.

hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio. El tipo agravado de las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante. El art. 211 del Código penal vigente, que se refiere a disposiciones generales en los delitos contra el honor, expone y tipifica que la calumnia o la injuria se reputará hecha con publicidad cuando se realice a través de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante. Consideraremos al Internet como «medio de eficacia semejante» al de la imprenta o la radiodifusión, ya que la agravación de la conducta se produce al llegar a mayor número de personas la información calumniosa o injuriosa.

Sobre la responsabilidad de los medios de comunicación en los delitos contra el honor– calumnia o injuria – será considerada responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

Si el acusado de calumnia o injuria reconoce ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retracta de ellas, el Juez o Tribunal impondrán la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo citado anteriormente. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquel en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal que sentencia.

El delito de calumnia e injuria sólo puede ser denunciado, en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertida en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.³⁵³

En los delitos contra el honor, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 5º del apartado 1 del art. 130 de este Código. En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

La excepción a la imputación por calumnia o injuria, *exceptio veritatis*, permite al acusado de un delito de injuria o calumnia quedar eximido de responsabilidad penal demostrando la verdad de las imputaciones realizadas y por las que se le inculpa del delito.

La acción en la injuria consiste en la realización de hechos o la manifestación de opiniones, pero para que la conducta descrita constituya el delito de injurias es necesario además que la acción o la expresión sea grave desde el punto de vista objetivo.

³⁵³JOSE LUIS SERRANO GONZALEZ DE MURILLO- PROTECCION PENAL DEL HONOR, PAG, 20-25.

A diferencia de la calumnia, la falsedad o veracidad de la acción o expresión no forman parte del tipo penal, y por lo tanto la *exceptioveritatis* no actúa de igual forma. Sólo en el caso de imputaciones dirigidas a funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o administrativas, es posible quedar exento de responsabilidad probando la veracidad de las mismas. La explicación a este tratamiento diferenciado radica en el interés del Estado por que se conozca la verdad de la actuación de sus funcionarios en relación con el honor de los mismos.

Por último, el Capítulo III regula las disposiciones generales de estos delitos: la calumnia e injuria hechas con publicidad (art. 211); la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo en el que se propagó la calumnia o injuria (art. 212); la calumnia o injuria cometidas mediante precio, recompensa o promesa (art. 213); el reconocimiento del acusado ante la autoridad judicial de la falsedad o la falta de certeza de las imputaciones (art. 214), la querrela y la denuncia en la calumnia e injuria (art. 215), y la desaparición del daño causado (art. 216).

El delito de calumnia o el de injuria se comete no sólo manifiestamente, sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagan por medio de papeles impresos, litografías o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas; se equiparán a las formas indicadas la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos. Los directores o editores de los periódicos en que se hubieren propagado las calumnias o injurias, insertarán en ellos la satisfacción o sentencia condenatoria, si lo reclamare el ofendido.

Si la calumnia se difunde con publicidad, es decir, por medio de la imprenta, radio, o similar, la pena será de prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 6 a 24 meses. En estos casos también será responsable civilmente la persona física o jurídica propietaria del medio informativo por el que se difunda la calumnia.

Si el responsable del delito recibió o le prometieron alguna recompensa, además del castigo señalado, le será impuesta la pena de inhabilitación por un tiempo de 6 meses a 2 años.

Está previsto y penado en el art. 130 del Código penal que *"El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa"*.

Ofender y ultrajar son verbos sinónimos que indican la relación de acciones dirigidas a lesionar el honor de una persona. El honor es el derecho que toda persona natural tiene a que se le respete, según las cualidades que ella misma se asigna.

La finalidad ultrajante puede canalizarse a través de la injuria verbal, o sea por medio de la palabra hablada o escrita, significa que se requiere de una acción positiva para considerar un acto positivo. En el *animus injurianti* hay que considerar los antecedentes del sujeto agravante tanto del sujeto activo como del pasivo.

La ofensa puede asimismo manifestarse por medio de la injuria real, gestos, vías de hecho. El gesto es la expresión que se hace con el rostro. Las vías de hecho son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales, distintos a los del rostro.

Una bofetada, un escupitajo dirigidos a un persona constituyen también formas de injuriar.

Con la frase "de cualquier manera" nuestra ley permite la interpretación análoga, es decir que la injuria real puede realizarse por medio de las caricaturas, la pintura, la escultura siempre que no sean divulgadas.

Tratándose de la injuria verbal, aunque la ley no lo diga expresamente, se necesita la presencia física de la persona deshonrada. Cuando la injuria se realiza por medios visuales como dibujo, carteles o vía telefónica la persona ofendida debe estar presente en el momento de explicarse el contenido de la comunicación ofensiva.

Para Manzini y Núñez las injurias recíprocas que se dan entre dos personas tienen una relación de causa efecto, ya que la segunda injuria (injuria-respuesta) debe tener su génesis en la primera (injuria-provocación); en ese sentido, una injuria verbal podría ser contestada con otra injuria verbal o con un gesto.

De esta manera, Revisando la historia nos percatamos de la duplicidad del honor y la injuria que se conserva hasta en la actualidad. En consecuencia y conforme al CP de 1995, el pensamiento no delinque, pero su expresión verbal puede llegar a integrar alguna figura delictiva, siempre que la conducta de que se trate se encuentre tipificada formalmente como infracción (pudiéndose ver así los delitos de injuria, calumnias, ofensas al Rey u otras instituciones de Estado o las Comunidades Autónomas, apología o provocación al delito, principalmente); o que la expresión no se encuentre cubierta por alguna causa de exclusión de la antijuridicidad (entre las que se cuenta el ejercicio de las libertades de expresión, opinión o información). Se exponen a continuación los problemas significativos que ha abordado la jurisprudencia española en esta materia.

El art. 208 (párrafo 3ero) nos dice:«Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Como se indica por los artículos de CP las expresiones tienen límites y en especial las expresiones de los medios de comunicación o libertad de opinión, pero hay dos momentos que debemos subrayar en este capítulo cuando se critica al funcionario público, a las instituciones o personas jurídicas.

No obstante, como acertadamente ha señalado L. LÓPEZ GUERRA, «La Libertad de información y el derecho al honor», y la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y las libertades públicas, cuando se trata de personas que ocupan cargos públicos o instituciones públicas o privadas (y con ocasión del ejercicio en ellos) la jurisdicción competente para conocer las eventuales injurias o calumnias será la penal,

Esto se debe en buena medida a la evolución de las concepciones sobre la naturaleza del bien jurídico honor en el seno del Derecho penal y a la pretensión de la doctrina científica de proteger penalmente sólo los bienes jurídicos estimados esenciales en la convivencia, cuando éstos se lesionan o ponen en peligro de modo intolerable y su protección resulta insuficiente por otras vías jurídicas. La tutela penal del honor debe, pues, quedar reducida, conforme a las premisas que se deduzcan de aplicar una Política Criminal racional del bien jurídico honor.

Como es sabido, de los delitos de injurias y calumnias surge responsabilidad civil ex delicto, (regulada con carácter genérico en los artículos 19 y ss y 101 y ss., completada por la regulación civil (art. 1902 CC) y por artículo 4.5 de la ley 62/1978 y, por lo que se refiere a los criterios de la determinación de la cuantía de la reparación en los casos de intromisión ilegítima de la intimidad, en los artículos 1.2 y 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección

civil del derecho del honor , a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.³⁵⁴

III. Conducta típica

La conducta típica debe integrarse de las dos componentes necesarias de todo comportamiento: la parte objetiva y la parte subjetiva. ...La parte objetiva y la parte subjetiva de la concreta conducta deben encajar en la parte objetiva y subjetiva del tipo para que concurra una conducta típica.³⁵⁵

En el delito de injurias el tipo objetivo inicia desde la resocialización de actos y lo que son imputación de los hechos y los juicios de valor. La acción típica violentando la antijuridicidad, llega a un contenido lesivo del bien jurídico honor, por parte de la exteriorización de una conducta a través de la voluntariedad.

El causalismo define la conducta como el acto voluntario, a través de un nexo causa-efecto, bajo la denominación deber del cuidado. Los autores marcan la distancia que existe entre causa y el resultado del delito cometido por la lesión de un bien jurídico. Esta definición del acto voluntario es un concepto de acción³⁵⁶ de von Liszt orientado por las ciencias naturales.

³⁵⁴ Vid. S, Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos de difamación*, Barcelona, 1987 pags. 52 y ss.; E. ESTRADA ALONSO, El derecho al Honor en la LO 1/1982, 5 de mayo, 1989, pags. 58 y ss.

³⁵⁵CARDENAL MURILLO, pag. 166.

³⁵⁶ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico-penal de acción*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Año 1996, Colombia. P 20. “Utilizando una expresión de Beling: “para constatar que estamos frente a una determinada acción es suficiente saber que el autor ha actuado o no ha actuado voluntariamente.” “... según RADBRUCH. La “acción” debía ser el concepto introductorio y configurarse de tal manera que pudiese ser completada con las cualidades ‘antijuridicidad’, ‘culpabilidad’, y ‘punibilidad’”.

El doctor Miguel POLAINO NAVARRETE, dice: “Al analizar los principios rectores del Derecho penal, vimos que entre ellos se contaba con el *principio de acto*, que exige la exteriorización de la voluntad criminal en una conducta humana como *presupuesto fundamental* de la reacción punitiva (sin acción típica y antijurídica no hay delito, y sin delito no se fundamenta una pena).

Este sistema de *Derecho penal de acto* es el único aceptable al modelo del Estado de Derecho. A ese modo se oponen abierta y frontalmente el *Derecho penal de autor* así como muy próximamente al mismo, el denominado *Derecho penal de la voluntad o de ánimo*, que inspiraron determinados ordenamientos punitivos totalitarios (v. gr. el de la Alemania nazi).

Ambos sistemas (de autor y de la voluntad) se encuentran en una línea progresiva de *subjetivización o espiritualización* del derecho penal, de manera que castiga al sujeto no tanto por lo que hizo sino en atención a la *cualidad del sujeto agente* (en el sistema penal de *autor*) o incluso por *predisposición subjetiva contraria a la norma* (en el sistema del Derecho penal de la *voluntad*).”

La acción típica que es el estudio en el que se está definiendo el delito de injurias tiene dos elementos fundamentales como es el tipo objetivo y el tipo subjetivo. El tipo objetivo que es la parte que se analizará la fase externa³⁵⁷ del

³⁵⁷Vid POLAINO NAVARRETE, Miguel. Derecho Penal Parte General, Teoría Jurídica del Delito. Tomo II, Volumen I. Editorial BOSCH, Barcelona España 2000. p. 193. define la diferencia substancial de la “acción”: “Los eventos externos que contienen una manifestación de voluntad de la persona, y que en el ámbito de relación social aparecen dotados de relevancia siendo susceptibles de valoración jurídica, dejan de ser hechos hechos, y pasan a ser acciones humanas.

La acción, por tanto, integra una noción distinta a la de hecho. Y por ello no debe identificarse. No obstante, en cierto modo, es generalizada la incorrección terminológica y conceptual que se critica. En rigor, la acción representa una genuina categoría conceptual dentro

delito, busca configurarse, complementarse, enlazarse con la fase interna que es el tipo subjetivo para crear las condiciones objetivas de la punibilidad.

Ahora iniciaré con la definición de acción típica y la importancia de los elementos subjetivos del injusto.

En definición de acción, Miguel POLAINO NAVARRETE afirma su posición de dicho concepto marca transparentemente el sentido de la palabra:

“La acción se diferencia fundamentalmente de los demás elementos del delito por dos rasgos distintivos, a saber: a) su originaria naturaleza *óntico-ontológica* y b) su directa naturaleza de la *voluntad* humana del autor, por lo que se atribuye cada manifestación de voluntad a una persona determinada. ... Toda *acción* en sentido penal es una acción *típica*. La tipicidad delimita el alcance del concepto de la acción ante el ordenamiento penal.”

Con relación a lo que estamos viendo la *voluntariedad* es el hecho humano con iniciativa, capacidad y aptitud de realizar una acción externa relevante por un sujeto activo de forma típica y antijurídica, definida como actos humanos voluntarios.

A éste respecto JAKOBS señala que «se trata pues, en lo referente a la expresión de sentido, de un accionar en el mundo material, y con ello necesariamente de un estar bajo la influencia de las normas en el entorno de la sociedad; sólo así –como ya se expuso- pueden estas normas del entorno, al menos de forma mediata, ser relevantes socialmente».

de los hechos de especial configuración, por cuanto conecta de manera ineludible a la autoría de un comportamiento personal socialmente relevante.”

En el delito de injurias, una vez realizado el sustancioso e importante análisis del tipo objetivo me limitaré a trabajar sobre la parte externa sujeto activo en dicho delito.

En esa parte de externa y manifestación de voluntariedad es donde se está trabajando el tipo objetivo³⁵⁸, a través del sujeto activo, quien exterioriza esa voluntad y su conducta humana³⁵⁹, la cual relacionará al sujeto pasivo, que puede verse afectado por la antijuridicidad del hecho propiciado por el acto, a través de la lesión del bien jurídico penalmente protegido.

El bien jurídico penal u objeto jurídico, debe ver las diferencias formadas entre las partes, en este caso, los objetos, material y jurídico, que existen entre estos objetos protegidos por el Estado, pero en especial como ya analizamos líneas arriba, la importancia del bien jurídico penal honor *versus* delito de injurias y el estudio del objeto material o de la acción cuando recae en el sujeto pasivo.

El art. 208 CP estipula el tipo objetivo del delito de injurias haciendo la descripción jurídica y la violación de la antijuridicidad que se manifiesta por la resocialización de actos, imputación de hechos, o los juicios de valor que

³⁵⁸ MIR PUIG, Santiago. *o. u. c.* “El Tipo penal supone la presencia de tres sujetos que se encuentran en una determinada relación recíproca: el sujeto activo (quién realiza el Tipo), el sujeto pasivo (el Titular del Bien Jurídico-penal atacado por el sujeto pasivo) y el estado (llamado a reaccionar la pena).”

³⁵⁹*Ibidem.* p.() “La conducta humana, en cuanto exige la voluntariedad, es la primera de las condiciones de imputación del resultado típico: sin ella no puede imputarse a nadie. La peligrosidad *ex ante* de la conducta es condición de imputación a un hombre medio. La posibilidad de imputar personalmente la infracción a un sujeto penalmente responsable, constituye de último nivel de imputación jurídico-penal. *Una teoría del delito equilibrada ha de combinar ambas perspectivas: la del objeto de la imputación y la de las condiciones que hacen posible ésta.*”

lesionan el honor como ya lo trabajamos líneas arriba, lo que refiere a la afectación del honor interno (dignidad intrínseca) o el honor externo (laheteroestima) de la persona.

La acción típica del delito se puede generar por la conducta humana de la comunicación oral o escrita, la palabra, las caricaturas, el gesto, cibernéticas entre otras formas de expresión.

La comunicación a través del lenguaje, comunitario o individual, sirve tanto al emisor como al receptor para transmitir ideas dentro de un diálogo, POLAINO-ORTS, en una de sus obras, nos habla sobre el Derecho y el lenguaje como sistemas sociales y dice:

“En el presente tema se dan cita dos elementos esenciales de toda Sociedad: el Derecho y el lenguaje. Ambos son componentes imprescindibles del concepto de lo social. ...y ello significa, en primer lugar, que definen a la Sociedad, a la persona en Derecho, al ser racional; pero también quiere decir que Derecho y lenguaje son únicamente predicables de aquellos sectores donde haya comunicaciones, expresiones de sentido, ...el lenguaje, no es más que uno de los sistemas de comunicación: constituye el llamado sistema verbal de comunicación, y puede ser oral o escrito. Emplea en ambos casos palabras como signos gráficos de exteriorización. Varía sólo la forma en que la palabra representa: en el lenguaje oral mediante sonidos (articulación sonora de sílabas) y en el lenguaje escrito la palabra se exterioriza mediante una representación gráfica: la escritura. Ambos (la escritura y el habla) son sistemas de exteriorización del lenguaje, esto es, del sistema verbal en comunicación.”

POLAINO-ORTS en trabajo conjunto con Miguel POLAINO NAVARRETE, en el libro «Cometer delitos con palabras» cita al autor del libro *How to do things*

with words (Cómo hacer cosas con palabras), John L. AUSTIN. Este último autor nos menciona los actos locutorios³⁶⁰: el hecho de hacer algo o decir algo.

“En primer lugar, se encuentra aquellos tipos de delitos cuyo medio directo de comisión es la palabra oral, la emisión verbal de un enunciado lingüístico: el falso testimonio en juicio, modalidades orales de injurias, calumnias, coacciones, etc. este primer ámbito es ciertamente reducido porque muchos tipos penales son, en los respectivos Códigos penales, con una fenomenología únicamente verbal. Son los que, propiamente, podríamos denominar <delitos de habla>”.

La acción típica como manifestación de ideas por vía oral o escrita deduce situaciones antijurídicas por el hecho de conductas expresadas con intenciones buenas o malas al momento de criticar y excediéndose del uso de la palabra para cometer el delito de injurias

Los medios de comunicación son una fuente de léxico difundido por diferentes tipos de expresiones, que llegan a incomodar por información o crónicas criticables de los sucesos realizados.

El tipo objetivo como elemento de la acción típica, debe en estos casos accionar con la manifestación de la voluntariedad, a través de ideas peyorativas de los actos realizados y que tienen como resultado la mala aplicación del léxico, que hace que se cometa una conducta típica antijurídica y culpable.

³⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO ORTS, Miguel. *Cometer delitos con Palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*. Editorial Dykinson S. L. Madrid 2004 p. 45 “Nos define el Acto locutorio “En primer lugar, el acto de expresar, manifestar, pronunciar o decir un enunciado, o sea, el acto que consiste en la emisión de los sonidos o ruidos portadores de un sentido y que integra un vocablo o una expresión lingüística. A este primer acto de expresión o manifestación ... (“locutoryact”) y se corresponde con la dimensión locucionaria del acto lingüístico.”

El tipo objetivo no necesita que el sujeto activo se dé a conocer como autor de las expresiones injuriosas, que pueden llevarse a cabo anónimamente, dado que lo relevante penalmente no es de quién procede la imputación, sino a quién se refiere. La conducta injuriosa presupone la emisión de un mensaje y su captación por el receptor de dicho mensaje, al menos dar a entender a quién se refiere el predicado injurioso.

La manifestación del delito de injuriosa en concreto y la lesión del bien jurídico honor, son delitos que se realizan con expresiones de forma concluyente con contenido ofensivo. Estas formas de expresión recaen en delitos contra la intimidad del ser por conductas que se dan en acciones típicas, por abuso de lenguaje con las expresiones del hecho, mensaje normativo dentro del tipo penal.

POLAINO NAVARRETE nos habla sobre el concepto ontológico y normativo de acción en términos de que “uno de los más grandes debates que desarrollaron la doctrina penalista fue relativo a la naturaleza ontológica o normativa de la acción. El ejemplo más claro lo podemos encontrar en la ruptura del funcionalismo de JAKOBS (defensor del normativismo extremo en Derecho penal) representó respecto del finalismo de su maestro WELZEL.

En la actualidad, cabe preguntarse si ese debate entre ontologismo y normativismo sigue siendo productivo. Ello puede verse claramente en el ejemplo de los delitos del habla (que consisten en la pronunciación injurias, falsos testimonios, etc.): a la emisión oral de una expresión lingüística no se le asigna siempre el mismo significado, no obstante de tratarse de las mismas palabras en el mismo idioma.³⁶¹

³⁶¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Editorial ARA Editores, Perú 2015, pág. 347

La acción típica, siguiendo los principios rectores de una conducta humana, implica la infracción de una norma jurídico penal, así, la concreción de un delito, lesionando el bien jurídico honor interno por la acción de una voluntariedad externa.

El concepto final de acción, obra de WELZEL, surgió también como resultado de un giro de la metodología jurídica. Así como el neokantismo valorativo determinó la transformación del concepto naturalístico de acción, la aplicación de método *fenomenológico y ontológico* al Derecho penal llevó a la sustitución del concepto causal por un concepto final de la acción.

La acción no es sólo causada por una voluntad, cualquiera que sea, sino es conducida finalmente por el contenido de finalidad de la voluntad. La consecuencia fundamental de este planteamiento es la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos: si el delito es acción antijurídica, la antijuridicidad debe recaer en la acción y ésta esencialmente en la finalidad, la cual en los hechos dolosos equivale, precisamente, al dolo. Con ello se han trastocado los cimientos de la teoría básica y neoclásica del delito, caracterizadas por la distinción de antijuridicidad y culpabilidad referidas, respectivamente, a las partes objetivas y subjetivas de hecho.

IV. Antijuricidad u ofensividad: la “gravedad” de la injuria

A) Generalidades sobre el bien jurídico

JAKOBS, trabaja con la teoría sistemático-funcionalista que entiende que el fin de lo derecho penal no es la protección de los bienes jurídicos, sino “la conservación del sistema y la confianza del ciudadano en el buen funcionamiento de éste.” La pena tiene la misión de confirmar el ordenamiento jurídico ya que la dañosidad del delito viene de una infidelidad al ordenamiento jurídico que

cuestiona la vigencia de la norma.

En la definición, de lo que corresponde a la protección de las Concepciones Normativas se continuará con la descripción dogmática del Bien Jurídico penal, es importante, analizar, los intereses sociales que refiere a la protección o tutela sobre este derecho penal. En un sentido, totalmente profundo de investigación. El estudio lo enfocaremos en un principio a la definición del Doctor Miguel POLAINO NAVARRETE, en su obra “El Bien Jurídico en el Derecho Penal”, donde define su concepto:

“El concepto del bien jurídico... expresa el concreto objeto de protección o tutela en el ámbito específico del Ordenamiento jurídico penal, que a su vez, sin embargo, puede asumir relevancia en otros sectores del Derecho”³⁶².

Santiago MIR PUIG dice “que el «Bien Jurídico»es, pues, más amplio que el de «Bien Jurídico Penal»³⁶³.

³⁶²Vid POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El Bien Jurídico Tutelado en el Derecho Penal*. Publicaciones Universidad de Sevilla. Editorial Católica Española. Sevilla 1974. p. 31. En éste sentido en la misma obra el Doctor Polaino Navarrete cita a FEUERBRACH que define al Bien Jurídico Penal de forma Doctrinal “Según FEUERBACH, el objeto de protección, integrado por una facultad jurídica privada o una atribución externa e individual constitutivas de derecho subjetivo, representa el núcleo esencial del hecho punible, sobre la que ha de configurarse el concepto jurídico de delito” *u.o.c.* p. 96. Además en una de sus Citas al pie de página define; “...Tres categorías fundamentales de bienes jurídicos deben distinguirse como relevantes para el Derecho penal con arreglo a las necesidades a cuya satisfacción proveen: bienes materiales o físicos e inmateriales morales, bienes individuales (privados), y bienes colectivos o sociales (privados o públicos)”. *u.oc.* p. 31

³⁶³ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*, Editorial REPERTOR, Sexta Edición. Barcelona 2002. p. 125 Describe la diferencia entre Bien Jurídico y Bien Jurídico Penal; “... el Derecho penal *sólo* deba proteger <bienes jurídicos> no significa que *todo* <bien jurídico> haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se

Así también, Miguel POLAINO NAVARRETE³⁶⁴ menciona: «Ahora bien, en tanto no consten fundamentos metodológicos y sustanciales suficientes, el significado de cada uno de los términos que reflejan un especial contenido dentro de una ciencia jurídica no debe ser tergiversado, del mismo modo que tampoco resulta procedente sustituir la propia denominación de los mismos por cualquier otra, a título discrecional.

En el supuesto concreto de la ofensa, se hace preciso observar se concurren o no las características de fundamentación determinantes de la necesidad o conveniencia de suplantar mediante el empleo de esta expresión el término delito».

Si, desde un punto más político criminal, con objeto de confrontar el trabajo de dogmática, dentro de las definiciones penales, en un análisis de Derecho penal actual, del bien jurídico, del tema en éste caso el de la *fama y el Honor*, Alfonso CÁRDENAS MURILLO en su libro *Protección Penal del Honor*, y éste bien jurídico penal se confronta con el funcionalismo normativo y la teoría de los sistemas desarrollada por Günther JAKOBS.

opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario de Derecho penal”. *Ibidem* POLAINO NAVARRETE hace el estudio de la delimitación entre *bien Jurídico y Bien Jurídico Penal* “Si al concepto de bien Jurídico precede el de bien, en la base de la noción de bien se encuentra presente, a su vez, la de necesidad, sin la cual ni siquiera es dado perfilar de modo preciso que sea, desde el punto de vista jurídico, el bien para la persona o para la sociedad” La Definición de “Bien Jurídico... Penal...” se realizó con anterioridad en el trabajo de actual.” pp. 30 y 31.

³⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El Bien Jurídico Protegido*, Editorial Católica Española, Sevilla, 1974, pág. 113.

La estructura de la norma penal tiene como principio el concepto de objeto³⁶⁵ de la tutela. El honor, como bien jurídico protegido del delito de injuria, según, CARDENAL MURILLO los divide, en un principio, dos aspectos fácticos. El honor subjetivo, o que, mejor se puede llamar, como fama y, el honor objetivo³⁶⁶,

³⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, M. El Doctor lo conceptualiza de una forma genérica abstracta “El concepto ha recibido en el Derecho penal, donde asume fundamental contenido, una aplicación de diversos sentido y alcance vario. En ocasiones, se ha recurrido a utilizar su pura acepción lógica, en tanto que otras veces, en cambio, se ha acentuado de modo prevalente su aspecto normativo en el indicado ámbito jurídico.

Por objeto en sentido propio debe entenderse todo lo que es susceptible de consideración por la conciencia humana. Del sólido fundamento lógico que caracteriza la presente noción deriva el entendimiento de que el concepto de objeto presupone el de sujeto, de tal modo que ambos se reclaman recíprocamente ”.

³⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, M. “Aceptando por nuestra parte la necesidad de un criterio objetivo en la configuración de concepto, según los términos de planteamiento enunciados, entendemos que el interés, en Derecho penal, denota la relación que media entre un sujeto y un bien, y que precisamente posibilita a aquél el disfrute de éste orden a la satisfacción de una necesidad. Pag 31 Además concluye una de sus definiciones en su obra “Debe descartarse, como sintética el formulación, que el interés no expresa un juicio de valor personal, o el resultado de una serie de valoraciones subjetivo-individuales sobre un objeto. Tampoco refleja, simplemente, la condición de propiedad de la utilidad de un bien para la satisfacción de una necesidad humana. El concepto interés constituye, en esencia, el exponente de una singular situación subjetiva-objetiva: hombre y un bien que hace posible que aquel, ya el efectivo señorío (en el puro sentido realista de disponibilidad jurídica no subsumible en un título más específico) sobre éste, ya la mera expectativa del mismo.”

En lo que respecta a la Objeto de la acción, en éste sentido el Polaino Navarrete quien en profundo estudio jurídico dogmático manifiesta en sentido estricto que; “El objeto material constituye base del actuar típico y momento de referencia tangible de la voluntad antijurídica del autor sólo en aquellos delitos que para ser consumados requieren una realización fáctica , materialmente apreciable, en cuanto exigen una alteración efectiva –esto es, realista- en el mundo externo, perceptible de los sentidos.

En aquellos otros supuestos típico que no se precisa la producción de resultado alguno (v, gr., en la injuria, amenaza o acusación y denuncias falsas...), consumándose el delito con la

reputación externa. Esto es visto desde un mero punto psicológico-social. No dejando de lado, que la fama (o mejor llamado sentimiento subjetivo del honor), puede estar, muy por debajo, del verdadero valor de la persona. (Así, pues, la doctrina actual hace mención y rechaza concepciones fácticas del honor, por lo que según esta definición no puede ser tutelada por el derecho penal).

Desde un punto fáctico social, el honor constituye delitos de peligro abstracto, lo cual marca que lo decisivo, en este caso como tutela del derecho penal no es la fama –como sentimiento subjetivo- sino el honor, como bien jurídico protegido por el derecho penal.

Los delitos de peligro de abstracto, donde se interpreta el hecho, de que una manifestación sea apta, o no, en general para afectar a la fama (o al sentimiento subjetivo) del sujeto pasivo, lesione su honor³⁶⁷ y su bien jurídico protegido por la tutela penal³⁶⁸.

mera exteriorización de la voluntad del sujeto desprovista de todo correlato de índole sustancial externamente perceptible, el objeto de la acción, sobre ser inexistente, resulta de todo punto innecesario, al agotarse la acción en la misma manifestación de la voluntaria sin precisar ninguna situación o realidad sobre las que se materialice tácticamente.

³⁶⁷ (ESCRIBIR CITA 28... PAG 30.. LIBRO) CARDENAL MURILLO Alfonso. u.o.c. pp.30 y 31. Se cita en el libro Protección al honor a H. J. Valle Muñiz <Algunos aspectos>, pág. 653, M. BAJO FERNANDEZ, “*Protección Al Honor*” pág. 125. “Si Se identifica el bien jurídico honor con el sentimiento subjetivo, no podría evitarse caer en la penalización de los casos de bagatela. Ante cualquier falta de tacto o expresión hostil, por insignificante que fuera, como en un sujeto muy picajoso se heriría el pundonor, habría que afirmar la presencia de injurias. Por otra parte, la inseguridad jurídica se derivaría de que una misma expresión injuriosa dirigida a un sujeto hipersensible y pagado de si mismo constituiría injurias, y dirigida a otro, no”; el mismo HIRSCH, en el mismo libro p. 33, señala “... el concepto honor se basa en la dignidad de la persona, de lo que deduce que no puede aumentar más allá de su posesión plena... ..El ataque mediante una acción externa, al honor, no puede afectar (disminuyendo su contenido) al honor mismo entendiendo normativamente, ...sino lo que resulta vulnerable es la pretensión o derecho del bien jurídico... ..el bien jurídico honor sólo podrá verse disminuido

Al valor intrínseco de las personas protegido por el bien jurídico honor, CARDENAL MURILLO lo plantea en una división: el honor interno y el honor externo. En el honor interno, aplica la máxima hegeliana: “respeto a la persona por el mero hecho de ser persona”³⁶⁹, y el honor externo lo define como la posibilidad que asiste a todo individuo por igual a ejercer el libre desarrollo de su personalidad, a través de sus propios actos, o mejor conocido como heteroestima.

Según VIVES ANTÓN, el bien jurídico, honor, parte desde la dignidad de la persona, lo que fama o heteroestima discrepa de lo que es la protección o lesión del bien. Él cataloga su posición de fama y heteroestima, como el bien jurídico, no puede consistir en la mayor o menor fama que un individuo concrete frente a los demás, por lo que hace pensar que el bien jurídico no violenta o lesiona la tutela penal de la persona. En lo que corresponde entre dignidad de la persona, maneja las subdivisiones de derecho de honor interno y el honor externo, el cual lo define, como heteroestima.

en virtud del propio comportamiento del autor, a través de la infracción de los deberes ético-sociales de actuación (deberes jurídicos y morales) mediante acción culpable.

³⁶⁸POLAINO NAVARRETE, Miguel, El objeto jurídico en el delito de injurias el interés y la infracción puede consistir en infracción en el resultado. «En todos los delitos de resultado, sin constatar la presencia del objeto material, ni siquiera existe conducta consumativa, a la que puedan referirse los predicados determinados del carácter delictivo del comportamiento. Por el contrario, en la totalidad de los tipos legales, sin la referencia al bien jurídico protegido no parece justificarse la existencia de ningún hecho punible».

Frente a la concreción característica del objeto de acto, el objeto jurídico representa una generalizadora abstracción normativa, que, sin embargo, no carece necesariamente de substrato fáctico, y que desde luego trasciende en gran medida más allá del ámbito dogmático y funcional del objeto material, dependiente –según se ha indicado– de la naturaleza y dinámica constitutiva de la conducta, tal como ésta aparece descrita en los distintos tipos de delito por el legislador penal”

³⁶⁹*Ibidem* pág. 39.

Además de hacer una concepción de ideas, sobre el honor y las esencias que debe de cuidar en momentos ordinarios de críticas entre sujeto activo sobre el sujeto pasivo, guardando un estado cognitivo sobre los elementos para que se dé la injuria. Ese cuadro de concepción del honor debe; respetar el Principio de Igualdad; el bien jurídico y la falsa impunidad y, conduce presupuestos mínimos “abstractos”.

B) Bien jurídico en los delitos contra el honor

Es importante señalar en principio que la relación interna entre los tipos de la injuria, se debe empezar a analizar desde el tipo básico de los delitos contra el honor, en este caso el delito tipificado en el art. 206 del CP español, ya que la injuria consiste en la imputación de hechos constitutivos de delitos.

En lo que respecta al honor hay que tomar en cuenta que es de los bienes jurídicos que se debe estudiar con delicadeza jurídica para encontrar sus límites con en la cultura dentro de la sociedad, así como los límites jurídicos y el principio de proporcionalidad en la colisión de las leyes penales y las constitucionales. En este sentido, en los autores que hemos mencionado encontramos diferencia en las definiciones sobre este bien jurídico. BACIGALUPO, nos dice, “esa simetría entre valoraciones jurídicas y sociales no siempre se produce, porque existen hechos no delictivos capaces de originar mayor desprestigio social que otros tipificados por la ley como delitos”.

Es fundamental indagar en las distinciones entre honor objetivo y honor subjetivo, de igual manera diferenciar entre el honor real y aparente, merecido o meramente formal externo o interno. En estos tipos de honor es por donde se iniciará y se desmembrará la posición de cada aspecto que se refiera a la definición del bien jurídico tutelado, aquí nos daremos cuenta que no todas las definiciones de honor coinciden, además de plantear los aspecto ontológicos y

normativos que influyen en el contenido y su descripción en la tipificación del delito. Entraremos en detalle sobre las distintas concepciones de honor.

Al hablarse hoy en día del concepto de acción, habitualmente (y aquí se sigue en un primer momento esta concepción para poder corregirla después) se está hablando de una parte del concepto injusto, más concretamente de un segmento *donde es más común el tipo de injusto*: ya sea el injusto de un homicidio o el de un delito de daños, el injusto de un delito de lesión o de un delito de peligro abstracto. En todos ellos, siempre es necesario que concurra una acción, al menos en el ámbito de la comisión.

Un concepto jurídico-penal debe combinar sociedad y Derecho penal, para que no quede convertido en un concepto de mera utilidad. Asimismo, debe contener una teoría lo más completa posible del comportamiento jurídico penalmente relevante. La acción debería ser el concepto introductorio y configurarse de tal manera que pudiese ser completada con las cualidades antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Los elementos se alinean de tal manera que el Derecho penal funciona, pero el concepto causal de acción no aporta nada para resolver las cuestiones acerca de por qué funciona y de qué Derecho penal se trata.

