

Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor)

José MUÑOZ LORENTE

1. INTRODUCCION Y DELIMITACION DE LA CUESTION

Con la entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995, los delitos contra el honor han sufrido una reforma sustancial respecto a la regulación anterior. Aquélla, fundamentalmente obedece, por un lado, al intento de adaptar la tipología de esta clase de delitos al numeroso cuerpo de doctrina jurisprudencial emanada en esta materia del Tribunal Constitucional¹ y, por otro, como se señala expresamente en la Exposición de Motivos del nuevo Código, para otorgar a las libertades de expresión e información "toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático".

Las infracciones contra el honor se encuentran fundamentalmente recogidas en los artículos 205 y ss. del Código Penal y en el artículo 620 2º que tipifica la falta de injurias. Asimismo, existen otra serie de tipos —diseminados a lo largo de todo el Código— que guardan una estrecha y clara relación con esta clase de delitos. Esencialmente se trata de tipos cualificados o agravados en función del sujeto o sujetos pasivos del delito³ —y así, cabe citar, por ejemplo, las injurias al Jefe del Estado o a cualquier miembro de la Familia Real⁴—, tipos cualificados

que, como tales, es preciso concretar en atención a los tipos básicos ya señalados⁵.

Según la nueva regulación, la comisión de un delito contra el honor, sustancialmente, se puede llevar a cabo de dos formas distintas: bien emitiendo un *juicio de valor u opinión* acerca de un sujeto, lesionando con ello su dignidad y propia estimación, como expresamente se señala en el artículo 208.1⁶; bien imputando a un sujeto un *hecho* que menoscabe su fama⁷, es decir, realizando afirmaciones que de algún modo sean susceptibles de contrastación empírica.

Sin embargo, y aunque el bien jurídico protegido sea el mismo —caracterizado en las dos distintas facetas a las que he aludido: autoestima y heteroestima o fama—, la consideración de cada una de esas *dos formas comisivas* es esencialmente diversa y, en consecuencia, también lo será la forma de proceder a la resolución de los conflictos que eventualmente se puedan plantear con las libertades del artículo 20 de la Constitución⁸. Por consi-

aún fuera de estos casos, todavía es posible encontrar diseminados por el Código otros tipos en los cuales el sujeto pasivo es, también, un órgano pluripersonal externo al Estado como puede ser un grupo o una asociación. En mayor extensión al respecto, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", en Bajo Fernández *et alii.* *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, vol. II, CEURA, Madrid, 1998, págs. 255 y ss.

⁵ Como, por otra parte, ya puse de relieve en otro lugar. Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: "La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado", *Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolome de las Casas*, nº 3, 1994, pág. 438.

⁶ Lo que representa la protección del honor interno o autoestima del sujeto. *lesionable únicamente con la emisión de opiniones o juicios de valor*, como acertadamente indica Vives Antón. Así, *vid.* Vives Antón, T.S. en Vives Antón, T.S. *et alii.* *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 1026 y 1036; Álvarez García, F.J. *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 41-42 y 44; Carbonell Mateu, J.C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal", en el monográfico *La libertad de expresión y el Derecho Penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXIII, 1993, pág. 119; Moral García, A. del. "Delitos contra el honor", en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Comares, Granada, 1998, pág. 1121.

⁷ Lo que, en esencia, constituye una protección del honor externo o reputación y *ésta únicamente puede resultar lesionada con la emisión de hechos*. En este sentido, *vid. ibidem* las citas realizadas en la nota anterior.

⁸ En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. *passim*, también, Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", en *ICADE, Revista de las Facultades de De-*

¹ De hecho, y como ejemplo, se han trasladado al ámbito de la tipicidad términos que tradicionalmente han sido acuñados por la jurisprudencia constitucional, si bien en un marco distinto como era el de la justificación de conductas lesivas del honor.

² La relación entre ambos derechos fundamentales suele ser, por definición, conflictiva por los intereses contrapuestos que confluyen en la misma. Por eso, se ha dicho que se trata de una cuestión sobre la que "una sociedad democrática precisa de una reflexión permanente... Nadie, absolutamente nadie, puede aspirar —ni ahora, ni nunca— a decir la última palabra sobre el tema". Así, *vid.* Vives Antón, T.S.: "Sentido y límites de la libertad de expresión", en Vives Antón, T.S.: *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 367.

³ En alguna ocasión se ha señalado que la razón de la incriminación autónoma de alguno de estos tipos delictivos "no está, pues, en la creación de un nuevo delito, ni siquiera en la adición de algunas características nuevas a uno ya existente, sino simplemente en reforzar la protección de unos órganos importantes en la estructura política del Estado" añadiendo posteriormente que lo que se pretende con la introducción de estos tipos delictivos es "aumentar la pena, en función de la importancia del sujeto pasivo... Algo, en todo caso, poco democrático". Así, *vid.* Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 696-697.

⁴ Entre esta categoría de tipos agravados en función del sujeto o sujetos pasivos también cabe incluir a otras instituciones pluripersonales del Estado como son las Cortes, Parlamentos Autónomos, Altos Organismos de la Nación, Ejercitos, etc. Y,

guiente, antes de proceder a cualquier enjuiciamiento, el operador jurídico debe determinar en cuál de las dos categorías se integra la manifestación deshonrosa realizada. Sin duda, la distinción entre hechos y opiniones es una cuestión ardua y harto difícil, por no decir que, en algunos casos, resulta imposible⁹. No debemos olvidar que nos encontramos ante el problema del análisis del lenguaje que, en muchas ocasiones, adquiere la cualidad de un camaleón, cambiando de color de acuerdo con el entorno que lo rodea¹⁰. Sin embargo, y a pesar de esa dificultad, la distinción entre hechos y opiniones es de todo punto necesaria¹¹ dado que, como ya he indicado, el enjuiciamiento y la forma de resolución del conflicto entre los atentados al honor y las libertades del artículo 20 de la Constitución es sustancialmente diversa dependiendo de que nos encontremos ante la difusión de un hecho o ante la emisión de un juicio de valor u opinión: en el primer caso para resolver ese conflicto ha de atenderse a la veracidad del hecho imputado mientras que, contrariamente, en el segundo jamás es necesario, ni tampoco posible, porque las opiniones o juicios de valor no son susceptibles de contrastación empírica¹².

El presente análisis —que por razones de espacio no puede abarcar un examen completo y exhaustivo de los delitos contra el honor— se va a centrar en los tipos protectores del honor consistentes en la imputación de hechos, y, más concretamente, va a versar sobre la cuestión de si la falsedad objetiva es o no un elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor consistentes en la imputación de hechos. Estos últimos son dos: por un lado, el artículo 208 párrafo 3º que recoge el tipo de injuria cuando ésta consiste en la imputación de hechos —tipo básico de los delitos contra el honor consistentes en imputaciones de hechos¹³—, y, por

otro, el artículo 205 en el que se sitúa el delito de calumnia en el cual —como históricamente han hecho nuestros Códigos¹⁴— se agrava la pena en función de la naturaleza de los hechos imputados que, como es sabido, han de constituir delito en sentido estricto¹⁵.

Pero, como se podrá advertir, la cuestión objeto de este análisis —esto es, si la falsedad es o no un elemento del tipo— entronca directamente con otra a la que, sin duda alguna, cabe responder de manera simultánea: *cuál es el concepto de honor que dogmáticamente se protege en estos tipos penales consistentes en la imputación de hechos: un honor real o merecido o, por el contrario, un honor aparente*. Enfatizo el término “dogmáticamente” para distinguirlo de cual sea el concepto de honor que de hecho, y en determinados supuestos, queda protegido. Quiero con ello significar que lo relevante para analizar la cuestión, a efectos jurídico-dogmáticos, no es si finalmente la conducta es punible o impune, sino que lo auténticamente importante es —de manera fundamental en los casos en que no se imponga ninguna sanción— examinar cuál es el fundamento dogmático de esa impunidad y, si a pesar de la misma, se puede decir que el bien jurídico honor se ha lesionado. En determinados supuestos, como sucede con la calumnia, y puesto que la verdad objetiva de la imputación exonerará en todo caso al sujeto de cualquier clase de responsabilidad penal, podemos encontrarnos, desde el punto de vista de los efectos que produce, con un concepto de honor más cercano al real o merecido que al aparente. Sin embargo, y como podremos comprobar, la constatación de ese hecho o consecuencia práctica no será obstáculo para mantener que lo que dogmáticamente queda protegido —tanto en la calumnia como en la injuria— es un honor aparente.

recho y Ciencias Económicas y Empresariales, nº 42, 1997, *passim*.

⁹ En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, especialmente págs. 88 y ss., en donde se intentan ofrecer pautas generales para la realización de esa labor.

¹⁰ Como señalara el juez Holmes “una palabra no es un cristal, transparente e inalterable, es la piel de un pensamiento vivo y puede variar de forma, color y contenido, de acuerdo a las circunstancias y tiempo en el cual se utiliza”. Así, en *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418 (1918).

¹¹ No en balde, en alguna ocasión, algún autor ha llegado a indicar que “uno de los mejores servicios que el jurista puede prestar a la sociedad española y a sus medios de información es luchar por la afirmación de la distinción” entre hechos y opiniones. Así, *vid.* Salvador Cordech, P.: “El concepto de difamación en sentido estricto”, en Salvador Cordech, *pág. et alii El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pag. 166.

¹² Todo lo más, respecto a estas últimas se puede hablar, como señala López Guerra, de pertinencia o impertinencia. Así, *vid.* López Guerra, L.: “La libertad de información y el derecho al honor”, *Poder Judicial*, nº especial VI, pag. 290. En parecidos términos se expresa Rodríguez Mourullo, G.: “Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos”, en *Estudios sobre la Constitución española, homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, T. II, Civitas, Madrid, 1991, pag. 904, quien prefiere utilizar los criterios de “fundada” o “infundada” al referirse a las opiniones pero nunca los de “verdadera” o “falsa”; en idéntico sentido, Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 260.

¹³ Puesto que la calumnia no es más que un tipo agravado en función de cual sea el contenido de la imputación de hechos, como ya adelanté en otras ocasiones. Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Pe-*

nal de 1995, *cit.*, pag. 430 y “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, pag. 181. En este mismo sentido, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 289; Tasende Calvo, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *Poder Judicial*, nº 43-44, 1996, pag. 140.

¹⁴ Así, desde el Código Penal de 1822. Al respecto, *vid.* Mira Benavent, J.: *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. Aunque, como acertadamente señala el citado autor, la distinción entre calumnia e injuria grave no aparece del todo clara en aquel primer Código puesto que ambas figuras podían consistir en la imputación de un delito (*vid.* especialmente págs. 123-124).

¹⁵ En otros términos, nunca puede ser constitutiva de calumnia la imputación de una falta penal que, sin embargo, sí puede constituir injuria grave como se deduce de una interpretación conjunta de los artículos 205 y 210 del Código Penal. En efecto, por un lado, el artículo 205 se refiere únicamente a la “imputación de un delito” con lo cual, interpretados esos términos en sentido estricto, ya parece excluir la imputación de faltas penales. Pero, además, y de otro lado, el artículo 210 —aplicable sólo al delito de injurias— señala expresamente que quedará exento de responsabilidad el sujeto que pruebe la verdad de las imputaciones cuando, entre otras cosas, aquellas se refieran “a la comisión de faltas penales”. En este mismo sentido, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 269; Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 1122. No obstante, no faltan quienes, apelando a una mayor coherencia legislativa, estiman que hubiese sido conveniente contemplar los supuestos de imputación de faltas penales dentro de la figura de la calumnia por su proximidad material, aunque reclamando una pena inferior ya que, tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado cuando se imputa una falta es, sin duda, menor. En este último sentido, *vid.* Tasende Calvo, J. J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, *cit.*, pag. 142.

Naturalmente, responder al último interrogante planteado, no se me oculta que resulta sumamente difícil y controvertido. El bien jurídico honor, o la investigación e indagación de su contenido, como ya dijera Maurach en una clásica y gráfica cita, es uno de los bienes jurídicos más sutiles y difíciles de aprehender con "los guantes de madera del Derecho Penal"¹⁶. Se trata de un bien jurídico ambiguo y cambiante, además de dependiente de las ideas o valoraciones sociales existentes en cada lugar y tiempo¹⁷. Prueba de todo ello es la diversidad de concepciones que doctrinalmente se han manejado y se siguen manejando en la actualidad¹⁸. En consecuencia, no resulta extraño que algún autor haya sostenido que "el jurista debe renunciar a encontrar un concepto inequívoco de honor" y limitarse a analizar qué es lo que realmente se encuentra protegido¹⁹. Si esa labor se lleva a cabo de otra forma, se corre el riesgo, como suele ocurrir con frecuencia, de caer en "una fraseología un tanto ampulosa y a veces sin exceso de contenido; pero, eso sí, envolvente"²⁰ y, hasta incluso, se podría decir que altisonante pero, en definitiva, huera o, cuando menos, vaga y ambigua, cuya contribución a centrar el debate jurídico es escasa²¹, además de favorecer la imagen de "criptociencia innacesible" que para el hombre común tenemos los juristas²². En consecuencia, es conveniente huir de elaboraciones o concepciones excesivamente abstractas que, en absoluto, resultan ser de gran utilidad²³.

Como se habrá podido advertir, cuando me refiero a los tipos consistentes en la imputación de hechos, aludo tanto a la injuria como a la calumnia sin que se pueda distinguir en cada uno de esos tipos un distinto concepto de honor —como algún sector doctrinal pretendía respecto del antiguo Código Penal²⁴, y como otro pretende respecto al nuevo²⁵—

porque, con la actual regulación, ambos tipos se encuentran, a mi juicio, objetiva y subjetivamente estructurados de la misma forma, sin que quepa establecer ninguna clase de diferencia basada en la redacción típica o en cualquier otra clase de argumento material; ello viene, además, obligado por una interpretación lógico-sistemática de ambos preceptos que, como señala Gimbernat Ordeig, pretende "tratar de llegar a conclusiones similares para todas las modalidades contenidas en un mismo precepto, o en preceptos distintos que la misma ley ha puesto en conexión"²⁶. En consecuencia, las consideraciones que se hagan respecto a uno de esos tipos habrán de ser aplicables al otro, especialmente en lo relativo a si la falsedad es o no un elemento del tipo objetivo y, por tanto, en relación al concepto de honor. A este respecto, es conveniente recordar, al contrario de lo que habitualmente se hace, que el tipo básico de los delitos contra el honor consistentes en la imputación de hechos es la injuria, contenida en el artículo 208 párrafo tercero, y no la calumnia. Esta última resulta ser un mero tipo agravado en función de cual sea el contenido de las imputaciones. Por tanto, el estudio del concepto de honor protegido en el nuevo Código ha de comenzar por el tipo básico y las soluciones deducibles del mismo, aplicadas al tipo agravado. Sin duda, lo que acabo de decir puede parecer una obviedad, pero no lo es tanto si se observa cómo la doctrina al analizar los delitos contra el honor no procede de esta manera: examina primero el concepto de honor deducible del delito de calumnia y, posteriormente, intenta adaptar y ajustar los resultados obtenidos al de injurias produciéndose, en consecuencia, notables incoherencias dogmáticas y prácticas como tendremos ocasión de comprobar.

¹⁶ Maurach/Schroeder/Mawald: *Strafrecht. Besonderer Teil*, Teilband I (Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte), 7. Aufl., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1988, pág. 215, Rdn. 1.

¹⁷ En este mismo sentido, vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 256-257; Rubido de la Torre, J.L.: "Libertad de información: diligencia del periodista, veracidad y derecho al honor", *Revista General de Derecho*, nº 627, 1996, pág. 12962.

¹⁸ Para una extensa y completa visión de las mismas vid. Musco, E.: *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milano, 1974; también, al respecto, vid. Vives Anton, T.S. en Vives Anton/Boix Reig et alii: *Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs. 670 y ss.; también, Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., págs. 19 y ss.

¹⁹ Así, vid. Bajo Fernández/Díaz-Maroto y Villarejo: *Manual de Derecho Penal. Parte especial (Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil)*, 3ª edición, CEURA, Madrid, 1995, pág. 286; Bajo Fernández, M.: "Protección del honor y la intimidad", en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal, T. I (Derecho Penal y Constitución), EDESA, Madrid, 1982, pág. 124.

²⁰ Así, vid. Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., p. 15.

²¹ En relación a esta cuestión, y como ejemplo, vid. Jakobs, G.: "La misión de la protección jurídico-penal del honor", en Jakobs, G.: *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 423 y ss.

²² Respecto de esta cuestión, vid. Quintero Olivares, G.: *La Justicia Penal en España*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs. 22 y ss.

²³ En este mismo sentido, vid. Alvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., pág. 26.

²⁴ Así, vid. Sainz Cantero, J.A.: "El contenido sustancial del delito de injurias", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1957, págs. 85-86, quien indicaba como "existen dos clases

de honor: el que la calumnia lesiona y el atacado por la injuria. El primero es un honor legal, y el segundo el honor en general (...) de una persona que asesino puedo decir que es un asesino (...) y la ley entiende que no lesiona su honor, pues frente a su quejilla puedo defenderme probando la verdad de la imputación". En parecidos términos distinguiendo entre el honor protegido en las calumnias y el protegido en las injurias en relación al antiguo Código Penal, vid. Bernal del Castillo, J.: *Honor, verdad e información*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1994, pág. 75; también, González Rus, J.J.: "Consideraciones político-criminales sobre los delitos contra el honor", en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, EDESA, Madrid, 1993, pág. 683.

²⁵ Así, vid. Cremades, J. en Manzanares/Cremades: *Comentarios al Código Penal, La Ley-Actualidad*, 1996, págs. 99-100; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, cit., págs. 247-248; Quintero Olivares, G.: "Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995", en el monográfico *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 160-161 y 167; Quintero Olivares/Morales Prats: "Delitos contra el honor", en Quintero Olivares/Valle Muñiz et alii: *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 359-360, 362-363, 366-367, 375. Con algunas connotaciones, en esencia también mantiene esta misma postura Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 275 y ss.

²⁶ Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, pág. 58. La cursiva es mía

Concepto de honor real o merecido y concepto de honor aparente

Volviendo al análisis de la cuestión en los términos planteados —es decir, si la falsedad objetiva es o no un elemento del tipo o, lo que es lo mismo, si el nuevo Código Penal, en el caso de la imputación de hechos, protege un honor real o merecido o por el contrario un honor aparente— es preciso y primordial examinar, a grandes rasgos, en que consisten tales conceptos de honor.

En primer lugar, la protección de un *honor real o merecido*, o la opción por este concepto de honor, significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, *sean cuales sean*²⁷, no lesionan —en sentido jurídico— el honor y, por tanto, *son atípicas*. Para esta postura, el honor sólo merece protección cuando se halla basado en hechos que son ciertos u objetivamente verdaderos. Es decir, según esta concepción, jurídicamente *sólo nos encontraremos ante una lesión del honor cuando el hecho imputado sea objetivamente falso*. Esto representa que, para quienes mantienen esta postura —calificados por algún autor como “apóstoles de la verdad”²⁸—, *la falsedad objetiva de una información ha de ser un elemento del tipo*. Si se difunde un hecho verdadero se entiende que no se lesiona el honor o, empleando la terminología del Código, no se menoscaba la fama de un sujeto²⁹ y, por tanto, el hecho es atípico por inexistencia de lesión del bien jurídico³⁰. En consecuencia, y al contrario de lo que muchas veces se cree, si no existe lesión del honor no nos encontraremos ante ningún conflicto con la libertad de información, *ergo* propiamente no tendríamos que proceder a su resolución o, si se quiere sólo sería un “conflicto aparente” con aquella libertad. Esto, como se podrá apreciar, implicaría redefinir, desde la legislación penal, el contenido constitucional, no sólo del derecho al honor sino, también, el de la libertad de información y su carácter preferente³¹.

²⁷ Y me refiero concretamente a que *es indiferente que esas imputaciones sean de relevancia pública o no*.

²⁸ Así, en tono irónico, *vid.* Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho la honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 99.

²⁹ Aunque en realidad se menoscaba, se entiende que al ser una *fama inmerecida* —o basada en hechos falsos— no ha de gozar de ninguna clase de protección penal.

³⁰ Es imposible negar las fuertes connotaciones éticas o morales que, sin duda, tiene este concepto de honor. Al respecto, *vid.* Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho la honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 22 y 99-100; también, siguiendo a Quintano Ripolles, *vid.* Alonso Alamo, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, pag. 133. En efecto, este concepto de honor parte de la consideración de que es imposible proteger a quien aparenta ser algo sin serlo en realidad, o si se quiere, entiende que no es posible proteger al “inmoral” que aparenta ser “moral”.