IV. Tipo subjetivo: dolo y elemento subjetivo del injusto

El tipo subjetivo en los delitos contra el honor es el dolo, constituido por la conciencia y la voluntad de calumniar, difamar o injuriar. En principio, estimamos que la ley no exige determinada intención o móvil especial por parte del sujeto activo; éste por social que fuere no elimina la tipicidad legal. El dolo es suficiente.

En consecuencia, rechazamos los intentos doctrinarios de encontrar en estas infracciones la existencia de un especial "*ánimus injuriandi*", puesto que la ley no contiene dentro de su estructura un sustento que connote un elemento subjetivo del tipo de dolo, pues inclusive el término "a sabiendas" del art. 186 no puede ser entendido como un elemento subjetivo del tipo del dolo, ya que en esta figura hay dos hipótesis claramente separadas por una conjunción disyuntiva, y que en el caso concreto deben reunirse en el omnicomprendido "a sabiendas" que, en este caso, es el tipo subjetivo común a ambas.

El autor del delito de injurias debe abarcar intelectivamente todos los elementos del tipo objetivo. Así, para responder por delito doloso, el autor ha de tener en cuenta que sus manifestaciones ofensivas van a llegar a conocimiento de destinatarios (el ofendido o terceros) que captarán tanto el enunciado como su contenido significativo. No obstante, cabrá, el menos conceptualmente, la posibilidad de imprudencia relativa al elemento típico de la recepción intelectual por algún destinatario.

Exigir cierto grado de relación cognoscitiva (al menos en forma de posibilidad entre varias) con la falsedad de la imputación de tipo subjetivo de las injurias resulta necesario porque de lo contrario cualquier imputación de hechos deshonorosos (a sabiendas que lo son) constituiría injurias. Paradójicamente, ¡incluso la propia querrela por injurias representaría una injuria la querrelado!

Con respecto a la falsedad de la imputación de hechos, dado que esta constituye un elemento del tipo objetivo, si se exigiese el conocimiento contrastado de la falsedad de la imputación, la duda del autor sobre la veracidad (la falsedad no fehaciente constatada) haría decaer la tipicidad por injurias; pues, *tanto en la conducta en las que el autor conoce fehacientemente la falsedad de lo imputado o en las que existe un manifiesto desprecio o indiferencia hacia la verdad (dolo eventual), como aquellas otras en las que, pese a haber observado el deber de la diligencia adecuado en la indagación de la veracidad, duda*

seriamente sobre su veracidad, existe un riesgo de lesión para el bien jurídico, cuya asunción el ordenamiento jurídico no puede considerar.

En relación con el término falsedad, requerido expresamente en el tipo de calumnia, del art. 457 CP, se fundamenta, además de en una consideración de índole lógico-cognocitiva, atenta a las dificultades que en ocasiones plantea determinar aquello que resulta o no ser lo falso, en el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional a la hora de especificar qué puede entenderse como información veraz en relación al ejercicio del derecho establecido en el art. 20.1 d) de la CE. Lo veraz incluye no sólo lo que ajusta a la realidad objetiva, sino aquello que se deduce como subjetivamente cierto tras aplicar la suficiente diligencia a la hora de firmar una determinada versión de los hechos, *vid.* L. LÓPEZ GUERRA, “La libertad de información y el derecho al honor”, en PJ, núm, especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas. STC 6/1988, de 21 de enero, f. j. 5.º”.

En estos supuestos existe un riesgo para el honor del afectado, derivado de la circunstancia de que la sociedad pueda realizar un juicio de valor (con una significación negativa relevante) distinto de que realmente le correspondería en virtud de su efectivo comportamiento. La discrepancia entre ambos juicios hipotéticos determinará para el autor del delito de injurias la clasificación de su conducta.

El tipo subjetivo reside aquí única y exclusivamente en el dolo, que, como se acaba de puntualizar, requiere del conocimiento de la virtualidad lesiva para el honor de la imputación. Una vez comprobado tal conocimiento de que las propias manifestaciones son objetivamente injuriosas, se habrá afirmado la tipicidad, no pudiéndoselas excluir porque el sujeto se escude en que su intención no era menoscabar el honor ajeno del afectado –reclamada por jurisprudencia-, se

justifica en buena medida por el loable propósito interpretativo de conseguir una restricción del desmesurado ámbito que el tipo del injusto del delito de injurias entraña, consecuencia no sólo del amplio ámbito objetivo que el legislador atribuyó de la inasistencia doctrinal en no exigir para las injurias el requisito de la falsedad objetiva de la imputación, o bien en consideración a la peculiar naturaleza del delito, en tanto que incitación al desprecio o rechazo social, o como desprecio o vejación, sólo de modo intencional puede llevarse a cabo.

Formalmente la doctrina requiere el *animus injuriandi* por interpretar en sentido intencional la proposición “en” contenida en el art. 457 del CP, extendiendo tal consideración al delito de calumnia porque éste no es más que un tipo cualificado o agravado de las injurias y que debe, por tanto, contener todas sus características y algunas más. No obstante como ha señalado RODRÍGUEZ DEVESA..., la jurisprudencia suele exigir como requisito tal elemento subjetivo, deduciendo de su no concurrencia la atipicidad de las manifestaciones objetivamente injuriosas. El problema reside en que a partir de expresiones objetivamente injuriosas presume *iuris tantum* la intención de injuriar, entendiendo que corresponde al procesado la carga de la prueba en contrario, o simplemente infiere dicha intención de las circunstancias.

Por otra parte, la jurisprudencia mantiene que la presencia entre ánimos, como bromear, informar, criticar, defenderse, etc., puede excluir la del ánimo de injuriar, aunque no siempre, es decir, no descarta la posibilidad de su coexistencia, que en ocasiones anulará o contrarrestará el ánimo de injuriar, y en ocasiones no. De esta vía se ha servido el TS para abrir la puerta al ejercicio del derecho a informar y la libertad de expresión, entendiendo que la intención de informar desplaza en determinados supuestos a la de ofender, deviniendo atípica la conducta por falta del elemento subjetivo especial.

Rechazada, pues, la necesidad de verificar en los delitos de calumnias e injurias un especial *animus injuriandi*, es decir, partiendo de que los delitos

contra el honor el tipo subjetivo reduce a la exigibilidad del dolo, decae uno de los principales argumentos utilizados por la doctrina en orden de negar la posibilidad de *comisión imprudente*, de modo que admitirla o rechazarla quedará ahora sujeta exclusivamente a la compatibilidad lógica de esta clase de delitos con esta forma de comisión.

En este sentido, BERDUGO, partidario asimismo de entender la falsedad como elemento del tipo, se plantea la convivencia de restringir la protección penal del bien jurídico honor aquellos ataques que resulten más graves, presentándose como aconsejable sólo la incriminación dolosa, pero no la imprudente. Técnicamente esta última resulta posible, pero cuando menos poco frecuente y de escasa relevancia político-criminal, lo que desaconsejaría su punición.

Piénsese, además, que el requisito de la falsedad como elemento del tipo objetivo –expresamente exigido para la calumnia y tácitamente sobreentendido para las injurias –da lugar a la posibilidad de supuestos en que el autor, sin actuar con manifiesto desprecio de la verdad, sino incluso habiendo contrastado sus fuentes de información, aún duda y, sin embargo, se decide a exteriorizar la imputación, dependiendo su calificación de la decisión normativa acerca de la intensidad del peligro de falsedad objetiva que se deriva de los factores de riesgo conocidos por el autor.

Pero, además, la posibilidad técnica de apreciar imprudencia incluye también aquellos casos en que, si bien no consta que el autor experimentó esa duda, ello se debe a que ha actuado culposamente en relación a la inveracidad de los hechos afirmados (situación de error de tipo “vencible” –según la terminología del art. 6 *bis.* A), 2º párrafo, CP-en que se dan los requisitos de imprudencia). Sobre estos dos tipos de supuestos puede desplegar su eficacia justificante el ejercicio de las libertades de expresión e información y no, obviamente, sobre los casos de la fe por conocimiento fehaciente de la falsedad

(dolo directo) ni desprecio ostensible hacia la verdad (casos de claro dolo eventual).

También resultará posible su apreciación, cuando no sean abarcados dolosamente otros elementos del tipo de injusto, y pese a ello resulte aún posible su persecución criminal. Se trata de supuestos de transmisión del enunciado injurioso, debido a descuido, como los indicados por RODRÍGUEZ DEVESA (escrito injurioso no destinado a ver la luz, que llega a manos de un tercero por la negligencia del autor), en imputar. El contenido de esta acción no consiste sólo en atribuir determinado juicio de valor o hecho a la víctima, sino que también lleva implícitamente la acción de darlo a conocer al propio interesado o a terceros. Consiguientemente, la acción de imputar resultado (posibilidad de que terceros llegasen a conocer su imputación), se comportó infringiendo la norma de cuidado objetivo destinada a prevenirlo. Sin embargo, el principio de insignificancia aconseja la impunidad de gran número de tales conductas.

V. *Iter criminis*

En relación con el momento consumativo del delito de injurias, la doctrina se plantea si este se produce cuando se exterioriza la injuria, o en el momento, quizá muy posterior, en que esta llega a oídos del agraviado, o de terceros, con la natural repercusión para el comienzo del término de la *prescripción* derivado de una u otra solución, sobre todo en los casos de injurias por escrito, en los que puede mediar algún tiempo entre ambos momentos.

Al margen de las consecuencias en materia de prescripción, la determinación del momento de consumación posee un interés solo relativo, dado que al tratarse de un delito privado, la propia persecución del delito implica por lo general que el delito se ha consumado ya, es decir, que ha llegado a conocimiento del sujeto pasivo. Lo que sí parece suficiente para la consumación es un mínimo de «publicidad», es decir, que la injuria llegue a conocimiento de

los demás, preferentemente de las personas del círculo nodal del agraviado, aunque no necesariamente a conocimiento de este. Esto significa que, una vez consumado el delito, carece de relevancia exculpatoria una posible rectificación por parte del sujeto activo. En las injurias por escrito, el TS entiende que la mera impresión no determina la consumación, sino que se requiere además de la difusión del impreso.

Lo que presenta mayores dudas es si basta para la consumación que el destinatario de lo afirmado lo perciba acústicamente, o si resulta necesario además que capte y entienda su sentido. La injuria exteriorizada, pero cuyo contenido semántico no alcanza a su destinatario o aun tercero (piénsese en el que a solas injuria a una persona sorda, o al transeúnte que por ser extranjero no entiende la lengua en que se le pretende ofender), parece constituir a primera vista un ejemplo típico de frustración.

Así pues, aunque la segunda opción (necesaria la captación del sentido injurioso) parece ser la preferible, por tratarse de un delito de expresión de pensamientos, contra ella surge la objeción de que en ese caso no podría afirmarse nunca la consumación en supuestos en que el sujeto pasivo es un niño o un deficiente o enajenado mental con un sentimiento del honor desarrollado solo parcialmente, e incapaces de comprender cabalmente, por ende, el sentido que el ofensor otorgaba a sus palabras. Ahí donde falta el sentimiento del honor y con ello la conciencia de la propia estima, es imposible desde el principio la comprensión intelectual de unas palabras atentatorias contra la dignidad personal, y por tanto, en ningún caso podría realizarse el tipo completamente.

De igual modo acontece en los supuestos de deshonor y descrédito, con la salvedad de que aquí la conducta capaz de deshonar o desacreditar, solo puede venir de la mano de una imputación falsa. Consiguientemente, el injusto típico de esta modalidad de injuria concurrirá cuando efectivamente se verifique la falsedad objetiva de lo imputado, pues solo entonces se darán las condiciones

mínimas que permiten apreciar con seguridad la puesta en peligro del bien jurídico honor, en tanto que dicha imputación falsa posibilita que la comunidad, a partir de ésta, pueda realizar la formulación de un juicio de valor de carácter negativo sobre la conducta del autor, distinta de la que realmente le correspondería.

En suma, los delitos contra el honor se configuran, pues, como delitos de peligro concreto, para cuya consumación resulta necesario comprobar la concurrencia del peligro que se pretende prevenir con su regulación legal, castigando por delito doloso consumado cuando, además de abarcar el autor conscientemente el peligro de lesión para el honor, y aceptarlo, concurre la situación objetivo-material (la falsedad objetiva de lo imputado, la expresión objetivamente injuriosa, etc.) que permite la lesión efectiva del honor. En cambio, por imprudencia, cuando la producción del resultado surja como consecuencia de la infracción por el autor de la norma de cuidado deducible objetivamente del síndrome de riesgo abarcado subjetivamente por el autor.

CAPÍTULO VII

EXCEPTIO VERITATIS EN LA INJURIA A PERSONAS JURÍDICAS

- I. Introducción
- II. *Exceptio veritatis*: análisis del art. 210 CP
- III. Naturaleza jurídica y consecuencias de esta institución

IV. Conclusiones

VII. 1La Injuria, el Bien Jurídico Protegido Honor y la *Exceptio Veritatis*

IV.1.1 Concepción del Bien Jurídico y la *Exceptio Veritatis*

La concepción del bien jurídico sustentada por los neokantianos arranca, en cierto modo, del planteamiento de Von Liszt, basado en la explicación del concreto contenido del Derecho positivo mediante la remisión a una realidad de acudir al terreno de lo social, lo hicieron al mundo espiritual de los valores.³⁷⁰

La *exceptio veritatis*, es decir la demostración de la certeza o falsedad de los hechos afirmados en nada influye en su carácter lesivo para el honor, si se parte de un concepto fáctico.³⁷¹

Los partidarios del concepto fáctico del honor vinculan su apreciación a un dato de la realidad (psicológica o social), conforme a lo que distingue entre honor subjetivo y honor objetivo. Por su parte, la perspectiva objetiva hace referencia a la reputación de que se disfruta, o a la consideración social que los individuos de una comunidad sienten hacia una persona en concreto (dato psicológico).

De acuerdo con este modelo, la tutela penal se extiende a la protección de ese sentimiento subjetivo de honor o al acontecimiento de la reputación que un individuo disfruta en el seno de la sociedad, protegiéndose tal apariencia, sin consideración alguna a su correcta o incorrecta fundamentación.

³⁷⁰ CARDENAL MURILLO, Alfonso; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, *Protección penal del honor*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pág. 22 y ss.

³⁷¹ *Ibidem*, pág. 30

La doctrina actual rechaza mayoritariamente las concepciones fácticas del honor por entender que la reputación externa (honor objetivo) puede negar la tutela jurídica de aquellos individuos que carezcan de «reputación social», conculcándose el principio constitucional de igualdad, consagrado en el art. 14 CE.

De igual modo, el sentimiento de autoestima (honor subjetivo) no puede ser objeto de tutela penal, en primer lugar por tratarse meramente de un sentimiento difícilmente compaginable con el bien jurídico, y en segundo lugar, porque la protección penal no puede depender de los cambiantes sentimientos del sujeto y de su mayor o menor sensibilidad.

El ataque mediante una acción externa al honor, no puede afectar (disminuyendo su contenido) al honor mismo normativamente, sino lo que se vulnera es la pretensión o derecho del bien jurídico honor a ser respetado conforme se deduzca de su valoración individual desde parámetros del deber jurídico moral. De acuerdo con ello, el bien jurídico del honor sólo podrá verse disminuido en virtud del propio comportamiento del autor, a través de la infracción de los deberes ético-sociales de actuación (deberes jurídicos y morales) mediante una acción culpable.³⁷²

Tales concepciones comparten, no obstante, un núcleo correcto, en la medida en que colocan el bien jurídico del honor sobre la noción de la dignidad humana, e intentan que la protección penal del honor no se traduzca en la quiebra del principio de igualdad. Estas premisas son las que asume la concepción estrictamente jurídica del honor propuesta por VIVES ANTÓN, que parte de la idea de que el concepto de dignidad humana perfilado a tenor del ordenamiento jurídico, y, en concreto, conforme al sentido valorativo de la Constitución, no

³⁷² *Ibidem*, pág. 33.

sólo constituye la esencia del bien jurídico honor, sino que determina también su contenido.

La esencia y contenido del bien jurídico en los delitos contra el honor ha de determinarse partiendo, como efectivamente ha señalado el maestro VIVES ANTÓN, del concepto de dignidad de la persona, y en concreto a través de la tutela de sus materializaciones mínimas, siempre conforme al sentido valorativo presente en la Constitución, o bien en el ordenamiento jurídico general.³⁷³

JAKOBS define a los delitos contra el honor ya no como delitos contra la persona, sino contra intereses públicos en que no se falsee la atribución informal (es decir, en sistemas de control social no formalizados), concibiéndolos como una especie de garantía de la veracidad de la atribución. Así, la titularidad social del interés queda desvirtuada –como al principio JAKOBS reconoce– por el hecho de configurarse los tipos contra el honor como delitos perseguibles, únicamente a instancia de parte (y no de oficio, como sería lo lógico si se protegiese un interés social); y el que se trate de tutelar a las atribuciones no veraces queda a su vez desvirtuado por el dato que no sólo se criminaliza la realización de imputaciones en sentido crítico o negativo, excluyéndose la de elogios sin base fáctica, inmerecidos.

Considerar que lo tutelado en los delitos contra el honor es el interés público en la información correcta sobre el comportamiento imputable, equivaldría a sostener que constituyen bienes jurídicos los intereses públicos en que se respeten cualesquiera otros bienes jurídicos individuales distintos al honor (patrimonio, propiedad, integridad física, etc.)

Con este alcance, también se protege la heteroestima como proyección de la dignidad frente a terceros, pero no la concreta consideración social que un individuo ostente o debiere ostentar conforme a determinado código valorativo,

³⁷³ *Ibidem*, pág. 36 y ss.

cerrándosele el paso a consideraciones –como dice GARCÍA DE PABLOS– aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas del individuo en el ámbito de los delitos contra el honor.