³¹ En efecto, en caso de sostener esta postura, el carácter preferente de la libertad de información habría de predicarse siempre que los hechos transmitidos fuesen veraces, *con independencia de que fuesen o no de interés público* y, por tanto, resolverse el “aparente conflicto” en su favor siempre que lo transmitido fuese objetiva o subjetivamente verdadero y, en este caso, el legislador penal estaría actuando como legislador constitucional. En mayor extensión en relación a esta cuestión, que aquí es imposible abordar con detalle, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 156 y ss. y 222 y ss.; también, Muñoz Lo-

En nuestro país, muy frecuentemente, suele considerarse al ordenamiento alemán como el prototipo de protección de un honor real o merecido por comparación con el que se acostumbra a denominar “sistema latino” de los delitos contra el honor³². Mientras que en el primero, la prueba de la verdad del hecho imputado, por lo general, tiene plena capacidad exonerante; en el segundo, en el que tradicionalmente ha sido incluido nuestro país, la pauta común es la contraria: la verdad de la imputación no tiene plena capacidad exonerante. En efecto, en aquél país la verdad objetiva de una imputación exonera de pena, ya se trate de hechos de interés público o carentes de él. Negar esta conclusión, tras la simple lectura de los §§ 185 y ss. del StGB, sería un absurdo. Sin embargo, esta circunstancia no significa —al contrario de lo que comúnmente se cree— que en el StGB se proteja un concepto de honor real o merecido. Como acertadamente señala Arzt, se trata de un *concepto de honor* muy cercano al real o merecido, pero no un verdadero y auténtico concepto de honor real o merecido *porque las informaciones objetivamente verdaderas nunca son atípicas*³³. Así ocurre, concretamente, en el caso del § 186 del StGB en el que se recoge la denominada *üble Nachrede*. En este precepto, *la falsedad objetiva de la imputación no es considerada un elemento del tipo objetivo*³⁴, sino que casi unánimemente se sostiene que *la prueba de la verdad objetiva de la imputación es una causa de exclusión de la pena*³⁵ *o una condición objetiva de punibilidad*³⁶ pero nunca —o muy minoritariamente— una causa de atipicidad³⁷. En definitiva, esto no significa otra cosa que

rente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, págs. 184 y ss.

³² Al respecto, *vid.* Alonso Alamo, M.: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *cit.*, pág. 133. También, en este sentido, *cf.* las denuncias y críticas que realiza Alvarez Garcia, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pag. 100, nota nº 164, quien sostiene que el legislador español de 1995 se ha guiado por un deseo de imitar lo alemán “olvidando que en nuestro país, y en algún otro, la verdad nunca ha gozado, porque socialmente no se quiere, del peso adquirido en aquellos países”.

³³ Así, *vid.* Arzt, G.: “Der strafrechtliche Ehrenschaft - Theorie und praktische Bedeutung”. *JuS*, 1982, pag. 721; en parecidos términos, *vid.* Schmid, K.: *Freiheit der Meinungsäußerung und strafrechtlicher Ehrenschaft*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972, págs. 59-60; en análogo sentido, *vid.* Knittel, E.: *Ansehen und Geltungsbewusstsein. Grundlagen der strafrechtlichen Beleidigungstatbestände*, Friederich Knittel Verlag, Kassel, 1985, pag. 15.

³⁴ A diferencia de la *Verteidigung* recogida en el § 187, que requiere que el hecho deshonroso difundido sea objetivamente falso y, además, que el sujeto activo conociese, con dolo directo, la concurrencia de esa circunstancia. En otros términos, *los supuestos en que se consiga probar la verdad objetiva de la información, no encontrarán acomodo en este precepto sino en el § 186*.

³⁵ En mayor extensión sobre la mayoritaria doctrina alemana partidaria de esta postura, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

³⁶ Que en este aspecto serían las dos caras de una misma moneda, depende si se mira desde la óptica de la verdad —en cuyo caso la concurrencia de ésta será entendida como una causa de exclusión de la pena— o si se mira desde la óptica de la falsedad —en cuyo caso la presencia de ésta será una condición objetiva de punibilidad—. En mayor extensión sobre las consideraciones que al respecto se hacen, tanto en la doctrina alemana, como española, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

³⁷ Sosteniendo esta última postura, *vid.* Hirsch, H.J.: *Ehre und Beleidigung. Grundfragen des strafrechtlichen Ehrenschaftes*, *cit.*, págs. 152 y ss.; también, Jakobs, G.: “La misión

proteger, desde el punto de vista dogmático, un honor aparente porque se excluye la pena tras declarar la vulneración del bien jurídico y la antijuridicidad y culpabilidad del hecho.

La opción por la protección de un *honor aparente* significa que cualquier hecho que menoscabe la fama de un sujeto, sea o no objetivamente verdadero, jurídicamente lesiona el honor. En consecuencia, para quienes mantienen este concepto de honor, la *falsedad objetiva de la imputación no es un elemento del tipo objetivo de ninguno de los delitos contra el honor* y, por tanto, la verdad objetiva de aquella imputación no conlleva la atipicidad objetiva del hecho. Todo ello, con independencia de que, posteriormente, la verdad de esa información pueda justificar la conducta lesiva del honor³⁸, excluir la imposición de una sanción penal a través de la *exceptio veritatis*³⁹ o, incluso, como ocurre en el supuesto de la calumnia, excluir la tipicidad *subjetiva* —que no objetiva— de la conducta⁴⁰. Naturalmente, este concepto de honor conlleva plantear una cuestión adicional relacionada con los casos en que la imputación de un hecho menoscaba la fama de un sujeto. En otros términos, ¿cuándo la imputación de un hecho conlleva ese menoscabo de la fama? La cuestión, sin duda, resulta difícil de contestar pero, siendo coherentes con lo expresado anteriormente, y centrándonos en la regulación legal, habría que decir que se menoscaba la fama de un sujeto cuando la imputación de un hecho “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público”⁴¹ por perjudiciales, con independencia de que aquella imputación sea verdadera o falsa⁴². En definitiva, en este caso, será el juez quien dictamine —desde un punto de vista objetivo, y teniendo en cuenta las valoraciones sociales o, si se quiere, “el concepto público”⁴³— si la manifestación —con in-

dependencia de su veracidad o falsedad— tiene la suficiente *potencialidad objetiva* para menoscabar la fama de un sujeto, esto es, para perjudicar sus relaciones con el resto del entorno social en el que se ubica, con independencia de que efectivamente aquellas relaciones se hayan visto perjudicadas o no. Quiere con ello decirse que no es necesario demostrar que la imputación efectivamente haya perjudicado las relaciones del sujeto con el resto del colectivo social, sino que basta con que tengan *potencialidad para menoscabirlas*⁴⁴. Mayor concreción, a mi juicio, es imposible de realizar habida cuenta de lo vago, ambiguo y etéreo que resulta ser el concepto de honor.

2. ANALISIS

La opción por uno u otro concepto de honor es una cuestión que si doctrinalmente resultaba altamente controvertida respecto al antiguo Código, hoy en día lo sigue siendo, o al menos así lo demuestra la existencia de posturas discrepantes en los hasta ahora pocos, pero significativos, estudios doctrinales que han visto la luz respecto de la regulación de los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal de 1995. En esencia, al respecto, existen tres posturas, cuyas divergencias parten, fundamentalmente, por un lado, de la interpretación que cada una de ellas ofrece para dilucidar el significado de los términos “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” —contenidos en los artículos 205 y 208 párrafo 3º— y, por otra, de la naturaleza dogmática que atribuyen a la *exceptio veritatis* —arts. 207 y 210—. Una primera postura estima que en la calumnia se protege un honor real o merecido, mientras que en la injuria se protege un honor aparente porque, en esta última, la falsedad no es elemento del tipo objetivo⁴⁵. Una segunda estima que, tanto en la calumnia, como en la injuria, se protege un honor real o merecido⁴⁶. Y, por último, una tercera, consi-

de la protección jurídico-penal del honor”, *cit.*, *passim*, especialmente, pág. 438. En mayor extensión respecto al planteamiento de estos dos autores, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 253 y ss.

³⁸ A través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho contenida en el artículo 20.7 del Código en relación con el artículo 20 de la Constitución, siempre y cuando el hecho imputado, además de ser verdadero, sea de interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, *passim*.

³⁹ Dependiendo de cual sea la naturaleza jurídica que se atribuya a esta última figura que ahora se encuentra recogida en los artículos 207 y 210 del Código Penal. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 365 y ss.

⁴⁰ Como se podrá advertir, el hecho de excluir la tipicidad *subjetiva* no implica la inexistencia de lesión del bien jurídico sino, todo lo contrario, aquélla se encuentra totalmente presente y, en consecuencia, aunque el hecho sea atípico existe una vulneración del honor. En mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 429 y ss.

⁴¹ Artículo 208, párrafo 2º, del Código Penal

⁴² Por ejemplo, afirmar de un determinado sujeto que padece cáncer no menoscaba su fama, en todo caso, vulnerará su intimidad. Sin embargo, afirmar que ese mismo sujeto padece una enfermedad infectocontagiosa como el SIDA —aunque dicha afirmación sea objetivamente verdadera— es innegable que perjudica aquella fama, además de perjudicar, también, su intimidad.

⁴³ En este mismo sentido, por todas, *vid.* STC 176/1995, fundamento jurídico 3º.

⁴⁴ En este sentido, los delitos contra el honor se encontrarían en un escalón muy cercano, por no decir idéntico, al de los delitos de peligro. De esta misma opinión, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 279.

⁴⁵ En este sentido, *vid.* Cremades, J. en Manzanares/ Cremades: *Comentarios al Código Penal. La Ley-Actualidad*, 1996, págs. 99-100; Muñoz Conde, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, 11ª edición, *cit.*, págs. 247-248; Quintero Olivares, G.: “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, en el monográfico *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte especial)*, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 2, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 160-161 y 167; Quintero Olivares/Morales Prats: “Delitos contra el honor”, en Quintero Olivares/Valle Muñoz *et alii* *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 359-360, 362-363, 366-367, 375. Con algunas connotaciones, también, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 274 y ss. quien considera que la falsedad objetiva es un elemento del tipo objetivo, pero la ausencia de la misma puede dar lugar a la aplicación del tipo de la tentativa. También, sosteniendo que en la calumnia la falsedad es un elemento del tipo objetivo pero, no obstante, no realizando ningún pronunciamiento favorable o contrario a esa consideración en la injuria, *vid.* Moral García, A. del “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 1122.

⁴⁶ De esta opinión, *vid.* Carmona Salgado, C.: “Delitos contra el honor”, en Cobo del Rosal, M. *et alii* *Curso de Derecho Penal español. Parte especial*, vol. I, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 472-473, 475 y 484; López Díaz, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Doctrina y jurisprudencia*, Dykinson, Madrid,

dera que tanto en la calumnia como en la injuria lo que dogmáticamente se protege es un honor aparente⁴⁷.