El bien jurídico en los delitos contra el honor queda, pues, configurado por dos consideraciones distintas, aunque complementarias, ambas emanadas del concepto de dignidad de la persona: el honor interno, o respeto a la persona por el mero hecho de ser persona, y el honor externo, o heteroestima, entendida esta como la posibilidad que asiste a todo individuo por igual de ejercer el libre desarrollo de su personalidad a través de sus propios actos y que el resultado de dicho ejercicio no se vea falseado.

Con una idea de honor concebida en tales términos, no sólo se respeta el principio de igualdad, sino que se explica el diverso trato penal que suele dispensársele a los distintos delitos contra el honor. Ahora, en todo caso, se protegerá por igual la no manipulación del acontecimiento, con total independencia de la mayor o menor estima social del afecto, pero la determinación de la gravedad del injusto podrá realizarse atendiendo a la trascendencia (conforme a ciertos criterios jurídicos y sociales) del comportamiento o suceso incorrectamente manipulado para el libre desarrollo de la personalidad (La mayor gravedad del delito de calumnia frente al de injurias, se debe precisamente a esta razón), así como el modo utilizado para llevarlo a cabo (injurias cometidas por escrito y con publicidad).³⁷⁴

³⁷⁴En este sentido, José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *op. cit.*, pág. 39 y ss. Considerando que hay que atenerse como referencia al sistema de valores de la sociedad en su conjunto, no al de determinados ámbitos reducidos. Por ejemplo, no constituiría injuria acusar de cobardía a un miembro de organización terrorista por atreverse a colocar una bomba ya que si bien ello puede constituir una ofensa en los círculos terroristas, no lo es según el sistema de valores de la sociedad. En el mismo sentido, JAKOBS, *loc. cit.* pág. 641, entendiendo que el único sistema de atribución que cuenta a estos efectos es el necesario para el mantenimiento de la sociedad, y no sistemas ajenos, como el de terroristas, ultrarevolucionarios, homosexuales, «militares», bandas criminales, etc. Del mismo modo, la atribución crítica conforme a

Por otra parte, en la tutela penal y civil del honor subyace un conflicto de intereses: por una parte, el interés de cada cual para manifestarse libremente sobre la conducta, cualidades y trabajo de los demás; y por otra, el interés personalísimo, de no verse denigrado por los reproches o afirmaciones de los demás. En otras palabras, tanto el derecho a la libertad de expresión como el respeto recíproco entre los distintos miembros de la comunidad jurídica constituyen principios que informan nuestro ordenamiento.

Al mencionar casos concretos, ha de precisarse que, por ejemplo, no reside el mismo interés en tutelar la libertad de expresión, si lo expresado sobre un tercero es verdadero o no, así como no es lo mismo acusar por una mera infracción de tráfico que por un delito. Habrá que afirmar la prevalencia del interés en la protección del honor cuando lo que se afirma sobre el sujeto pasivo es incierto y más cuando éste el ataque contra el valor como persona sea más intenso.

ideologías o morales no imperantes en la sociedad (como ciencia religiosas, o la ideología comunista: «¡Todo empresario es un explotador!») no constituirán ofensas, dado que en estos casos no se trataría tanto de falsear la atribución en el sistema existente como modificar dicho sistema, sustituyéndolo por otro. En *contrario sensu* CARDENAL MURILLO dice Sin embargo el concepto de sistema local imperante utilizado por JAKOBS se revela demasiado vago e indeterminado, ya que resulta difícil averiguar, en una sociedad pluralista, cual es el sistema imperante, e imposible fundamentar el criterio rector haya de ser precisamente el de ese sistema dominante. En efecto, la reputación de una persona es trascendente sobre todo en relación con su entorno inmediato, que muy a menudo compartirá el «sistema» de referencia de la atribución del destinatario de la ofensa, y no el imperante (en el supuesto de que resultara posible determina éste). Desde la concepción de JAKOBS se protege exclusivamente el *statu quo* social, negando toda posibilidad de revisión del contenido y de los valores de las relaciones sociales. Finalmente, conviene destacar que buena parte de la fuerza de convicción de los ejemplos esgrimidos por JAKOBS se basan en su carácter marginal, lo que mediatiza la decisión en torno a si hay que atender a la atribución conforme al sistema dominante o conforme al entorno social e ideológico del sujeto.

Por el contrario, la exteriorización de hechos verdaderos prevalece la libertad de expresión. Se tiene derecho a decir lo que es verdad, aun cuando lo dicho pueda afectar a la estima de los demás. Recortar este derecho supondría poner en tela de juicio uno de los pilares de la sociedad democrática.

Pero incluso cuando lo que se afirma es verdad, hay casos en que debe predominar el derecho al honor: son aquellos en que se exteriorizan hechos delictivos o inmorales de mucho tiempo atrás relativos a las personas en vías de rehabilitación social.³⁷⁵

Así, por ejemplo, la divulgación de un hecho objetivamente incierto, pero en cuya veracidad se creyó de buena fe, una vez realizadas las comprobaciones que el deber de ciudadano imponía, deben ser penalmente irrelevantes y por tanto impunes, pero pueden tener consecuencias civiles, al surgir la obligación de reparar posteriormente los daños causados en el honor ajeno.³⁷⁶ Esta interpretación conduce a privar de buena parte de su efectividad el derecho de comunicar (habitualmente ejercido por periodistas) y recibir información veraz consagrado en el art. 20.1 de la Constitución, dado que si el contenido de la información verdadera afecta el buen nombre de alguien, y ese alguien puede pedir exorbitantes indemnizaciones por el daño a su reputación («inmerecidamente en la consideración ajena»), en términos de balance estrictamente objetivo entre el antes y el después de la imputación, aquí encontraría un límite del derecho debería dejar de ser el ámbito sujeto a

³⁷⁵José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *u.o.c.*, pág. 42. En tal sentido, en el StGB austriaco (&113) se pune expresamente el reprochar una infracción penal ya resuelta judicialmente, es decir, cuando el responsable ya haya saldado sus cuentas con la sociedad. No cabe imaginar una manifestación más tajante del derecho a rehabilitar la propia reputación. Aquí, pues, lo que se ataca es una consideración social recuperada. En el ejercicio de la libertad de expresión no debe de representar un obstáculo para la recuperación y consolidación de un prestigio que en el pasado se perdió. “Una sociedad que se pretenda armoniosa debe garantizar a sus miembros la posibilidad de reparar su fama”.

³⁷⁶*Ibidem*, pág. 73 y ss.

responsabilidad civil (pese a la existencia de efectiva lesión de honor) supuestos como los de ofensas baladíes (la mera desconsideración, importunidad o impertinencia leves), las expresiones satíricas o humorísticas o las puras apreciaciones que responden a cuestiones de gusto.

Obviamente el conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor no pueden saldarse con la prevalencia de éste, sino que, como establece el TC, hay que acudir a la necesaria ponderación, que sólo puede realizarse si se parte del papel decisivo de la veracidad de las imputaciones. Sólo así se da cuenta de la realidad de que la transmisión de la información veraz está protegida constitucionalmente, pero considerando si la utilidad social en la divulgación supera, en el balance, al interés en el silencio del sujeto cuya estima se verá disminuida.

En cambio, la divulgación de un hecho verdadero, objetivamente lesiva para la consideración social (aparente) del afectado, no debe ser susceptible de reparación civil o castigo penal, dado que el ordenamiento jurídico no debe tutelar ni reforzar la hipocresía (mediante la tutela civil o penal), el *statu quo* del honor, al margen de si tal honor es o no merecido.

Pero como ya se afirmó en líneas anteriores, incluso cuando lo que se afirma sea verdad, hay casos en que parece que debe predominar el derecho al honor: son aquellos en que se exteriorizan hechos delictivos o inmorales de mucho tiempo atrás relativos a las personas en vías de rehabilitación social.³⁷⁷

³⁷⁷ José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO/ *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 42. En tal sentido, en el StGB austriaco (§113) se pune expresamente el reprochar una infracción penal ya resuelta judicialmente, es decir, cuando el responsable ya haya saldado sus cuentas con la sociedad. No cabe imaginar una manifestación más tajante del derecho a rehabilitar la propia reputación Aquí, pues, lo que se ataca es una consideración social recuperada (Cita 59). En el ejercicio de la libertad de expresión no debe de representar un obstáculo para la recuperación y consolidación de un prestigio que en el pasado se perdió. “Una

Los medios de comunicación de masas, hoy por hoy desempeñan un papel básico dentro de las democracias, pero también influye en el interés colectivo de la sociedad, tanto de personas públicas y privadas en los distintos sistemas sociales. A nadie se le oculta que la prensa juega hoy un papel decisivo en el control social de la comunidad, en la medida que su actividad crítica puede contribuir a consolidar la confianza que la sociedad deposita en los medios de comunicación, en otro caso, a denunciar posibles desafueros o arbitrariedades. Por ejemplo: el control de lo que hacen jueces y tribunales en el desempeño de su función, no sólo se realiza mediante los recursos jurisdiccionales que permiten la censura y rectificación por los tribunales superiores de lo resuelto por los inferiores. Existe también un control difuso, pero menos real, que se realiza a través de la opinión pública cuando se pronuncia sobre la actuación judicial. Este control no es concebible si, junto al derecho a ejercitarlo, no se reconoce y garantiza el derecho a estar informado. Otro sector que nos interesa es el empresarial para investigar y criticar si existe conflicto de interés o irregularidades sin rebasar los límites de la esfera de la intimidad personal.

A este respecto, la prensa cumple el noble objetivo de contribuir a la creación de una opinión pública libre con los tribunales, empresarios, o cualquier rol ciudadano que tenga un plus de protección, hasta el punto de legitimar el sacrificio de otros derechos constitucionales, siempre y cuando, la noticia sea veraz, que goce de relevancia pública y sea transmitida adecuadamente.

Ahora bien, una cosa es que, debido a ese papel institucional que la prensa juega en una sociedad democrática, los medios de comunicación puedan informar, a través de reportajes neutrales, de cuantas noticias relevantes sucedan en los distintos roles sociales, y otra muy distinta es que, a través de la tergiversación de las mismas, se pretenda desacreditar al ciudadano o se quiera

sociedad que se pretenda armoniosa debe garantizar a sus miembros la posibilidad de reparar su fama”.

influir en lo social, con el riesgo de infringir derechos fundamentales como el honor, o de poner en peligro bienes constitucionales como la intimidad o protección de imagen.

Hay que precisar que este conflicto constitucional de derechos, bienes y valores constitucionales en pugna, no se puede establecer una regla universal, según la cual deban tutelarse siempre las libertades de expresión e información³⁷⁸ y los derechos o bienes constitucionales de naturaleza personal.³⁷⁹

Junto a este límite absoluto existen otros dos límites relativos, que se imponen en el sentido de que la libertad de opinión o de crítica es mayor cuando los mismos no existen. Uno de estos límites es de carácter objetivo y el otro de carácter subjetivo. El primero hace referencia al carácter privado del hecho o circunstancia criticados y, al respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que, dentro de los hechos que pueden calificarse como de carácter público y, en consecuencia, no estar sujetos a este límite objetivo, el ámbito del debate público forma parte del núcleo más protegido del derecho a la libertad de expresión de ideas y de opiniones. Y es que el art. 20 CE asegura la preservación de una comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad democrática ni soberanía popular. Las declaraciones hechas en el seno de una controversia pública,

³⁷⁸ LOPEZ ORTEGA, Juan José, “La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia”, *Revista del Poder Judicial*, XVII, 1999, págs.37-140. Véase también GOMIS SANAHUJA, L., “Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos” págs. 159-170. Pese al silencio legal, ninguna dificultad existe hoy para su admisión, habida cuenta que, al menos, la intervención de la prensa se encuentra expresamente prevista en la ya mencionados artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 6.1 del Convenio de Roma. Así lo han reconocido expresamente tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cita 22), como el Tribunal Constitucional.

³⁷⁹ BARRERO ORTEGA, Abraham, *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant lo blanch monografías 692, Valencia, 2010, pag. 17 y ss.

ejerciendo el derecho de crítica, “están amparadas por la fuerza justificadora del art. 20.1 CE y por la posición prevalente de la libertad de expresión (...)” STC 136/1994.

Así fundado, el derecho al honor³⁸⁰ presenta una *vertiente interna*, también considerada subjetiva, que está constituida por la dignidad de la persona, y una *vertiente externa*, u objetiva, integrada por la reputación o fama, esto es, por el juicio que la comunidad tiene del individuo y que proyecta sobre él.³⁸¹ Ciertamente es que, jurídicamente, suele manejarse una concepción estricta de honor que lo vincula a la vertiente externa.³⁸²

En lo que concierne a la vertiente externa del derecho al honor, que consiste en la reputación, fama o consideración social, no es otra cosa que el reconocimiento, estimación u opinión colectiva que los demás hacen con nosotros.

Por lo demás, y como ya se ha dejado entrever, la defensa frente a las agresiones al honor se realiza en nuestro ordenamiento a través de tres vías. La vía de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de rectificación, que atiende al deseo del afectado por una información errónea y desmerecedora de su fama de que se publique la corrección al error. La vía penal, a partir de la tipificación de delitos de calumnias e injurias y de la falta de

³⁸⁰ MARTIN MORALES, Ricardo, *EL derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada 1994; VIDAL MARTIN, T., *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 136 y ss.

³⁸¹ SARAZÁ JIMENA, Rafael, *Libertad de expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona 1995, pág. 225 y ss.

³⁸² CARRILLO LOPEZ, Marc, “Derecho a la información y veracidad informativa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 1998, págs. 187-206.

injurias (art. 205 a 206 y 620-2º CP), reservada para los atentados más graves al honor. Y la vía civil, a través del ejercicio de la acción de indemnización de daños del art. 1902 Cc. Y de las acciones para exigir las medidas cautelares y reparadoras, sean éstas indemnizatorias o no, reguladas en la Ley Orgánica 1/1982. Existe, sea como fuere, la posibilidad de solicitar la tutela judicial del honor ante la jurisdicción civil y ante la penal, pudiendo el interesado optar por aquella que considere más adecuada a sus intereses,STC 241/1991.³⁸³

El conflicto entre la libertad de expresión y crítica pública³⁸⁴, de un lado, e independencia, imparcialidad y autoridad del Poder Judicial, de otro, se plantea, en cualquier caso, de forma especialmente áspera cuando la crítica se expresa a través del ataque personal. La crítica pública no ampara los ataques graves, personales y directos, carentes de seriedad y fundamento, que no sólo comprometen la reputación individual de las personas, sino también la confianza de la ciudadanía en las empresas

El Tribunal Constitucional ha tenido también oportunidad de concretar el alcance de los límites respecto de las críticas dirigidas, donde debe prevalecer como regla general la libertad de información, siempre que esta sea fundada y esté referida a asuntos públicos de interés general en razón de las materias a que se refiere y de las personas que en ella intervienen, porque en la base de toda sociedad democrática está la formación de una opinión pública libre y plural. Los empresarios no pueden impedir la publicación de hechos veraces, pero sí la

³⁸³ GRANADOS PEREZ, Carlos, “Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Cuadernos del Poder Judicial*, 1, 1998, págs. 131-164.

³⁸⁴ MEDINA GUERRERO, Manuel, *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2006. Por todas, STC 240/1992. También STEDH *Handyside c. Reino Unido* (07-12-1976).

publicación de hechos que entorpezcan u obstaculicen injustificadamente o con ligereza la honorabilidad.³⁸⁵

Los avances tecnológicos aplicados a los medios de comunicación están llevando a que prácticamente no se conciba una información periodística sin soporte audiovisual, fotográfico o sonoro. En palabras del Tribunal Constitucional, “la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre” STC 57/2004.

Por otro lado, hay que dejar constancia de una circunstancia más que marca la posición de privilegio de la libertad de información, y particularmente de los medios de comunicación, y es que el Tribunal Constitucional considera que la prevalencia sobre los derechos de la personalidad (art. 18 CE) “alcanza su máximo nivel cuando la libertad ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa”. Y es que no es suficiente la garantía de libertad de información como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos. Es necesaria, además, la protección reforzada para el derecho ejercido por periodistas profesionales a través de los medios de comunicación. Protección reforzada que es contemplada por el propio constituyente al incluir los derechos a la cláusula de conciencia y al secreto profesional de los periodistas en el inciso final del art.

³⁸⁵ SSTEDH *Sunday Times c. Reino Unido* (26-04-1979), *Worm c. Austria* (29-08-1997) y *Haes y Gijssels c. Bélgica* (24-02-1997). La constitucionalidad de estos dos preceptos legales, que recogen, como excepción a la regla general de publicidad del proceso, la existencia de una fase del mismo, la instrucción del sumarios, en la que impera el secreto, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional SSTC 13/1985, 176/1988, 57/2004. El fundamento de esta excepción a la garantía institucional de publicidad en el proceso se sitúa en la necesidad de asegurar la investigación de la verdad de los hechos, exigida por el interés de la justicia penal, de modo que se eviten interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación, en su objetivo de averiguar la verdad de los hechos.

20.1 d). Podría hablarse, en cierto sentido, de una presunción reforzada de relevancia de los medios de comunicación.

El Tribunal Constitucional indica que para que la libertad de expresión prevalezca frente a los derechos al honor y a la intimidad, han de concurrir dos requisitos: el interés general y la transmisión adecuada de la opinión o del juicio de valor. En cambio, cuando se trata de la libertad de información, exige, junto a estos requisitos, otro decisivo: la veracidad.

Las circunstancias que rodean al derecho a la propia imagen son especiales. La veracidad y la transmisión adecuada son consustanciales a la imagen y la relevancia pública diluye el conflicto. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha englobado en la libertad de información la comunicación por medio de la imagen gráfica un tratamiento distinto del que merece el conjunto de la información.

Uno de los requisitos que necesariamente han de darse para que pueda estimarse que la información se antepone a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen es que la noticia se refiera a asuntos de relevancia pública, lo que viene dado por el carácter del propio asunto, o bien por la condición de la persona implicada en el mismo o afectada por él. Para que no se dé intromisión en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, es necesario que concorra bien una circunstancia objetiva, el interés público que despierta el sujeto. Cabría así decir que existe una relevancia pública *objetiva* y otra *subjetiva*.

En los supuestos de relevancia pública objetiva –interés público del asunto o hecho-, el Tribunal Constitucional sitúa el fundamento de la libertad de información de la incidencia que tienen estas libertades en la formación de una opinión pública libre sin la cual no existe el Estado democrático. Para que el ciudadano forme libremente sus opiniones y participe de modo responsable en

los asuntos públicos y controlar los abusos del poder político ha de estar informado ampliamente. La libertad del art. 20.1 d) CE no sólo protege un interés individual, sino que entraña el reconocimiento de la garantía de una institución política fundamental, la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político.

En los supuestos de relevancia pública subjetiva –interés público en atención al sujeto-, el Tribunal Constitucional sitúa fundamento de prevalencia de las libertades de expresión e información en la circunstancia, particular o individual, de que quien accede a un cargo, profesión o situación pública asume voluntariamente el riesgo de una lesión en sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por lo que tiene más debilidad que una persona particular la protección de estos bienes de la personalidad.

Hay que constatar, por otra parte, para que el Tribunal Constitucional el concepto de personalidad pública tiene un sentido muy amplio que abarca no sólo a las autoridades, políticos y funcionarios *lato sensu*, sino a todas las personas que actúan de cara al público en general (artistas, profesionales, comerciantes, etc.), que deben someterse a su veredicto puesto que todos los ciudadanos, al existir la posibilidad de que puedan entablar relación con ellos en el campo de su perspectiva actividad, tienen derecho a estar perfectamente informados de competencia y solvencia.

Veracidad

La veracidad hace referencia a la necesidad de que las informaciones publicadas correspondan con la verdad. Podría entenderse que el Constituyente, al utilizar el adjetivo veraz, exige, como requisito para la prevalencia de la libertad de información sobre derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que las noticias contenidas en la información sean verdaderas. Sin

embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que esta exigencia de veracidad objetiva constituiría un requisito excesivo, dificultaría al proceso informativo. Veracidad no es sinónimo de verdad objetiva, sino de verosimilitud razonablemente indignada y diligentemente contrastada. Cuando el profesional ha actuado de forma correcta, aunque la información que acabe transmitiendo no es cierta, no por ello su transmisión deja de ser ejercicio legítimo de la libertad de información. Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de modo que, “de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería para el silencio”.

Se llega así al resultado de que el requisito de la veracidad tiene como contenido el de la existencia de una diligencia periodística suficiente en el contraste de la noticia. Esa diligencia, o la falta de ella, es la que podrá ser aplicada por los tribunales. Veracidad no es, por consiguiente, exigencia de verdad, sino exigencia de una diligencia determinada en la comprobación de la noticia.

La Veracidad como Verdad Subjetiva

Hay que matizar, sentado lo dicho, que la concurrencia de dicho requisito no es exigible en el caso de que sea la libertad de expresión la que entre con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Y dado que la libertad de expresión versa sobre pensamientos, ideas y opiniones, y estas, por su propia esencia, tienen un carácter subjetivo, habrá que concluir que tampoco cabe la averiguación de si son o no verdades ni puede exigirse ningún tipo de diligencia de averiguación. Podría decirse que el contenido constitucionalmente declarado de la libertad de expresión es más amplio que el de la libertad de información, por cuanto que para la primera no se exige el requisito de la veracidad, aunque,

desde luego, si la expresión de una opinión, de un juicio de valor, se apoya en unos hechos, para éstos sí se exigirá dicho requisito.

Este requisito es, en buena medida, un corolario de la relevancia pública³⁸⁶. Si la información protegida constitucionalmente es la públicamente relevante, la forma en que tiene que ser transmitida también tiene que ser veraz y de interés general. Si se transmite de una manera que no contribuye a formar la opinión pública, dicha información no está protegida. Dicho con otras palabras, los insultos y las expresiones vejatorias no son elementos que contribuyan a la formación de la opinión pública y, en consecuencia, no pueden ser aceptados como ejercicio legítimo del derecho a la información. Las expresiones, afirmaciones y calificativos vejatorios desvinculados de la información, sin justificación alguna, no constituyen una manifestación digna de protección de la libertad de información y se convierten en una vulneración de la dignidad de la persona y, en concreto, del derecho al honor. La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto. El contenido de lo que se transmite es decisivo. Pero también importa la forma. La información que ampara la Constitución es el interés general y veraz, tanto por su contenido como por su forma. Y cuando alguno de estos tres elementos falta, la información cede ante el honor, la intimidad o la imagen de una persona.

El reportaje neutral incorpora, en último extremo, una fórmula de exoneración de responsabilidad para el periodista y los medios de comunicación. Cuando el periodista o el medio de comunicación informan sobre lo que ha dicho una persona y se limita a reproducir fielmente lo expresado por ella, sin añadir nada que distorsione la cita, no cabe exigirle responsabilidad ninguna al periodista o al medio de comunicación. Se ciñe, pues, en los casos que el

³⁸⁶CARRILLO LOPEZ, M. La cláusula de la conciencia en el secreto profesional de los periodistas, Civitas, Madrid 1993, págs. 200 y ss.

informador se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resulten atentatorias contra del art. 18 CE.

Esta construcción ha sido aceptada expresamente por el Tribunal Constitucional, aunque con algunas particulares que merecen ser resaltadas. La primera es que no se exige que la información se ajuste estricta y literalmente a lo manifestado por las personas cuya declaración no se presenta objetividad informativa. El tribunal Constitucional ha ampliado la legitimidad del ejercicio de la libertad de información más allá de la doctrina del reportaje neutral. No obstante, ha de decir que, en alguna ocasión, nuestro Tribunal Constitucional, siguiendo el criterio sentado desde Estrasburgo, ha declarado que no existe reportaje neutral cuando el periodista o el medio no se limita a desvelar la existencia de una investigación en curso, o reproducir manifestaciones de otras personas suficientemente identificadas, sino que hacen suya una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado ha sido indeterminado de un secuestro, anticipado así graves y peligrosas conclusiones.

Existen dos razones para la argumentación anterior: una, porque la prevalencia sólo decae en los supuestos en que el periodista o el medio actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente o irresponsable al trasladar como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones. Y otra, porque las omisiones pueden subsanarse por los perjudicados mediante el ejercicio de su derecho de rectificación.

Sentada esta doctrina, es claro que al periodista o medio le es exigible una veracidad objetiva y la realidad de la declaración o manifestación, pero, en cambio, la exigencia de veracidad no se extiende al contenido de la información o declaración reproducida de la que sólo es responsable quien la formuló. Por lo que concierne a la información de tribunales, ninguna responsabilidad civil ni penal afectará al periodista ni al medio de comunicación que hubieran realizado

la publicación de noticias, siempre que dicha información haya cumplido con los requisitos de la veracidad, esto es, que el informador haya actuado con la diligencia profesional en la recopilación de las noticias, declaraciones o datos. El resto de requisitos, la relevancia pública y la transmisión adecuada, se darán siempre o casi siempre. El proceso, en sí, goza del carácter de asunto de interés general, aunque no sea una persona pública la implicada, dado el sentido que a la publicidad del proceso confiere la doctrina del Tribunal Constitucional y dado que, en última instancia, el proceso entraña ejercicio hilo de la publicación de noticias sobre el proceso, se viertan afirmaciones vejatorias o atentatorias contra la dignidad del acusado, del procesado o de cualquier otro interviniente.

En cuanto a la responsabilidad penal, la doctrina del reportaje neutral determina que no pueden aplicarse ni el art. 30 del CP, en cuanto a la responsabilidad penal directa, escalonada y subsidiaria de periodistas, directores del medio y empresarios propietarios, ni el art. 212 del mismo cuerpo legal de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través de cual se haya propagado la injuria o la calumnia.

No puede aplicar el art. 30 porque el periodista que publica la información recogiendo lo que otra persona ha dicho o manifestado, no incurre en autoría de ningún delito o falta. En concreto, en la publicación de noticias, el periodista se limita a los intervinientes en el proceso o en las diligencias que se vayan practicando. Y tampoco puede aplicarse el art. 212, porque, aunque un proceso posterior se condene por injuria o calumnia al antes querellante, la doctrina del reportaje neutral impide esa aplicación, al considerar que, en la publicación de las declaraciones o manifestaciones de otras personas, el único responsable es la persona de quien proceden y no el periodista que las recoge.

En lo que alude a la responsabilidad civil, y aunque se considere vigente el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 que declara responsables civiles solidarios por “actos y omisiones ilícitos no punibles” a los autores,

directores e impresores, la aplicación de la doctrina del reportaje neutral destruye el presupuesto de aplicación del precepto, pues no pueden reputarse como acto ilícito la publicación de las manifestaciones de otra persona (parte acusadora, abogados, testigos o peritos).

La aplicación de la doctrina del reportaje neutral a la publicación de noticias sobre el proceso conduce, en definitiva, a la total exención de responsabilidad para el periodista o el medio de comunicación cuando constaten la verdad del hecho de la declaración, sin que el deber de diligencia se extienda a la veracidad de lo declarado. De existir, la responsabilidad sólo será exigible al autor de la declaración.

Periodistas y medios de comunicación son conscientes de los problemas de orden constitucional que puede plantear una información de tribunales desbocada o descuidada. Prueba de ello es la proliferación de códigos éticos y mecanismos privados de autocontrol, encargados de asegurar el respeto a los principios que deben inspirar su actividad y particularmente, la honestidad de las noticias relativas al proceso. Lo que caracteriza a la autorregulación que tanto su puesta en marcha como su funcionamiento y efectividad dependen del compromiso voluntario de los tres sujetos implicados en el proceso de la comunicación: los propietarios y gestores de las empresas de comunicación, los profesionales y el público. Esta autorregulación supone, pues, un desplazamiento del control sobre el funcionamiento de los medios desde el Estado hasta la sociedad civil. Por tratarse precisamente de una actividad de la sociedad civil que se concreta en una regulación deontológica y moral, la única capacidad de incidencia de la autorregulación descansa en su eco de la opinión pública. La autorregulación, por lo demás, demuestra la madurez de una sociedad cuyos miembros son capaces de asumir libremente responsabilidades y compromisos al margen de sus propios intereses.

En esta dirección, la Federación de Asociaciones de la Prensa de España, en asamblea celebrada en noviembre de 1993, aprobó un Código de Deontología de la Profesión Periodística en el que se afirma que el periodista ha de asumir el principio de que “toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario”. Más adelante, en mayo de 1986, la LV Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó una propuesta de Código Europeo de Deontología del Periodismo, en el que se establece que “las informaciones y opiniones deben respetar la presunción de inocencia, principalmente en los temas que permanecen *sub iudice*”, excluyendo realizar juicios paralelos.

Sin embargo, en la práctica diaria, la informativa deontológica tiene una eficacia muy débil. Las normas de un código deontológico o se imponen con carácter coactivo, y esto sólo puede realizarlo el Estado a través del poder legislativo, o no sirve de mucho. Si no tiene fuerza de obligar, si no puede ser sancionado el periodista o el medio de comunicación que las incumple, y si no pueden ser invocadas por la persona agraviada ante los tribunales, se convierten en papel mojado. Por otro lado, las normas internas que se dicen protectoras de derechos que afectan a la dignidad racional de la persona, dejan su defensa a expensas de la buena voluntad de un órgano corporativo, porque tanto esas normas como las decisiones de ese órgano carecen de fuerza coactiva.

Los derechos fundamentales nacen como una defensa del individuo y de la sociedad frente al poder del Estado. Ésa es la razón por la que esos derechos no admiten restricciones por vía legislativa ni administrativa por parte de los poderes públicos. Pero hoy se admite que otros poderes, distintos del Estado, representan igualmente una amenaza para la dignidad y libertad de la persona. Surge así la teoría de la *Drttwirkung*, o eficacia horizontal de los derechos fundamentales para frenar la indefensión frente a verdaderos grupos de poder dentro del Estado como lo son los poderes mediáticos. Si no se quiso dejar indefenso al individuo frente al Estado, tampoco se justifica su indefinición frente a posibles abusos de los grupos privados de poder, y los mediáticos lo son,

se revelan como absolutamente necesarios para asegurar la libertad en una sociedad democrática. El reto, claro, está en conciliar la restricción de esos abusos con el contenido constitucionalmente declarado de la libertad de información.

Ningún derecho es absoluto o ilimitado, ni siquiera los derechos fundamentales que cuentan, en el Estado democrático, con la más intensa protección. Las libertades de expresión e información no son, pese a su carácter preferencial, una excepción. Su contenido está sometido a límites, más allá de los cuales su ejercicio resulta excesivo. Los derechos recogidos en el art. 18.1 CE son, sin duda, los más susceptibles de sufrir los eventuales excesos de las libertades del art. 20.1 CE. Será la ponderación judicial la que, a partir del entendimiento constitucional de los derechos en conflicto y de las circunstancias del caso concreto, determinará qué derecho deberá prevalecer y en qué medida.³⁸⁷

Por eso, en la mayoría de las ocasiones en que un medio de comunicación actúa con parcialidad en la publicación de noticias sobre el proceso puede entenderse que no está ejerciendo las libertades de expresión e información conforme a las exigencias constitucionales. Para el Tribunal Constitucional, libertades de expresión equivale a libertades de opinión, mientras que libertad de información equivale a libertad de dar a conocer hechos que no tienen por qué someterse al requisito de veracidad. Las concepciones subjetivas de cada cual no son contrastables. La segunda, en cambio, sí que exige verificar que se da una cierta correspondencia entre los hechos descritos y la realidad. Pero hoy los medios de comunicación, y muy especialmente la prensa, son más medios de información que de opinión. Sin embargo, es fácilmente constatable que, en la actualidad, se ha introducido una peligrosa forma de ejercicio de la libertad de expresión, consistente en camuflar las opiniones que de un asunto o un hecho

³⁸⁷BARRERO ORTEGA, Abraham, *u.o.c.*, pág. 88.

tiene el periodista o el medio, bajo el manto de aparentemente información. El periodista o el medio opinan a través de la forma en que se publica la noticia. Se trae a primer plano lo que conviene a la opinión y se posterga lo que conviene. El periodista o el medio ejercen su libertad de expresión bajo lo que aparece como ejercicio de su libertad de información, sin que quepa desconocer que la actividad de los profesionales de la información no es exclusivamente informativa.

Para los supuestos en que aparecen entremezcladas opiniones difíciles de separar, el Tribunal Constitucional, ha declarado que es necesario atender al elemento que aparezca como preponderante 5 SSTC 105/1990, 78/1995, para aplicar las garantías específicas de una y otra libertad. Incluso ha separado de un mismo discurso lo que constituye libertad de expresión y lo que pertenece a libertad de información, para valorar, por un lado, la mayor amplitud del derecho a trasladar opiniones y, por otro, el requisito de la veracidad de las afirmaciones transmitidas.

En ese contexto, la única medida cautelar que podría producir impedir la persistencia del abuso, sin que se considere una restricción desproporcionada de la libertad de información, sería la de obligar al medio que siguiese publicando noticias sobre el proceso cuyo contenido informativo abarcara las dos caras de la duda procesal y a que, en cualquier caso, la libertad de expresión se ejerciese sin camuflar opiniones y juicios de valor bajo el mandato de la libertad de información.

Ya se ha dicho que el Tribunal Constitucional viene interpretando el requisito de la veracidad (art. 20.1 d) CE) como cumplimiento de un deber de diligencia del periodista en la comprobación o verificación de la noticia que publica.³⁸⁸ La doctrina constitucional sobre la veracidad amplía, en última

³⁸⁸ AUGER LIÑAN, C. “Justicia información y opinión pública”, *Revista del Poder Judicial*, XVII, 1999, págs. 459-469.

instancia, el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información.³⁸⁹

El Alto tribunal, de otro lado, viene declarando que esa diligencia en la comprobación de la noticia habrá de ser sólo la normal o convencional en la práctica periodística, concibiéndola así como el justo medio entre verificación absoluta o exhaustiva de un hecho y la transmisión de meras suposiciones, invenciones o insinuaciones insidiosas SSTC 105/1990 y 22/1995. El contraste de la noticia, en el que concreta el deber de diligencia del periodista, tiene un contenido constitucional propio que depende de matizaciones casuísticas, por ejemplo que la fuente de la que proceda la información sea fiable, que se explicite dicha fuente y se ponga la información en boca de ésta, que esté en juego de forma simultánea el derecho a la crítica cuando se trata de personas de actividad pública, que la información no sea difamatoria *prima facie*, que el medio tenga indicios o conocimiento por cualquier otra vía de la inexactitud de la información, etc. Todas estas circunstancias empleadas aisladamente o de forma combinada, sirven para determinar la intensidad del deber de comprobación, que, eventualmente, puede ser nulo, como en el caso de comunicados oficiales emitidos por la autoridad responsable en una materia SSTC 123/1993 y 4/1996.