En mi opinión, para dilucidar y contestar a la cuestión planteada es preciso tener en cuenta algunos factores fundamentales cuya interrelación e integración hacen que la interpretación que aquí se propone resulte coherente, en primer lugar, con los esquemas constitucionales; en segundo lugar, con la regulación legal; y, por último, con una adecuada, lógica y razonable interpretación dogmática que es imposible descuidar cuando se afronta el estudio de los tipos de la parte especial. A menudo, en los estudios doctrinales se olvida la importancia de esos tres factores y, en consecuencia, se llega a soluciones contradictorias, tanto desde el punto de vista constitucional, como legal y dogmático, que hacen dudar de la su-puesta cientificidad de las mismas al convertirse en opiniones totalmente subjetivas o arbitrarias, que son aquellas que constantemente tienen que corregir su punto de partida inicial con la finalidad de lograr un adecuado tratamiento jurídico para un concreto caso⁴⁸.

Para empezar a abordar la cuestión resulta sumamente orientativo el examen de los debates parlamentarios relativos a los delitos contra el honor. Esta forma de proceder es, como cualquier otra, completamente válida⁴⁹, a pesar de que a veces se trate de denostar o desprestigiar, sobre todo cuando la voluntad expresa del legislador no coincide con la "voluntad" o prejuicio con que se acerca el estudioso del Derecho a la norma⁵⁰. Así, por una

parte, se argumenta que lo que adquiere fuerza de ley son las palabras del legislador y no su voluntad última: "los motivos pasan, las leyes permanecen"⁵¹; y, por otra, se pone en duda la existencia de una verdadera voluntad del legislador cuando éste es un parlamentario, menospreciando, en algún caso, la capacidad intelectual de los miembros del parlamento⁵². Estos argumentos pueden resultar lógicos y defendibles cuando la voluntad del legislador parlamentario no se haya hecho expresa o, cuando se opera con una regulación, por ejemplo, del siglo pasado o de hace veinte, treinta o cuarenta años que, aún hoy, está en vigor. Es cierto que la situación social y política que dio lugar al nacimiento de esa norma puede haber variado y, en consecuencia, sería imposible tener en cuenta la voluntad del legislador para interpretar la ley y proceder a una exégesis adecuada a la época actual. Pero, a mi modo de entender, no es posible negar virtualidad a este tipo de interpretación histórico-teleológica cuando nos enfrentamos a un Código que está en vigor desde hace cuatro años y, lo que resulta aún mucho más importante, en el cual la voluntad del legislador se hizo expresa con un exquisito estilo dogmático y jurídico, quizás, como señala Engisch, impropio de un parlamentario⁵³. No creo que en un período tan reducido de cuatro años las circunstancias sociales hayan cambiado de un modo tal que la interpretación que se deduce de la voluntad del legislador resulte incoherente con los dictados sociales actuales⁵⁴ y, mucho menos, si se tiene en cuenta que la mayoría de los estudios doctrinales citados en este análisis no se han realizado después de cuatro años de la entrada en vigor del nuevo Código, sino, tan sólo, meses después de la misma. Esto hace pensar en la escasa, cuando no nula, importancia que los estudiosos del Derecho han atribuido a la opinión del legislador, procediendo, en la mayoría de los casos, a una interpretación cuasi gramatical de los preceptos, no exenta de prejuicios subjetivos, que, como veremos, conduce a notables incoherencias dogmáticas y prácticas. En mi opinión, es posible realizar esta última interpretación sin atender a los debates parlamentarios en tres casos: como he señalado con anterioridad, cuando las circunstancias sociales hayan cambiado; en segundo lugar, cuando lo deducido de los debates parlamentarios conlleve indudables incoherencias dogmáticas y prácticas o no se adecúe por completo o sea contradictorio con el texto definitivo; y, por último, cuando la voluntad del legislador no se haya hecho expresa en los debates. No obstante, en el tema que aquí nos ocupa, sí se hizo expresa

1996, pág. 124; López Garrido/García Arán: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador: comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, pág. 123, Queralt Jiménez, J.J.: *Derecho Penal español. Parte especial*, 3ª edición conforme al Código Penal de 1995, Bosch, Barcelona, pags. 241 y 249. Manteniendo esta misma postura respecto de todos los delitos contra el honor pero manifestando que "en este punto la regulación de la injuria es inadecuada", vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 259 y 290. De esta misma opinión, señalando que esta postura es la que se deduce del tenor literal del Código, aunque críticamente respecto de sus consecuencias, vid. Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., págs. 99 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: "Prólogo a la tercera edición" de *Código Penal*, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 17 y ss.

⁴⁷ Vid. Bernal del Castillo, J.: "El delito de injurias", *La Ley*, 25 de marzo de 1996, pág. 3; Herrero Herrero, C.: *Introducción al nuevo Código Penal (Parte general y especial)*, Dykinson, Madrid, 1996, pág. 239; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 365 y ss.; Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", cit., *passim*; Tasende Calvo, J.J.: "La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995", cit., págs. 144 y 151; Vives Anton, T.S. en Vives Anton, T.S. et alii: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., págs. 1030-1031 y pág. 1033; vid., también, el último autor citado en Vives/Boix et alii: *Derecho Penal. Parte especial*, 2ª edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 283. De la misma opinión, también, vid. Pantaleón Prieto, F.: "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley*, 10 de mayo de 1996, pág. 2, quien, además, expresamente señala que "la Constitución no requiere que la falsedad del hecho imputado figure como elemento del tipo de los delitos contra el honor, siempre que la objetiva veracidad del mismo sea causa de justificación" (la cursiva es mía).

⁴⁸ Al respecto, y en mayor extensión, vid. Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 107 y ss., especialmente pág. 115.

⁴⁹ En este mismo sentido, por todos, vid. Gimbernat Ordeig, *ibidem*, pág. 50.

⁵⁰ Al respecto, vid. Kaufmann, Arthur: "Concepción hermenéutica del método jurídico", *Persona y Derecho*, nº 35, 1996, págs. 14-15 y 31.

⁵¹ Así, vid. Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, cit., págs. 79-80; también, Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 118.

⁵² Al respecto, vid. Engisch, K.: *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., pág. 118.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Y si así se pretende sostener, entonces, habrá que demostrar, precisamente, que esas circunstancias sociales han variado desde la entrada en vigor. Hecho éste que, a mi modo de entender, nadie prueba. En estos momentos estamos inmersos en la reforma de algunos preceptos del Código Penal de 1995, entre los que no se incluyen los delitos contra el honor ¿no será porque no existe tal cambio social que haga necesario ignorar la voluntad del legislador?

y, en consecuencia, resulta necesario atender a la misma.

En efecto, en los debates parlamentarios se discutió expresamente la cuestión al hilo de las enmiendas presentadas por el Grupo de Izquierda Unida —representado por el señor López Garrido— y por el Grupo Popular —representado por el señor Baón Ramírez—. Ambos grupos sostuvieron que la redacción del Proyecto de Código Penal presentada por el entonces Gobierno socialista, debía ser modificada, *precisamente, para que la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo y, en consecuencia, para que lo que se protegiese fuese un honor real o merecido*. En este sentido, se proponía *por ambos grupos parlamentarios la supresión del precepto en el cual se contemplaba la exceptio veritatis por considerarla innecesaria y reiterativa al ser —en su opinión— la falsedad un elemento del tipo*⁵⁵. Sin embargo, el Grupo Socialista, mayoritario entonces, y defensor del Proyecto presentado por el Gobierno del mismo signo político, se opuso a las referidas consideraciones rechazando, por tanto, ya en el trámite de Comisión, las enmiendas de aquellos dos grupos encaminadas a la consideración de la falsedad como un elemento del tipo objetivo. En este sentido, resultan, cuando menos, significativas algunas de las palabras que pronunciaron los representantes del Grupo Socialista, tanto en el Congreso como en el Senado, para rechazar el entendimiento de la falsedad objetiva como un elemento del tipo objetivo.

Así, por ejemplo, el señor Cuesta Martínez, diputado del PSOE, en el trámite de Comisión, rechazando las enmiendas, señaló que con el Proyecto presentado por el Gobierno “se está tipificando no la mera información errónea o no probada⁵⁶, sino la ausencia de la información comprobada” sea esta verdadera o falsa⁵⁷. Esto significa claramente que lo que se pretendía sancionar no eran las imputaciones de hechos objetivamente falsas, sino la inexistencia de comprobación de la información, con independencia de su adecuación o no a la realidad porque, como veremos, *la ausencia de comprobación no implica que la imputación haya de ser siempre objetivamente falsa*. En definitiva, lo que se pretendía —y se pretende— evitar con esa tipificación es la *difusión de informaciones realizadas a la ligera, es decir, sin comprobar y tener indicios racionales acerca de su veracidad*.

Pero resultan mucho más significativas las palabras del señor Martínez Borkjman, senador del Grupo Socialista, que en el pleno del Senado, rechazando de nuevo las pretensiones de Izquierda Unida y del Grupo Popular, señaló expresamente —

reitero, con un exquisito estilo dogmático, quizás, impropio de un parlamentario— cómo “el elemento de la falsedad de la imputación... ha sido interpretado en sentido subjetivo y no en un sentido objetivo. Esta es, en definitiva, la principal novedad del proyecto sobre la regulación vigente”⁵⁸

Tras el examen de los debates parlamentarios se puede o no estar de acuerdo con la finalidad última perseguida por el legislador al tipificar los delitos contra el honor y, hasta incluso, criticarla abiertamente si con el texto definitivo de la norma es imposible conseguir las finalidades propuestas. En caso de desacuerdo, lo conveniente es propugnar otra interpretación. Sin embargo, a mi modo de entender, es imposible defender de *lege data* esa otra interpretación porque el legislador, consciente de sus pretensiones, estructuró de tal modo los delitos contra el honor que esa otra interpretación resulta irrealizable sin incurrir, como veremos, en notables incoherencias dogmáticas y prácticas. Estas son fruto del intento de presentar como interpretaciones de *lege data* aquéllas que sólo pueden ser *de lege ferenda*, acercándose, en este caso, el analista a una labor que en absoluto le incumbe: crear Derecho o, mejor dicho, intentar crear Derecho.

Puesto que en la mayoría de los casos no se procede al examen de la voluntad del legislador, los análisis doctrinales en el ámbito de los delitos contra el honor se suelen centrar única y exclusivamente en el aspecto gramatical, olvidando, también, los aspectos lógicos, sistemáticos y dogmáticos de la cuestión, que también han de ser tenidos en cuenta en cualquier interpretación jurídica. Y todo ello se realiza a pesar de que, comúnmente, a la interpretación gramatical se le suele conceder el grado jerárquico menor dentro de las distintas formas interpretativas y de que se piensa que el jurista que se aferra a una interpretación gramatical es “un mal jurista”⁵⁹. Pues bien, a pesar de eso, y sin perjuicio de utilizar el resto de los criterios interpretativos, procedamos ahora, como suelen hacer los analistas, a realizar una interpretación gramatical para determinar si la falsedad es un elemento del tipo objetivo.