La principal conclusión que cabe extraer de esta doctrina es que no es descartable que, pese a la diligencia debida, la información resulte errónea, pero esto es inevitable en el contexto de un Estado democrático en donde el debate es una garantía institucional que hay que conservar. De imponerse la verdad como condición para el reconocimiento para la libertad de información, de exigirse la estricta correspondencia entre la noticia transmitida y la realidad ontológica, “la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio” STC 6/1988.

³⁸⁹ ROVIRA VIÑALS, A., El abuso de los derechos fundamentales, ediciones 62, Barcelona 1983; NARANJO DE LACRUZ, R., los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000

Conviene, no obstante, hacer notar los riesgos que este planteamiento conlleva. Uno de ellos es que cualquier postura exagerada de la laxitud en el enjuiciamiento de noticias falsas perjudica a la libertad de información como fuente de creación de una opinión pública. La prevalencia de la libertad de información se justifica únicamente desde la perspectiva de su contribución a la creación de una auténtica opinión pública. Algún sector doctrinal, en tal sentido, considera que el Tribunal Constitucional viene realizando una inversión injustificada y desproporcionada en la valoración de los derechos que integran la libertad de información. Lo que prima es la posibilidad de que la noticia sea publicada, la anticipación en la publicación de la noticia, de modo que la diligencia del periodista debe quedar enmarcada dentro del contexto de la urgencia en la publicación. En cambio, el derecho del público a recibir información queda damnificado, por mucho que sea el derecho que realmente justifica la protección privilegiada del derecho a la información. La exigencia de una mínima diligencia, convencional o normal, dentro de la profesión periodística, es algo que conviene al derecho a comunicar, pero no al derecho a recibir información. Si la existencia de la opinión libre es esencial para un Estado democrático, habrá que convenir que una opinión pública equivocada puede conducir la vida democrática a consecuencias imprevisibles. Por todo ello, se sugiere un cambio jurisprudencial que exija al periodista una rigurosa investigación de las noticias que publica, acompañada de imparcialidad y neutralidad en la narración de los hechos.

Trasladando estas ideas al supuesto que nos ocupa, y enlazando con lo manifestado en el epígrafe anterior, la veracidad en la publicación de noticias sobre el proceso no puede quedar reducida a la simple comprobación de que la información corresponde con lo alegado por una parte, como exige las tesis del reportaje neutral, y ello porque se sabe que esas alegaciones o declaraciones son controvertidas. Por el contrario, la publicación sistemática de una sola de las dos caras, precisamente la peor para el imputado o procesado, no pueden

considerarse como información que satisfaga la exigencia de veracidad, ya que no es íntegra ni neutral.

No hay que confundir, sea como fuere, interés general o interés público con interés del público. El primero se refiere al interés para la comunidad, para la opinión pública. El segundo alude a lo que se suscita del interés de la mayoría de cuantos integran esa comunidad, a las preferencias de la mayoría. La distinción es importante porque el honor, la intimidad y la propia imagen no pueden quedar a expensas de los gustos públicos.

El Tribunal Constitucional, de otra parte, tiene sentado que el interés general, o público, está determinado por la concurrencia de, al menos, uno de estos elementos: el *elemento objetivo*, que consiste en la relevancia pública del hecho, el *elemento subjetivo*, consistente en la relevancia pública del sujeto. Los dos pueden servir para caracterizar lo que es relevante para la formación de la opinión pública.

En este orden de consideraciones, en el supuesto de que la circunstancia determinante del interés general sea del carácter público del sujeto de la información, la jurisprudencia constitucional sitúa el fundamento de la prevalencia de las libertades de expresión e información en la presunción *iuris et de iure* de que la persona pública asume, por el hecho de serlo, un riesgo de intromisión mucho más elevado que la persona particular. Se presume, de algún modo, que la persona pública ha consentido tácitamente que determinados aspectos de sus derechos de la personalidad queden fuera de su ámbito de disposición y de su defensa.

Esta doctrina, a mi juicio, puede igualmente ser sometida a discusión. En primer lugar, porque creo que no se produce la asunción del riesgo por parte del sujeto público en lo que respecta a una agresión de su honor. El riesgo que el personaje público asume es el de la intromisión a ámbito de su intimidad y propia imagen. Cualquier persona sabe que determinados aspectos de su vida

quedan fuera del ámbito de la privacidad. Pero lo que no creo que se pueda presumir es que el personaje público acepte el riesgo de ser agredido en su honor. Una persona, al optar por la vida pública, puede renunciar a la privacidad de determinados aspectos de su imagen, pero no renuncia a parte de su honor. O hay vulneración al honor, lo que resulta más difícil de entender es que la aceptación de ese riesgo conlleve la aceptación de impunidad para el agresor.

Pero aún hay más. Considero que incluso la presunción *iuris et iure* de que la persona pública asume un riesgo de intromisión más elevado en su intimidad o en su propia imagen merecería ser matizada en el contexto de la información de tribunales. Cabría aquí abogar, en consecuencia, por una ponderación más estricta entre las libertades de expresión e información y el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Más estricta en el sentido de reconocer que la resolución de estos conflictos exige una cuidadosa valoración de las circunstancias de cada caso. Tráigase a colación la definición de la ponderación como *jerarquía móvil* de derechos y bienes constitucionales.³⁹⁰ Se trataría de determinar en qué supuestos ha de prevalecer la libertad de información y en qué supuestos el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, se ha insistido en la conveniencia de no perjudicar la reinserción social de personas que han cumplido condenas judiciales. El derecho a la privacidad debe incluir el derecho a proteger la identidad de esas personas en relación con el delito cometido tras el cumplimiento de la condena, salvo que hayan consentido expresamente la revelación de esa identidad o la persona y el delito sean nuevamente de interés público. En el derecho comparado goza de amplia acogida la protección de la denominada “buena fama merecida” o del “derecho al olvido”, de suerte tal que

³⁹⁰ ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, *Traduc. BERNAL PULIDO, Carlos*, 2da Edición, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2007, pág. 89

en el ámbito de protección al derecho a la privacidad se extienden los delincuentes cuando su vieja fama ha cambiado por un mérito de esfuerzo en obtener buena fama. Como regla general, se suele establecer preferencia de la libertad de información en caso de las informaciones actuales sobre hechos delictivos, pero tratándose de la repetición de una información que pone en peligro la resocialización del autor, tiene preferencia la protección de los derechos de la personalidad frente a la libertad de información.³⁹¹

³⁹¹LOPEZ ORTEGA J.J., “La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia”, Revista del Poder Judicial, XVII, 1999, págs. 132-134

CAPÍTULO VIII
CALUMNIA A PERSONAS JURÍDICAS:
ANÁLISIS DOGMÁTICO

I. La calumnia y las personas jurídicas

En este capítulo final nos enfocaremos de manera general al trabajo de investigación que se hizo en toda la tesis aterrizando con los temas de mayor relevancia. La persona jurídica son temas de interés en esta tesis, es importante finalizar la investigación y cumplir con el esquema trabajado desde el inicio con figuras como la libertad de expresión, la libertad de información y sus límites, la injuria, la dignidad, así pues ahora la calumnia y el honor. Nos queda un trecho de análisis iniciando el fin de este camino con la persona jurídica y el honor para culminar con los delitos de calumnia, y sus límites con el art. 20.1 a) y d), no dejando de lado el delito de injuria, que se podría decir que es más amplio que la calumnia.

La persona jurídica (o persona moral) es una organización con derechos y obligaciones que existe, pero no como individuo, sino como institución y que es creada por una o más personas físicas para cumplir un objetivo social que puede ser con o sin ánimo de lucro, analizando la personalidad jurídica de las mismas, así como también indicar el si dichas personas son sujetas a derechos fundamentales.

Se analizará asimismo, a la figura de la calumnia, para lo cual habremos de tocar distintos temas relacionados obligatoriamente por la naturaleza de la calumnia en sí, por lo cual se enfocará a términos como la libertad de expresión y sus límites, considerando que al rebasar el límite (o los límites) se puede llegar a incurrir en la calumnia.

Por calumnia se entiende: «La descripción típica del delito de calumnia en el Código Penal de 1995 supone la incorporación de argumentos nuevos en el debate entorno a la consideración objetiva o subjetiva del elemento de la falsedad de la imputación de delitos que constituye el núcleo del tipo. En mi criterio, la

consideración objetiva del elemento falsedad de lo imputado resulta más adecuada ateniendo en cuenta parámetros teleológicos. Si se concibe el bien jurídico protegido honor como pretensión de respeto por el resultado del ejercicio del derecho a desarrollar la personalidad, esto es, como derecho a que otros no ofrezcan ante los demás una imagen distorsionada de nuestros propios actos, la lesión del bien jurídico sólo se produce cuando efectivamente se lleva a cabo dicha distorsión, esto es, cuando lo imputado no se ajusta a la realidad en la imputación de hechos a otro. El mero menoscabo de la imagen social *aparente*, de la imagen no concordante con los propios actos, menoscabo que se produce siempre que se imputan hechos deshonorosos en abstracto (como lo son eminentemente los delitos), tanto verdaderos como falsos, no entraña necesariamente lesión objetiva del honor en los términos acabados de definir. Pues lesión objetiva sólo concurre cuando los hechos imputados son realmente falsos». ³⁹²

³⁹²SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, «Algunas consideraciones sobre los delitos contra el honor en el Código Penal vigente», en *RdPP*, núm. 14, año 2005, págs. 61 – 81. En este sentido: La doctrina a través de la historia, ha intentado dilucidar la naturaleza jurídica del honor desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva. El honor subjetivo es: "El sentimiento de nuestra dignidad es el contenido primario de la idea de honor; y ese sentimiento es aspiración de toda alma, por poco noble que sea, aspiración instintiva y que no depende de ninguna consideración de bienes exteriores, sino exclusivamente del honor de nosotros mismos y de aquel goce inefable que produce en nosotros, sin necesidad de aplausos ajenos de miras ulteriores, la sola conciencia de nuestros méritos, de nuestras capacidades, de nuestras virtudes. Lo opuesto a tal sentimiento es la vergüenza y la abyección que produce en nosotros el conocimiento de nuestros errores, independientemente de las censuras ajenas". El honor objetivo es la apreciación y la valoración que hacen los demás de las cualidades ético-sociales de una persona. Es la buena reputación de que se disfruta. El buen nombre es un patrimonio de elevada estimación. Pero solamente adquiere sentido en la estimación de los otros. De ahí la precisión de Carrara cuando dice que el mayor número de personas a las cuales fue comunicado el ataque contra el honor, aumenta la cantidad natural de la infracción de la misma manera que el mayor número de monedas robadas aumenta la cantidad del delito de hurto. Desde el momento que el patrimonio del buen nombre está constituido por la estimación que por nosotros tiene nuestros semejantes, él se acrecienta cuanto más son las que, a nuestro respecto, tienen

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los tipos de delito consumado los elementos de carácter subjetivo han de hallar correspondencia con la realidad objetiva; de otro modo, se trataría materialmente de tipos de mera tentativa. En este caso, la descripción expresa del aspecto subjetivo contiene dos modalidades: una de dolo directo y otra de dolo eventual. Así, la expresión «la imputación de un delito con *conocimiento* de su falsedad» permite mantener en la modalidad de dolo directo la exigencia de falsedad objetiva como elemento del tipo: «su falsedad», con referencia del adjetivo posesivo a «la imputación de un delito» puede y debe interpretarse como alusión a la falsedad *objetiva*, en unión a que a esa falsedad debe referirse un *conocimiento* (se entiende que concordante con la realidad de que se trata de afirmaciones falsas) concebido como reflejo fiel de datos fácticos.

Menos directamente es posible afirmar la exigencia de falsedad objetiva con respecto a la segunda modalidad, que creemos se acomoda a la figura del dolo eventual', y que en la práctica aportará la mayor parte de los supuestos de calumnia, ya que aparecerá con más frecuencia el imputar hechos deshonrosos sin ningún tipo de verificación que el hacerlo a sabiendas de su falsedad. De este modo, además, queda descartado el elemento del ánimo de deshonrar como elemento subjetivo distinto al dolo, incompatible con la modalidad de dolo eventual.

En efecto, cabría entender que se puede imputar con «temerario⁴ desprecio hacia la verdad», realizando al parecer por tanto el tipo, sin necesidad de que lo imputado sea objetivamente falso: puede que lo sea, o puede que formada una buena opinión. Es neutral, pues que, e generalidad de los casos, la contemplación de los delitos contra el honor sea hecha desde ese punto de vista.

después resulte ser verdadero, pues lo relevante en esta concepción es la actitud revelada por el sujeto para con la verdad, consistente en despreciarla temerariamente. Dicho de otro modo, lo decisivo sería que, con una base informativa muy deficiente, sin verificación alguna, el sujeto no duda en exteriorizar hechos abstractamente lesivos del honor ajeno. Sin embargo, de este modo se castigaría por igual el delito consumado (con lesión del honor) y la tentativa acabada inidónea (sin lesión), contradiciendo así sin razón alguna el propio legislador la regla general de que la tentativa se castiga con «la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado» (art. 62 CP). Pues bien, únicamente cabe descartar dicha posibilidad afirmando también aquí la necesidad de falsedad objetiva en el tipo. En el tipo objetivo, resultará necesaria por tanto la falsedad objetiva de lo imputado, mientras que en el aspecto subjetivo bastará con haber actuado conociendo un conjunto de factores de riesgo intolerablemente intenso de que lo imputado sea falso, aun no constándole al sujeto activo dicha falsedad, como desde luego tampoco le consta lo contrario. Adicionalmente, hay que señalar que al requerirse «desprecio hacia la verdad» la realidad.

Las disposiciones legales; referentes a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Solamente se han tratado pues, los artículos destinados a proteger la persona física. Ahora en cambio, veremos las figuras que tienen como objeto garantizar bienes jurídicos inmateriales, concernientes más estrictamente a la esfera de la personalidad propiamente dicha; el honor. La índole inmaterial del interés jurídico que aquí se protege condiciona ciertas dificultades para la ubicación de las personas pasibles de la acción delictuosa. En principio toda persona puede ser sujeto pasivo de estos delitos.

El tipo subjetivo en los delitos contra el honor es el dolo, constituido por la conciencia y la voluntad de calumniar, difamar o injuriar. En principio, estimamos que la ley no exige determinada intención o móvil especial por parte del sujeto activo; éste por social que fuere no elimina la tipicidad legal. El dolo es suficiente.

En consecuencia, distintos autores rechazan los intentos doctrinarios de encontrar en estas infracciones la existencia de un especial "*ánimus injuriandi*", puesto que para la ley no contiene dentro de su estructura un sustento de connotar un elemento subjetivo del tipo. El elemento subjetivo del tipo es el dolo, ya que en esta figura hay hipótesis claramente separadas por una conjunción disyuntiva, y que en el caso concreto deben reunirse en el omnicomprendido. La fórmula o "sin que existiese motivo que permitiese creer prudencialmente en ella" no es más que un aspecto cognitivo del dolo, que permite la comisión de este delito con dolo eventual.

El delito de calumnia,³⁹³ dentro de los delitos contra el honor: «Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». La agravación del delito de calumnia las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª Sentencia de 1 julio 2004. JUR 2004\22452, Ponente el Ilmo. Sr. D Carlos González Zorrilla, falla en contra de la apelante de una Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Manresa, en Sentencia de 16-03-2004, dictada en procedimiento abreviado, en que condenó a la acusada como autora de un delito continuado de injurias graves con publicidad y de un delito continuado de

³⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, tomo I, Tecnos, Madrid, 2013, pág. 273. El autor dice: «La calumnia constituye la más grave figura de delitos contra el honor incriminados en el Código penal. A diferencia de la injuria, selecciona una particular dimensión valorativa del honor como bien jurídico protegido, integrada por el denominado «honor legal», entendiendo por tal aquella perspectiva del honor integrada por el derecho de toda persona a no ser falsamente imputado de autor de un delito ni a ser tratado como delincuente cuando no ha cometido delito alguno.

calumnias con publicidad, a la pena de diez meses de multa, con una cuota diaria de 6 euros, por el primer delito, y a la pena de dieciséis meses de multa, con idéntica cuota diaria, por el segundo, y costas.

La Audiencia Provincial citada, señala que; la propagación con publicidad: como es la remisión al Ayuntamiento de una carta en la que se calificaba a la arrendataria denunciante como usurpadora del local desde hace más de 25 años, afirmando no tener permisos ni licencias, ni pagar los impuestos, carta que se distribuyó posteriormente entre comercios de la localidad, remitiéndose al Ayuntamiento sucesivas cartas en los mismos términos, afirmando además que la acusada siente miedo por los daños y ataques, sugiriendo que podrían causarle la muerte, y colgando diversos carteles y pancartas del balcón en que se contenían referencias a la usurpación y llamando sinvergüenzas a los denunciante.³⁹⁴

Dentro también de los delitos contra el honor, es injuria la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio, el tipo agravado de las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses. Exención de responsabilidad del acusado por delito de calumnia o injuria, el acusado por uno y otro delito contra el honor mencionados (calumnia o injuria) quedará exento probando los hechos imputados.

³⁹⁴ LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 25 y ss.

Presunción de publicidad de la imputación de calumnia o injuria, la calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante. El art. 211 del Código penal vigente, que se refiere a disposiciones generales en los delitos contra el honor, expone y tipifica que la calumnia o la injuria se reputará hecha con publicidad cuando se realice a través de la imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante. Consideraremos, a Internet como «medio de eficacia semejante» que la imprenta o la radiodifusión, ya que la agravación de la conducta se produce al llegar a mayor número de personas la información calumniosa o injuriosa, por tanto, se produce lo que requiere esta agravante para su aplicación, esto es, un mayor desvalor de la acción.

Responsabilidad de los medios de comunicación en los delitos contra el honor en los casos a los de delitos contra el honor – calumnia o injuria – realizado a través de los medios de comunicación, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

El retracto del acusado por calumnia o injuria si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrán la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo citado anteriormente. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquel

en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador.

Como se denuncia el delito de calumnia o injuria el delito de calumnia e injuria solo puede ser denunciado, en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria vertida en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.³⁹⁵

Extinción de la acción penal, en los delitos contra el honor, el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del núm. 5º del apartado 1 del art. 130 de este Código. Reparación del daño por calumnia o injuria en los delitos contra el honor de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

La excepción a la imputación por calumnia o injuria, la *exceptio veritatis*³⁹⁶ permite al acusado de un delito de injuria o calumnia quedar eximido de responsabilidad penal demostrando la verdad de las imputaciones realizadas y por las que se le inculpa del delito. La acción en la injuria consiste en la realización de hechos o la manifestación de opiniones, pero para que la conducta

³⁹⁵ CARDENAL MURILLO, Alfonso; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis, Protección penal del honor, Editorial Civitas, Madrid 1993, pág. 20 y ss.

³⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Op. cit.*, pág. 275.

descrita constituya el delito de injurias es necesario además que la acción o la expresión sea grave desde el punto de vista objetivo.

A diferencia de la calumnia, la falsedad o veracidad de la acción o expresión no forman parte del tipo penal, y por lo tanto la *exceptio veritatis* no actúa de igual forma. Sólo en el caso de imputaciones dirigidas a funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o administrativas, es posible quedar exento de responsabilidad probando la veracidad de las mismas. La explicación a este tratamiento diferenciado radica en el interés del Estado por que se conozca la verdad de la actuación de sus funcionarios en relación con el honor de los mismos. Al igual que ocurría con el delito de calumnia existen tipos agravados: injurias graves con publicidad (art. 209), injuria cometida mediante precio, recompensa o promesa (art. 213), injurias contra miembros de la Familia Real (arts. 490 y 491), injurias graves a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas (art. 496), injurias cometidas en periodo de campaña electoral, y con motivo u ocasión de ellas (art. 148 L.O. 5/85, del régimen electoral general). En la actual regulación también se contemplan tipos penales atenuados como son las injurias con posterior acción de retracto ante autoridad judicial (art. 214) y las injurias leves constitutivas de falta (art. 620.1).

En este último capítulo, se regulan las disposiciones generales de estos delitos: la calumnia e injuria hechas con publicidad (art. 211); la responsabilidad civil solidaria de la persona física o jurídica propietaria del medio informativo en el que se propagó la calumnia o injuria (art. 212); la calumnia o injuria cometidas mediante precio, recompensa o promesa (art. 213); el reconocimiento del acusado ante la autoridad judicial de la falsedad o la falta de certeza de las imputaciones (art. 214), la querrela y la denuncia en la calumnia e injuria (art. 215), y la desaparición del daño causado (art. 216) (V. delitos contra la Administración de Justicia; acusación y denuncia falsas y simulación de delitos; apartados de calumnia e injuria en esta misma voz).

El delito de calumnia o el de injuria se comete no sólo manifiestamente sino por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones. La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografías o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas; se equipararán a las formas indicadas la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos. Los directores o editores de los periódicos en que se hubieren propagado las calumnias o injurias, insertarán en ellos la satisfacción o sentencia condenatoria, si lo reclamare el ofendido.³⁹⁷

El delito de calumnia se castiga con multa de 4 a 10 meses. Si la calumnia se difunde con publicidad, es decir, por medio de la imprenta, radio, o similar, la pena será de prisión de 6 meses a 2 años, o multa de 6 a 24 meses. En estos casos también será responsable civilmente la persona física o jurídica propietaria del medio informativo por el que se difundiera la calumnia.

Si responsable del delito recibió o le prometieron alguna recompensa, además del castigo señalado, le será impuesta la pena de inhabilitación por un tiempo de 6 meses a 2 años. Está previsto y penado en el artículo 130° del código penal que a la letra dice: "El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa".

"Ofender" y "ultrajar" son verbos sinónimos que indican la relación de acciones dirigidas a lesionar el honor de una persona. El honor es el derecho que toda persona natural tiene a que se le respete según las cualidades que ella misma se autoasigna.

³⁹⁷POLAINO NAVARRETE, Miguel, *u.o.c.*, pág. 276.

El delito de calumnia (art. 205 del CP) Imputación objetivamente falsa y subjetivamente veraz de un delito. Según el concepto del honor real, en el ámbito de la calumnia, la imputación falsa de un delito creyéndola verdadera el autor, esto es, veraz, debe calificarse como error de tipo, lo que da lugar—siesvendible— a una conducta imprudente, que carece de relevancia penal (por la incriminación específica de la imprudencia en el actual CP), pero no desaparece la lesión del honor. En otros términos, el eje que determina la lesividad de una imputación falsa es la objetiva falsedad y no la creencia subjetiva de quien la realiza. Si el sujeto cree, tras la diligente comprobación de la información que, efectivamente, se trata de una imputación verdadera, pero resulta ser objetivamente falsa, falta el elemento subjetivo, es decir, el dolo, conformando la estructura de la imprudencia de forma idéntica a cualquier otro delito.

Por el contrario, según la concepción del honor aparente, los casos en los que el periodista ha contrastado diligentemente la información pero resulta ser falsa, se resuelven en tipicidad objetiva: son atípicos porque la falsedad objetiva no es elemento del tipo. Imputación objetivamente verdadera y subjetivamente falsa. Función de la *exceptio veritatis*³⁹⁸ en el delito de calumnia. Desde la perspectiva del honor real, si la información no está contrastada, pero resulta ser objetivamente verdadera, debe calificarse como tentativa inidónea del delito, pues se mantiene intacto todo el *desvalor* subjetivo de la acción, en la medida en que hay un intento de lesionar el honor, que resulta inidóneo porque las afirmaciones son objetivamente verdaderas.

Esta tentativa inidónea no se castiga en el ámbito de la calumnia por la función de la *exceptio veritatis*, a la que debe atribuirse la naturaleza de causa de

³⁹⁸*Ibidem*, pág. 275.

exclusión de la pena, cuyo ámbito de aplicación se reduce a un único supuesto: la exclusión de la punición de la tentativa inidónea; especificación que tiene razón de ser si se interpreta —como así lo creo— que la tentativa inidónea es punible conforme a la redacción del art. 16 del CP. La ventaja de esta conclusión estriba, en primer lugar, en que permite atribuir diferencia valorativa desde el punto de vista jurídico a supuestos que son diferentes, según que el hecho imputado sea subjetivamente falso o verdadero.

Y, en segundo lugar, la función de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la pena de la tentativa inidónea, encuentra su justificación material en la propia protección restrictiva que debe mantenerse del derecho al honor en el ámbito penal, que debe limitarse al honor real. Esta protección penal limitada del derecho al honor es consecuencia, a su vez, de la interpretación de la veracidad mantenida por el Tribunal Constitucional, que protege la información errónea, y del interés público—contribuye a formar la opinión pública—, fruto de la amplia estimación del derecho a la libertad de información como bien jurídico protegido, situado en el otro lado de esta colisión de derechos.

Por el contrario, atribuir a la *exceptio veritatis* la naturaleza de causa de atipicidad conduce a la consecuencia dogmática indeseable de equiparar la transmisión de una información verdadera con o sin temerario desprecio hacia la verdad, en la medida en que termina, mediante la prueba objetiva del hecho imputado, la atipicidad de la conducta.³⁹⁹ Esta interpretación no es la adecuada desde el punto de vista de la utilidad del art. 207, que debe servir para y/o más que para especificar algo innecesario por estar comprendido ya en el art. 205. Y no hay que olvidar, en fin, que la fórmula del art. 207 «queda exento de pena», no es la expresión más adecuada para referirse aun elemento negativo del tipo.

³⁹⁹*Ibidem*, pág. 275.

En ningún caso, procede considerar a esta figura como pura excepción procesal ya que implica una consecuencia más grave: resucita la polémica función de la *exceptio veritatis* como una inversión de la carga de la prueba, porque se hace recaer la carga de la prueba de la verdad en el acusado, en contra del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Es decir, el acusado de calumnia, o prueba la verdad de la imputación o será condenado por delito de calumnia. Sin embargo, en defensa del derecho a la tutela judicial efectiva, es posible sostener que, en la demostración de la verdad, se puede contar con la ayuda del juez o tribunal en orden a la práctica de pruebas que considere necesarias para demostrar sus acusaciones. Es decir, si el acusado no ha podido probar la verdad de la imputación pero se ha creado la sospecha de su posible veracidad, el instructor ha de indagar sobre ese extremo aunque el querellado no haya aportado las pruebas necesarias, y, si el tribunal tiene dudas sobre la falsedad de la imputación, debe dictar sentencia absolutoria.

Desde la óptica del honor aparente, el supuesto planteado de transmisión de información subjetivamente falsa que resulta ser objetivamente verdadera, conforma la estructura de un delito consumado, en la medida en que sólo la falsedad subjetiva es elemento del tipo. Para salvar el escollo de la posible vulneración del principio de presunción de inocencia, desde esta perspectiva, la *exceptio veritatis* más que instrumento procesal puede calificarse igualmente como una causa de exclusión de la pena. Según esta concepción, son estos casos (inveracidad subjetiva y verdad objetiva) los únicos en los que es operativa la *exceptio veritatis*.

En otros términos, por razones político-criminales —así parece ser la voluntad del legislador—, la *exceptio veritatis* es una causa de exclusión de la pena porque, aunque haya sido por puro azar, al haber resultado la información

objetivamente verdadera, se ha contribuido a perseguir un delito, lo que hace que se emparente la calumnia con los delitos contra la Administración de justicia (acusación y denuncia falsas). Esta figura encuentra así su fundamento en el interés del Estado en la persecución y castigo de los delitos. Evidentemente, según esta opción, no cabe interpretar el art. 207 CP como causa de atipicidad, porque la falsedad objetiva no es elemento de tipo.

Para llegar a catalogarla *exceptio veritatis* como condición objetiva de penalidad, es preciso demostrar, lógicamente, que no afecta ni a la antijuridicidad ni a la culpabilidad. Desde la perspectiva de la defensa del honor real o merecido, por el cual me decanto, los supuestos de inveracidad subjetiva que resultan ser objetivamente verdaderos, son típicos en grado de tentativa inidónea. Y son, además, antijurídicos porque no cabe justificación alguna—ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información—, al no haber veracidad subjetiva. Por el contrario, desde la óptica del honor aparente estos mismos casos son típicos en grado de consumación (porque sólo la falsedad subjetiva es elemento del tipo), pero también antijurídicos por la misma razón anteriormente apuntada.

La función de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la pena, determinante de la impunidad de la tentativa inidónea—según la concepción del honor real—, encuentra su justificación material en la protección penal restrictiva que debe concederse al derecho al honor, consecuencia, a su vez, de la amplia estimación del derecho a la libertad de información, como pilar esencial del Estado de Derecho.⁴⁰⁰

La persona jurídica; es una creación del derecho. Para Juan ESPINOZA ESPINOZA, supone la organización de personas (naturales o jurídicas) que se agrupan en la

⁴⁰⁰*Ibidem*, pág. 275.

búsqueda de un fin valioso (lucrativo o no lucrativo) y que cumplen con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación (que puede ser mediante la inscripción en Registros públicos o través de una ley). Este centro de imputación también puede ser atribuible a una sola persona (sea esta natural o jurídica).

Hablar de personas jurídicas necesariamente exige hablar de algunos conceptos básicos de la Teoría del Derecho. El primero de ellos es el de *sujeto de derecho*. Al menos desde tres perspectivas puede formularse una definición de esta categoría jurídica: desde el punto de vista del *sujeto* que crea las normas jurídicas; desde la perspectiva de la *dirección* de la norma jurídica; y desde el *contenido* de las normas jurídicas. La más usual de estas tres perspectivas –y a la que aquí interesa mencionar– es la tercera. Desde ella se considera sujetos de derecho “a los protagonistas de las relaciones jurídicas en tanto que titulares de derechos subjetivos y obligaciones”⁴⁰¹. En la tradición jurídica actual está vigente la siguiente suma división del Derecho: todos los seres o son personas o son cosas. No es posible una tercera hipótesis

En la medida que las cosas no pueden responder ni del ejercicio de sus derechos, ni del cumplimiento de sus obligaciones, sólo las personas humanas fueron y son consideradas como sujetos de derecho. Todas las personas y sólo ellas son consideradas sujeto de derecho en la medida que sólo ellos tienen la inteligencia racional y la voluntad libre para afrontar con éxito la adquisición de los bienes que supone el derecho, y el cumplimiento de las obligaciones que supone el deber. En la medida que sólo la persona puede ser sujeto de derecho, se habla de personalidad jurídica, la que se define –consecuentemente– como el “especial atributo o cualidad que hace posible que aquellos sujetos que lo poseen puedan intervenir en el desarrollo de las relaciones sociales de tal modo que su

⁴⁰¹ARA PINILLA, Ignacio, Teoría del Derecho, Taller ediciones JB, Madrid, 1996, p. 348.

intervención de origen a la aparición de unos determinados efectos o consecuencias jurídicas”⁴⁰².

Así definida la *personalidad jurídica*, coincide plenamente con lo que se entiende por *capacidad jurídica*: “aptitud general para la titularidad de los derechos y obligaciones inherentes a la propia condición de persona”. Toda persona, por el sólo hecho de ser tal tiene capacidad jurídica, no requiere el cumplimiento de ningún adicional requisito ni exigencia para su reconocimiento, en este sentido es absoluta e indisponible. Distinta es la *capacidad de obrar*, categoría que responde no a la posibilidad de ser o no titular de derechos, sino a la capacidad para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que se tienen titularizadas. Así, se define “como ‘la posibilidad que tiene el sujeto de realizar por sí mismo los derechos y obligaciones de que es titular’ o bien como ‘aptitud para realizar actos dotados de eficacia jurídica’”. A diferencia de la anterior, se trata de una capacidad que se puede tener de modo relativo, es decir en la medida que se cumplen determinados requisitos exigidos por ley.

La persona jurídica, por tanto, tiene la *capacidad jurídica* que el ordenamiento jurídico correspondiente le haya atribuido y en la amplitud que él haya decidido. También se le ha reconocido la *capacidad de obrar*. Sin embargo, en la medida que es la persona humana el único sujeto capaz de actuar por sí mismo en la vida jurídica, las personas jurídicas se ven obligadas a actuar a través de las personas naturales que integran los órganos que la conforman, de modo que “los efectos de los actos que realizan los órganos no se imputan a los individuos que los llevan a cabo, sino a la persona jurídica colectiva a la que representan”⁴⁰³.

⁴⁰²DE CASTRO, Benito, *Manual de Teoría del Derecho*, Editorial Universitas S. A., Madrid, 2004, p. 213.

⁴⁰³ARA PINILLA, Ignacio, *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 362.

II. Personas jurídicas privadas y derechos fundamentales

Entonces, si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección de las personas, sea de manera individual o colectiva, es lógico que las organizaciones que las personas crean para la protección de sus intereses, resulten también titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines y atender los intereses para los que han sido constituidas.⁴⁰⁴ En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en muchos casos, sólo en defensa de un interés simple, sino como verdaderos titulares de un derecho fundamental propio. Por ello, atribuir a las personas jurídicas la titularidad de derechos fundamentales supone crear una verdadera defensa de derechos frente a cualquier pretensión adversa por parte del Estado o algún otro destinatario de deberes y supone, además, ampliar el círculo de eficacia de los

⁴⁰⁴La reforma constitucional al artículo 1º de la Constitución Federal, constituye un cambio de paradigma en el orden jurídico nacional, pues ahora estipula que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Esto implicó la constitucionalización del contenido –esencialmente moral– de los tratados, lo que conforma un bloque de constitucionalidad en la medida que los convenios internacionales, en cuanto disponen derechos humanos, pasan a formar parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad exigible o imponible a todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. De este modo, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Federal. En consecuencia, a partir de lo previsto tanto en la nueva redacción del artículo 1º constitucional, como en la sentencia dictada por el Pleno de la, se tiene que es obligación interpretar las normas relativas a los derechos humanos de la forma más benéfica para la persona, lo que implica que no necesariamente hay una jerarquía entre ellas, sino que se aplicará la norma que ofrezca una protección más amplia. En esta medida, si diversos instrumentos internacionales prevén como titulares de derechos humanos a las personas jurídicas, debe seguirse esta interpretación amplia también en la jurisprudencia mexicana.

mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.⁴⁰⁵

III. Delito de calumnia y persona jurídica: el derecho al honor frente a las libertades de expresión e información

En estricta subjetividad, el derecho al honor alude a aquella cualidad de carácter moral, que nos lleva al más rígido cumplimiento de nuestros deberes tanto respecto del prójimo como de nosotros mismos. El honor es un valor cultural, un bien esencial y eminentemente cultural, de ahí que (desde un punto de vista jurídico-penal), se trata de uno de los bienes jurídicos más difíciles de captar y de concretar. Quizás lo más relevante del honor, en cuanto bien jurídico-penal, sea su acusadísima relatividad conceptual; la existencia de un ataque al honor depende de los más distintos imponderables: de la sensibilidad, del grado de formación, de la situación tanto del ofensor como del ofendido, de las relaciones entre ambos y, finalmente, de la circunstancialidad del concreto supuesto fáctico. El concepto de honor, en este aspecto objetivo, nos viene dado por el juicio que de una persona tienen las demás; sin embargo, junto a este honor objetivo, existe una conceptualización subjetiva del honor, está constituida por la conciencia y el sentimiento de la persona respecto de su propio valer y prestigio”.⁴⁰⁶

⁴⁰⁵ERREGUERENA ALBAITERO, José Miguel, Publicación editorial El financiero, México, 2014

⁴⁰⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Letras D-H. UNAM. Editorial Porrúa. México, 1998. Págs. 1594-1596. Esto dice: En sesión plenaria del mes de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió, por unanimidad de votos, reconocer que las personas morales o jurídicas son, en efecto, titulares de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución mexicana. Ello en la medida en que tales derechos resulten necesarios para la consecución de sus fines y la protección de su existencia e identidad, así como el libre desarrollo de sus actividades. Dentro de las consideraciones que condujeron a la resolución que nos ocupa, se expuso que si bien las recientes reformas al artículo 1º constitucional enfatizaron la dignidad de la persona humana,

El honor no es algo inherente a la dignidad humana, entendida individualmente, sino que es algo consustancial a la sociedad, a la colectividad que forman los distintos protagonistas que en cada momento histórico actúan en esa sociedad, y que por tanto, varía a lo largo del tiempo.⁴⁰⁷

El honor es un valor supremo, prejurídico, intangible, e indisponible, que supone una cualidad de todos los actores sociales, en tanto que impone unas pautas de comportamiento acordes a los valores imperantes en la sociedad.