Si atendemos a la redacción literal de los artículos 205 y 208 párrafo 3º podremos comprobar que, expresamente, ninguno de ellos exige que la imputación del hecho sea objetivamente falsa. Lo contrario ocurría, por ejemplo, con el artículo 453 del antiguo Código que, en el delito de calumnia, exigía la falsedad objetiva del hecho imputado para que la conducta pudiese ser constitutiva de un delito de calumnia, o al menos así lo entendían la jurisprudencia y doctrina mayoritarias sin que, a este respecto, faltasen significativas excepciones o voces discrepantes, tanto en el ámbito jurisprudencial⁶⁰, como doctrinal⁶¹ que, sin duda alguna, y si se me permite

⁵⁵ Así, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. I, *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996, pags. 840 y 842. Tras la promulgación del nuevo Código, y a pesar de ser otra —como veremos— la opinión mayoritaria del legislador, el señor López Garrido sigue realizando esos mismos planteamientos. Así, *vid. López Garrido/García Aran El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. comentario al texto y al debate parlamentario*, cit., pág. 123.

⁵⁶ Es decir, falsa.

⁵⁷ Así, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. I, cit., pag. 845

⁵⁸ *Vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, vol. II, cit., pág. 2409. La cursiva es mía.

⁵⁹ Al respecto, y en mayor extensión, *vid. Gimbernat Ordeig, E.: Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 45.

⁶⁰ Así, por ejemplo, *vid. SSTS de 22 de abril de 1991 (Ar. 2927) y de 1 de febrero de 1995 (Ar. 720)*.

⁶¹ Así, *vid. Vives Antón, T.S. en Vives Antón/Boix Reig et alii Derecho Penal. Parte Especial*, 1ª edición, cit., pags. 684 y ss.;

la licencia, han resultado ser visionarias o, por decirlo de alguna forma, adelantadas a su tiempo, puesto que la nueva regulación ha venido a darles la razón. Sin embargo, y como ya he señalado, *en el nuevo Código no se hace referencia a aquella exigencia de la falsedad objetiva del hecho imputado ni en el delito de calumnia ni, tampoco, en el de injuria*. Esta circunstancia, en principio, puede hacernos pensar en que la falsedad objetiva no es, en modo alguno, un elemento objetivo de ninguno de los tipos que aquí nos ocupan. Es decir, *si el Código Penal no exige que el hecho imputado sea falso, entonces, no tiene por qué serlo*. Parece que este argumento, a entender de algunos analistas, resulta ser poco consistente porque, a pesar de la nula exigencia de ese requisito en el tipo objetivo, se sigue sosteniendo que aquella falsedad es elemento del tipo⁶² y se realizan afirmaciones tan categóricas como la siguiente: "objetivamente la calumnia continúa siendo la falsa imputación de un delito" (sic)⁶³. Desde mi punto de vista *no resulta lógico inventar palabras allí donde no las hay* con la intención de reducir el tipo partiendo de un concreto y subjetivo concepto de honor, esto es, acercándose a la norma, como ya he señalado, con un "prejuicio" muy subjetivo⁶⁴. Pensemos, por ejemplo, que con esa misma intención procediésemos de semejante modo en el homicidio: afirmar que el homicidio consiste en "matar a otro hombre blanco"; el tenor literal del precepto no excluye esa posibilidad si partimos de un concepto del bien jurídico vida en el que no incluya a las personas de raza negra por considerar, por ejemplo, que son inferiores habida cuenta del color de su piel. Reflexionemos, ahora, sobre un supuesto menos extremo relacionado con el delito de hurto. Salvo error u omisión por mi parte, nadie interpreta, a pesar de la existencia del artículo 268 —excusa absoluta por parentesco—, que el hurto consiste en tomar con ánimo de lucro "cosas muebles ajenas, que no pertenezcan a un familiar, sin la voluntad de su dueño"; ello podría ocurrir si partimos de un concepto subjetivo de patrimonio que entendiésemos que éste se encuentra compuesto por el de todos los miembros de la familia —incluido, por ejemplo, el de los hijos independizados y casados que han formado una nueva unidad familiar—. Al exigir que la falsedad objetiva sea

un elemento del tipo —o lo que es lo mismo, que la prueba de la verdad objetiva excluye el tipo objetivo— se estaría haciendo lo mismo que al requerir en el tipo de homicidio matar a un hombre blanco o, en el de hurto que la cosa no pertenezca a un familiar; esto es, se está partiendo de un concepto de honor totalmente subjetivo —propio de quien realiza el análisis— y se están intentando adaptar los preceptos legales a ese concepto "prelegal" o "alegal" con el que el intérprete se acerca a la norma. En un caso se consideraría que lo objetivamente verdadero no vulnera el honor y, en los otros, que la sustracción, sin consentimiento, realizada por un familiar no lesiona el patrimonio o que la muerte de una persona de raza negra no lesiona el bien jurídico vida. Naturalmente se trata de ejemplos extremos pero, a mi modo de entender, son los que mejor ponen de relieve lo ilógico de la forma de interpretar que se lleva a cabo. Si esa interpretación se realiza respecto de los delitos contra el honor no se podrá decir que los ejemplos propuestos respecto al homicidio y al hurto son incoherentes.

Pero no nos detengamos sólo en este argumento porque hay otros muchos que avalan la tesis que aquí se sostiene y no sólo argumentos gramaticales sino, también, como veremos lógico-sistemáticos y prácticos⁶⁵. Si continuamos analizando los argumentos gramaticales podremos comprobar cómo la redacción literal de los preceptos no sólo no exige que la falsedad sea un elemento del tipo objetivo sino que la descarta por completo. En efecto es *el propio Código el que asume que un hecho imputado puede ser objetivamente verdadero y, aún así, seguir siendo, objetiva y subjetivamente, típico, además de antijurídico, tanto en la calumnia como en la injuria*. Así, para que nos encontremos ante una calumnia o una injuria, el Código, en los artículos 205 y 208 párrafo 3º exige que exista, respecto al hecho que se imputa, «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» y, precisamente, esta última referencia al «temerario desprecio hacia la verdad» es la que expresamente indica que la falsedad no puede ser un elemento del tipo. La razón estriba sencillamente en que *la imputación de un hecho realizada «con temerario desprecio hacia la verdad» no significa que ésta siempre sea objetivamente falsa* sino que, también, *puede ser verdadera*. Si se advierte, el Código no se refiere al "temerario desprecio hacia la falsedad" —lo que podría indicarnos que la falsedad es un elemento del tipo— sino, al "temerario desprecio hacia la verdad"⁶⁶. Con otras palabras, la presencia

también, Boronat Tormo, M. "Razones contra el entendimiento de la *exceptio veritatis* como mecanismo de tutela de la libertad de expresión", *Ministerio de Justicia. Boletín de información*, nº 1700, 1994, pág. 1372.

⁶² Cfr. *supra* el sector doctrinal que propugna que en la calumnia se protege un concepto de honor real o merecido.

⁶³ Así, vid. Moral García, A. del: "Delitos contra el honor", *cit.*, pág. 1122.

⁶⁴ Propio, quizás, de un abogado de parte pero, en modo alguno, de un dogmático. No se me oculta que, en muchos casos, ese concreto y subjetivo concepto de honor con que se acercan algunos analistas al examen de los delitos contra el honor, se encuentra muy influenciado por el que, como ya he señalado antes, se cree que se sostiene en Alemania, esto es: un concepto de honor real o merecido. Sin embargo, ese acercamiento se olvida de dos cosas. La primera, y como señala Pantaleón Prieto en una gráfica expresión, que "*las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos*" (Pantaleón Prieto, F.: "La Constitución, el honor y unos abrigos", *cit.*, pág. 3. La cursiva es mía). Y, la segunda, como hemos tenido ocasión de comprobar, en Alemania, al contrario de lo que frecuentemente se suele creer en nuestro país, lo que dogmáticamente se protege es un concepto de honor aparente.

⁶⁵ Sin embargo, a mi modo de entender, el sector doctrinal que realiza el planteamiento de que la falsedad es un elemento del tipo, no tiene en cuenta las consecuencias prácticas del sostenimiento de esa postura ya que, en algunos supuestos, la misma conlleva una absoluta desprotección del bien jurídico honor —fundamentalmente en el ámbito de la injuria— en la medida en que *toda información objetivamente verdadera sería atípica* —y, por tanto, la conducta de difundirla impune— *con independencia de si la misma era de relevancia pública o no*. Cfr. *infra*.

⁶⁶ En este mismo sentido, afirmando que el Código "está poniendo el acento en la «veracidad», vid. Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 98.

del «temerario desprecio hacia la verdad» no implica ni conlleva en todos los casos que el hecho transmitido sea objetivamente falso⁶⁷ y, *aún así, el Código Penal lo sigue considerando típico, tanto en la calumnia como en la injuria*⁶⁸.

En efecto, pensemos en un caso extremo que puede parecer de laboratorio pero que, no obstante, podría darse perfectamente en la realidad⁶⁹: un periodista, para acabar con el prestigio del presidente del Gobierno o, simplemente, porque tiene una intuición o porque se lo ha dicho una echadora de cartas, decide publicar la siguiente información: "el presidente del Gobierno se está construyendo un chalé con fondos públicos". Se trata, en principio, de una mera invención o de una intuición sin fundamentos racionales. Aun así, el periodista decide publicarla *sin comprobar, en el caso de la intuición, si es verdadera o falsa, es decir, en definitiva actúa con «temerario desprecio hacia la verdad»*. Evidentemente, en el caso de la publicación de mala fe tampoco existe comprobación. Con posterioridad, en el proceso por calumnias se demuestra que el hecho imputado era totalmente cierto⁷⁰. Tras esa demostración no podemos decir

⁶⁷ En este mismo sentido, *vid. Álvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 97. *Herrero Herrero, C.: Introducción al nuevo Código Penal (Parte general y especial), cit.*, pag. 239. Así, también, aunque críticamente al respecto, lo reconoce el senador señor González Pons en el debate del Pleno del Senado del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *vid. Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios, vol. II*, Publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1996, pag. 2407.

⁶⁸ Admitiendo que se trata de un argumento favorable a la tesis que aquí se propugna, a pesar de sostener que la falsedad es un elemento del tipo, *vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit.*, pag. 281.