Por tanto, no puede ser configurado de forma individual por cada individuo, eso se puede realizar con la moral, la dignidad... pero en ningún caso con el honor, atributo que otorga la sociedad, y que solo ésta puede modificar o retirar al individuo que trasgreda la correcta conducta social, o reforzar en función del ejemplar comportamiento que el individuo lleve a cabo.

Así, ataque al honor, lo será toda acción que incite a la sociedad a retirar o minorar el atributo que había otorgado al individuo, para así dejarlo desnudo socialmente.

La actual estructura de los delitos de injurias y calumnias, es deudora, en buena medida, de los criterios desarrollados desde la jurisprudencia

ello no implica que quedaran desprotegidas las personas jurídicas, puesto que del texto de dicho artículo se desprende que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Ello sin que en el texto se distinga entre la naturaleza de las personas a que este artículo constitucional se refiere, máxime que en el dictamen del proyecto de reforma, elaborado por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, dentro del proceso legislativo correspondiente, se señaló que por “persona” debe entenderse todo ser humano titular de iguales derechos y deberes y, en los casos en que resulte aplicable, dicho término deberá ampliarse a las personas jurídicas.

⁴⁰⁷LAURENZO COPELLO, Patricia, *u.o.c.*, pág. 50.

constitucional y la doctrina científica para trazar los límites entre el derecho al honor y las libertades de expresión.⁴⁰⁸

La frecuente confluencia del campo de actuación del derecho al honor con algunos de los grandes pilares del Estado Democrático (en particular, el derecho a difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y los derechos a informar y ser informados) ha dado lugar a la peculiar circunstancia de que muchos de los requisitos básicos llamados a dar forma a la ruleta penal del honor guarden alguna relación con las exigencias establecidas desde la jurisprudencia y la doctrina para perfilar el alcance del ejercicio legítimo de aquellas libertades. Por lo cual se llega así a la situación de unos delitos cuyo contenido y extensión no se decide en primera línea por la trascendencia y necesidad de tutela del bien jurídico que están destinados a proteger, sino más bien en atención a la importancia de otros intereses con los que aquel frecuentemente entra en conflicto.

Ese protagonismo de las libertades de expresión e información en la estructura de los delitos contra el honor es fruto del proceso de adaptación del Derecho Penal a los principios Constitucionales.

⁴⁰⁸ CLAUDIA GAMBOA, Montejano, CALUMNIAS, DIFAMACIÓN E INJURIAS Estudio Teórico Conceptual, de Antecedentes, de las reformas al Código Penal Federal, iniciativas presentadas, y de Derecho Comparado, Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis de la Cámara de Diputados, México 2012, Pág. 7. Con relación a este concepto Cristina Fix Fierro señala que: *“La libertad de expresión ha jugado un papel crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a situaciones de regímenes opresivos donde existían controles para la libre difusión del pensamiento. La defensa de la libertad de expresión es un deber de todo ser humano, pero libertad de expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos”*. Este derecho fue recogido y defendido en las principales declaraciones de derechos de la época. Esta libertad presupone la posibilidad de toda persona de poder manifestar sus ideas, pensamientos, opiniones, dibujos, gestos por cualquier medio.

El derecho al honor debe ser contrapuesto a otros derechos y libertades fundamentales con los que puede colisionar. El derecho al honor, suele actuar como límite de otros, estableciendo un campo que aquéllos no pueden invadir.

Así, el derecho a la libertad de información, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la creación artística y literaria, y en definitiva todos los derechos del artículo 20,1 de la Constitución, se ven condicionados por los contenidos en el artículo 18.1 de la carta magna (española), donde se encuentra el derecho al honor.

La veracidad es un requisito para que la libertad de información, que supone dar publicidad a hechos noticiables, prevalezca sobre el derecho al honor.

El «*animus iniuriandi*» es otro aspecto a tener en cuenta, es decir, la intención de difamar. La libertad de expresión supone la exteriorización de pensamientos, ideas, opiniones, creencias o juicios de valor, pero no habilita al insulto o la vejación.⁴⁰⁹

IV. Repercusiones dogmáticas de la colisión entre honor y libertad de expresión: propuestas doctrinales⁴¹⁰

Ante las serias dificultades para eludir plenamente y con argumentos convincentes las situaciones de colisión entre honor y libertad de expresión, han sido múltiples las propuestas ensayadas desde la doctrina y la jurisprudencia para dar solución dogmática a estos casos en conflicto.

⁴⁰⁹GÓMEZ GARRIDO, Javier, Derecho al honor y persona jurídica-privada, *REDUR* 8, España, 2010, pág. 209.

⁴¹⁰LAURENZO COPELLO, Patricia, *Los delitos contra el honor*, *Op. Cit.* Pág. 56.

La mayoría de la doctrina se manifiesta fiel a la tesis clásica del *ejercicio legítimo de un derecho*, en virtud de la cual la solución del conflicto se situaría en el terreno de la antijuridicidad. Sin embargo no son pocos los que discuten tal criterio motivados por el temor de llegar a una solución que, siquiera indirectamente, pudiera reflejar una mínima preferencia legal del honor frente a las tan citadas libertades públicas. A la teoría de la justificación se le objeta, sobre todo, que pese a asegurar la licitud de la conducta del informador no consigue evitar que el hecho resulte en principio relevante para el Derecho penal (típico), ello con la consecuencia “inaceptable” de incluir en el campo de la prohibición un comportamiento realizado en el contexto del legítimo de un derecho fundamental. Para evitar tal efecto se ensayan diversas soluciones en el plano de la tipicidad, que según admita o no la existencia de un resultado típico en estas figuras, oscilan entre las teorías de la adecuación social y el riesgo permitido.

Desde el punto de vista de la *Tesis de la Adecuación Social*, consiste en que las acciones realizadas en el legítimo ejercicio de un derecho fundamental son acordes con el orden político y social establecido constitucionalmente, motivo por el cual han de reputarse adecuadas al sistema social y, por tanto, ajenas a la prohibición penal, es decir idóneas, desde el principio para resultar las subsumidas en cualquier tipo penal. De ahí que se consideren socialmente adecuados y, por tanto atípicos, los ataques al honor realizados en el ejercicio de las libertades de información y expresión, circunstancia que se producirá cuando se hallen en juego de forma inmediata, los valores superiores relativos a la libertad y el pluralismo.

No muy lejana a esta solución se encuentra aquella que resuelve el problema en el plano de la *imputación objetiva*, apelando al *riesgo permitido*. Conforme a este punto de vista, el papel esencial de la información y la crítica de un Estado, democrático justificaría la tolerancia por parte del derecho de los posibles atentados al honor realizadas dentro de los límites constitucionales del

ejercicio de las libertades asociadas a aquellas circunstancias, esto es las libertades de expresión e información. Por lo que tales conductas quedarían fuera del alcance de las normas penales destinadas a proteger el honor frente a otra clase de ataques.

Puntos de vista que parecen olvidar, sin embargo, que también el honor forma parte del catálogo de derechos fundamentales.

V. Referencia al Derecho español ⁴¹¹

La afirmación básica de esta resolución para negar la existencia de daños morales en una persona jurídica es la siguiente: “*Como indica el Ministerio Fiscal, la categoría del daño moral y su propia existencia sólo tiene sentido en el ser humano, no en las personas jurídicas, ontológicamente ajenas a la dimensión espiritual propia del ser humano*”. Tal afirmación básica va acompañada de una serie de argumentos que la fundamentan y que, a mi juicio, ni están ordenados ni suficientemente explicados. Por ello, a continuación, trataré de profundizar en los siguientes argumentos que he entresacado de las afirmaciones del Tribunal: Primero, el artículo 113 CP parte de la idea de que el concepto de daño moral sólo es predicable de una persona física; segundo, una persona jurídica no goza de la titularidad de derechos o bienes de carácter inmaterial como es el honor; tercero, una persona jurídica únicamente puede experimentar daños materiales y, por último, la falta de acreditación del daño moral y la fijación del *quantum* indemnizatorio al libre albedrío por parte de la Audiencia Provincial.

A) **La normativa reguladora de la responsabilidad civil en el Código penal excluye la reparación del daño moral de una persona jurídica**

⁴¹¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, Daño moral y persona jurídica: ¿Contradicción entre la doctrina de la Sala 1ª y la Sala 2ª del Tribunal Supremo?, REVISTA PARA EL ANÁLISIS DEL DERECHO www.indret.com, Barcelona, Abril de 2006

El art. 110 CP señala que la responsabilidad civil comprende, entre otros conceptos, la indemnización de los perjuicios materiales y morales. También el art. 113 CP menciona la reparación de los daños materiales y morales, para señalar que ésta “comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado a sus familiares o a terceros”.

Esta sentencia señala que del tenor literal del citado art. 113 cabe deducir, al menos de forma implícita, la exclusión de su ámbito de aplicación de las personas jurídicas, en cuanto la mención de la expresión “agraviado”, junto a “familia” o a “terceros”, permite concluir que la categoría de daño moral sólo tiene sentido en el ser humano, ya que únicamente éste posee una dimensión espiritual. Pienso, sin embargo, que este precepto no tiene por finalidad la determinación de los sujetos que pueden sufrir daños morales a consecuencia de un comportamiento tipificado como delito o falta, sino que lo único que trata de apuntar es que otras personas distintas del ofendido o agraviado (que es quien primariamente sufre los daños materiales o morales en razón del delito) están también legitimadas para el ejercicio de la pretensión civil ex delito, siempre, claro, que hayan experimentado también de manera directa e inmediata las consecuencias del hecho delictivo. La razón de que mencione de modo específico a los familiares quizás radica en que ha querido advertir que los familiares son los terceros que resultan con más frecuencia.

Por consiguiente, no se cree que la normativa reguladora de la responsabilidad civil del CP resuelva la cuestión de si pueden repararse los daños morales de persona jurídica. Por ello es preciso acudir a otras normas del CP que puedan dar luz sobre la cuestión, en concreto, al artículo 208 CP. Este precepto señala en su párrafo 1º que “es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Desde luego el hecho de que ligue el honor, que es el bien jurídico protegido en este delito, directamente con la dignidad humana puede conducir a

pensar que está excluyendo de este derecho y, por tanto, de los daños morales a una persona jurídica.

B) Una persona jurídica no es titular del derecho al honor

La resolución sigue diciendo que las personas jurídicas (en general) tienen fama, crédito o reputación como “daño material” y “no como daño moral”. Por consiguiente, ha de interpretarse tal afirmación en el sentido de que las personas jurídicas no detentan honor en cuanto bien o derecho de carácter inmaterial.

C) Una persona jurídica sólo puede sufrir daños materiales

La sentencia objeto de este comentario también dice que la lesión de la fama o del crédito de una persona jurídica es un daño material, no un daño moral. Como ya he apuntado en el epígrafe anterior, el problema no reside tanto en negar en todo caso el daño moral de una persona jurídica, cuanto en que los tribunales tengan la certeza de que efectivamente, en el supuesto concreto, ese daño sí ha existido. Pero, claro, la admisión de daños morales en una persona jurídica supone, por una parte, la búsqueda de un concepto general de daño moral adecuado a las características de un ente de este tipo y, por otra parte, la identificación, en cada caso específico, del daño moral concreto que se ha producido. Respecto a la primera cuestión, si se mantiene un concepto de perjuicio moral clásico, en cuanto sufrimiento, angustia, preocupación, es imposible afirmar que las personas jurídicas puedan sufrir este tipo de daños. Por ello parece más correcto sostener que el daño moral de una persona jurídica se produce siempre que se impide o dificulta la satisfacción de un interés de la misma sin disminución de un patrimonio.

VI. Elementos típicos

“Acusación falsa, hecha maliciosamente para causar daño. Imputación falsa de un delito de los que dan lugar a un procedimiento de oficio. La calumnia significa en penal, imputar o acusar falsamente a otro de la comisión de un delito.

La calumnia, desde épocas pasadas siempre se ha equiparado con la mentira, siendo ésta la esencia propia de este delito. Como precedentes de la calumnia nos encontramos las Leyes de Hammurabi, consistentes en el castigo a que se hacía merecedor el que acusaba y no podía probar su acusación.

La primera característica que es apreciable en la calumnia, es la falsa imputación de un delito y, además, que este delito sea de aquellos que la ley persigue de oficio.

En el delito de calumnia, a diferencia de la injuria y la difamación, la falsedad es un elemento esencial; sin embargo, deben concurrir otros aspectos importantes que la hacen diferente de los otros delitos que la ley señala como los delitos contra el honor. Esa falsedad por otra parte, debe ser consciente y voluntaria por la persona que realiza la imputación de un delito; además, la imputación debe ser a una persona directa y los hechos también deben ser concretos y determinados.

La finalidad en el delito de calumnia se traduce en una imputación totalmente falsa, concreta y dolosa; la finalidad del delito de injuria, es fundamentalmente el animus injurandi, la ofensa y el desprecio.

Por lo cual en ese sentido conviene recordar, que la calumnia constituye una forma agravada del delito de injuria, cuya justificación se encuentra en la especial entidad del atentado al honor que supone la imputación de un hecho delictivo.⁴¹²

⁴¹² LAURENZO COPELLO, Patricia, *op. Cit.*, p.99. Así también en México la Corte Suprema nos dice: «Recordemos que el tipo penal delictivo según la SCJN.- El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia

Esa atribución debe ser de la comisión de un delito, o sea una conducta tipificada en el Código penal o en cualquier otra ley que contenga tipos penales, y no de faltas y/o contravenciones, ni infracciones administrativas, laborales, a códigos de ética, o de otra índole, que aunque puedan dar lugar a la configuración de injurias, no serán calumnias por falta de su elemento diferenciador: atribución de delito.

Es pertinente aclarar que en esa imputación no interesa si el delito se hubiese consumado o no, si se trata de uno doloso, culposo o preterintencional, y si se lo imputa en grado de autor, coautor, partícipe, instigador u otro grado de intervención pasible de sanción. Sí, debe ser actual o pasado, puesto que los hechos futuros no constituyen delito. Debe contener además dos requisitos, que sea concreto y circunstanciado, es decir, que cuente con todas las relaciones de modo, tiempo, lugar y aluda a personas de manera singularizada, determinada o determinable de manera inequívoca. Y que esos datos sean de una precisión tal, que permitan a ubicar e individualizar cabalmente el hecho punible imputado y a la(s) persona(s) que se atribuye.

El sujeto activo del delito de calumnia puede ser cualquier persona, en cambio la determinación del sujeto pasivo. Se ha discutido si cabe atribuir esa condición a las personas jurídicas u otros colectivos. La doctrina ampliamente mayoritaria, así como la jurisprudencia, se manifiestan en contra de esta posibilidad fundándose en el principio según el cual las personas jurídicas no pueden delinquir, de donde se sigue la imposibilidad de imputarles la comisión de los hechos constitutivos del objeto de la calumnia. Pero se ha ido admitiendo la protección del honor de personas jurídicas (según la doctrina jurisprudencial

jurídica; o en otros términos: el tipo penal significa, más bien, el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal».

más amplia, que protege el honor de la persona jurídica como medio para tutelar la dignidad de la persona física).

VI. Elementos objetivos

La acción consiste en imputar a otro un delito, es decir en atribuir a otra persona la comisión de un hecho delictivo, sea como autor o partícipe, en grado de tentativa o consumación. La imputación puede realizarse de manera verbal, por escrito o por cualquier otro medio idóneo para transmitir esta idea de forma inequívoca.

El objeto de la imputación ha de ser un delito, entendiendo por tal una conducta típica y antijurídica con independencia de las posibles circunstancias excluyentes de la culpabilidad del sujeto pasivo o, en su caso de la presencia de excusas absolutorias. Por lo cual es indiferente que el hecho imputado sea doloso o imprudente, pues no se establece distinción al respecto.

VII. Elementos subjetivos

El tipo subjetivo de la calumnia se concreta en la concurrencia del dolo, sin que sea preciso ningún otro elemento subjetivo adicional.

Por lo que se refiere a la exigencia legal del conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacía la verdad, la doctrina mayoritaria considera que se trata de referencias al dolo con expreso reconocimiento de dolo eventual.