⁶⁹ Porque no parece inverosímil que un periodista se invente reportajes. Así, por ejemplo, *vid. el diario El País del lunes 23 de septiembre de 1996 en el cual se recoge la noticia de un periodista alemán procesado por inventarse reportajes sensacionalistas y venderlos a determinadas cadenas de televisión; también, sobre idéntica cuestión, y del mismo diario, vid. el día 20 de abril de 1999 respecto de un periodista norteamericano. Si a esto le unimos el hecho, como ocurrió hace algún tiempo, del descubrimiento en nuestro país de una supuesta conspiración periodística para acabar o debancar del poder al determinado partido político, tenemos el campo perfectamente abonado para que ese ejemplo de laboratorio que se propone se convierta en un supuesto práctico.*

⁷⁰ En opinión de Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", *cit.*, pag. 276, debiera ser el acusado quien pruebe la verdad objetiva de la imputación puesto que la *exceptio veritatis*, a su entender, invierte la carga de la prueba; de opinión contraria, entendiendo que semejante conclusión contrariaría el principio de presunción de inocencia, *vid. Moral García, A. del. "Delitos contra el honor", cit.*, pag. 1124. Sin embargo, aquí se parte de un planteamiento diverso de los anteriores, ha de ser el acusado quien pruebe la verdad objetiva de la imputación para exonerarse de pena —y, por eso, no se contraría el principio de presunción de inocencia—, sino que, también, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de investigar, dentro de sus posibilidades, si los hechos imputados se adecúan o no a la realidad. El juez tiene la obligación —en virtud del artículo 24 de la Constitución— de buscar la verdad en el proceso y declarar, expresamente, si los hechos imputados son objetivamente verdaderos o falsos —o si se quiere, imposibles de demostrar— porque, de esta manera —y en caso de declararlos objetivamente falsos— se restablece, mínimamente, el bien jurídico lesionado: el honor (en mayor extensión al respecto de esta obligación *vid. Muñoz Lorente, J.: La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995, cit.*, pags. 186 y ss., especialmente, pags. 190 y ss.) Naturalmente, como se puede comprobar, esta opción tiene sus peligros. Puede llevar al extremo contrario que se declare que los hechos son objetivamente verdaderos y, en consecuencia, se acentue la lesión al honor. Se trata de un riesgo que corre el lesionado porque, nadie mejor que el sabe si los hechos son objetivamente verdaderos o falsos y, recordemos,

que el periodista que actuó de mala fe —o creyendo que era falso— lo haya hecho "con conocimiento de su falsedad" porque es imposible conocer algo que no existe y aquí el hecho era objetivamente verdadero. Pero, también, es imposible negar que, tanto el periodista que cree que lo que imputa es falso como aquél que tiene una intuición, *están actuando «con temerario desprecio hacia la verdad»* —porque, en modo alguno han comprobado si la información era cierta, en un caso porque la creía falsa, cuando era objetivamente verdadera; y en el otro porque *creía subjetivamente que era verdadera*⁷¹—, luego su conducta habrá de ser reputada como objetiva y subjetivamente típica *a pesar de que el hecho imputado sea objetivamente verdadero* porque la imputación se llevó a cabo con "temerario desprecio hacia la verdad" del hecho imputado que no, reitero, temerario desprecio "hacia la falsedad"⁷². Si ha de ser

que los delitos contra el honor son perseguibles únicamente a instancia de parte, previa querrela o denuncia (esto último en el caso de funcionarios públicos, *vid. artículo 215 del Código Penal*). No obstante, existen casos en que el querellante no tiene que correr ese riesgo, a pesar de que los hechos sean objetivamente ciertos. Me refiero a aquellos supuestos en que lo que se impute sea un hecho íntimo y *sin relevancia pública* pero, además, deshonroso. La investigación y declaración de la verdad objetiva de los mismos sería aún más perjudicial para el lesionado. En estos supuestos, y para evitar esa consecuencia, no sería necesaria la investigación judicial, *siempre y cuando los mismos carezcan de cualquier clase de relevancia pública.*

⁷¹ Parece conveniente, en estos momentos, advertir que el "temerario desprecio hacia la verdad" no puede excluirse simplemente porque el informador manifieste en el proceso que el creía que la información era verdadera, como parece pretender algún autor (así, *vid. Álvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 98, Moral García, A. del. "Delitos contra el honor" *cit.*, pag. 1123). Antes al contrario, para que se pueda excluir el "temerario desprecio hacia la verdad" es necesario que el informador demuestre que no se trataba de una mera creencia subjetiva, sino que esta se encontraba basada en datos objetivos. En otros términos, y como ya he señalado en otros lugares (así, *vid. Muñoz Lorente, J. La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*, pags. 200 y ss. y "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", *cit.*, pag. 189) para excluir el temerario desprecio hacia la verdad es necesario que el informador concreto, y cualquier persona o informador medio —*ex ante*— colocado en su situación, y con los datos de que disponía aquél, pueda considerar que la información que se transmitió era verdadera o que, al menos, había muchos más indicios de que aquélla fuese verdadera y no falsa (no obstante, reconociendo implícitamente esta última conclusión, *vid. Álvarez García, F.J. El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 112). Cualquier otra interpretación puede reducir el tipo a mero papel mojado. La única virtualidad que puede tener esa mera creencia subjetiva —no basada en datos objetivos— es la que ofrece el artículo 214 del Código si, además, el informador se retracta y reconoce la falsedad objetiva de la información. En este último caso, el juez o tribunal deberá imponer la pena inferior en grado a la del delito consumado.

⁷² Todo ello, con independencia de que posteriormente al sujeto no se le imponga ninguna sanción en aplicación de la *exceptio veritatis*. En sentido contrario al aquí expuesto, y calificando la conducta como tentativa indonea, aunque, posteriormente considerando que a la misma habría de aplicarse la exención de pena recogida en la *exceptio*, *vid. Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit.*, pags. 275-276. No obstante, en páginas posteriores, el mismo autor estima que esa exención en los casos de tentativa no se encuentra plenamente justificada, así, *vid. pag. 284*. También, estimando que el planteamiento que realizo en el texto resulta contradictorio, *vid. Álvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión, cit.*, pag. 98. A su juicio, es contradictorio porque el Código, al aludir al "temerario desprecio hacia la verdad", esta poniendo el acento en la verdad de la información y, en consecuencia, resultaría incoherente —si el acento se pone en la verdad— que fuese punible una información objetivamente verdadera pero subjetivamente inveraz como la del ejemplo transcrito. Sin embargo, no estoy de acuerdo con ese planteamiento porque *el Código no*

reputada típica será porque lo que se protege no es un honor real o merecido sino aparente. Otra interpretación posibilitaría resultados político-criminalmente indeseables: que diariamente nos encontrásemos —por razones de economía— con informaciones carentes de cualquier clase de comprobación, o con una comprobación mínima y negligente, con la esperanza de poder demostrar, *a posteriori*, que eran objetivamente ciertas.

Es conveniente, después de analizar el significado de los términos “temerario desprecio hacia la verdad”, examinar, siquiera sea brevemente, la naturaleza dogmática de dicho elemento⁷³. Como se ha reconocido, se trata de una fórmula fuertemente anclada en la jurisprudencia constitucional⁷⁴ y en el tratamiento doctrinal sobre la materia, aunque con connotaciones distintas a las actuales⁷⁵, esto es, sin que encontrasen una expresa plasmación legislativa. En efecto, estábamos acostumbrados a encontrarnos con alusiones a esos conceptos al tratar de los elementos necesarios para analizar la concurrencia del ejercicio legítimo y prevalente de la libertad de información frente al honor y, en consecuencia, su operatividad a través de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho. No obstante, ahora se trata de conceptos que aparecen enmarcados en el tipo y, más concretamente —como parece sostener unánimemente la doctrina—, en el tipo subjetivo, tanto de la calumnia como de la injuria consistente en la imputación de hechos. Sin embargo, y a pesar de esa aparente unanimidad en relación a interpretar que nos encontramos ante elementos subjetivos del tipo, la cuestión resulta mucho más complicada al analizar en mayor profundidad la clase de elementos subjetivos ante los que nos hallamos; esto es, si se trata de meras alusiones al dolo genérico o, por el contrario, su naturaleza es la de elementos subjetivos específicos del tipo. La divergencia deriva, también, de la concepción o no de la falsedad como un elemento del tipo objetivo.

En efecto, para quienes mantienen que la falsedad es un elemento del tipo objetivo —que, como hemos visto, no es la postura que aquí se sostiene—, la alusión al “conocimiento de la falsedad o

pone tanto el acento en la verdad objetiva de la información como en la diligencia en su comprobación, esto es, en la veracidad subjetiva. Como ya he señalado en otro lugar, al Código no le importa tanto que se difundan informaciones objetivamente verdaderas, como que se difundan informaciones contrastadas, con independencia de que éstas sean objetivamente verdaderas o falsas (así, en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, pág. 183). Por otra parte, y como hemos visto, esa misma fue la intención del legislador que se hizo expresa en el trámite parlamentario —*cfr. supra*— y, en consecuencia, es imposible afirmar, como pretende Álvarez García, *op. cit.*, pág. 100, nota nº 164, que toda esa construcción se haya llevado a cabo por el legislador de forma inconsciente y con “un deseo de imitar lo alemán”.

⁷³ Para un análisis en en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 429 y ss.

⁷⁴ Así, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 108; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, pág. 431.

⁷⁵ De otra opinión, y considerando que se trata de un concepto “prácticamente desconocido en la terminología jurídico-penal española”, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17.

temerario desprecio hacia la verdad” no es más que una referencia al dolo directo y eventual, respectivamente⁷⁶, o, en algunos casos, se interpreta que también se podría referir a la culpa consciente⁷⁷. Opiniones que en absoluto comparto. En primer lugar, y respecto de la cuestión de la imprudencia o culpa consciente, porque el legislador no ha pretendido castigar imprudentemente estas conductas; si lo hubiera querido habría seguido la misma técnica de *numerus clausus* que utiliza respecto a otros delitos en virtud de lo que preceptúa el artículo 12 del Código⁷⁸, lo que, sin duda, hubiese sido mucho más fácil. En segundo lugar, y respecto a la equiparación entre, conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, y dolo directo y eventual respectivamente, considero que sería una técnica legislativa defectuosa e innecesaria la de reiterar que los delitos contra el honor se pueden cometer con dolo directo y dolo eventual cuando, desde antiguo, ambas clases de dolo se encuentran equiparadas. En tercer lugar, podría estimarse que el legislador, con la introducción de esos conceptos, simplemente trataba de reforzar el protagonismo del elemento subjetivo intencional en los delitos contra el honor⁷⁹; pero, a este respecto cabe cuestionarse si no podemos decir que todos los delitos del Código tienen esa misma naturaleza intencional porque, como se sabe, la tipificación que realiza el Código siempre es de naturaleza dolosa y, cuando menos, parece innecesario reiterar que también poseen esa naturaleza los delitos contra el honor; por otra parte ¿no tiene el mismo protagonismo el elemento subjetivo en el homicidio doloso que en los delitos contra el honor? entonces ¿por qué el legislador se ha decidido por no introducirlo de manera expresa en aquél y si en éstos? La respuesta, a mi modo de entender, y como ahora veremos, pasa por atribuir una naturaleza distinta a aquéllos conceptos. Pero, además, quienes equiparan el “temerario desprecio hacia la verdad” con el dolo eventual, se están olvidando de un pequeño matiz que, sin duda alguna, no puede carecer de importancia: el Código dice temerario desprecio hacia “la verdad”, no hacia “la falsedad” —o, si se quiere “dolo eventual de verdad” y no “dolo eventual de falsedad”—, *ergo* parece que ese dolo eventual se tendría que referir a un elemento que no se encuentra en el tipo objetivo: la verdad de la imputa-

⁷⁶ Así, entre otros, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 108 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280; Moral García, A.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 112.

⁷⁷ Específicamente, interpretando la alusión al “temerario desprecio hacia la verdad” como culpa consciente, *vid.* Tasende Calvo, J.J.: “La nueva regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal de 1995”, págs. 144-145. De opinión contraria a esta última conclusión, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 108 y ss.; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, *cit.*, pág. 17; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280.

⁷⁸ En este mismo sentido, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 110; Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 280.

⁷⁹ De esta opinión, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 281.

ción realizada. Si ese elemento no se encuentra en el tipo, es imposible que el dolo se refiera a él porque, como se sabe, el dolo siempre ha de encontrar un correlativo en el tipo objetivo; cuando no existe esa correlación, entonces no podemos hablar de dolo pero, como veremos, sí de un elemento subjetivo específico que es todo aquel que no encuentra ningún elemento a él encadenado en el tipo objetivo⁸⁰.

Por otro lado, considerar que el "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" son meras alusiones al dolo genérico provocaría que, en los supuestos en que no concurrese la falsedad objetiva de la imputación, pero sí el "temerario desprecio hacia la verdad", *tuviésemos que condenar por tentativa que, sin duda, habría de ser inidónea*⁸¹. Ello ocurriría cuando el hecho imputado fuese objetivamente verdadero pero, sin embargo, el agente lo creía falso o lo imputó sin saber si era verdadero o falso, esto es, sin una comprobación diligente. En efecto, cualquier observador medio *ex ante* convendría en que la acción de no comprobar la información, representa un peligro para el bien jurídico honor *porque puede ser falsa*, aunque *ex post* se demuestre que ni siquiera puso en peligro el bien jurídico por haberse llegado a demostrar durante el proceso que la imputación era objetivamente verdadera. Evidentemente, y como advierte Molina Fernández, sería posible aplicar a estos casos de tentativa inidónea la *exceptio veritatis* porque esta figura se refiere a la exención de "toda" pena; es decir, estaría también incluida la exención de pena por tentativa inidónea. Si bien esta solución penológica, a mi modo de entender, es aceptable, no resulta dogmáticamente coherente con los postulados iniciales de los que parte. En efecto, *si se atribuye al artículo 207 del Código —o lo que es lo mismo, a la prueba de la verdad objetiva— la naturaleza de una causa de atipicidad, con posterioridad no es posible asignar a la misma una naturaleza distinta —esto es, la de una causa de exclusión de la pena— para excluir la condena por tentativa inidónea*; salvo, claro está, que se pretenda concederle una naturaleza dual que, a mi entender, no tiene⁸². Por otro lado, resulta, cuando menos, curioso, por no decir extravagante, pensar que el legislador, al redactar el artículo 207 del Código, tuviese en mente que éste, precisamente, habría de servir para no imponer ninguna sanción en los supuestos de tentativa inidónea —sería para lo único que serviría su ubicación separada si se sostiene que la falsedad es elemento del tipo— cuando, como se sabe, a la vez, ha suprimido cualquier referencia a la misma en el Código —esto es, el antiguo artículo 52.2—, llegando a una solución de compromiso en el artículo 16.1 que, en principio, admite tanto la incriminación de la tentativa inidónea como su impunidad. Parecería, entonces, que el legislador no tenía claro si que-

ría sancionar o no la tentativa inidónea en general pero, sin embargo, que tuviese claro en los delitos contra el honor que la tentativa inidónea era un hecho antijurídico pero exento de pena. Tal conclusión no me parece lógica.

Por otra parte, es preciso advertir que si la conclusión respecto a la exención de pena por tentativa inidónea sería admisible, desde un punto de vista penológico, en el caso de las calumnias —*si, además, se admite esa naturaleza doble de la exceptio— en el supuesto de las injurias es inadmisibile*. En otros términos, en el caso de las injurias, cuando el hecho fuese objetivamente verdadero, pero imputado con "temerario desprecio hacia la verdad", siempre, o casi siempre, nos encontraríamos ante una tentativa *inidónea punible*⁸³ porque la *exceptio* sólo admite la prueba de la verdad en muy pocos y concretos supuestos. En el resto, reitero, habría de aplicarse la pena por tentativa inidónea⁸⁴, *incluidos los supuestos de imputaciones deshonorosas, y objetivamente verdaderas, de hechos íntimos*⁸⁵ y, así tendríamos que llegar a la conclusión de que, en las injurias, la imputación de unos hechos objetivamente verdaderos, en unos casos, constituye tentativa inidónea impune y, en otros, tentativa inidónea punible.

A mi modo de entender, todas esas contradicciones e incoherencias anteriores se salvan atribuyendo a los conceptos de "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" —y como veremos, también, a la *exceptio veritatis*— una naturaleza dogmática distinta: *la de un elemento subjetivo específico del tipo, adicional y diverso del dolo genérico* —ya sea directo, ya eventual—⁸⁶. Naturalmente, para llegar a esa conclusión es preciso sostener —como aquí se hace— que la falsedad no es un elemento del tipo objetivo; si aquella no es un elemento del tipo objetivo, el dolo no puede referirse a ella. En otros términos, el dolo requiere conocimiento y volición de los elementos del tipo; si en el tipo no se encuentra inscrito ese elemento objetivo, difícilmente el "conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad" pueden ser equiparados con el dolo directo y eventual respectivamente. Por otra parte, el conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad es un elemento subjetivo específico —muy distinto del tradicional *animus iniuriandi*⁸⁷, y no calificable pro-

⁸⁰ Y aquí, a mi modo de entender, para llegar a la misma conclusión de exoneración de pena que en las calumnias, es imposible argumentar, *a fortiori*, que la tentativa inidónea no es punible en el nuevo Código Penal. A pesar de la supresión del artículo 52.2 del antiguo Código Penal, aquella figura, según la doctrina mayoritaria y una parte de la jurisprudencia, sigue siendo punible.

⁸¹ En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 378 y ss.

⁸² Que, sin embargo, Molina Fernández considera supuestos de tipo consumado, a pesar de admitir que la verdad objetiva excluye el tipo, y de sostener que cuando el hecho es objetivamente verdadero pero transmitido con temerario desprecio hacia la verdad nos encontramos ante una tentativa inidónea. Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., págs. 290-291.

⁸³ En este mismo sentido, *vid.* Vives Antón, T.S.: "Artículo 205", en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1, cit., pág. 1031.

⁸⁴ Que, todavía hoy, se encuentra en la mayor de las nebulos-

⁸⁰ En mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 270.

⁸¹ En este mismo sentido, y aceptando esa conclusión, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", cit., pág. 275; Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., pág. 378.

⁸² *Cfr. infra.*

piamente como *animus* o motivo sino, más bien como actitud— cuyo contenido consiste en imputar un hecho sin saber si es verdadero o falso, es decir, sin haber comprobado antes su veracidad o *sin tener indicios racionales y objetivos de que pueda ser verdadero*; en definitiva, *la ausencia de una actitud positiva del sujeto activo hacia la veracidad de la información que transmite*⁸⁸; y todo ello, con independencia de la objetiva falsedad o veracidad del hecho imputado⁸⁹. Naturalmente, es posible cuestionarse a este respecto *en qué consiste el dolo en los delitos contra el honor*. Si, como aquí se sostiene, el honor se lesiona con independencia de que el hecho sea objetivamente verdadero o falso —es decir, se protege un honor aparente— *el contenido del dolo se reduce únicamente a conocer y querer directamente* —o aceptar, esto es, dolo eventual⁹⁰, o hasta incluso se podría decir que simplemente conocer⁹¹— *que el hecho que se imputa lesiona el honor de una persona*⁹² o, *lo que es lo mismo, que puede perjudicar su fama y, por tanto, sus relaciones con el resto del colectivo social en el cual se encuentra inmerso*. Si conoce esta circunstancia y, además, decide imputar el hecho, entonces nos encontraremos ante una imputación dolosa. Otra interpretación, en mi opinión, no resulta aceptable por las razones antedichas, salvo que —como veremos— se

pretenda una desprotección absoluta del honor frente a todas aquéllas informaciones que sean objetivamente verdaderas, *aun no siendo de interés público* o que, como hemos visto, en las injurias, y en la mayoría de los supuestos, tengamos que aplicar una tentativa inidónea punible cuando el hecho sea objetivamente verdadero pero transmitido con “temerario desprecio hacia la verdad”. Y, por último, y no menos importante, la interpretación que aquí se propone es la única que resulta conciliable con la doctrina del Tribunal Constitucional en relación a la libertad de información: ésta sólo resulta prevalente frente al honor cuando la información, además de ser veraz, *es de relevancia pública*.

Por lo que respecta a las injurias, la postura aquí mantenida en orden a negar que la falsedad sea un elemento del tipo objetivo se demuestra por la circunstancia de que, cuando se imputa un hecho injurioso sin conocimiento de la falsedad o sin temerario desprecio hacia la verdad, el mismo no es constitutivo de *injuria grave* pero, *sí de una falta de injurias* del artículo 620.2⁹³, aunque, algún autor no acepte esta conclusión, a pesar del tenor literal de los preceptos y del trámite parlamentario que los mismos siguieron, alegando que se trata de una incorrecta redacción del precepto⁹⁴. *Si la verdad objetiva fuese una auténtica causa de exclusión de la tipicidad no nos encontraríamos ante una falta de injurias sino ante un hecho totalmente atípico*, tal y como se preveía en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal cuyo texto era sustancialmente distinto al que vio la luz tras la tramitación parlamentaria. En efecto, en el Proyecto de Ley —art. 200— se decía que “*solamente serán punibles las injurias... graves*”. Acto seguido, y al igual que el texto definitivo del Código, se señalaba que las que consistieran en la imputación de hechos no se considerarían graves salvo que fuesen llevadas a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. De lo cual cabía deducir dos cosas. La primera que la falta de injurias —a pesar de encontrarse recogida en el artículo 610.2^o del Proyecto de Ley— se despenalizaba tácitamente por obra del precepto transcrito ya que, si se decía que sólo las graves serían punibles, a *sensu contrario*, las leves no lo serían y, por tanto, las imputaciones injuriosas hechas sin temerario desprecio hacia la verdad —fuesen de interés público o no— no serían punibles quedando, de esta forma, expedita la

sas. En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 258 y ss.

⁸⁸ Sin duda, el Código Penal portugués, al sancionar la *difamação*, en el artículo 180.2 b), establece —de forma mucho más gráfica que el nuestro— lo que es el “temerario desprecio hacia la verdad”. En efecto, en aquél precepto se habla de “tener fundamento serio para, en buena fe, reputar verdadera” la imputación. No obstante, además, es preciso resaltar que en el Ordenamiento portugués, tanto la prueba de la verdad objetiva, como la de la verdad subjetiva —o buena fe—, *no operan nunca en sede de tipicidad*, sino en sede de causa de justificación, siempre y cuando, también, concurra un interés legítimo o, lo que es lo mismo, un interés público como se exige en el artículo 180.2 a). Al respecto, *vid.* Maia Gonçalves, M.: *Código Penal português. Anotado e comentado*, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, págs. 577 y ss.

⁸⁹ Considero necesario advertir que la calificación del “conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad” como un elemento subjetivo específico del tipo, no conlleva la vuelta a la resolución del conflicto en sede de *animus*, como tradicionalmente hacia la jurisprudencia con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Antes al contrario, en mi opinión, el conflicto ha de seguir resolviéndose en sede de causas de justificación. En mayor extensión sobre los fundamentos de esta conclusión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 258 y ss., y 429 y ss.

⁹⁰ Que será el que concurra en la mayoría de los supuestos. Dudo mucho que, por ejemplo, un periodista cuando difunda una información deshonrosa referente a un personaje público o privado quiera directamente lesionar su honor o perjudicar su fama aunque, *eventualmente* si acepta que se produzca esa lesión.

⁹¹ Puesto que no faltan quienes sostienen que el contenido del dolo típico en general se encuentra integrado únicamente por el elemento cognoscitivo sin necesidad de constatar la presencia de un elemento volitivo. En mayor extensión sobre esta última cuestión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 339 y ss. Así, por ejemplo, sosteniendo que en el caso de los delitos contra el honor el dolo típico se encuentra únicamente integrado por el “conocimiento... de que la expresión que se profiere es ofensiva”, *vid.* Vives Antón, T.S.: “Artículo 205”, en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., pág. 1031.

⁹² En este mismo sentido, *vid.* Álvarez García, F.J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, cit., pág. 117; también, *vid.* Vives Antón, T.S.: “Artículo 205”, en Vives Antón, T.S. *et alii*: *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, cit., pág. 1031.

⁹³ A grandes rasgos se puede decir que el Código en el artículo 208 distingue entre injurias graves y leves indicando que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves”. Sin embargo, respecto de las injurias consistentes en la imputación de hechos —que son las que aquí nos ocupan— el texto legal añade expresamente que “*no se considerarán graves*, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. En otros términos, las imputaciones de hechos deshonrosos que en el concepto público sean tenidas por graves, si se realizan conociendo que el hecho es verdadero o habiéndolo comprobado diligentemente, a *efectos penales nunca se considerarán graves*, es decir, *no se considerarán delito*, lo que no significa que no sean punibles habida cuenta que pueden ser consideradas como leves, es decir, constitutivas de una falta de injurias del artículo 620.2^o. En este mismo sentido, *vid.* Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 1125.

⁹⁴ Así, *vid.* los pronunciamientos de Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 293.

vía civil para la sustanciación de las mismas. Como podemos observar, el actual texto del Código no abona el sostenimiento de esa misma conclusión.

De la misma forma, sostener que la falsedad objetiva es un elemento del tipo de los delitos contra el honor, *conduce a tratar dogmáticamente de igual forma comportamientos que valorativamente no son idénticos*. Me refiero a aquellos casos en que se imputa un hecho deshonoroso sabiendo que es objetivamente verdadero o habiéndolo comprobado, y a aquellos otros supuestos en los cuales se imputa ese mismo hecho deshonoroso sin saber si se trata de un hecho verdadero o falso (es decir, sin comprobarlo) o, incluso se cree que es falso y, con posterioridad, por suerte, por puro azar, se demuestra que es verdadero. *Si la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo, en ambos casos habría que concluir en la atipicidad de la conducta por inexistencia de lesión del bien jurídico honor*. En otros términos, en el ejemplo transcrito con anterioridad, y referido a una imputación al presidente del Gobierno, recibiría el mismo tratamiento la imputación realizada por el periodista que tiene una intuición y la publica, que aquel otro que tiene noticias de ese hecho y, no obstante, lo investiga y llega a la conclusión de que es cierto. En ambos casos, y de ser la falsedad objetiva un elemento del tipo, habría que concluir que las dos conductas merecen dogmáticamente idéntico tratamiento: la atipicidad por no existir lesión del bien jurídico y, en consecuencia, la impunidad. Como acertadamente señala Vives Antón, en este caso “no se entiende muy bien cómo un hecho futuro, incierto e independiente de la voluntad del autor (el hecho de que se produzca en juicio una prueba de la verdad de la imputación suficiente para lograr la convicción del Tribunal) puede, a posteriori, excluir la tipicidad de la conducta”⁹⁵. En efecto, podrá excluir otro elemento del delito —esto es, la pena— pero, en modo alguno, la tipicidad. Pensemos, por ejemplo, qué ocurriría en el delito de hurto si en el juicio el acusado, que obró con ánimo de lucro, devolviese la cosa a su propietario ¿habría que decir, también, que se ha excluido la tipicidad, esto es, la lesión del patrimonio? Parece que no, y eso mismo es lo que ocurriría en los delitos contra el honor. Entonces, ¿por qué se predica esa solución respecto de los delitos contra el honor y no respecto del hurto? En mi opinión, porque no se procede a un análisis jurídico-dogmático y sistemático coherente.

Naturalmente, es posible objetar frente a esta última conclusión que la postura que aquí se sostiene, aunque dogmáticamente no diese el mismo tratamiento a las conductas descritas, en realidad, y desde un punto de vista penológico, llegaría a la misma conclusión: la impunidad de ambas en aplicación de la *exceptio veritatis*. Esta deducción es, sólo en parte, cierta. En efecto, si la solución final en relación a la sanción penal es idéntica en las calumnias, no lo es en las injurias. En estas últimas, la operatividad de la *exceptio* es mucho más redu-

cida⁹⁶ y, por tanto, no se llegaría siempre a las mismas conclusiones penológicas. Pero, en el ámbito de las calumnias tampoco el resultado jurídico final es idéntico. Así, en los supuestos en que exista temerario desprecio hacia la verdad, y la imputación sea objetivamente verdadera, no habrá sanción penal pero, sin embargo, *esa conducta estará sujeta a responsabilidad civil*⁹⁷.

Si distinguimos entre calumnias e injurias, *la consideración de la falsedad objetiva como un elemento típico objetivo* de estas últimas conduce a resultados altamente insatisfactorios porque *relativiza enormemente la protección otorgada constitucionalmente al derecho al honor*⁹⁸.

En efecto, con esa postura, la imputación de cualquier hecho injurioso objetivamente verdadero —sea o no de interés público— será atípica⁹⁹. Es decir, se permitiría difundir cualquier información deshonorosa, y objetivamente verdadera, sin atender a si la misma realmente contribuye a formar la opinión pública¹⁰⁰.

Así, por ejemplo, tendría *el mismo tratamiento* la difusión de un hecho objetivamente verdadero y de relevancia pública que, *la difusión de un hecho, también objetivamente verdadero y atinente a la intimidad de una persona privada*. En ambos supuestos, y de considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo, nos encontraríamos ante comportamientos atípicos. En definitiva, *sería legítimo difundir cualquier tipo de información verdadera, con independencia de si la misma posea interés*

⁹⁵ Precisamente para evitar, como veremos, la impunidad de la imputación de hechos objetivamente verdaderos y *carencias de cualquier tipo de relevancia pública*, *cfr. infra*.

⁹⁷ Al respecto, y en mayor extensión sobre esta última conclusión, *cfr. infra*, cuando me refiera a la naturaleza dogmática de la *exceptio veritatis*.

⁹⁸ A este respecto habría que decir que más de lo que se encuentra hasta ahora. Últimamente en la doctrina suele ser una cuestión recurrente la de denunciar el enorme grado de relativización a que esta sometida la protección del derecho al honor (así, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 11 y ss.; Muñoz Lorente, J.: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *cit.*, especialmente págs. 177 y ss., nota nº 20). Este hecho se debe, en algunos casos, a la presión ejercida por los medios de comunicación de masas frente a la judicatura y, en otros, a mi juicio, a una mala comprensión y aplicación por los operadores jurídicos —y más en concreto los tribunales— de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en esta materia. En mayor extensión respecto a esta última cuestión, *vid. Muñoz Lorente, op. ult. cit., ibidem*, también, Muñoz Lorente, J. *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 181 y ss., especialmente, págs. 190 y ss., en las que se ponen de relieve cuales son, a mi entender, las claves del debate y cuales han de ser los caminos por los que ha de discuirir aquél. Estos, en esencia, se centran, no en exigir una mayor protección del derecho al honor, ni en reclamar un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Constitucional, sino en *resolver los conflictos entre las libertades del artículo 20 y el derecho al honor de forma que este último no salga más perjudicado de lo que ya está. Esta circunstancia se hará efectiva si los operadores jurídicos toman conciencia real de como ha de aplicarse correctamente la jurisprudencia constitucional*.

⁹⁹ En mayor extensión al respecto, *vid. Muñoz Lorente, J. “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”*, *cit.*, págs. 184 y ss. Críticamente y reconociendo esta misma conclusión, *vid. Alvarez García, F.J.: El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, pág. 121; Gimbernat Ordeig, E.: “Prólogo a la tercera edición” de *Código Penal*, 4ª edición, *cit.*, pág. 17-18.

¹⁰⁰ Sobre los supuestos en que se produce esa contribución a la formación de la opinión pública, esto es, sobre el concepto de asuntos de interés público, *in extenso*, *vid. Muñoz Lorente, J.: La libertad de información y el derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 160 y ss.

⁹⁵ Vives Antón, T.S. en Vives Anton/Boix Reig *et alii*. Derecho Penal. Parte especial, 1ª edición, *cit.*, pag. 684. La cursiva es mía

público o no; y, si se me permite la licencia, y como ya he señalado en otro lugar, ¡queda abierta la veda!: podemos decir de nuestros amigos, vecinos, compañeros, políticos, etc., todo lo que queramos, *incluidos los más íntimos aspectos de su vida*, siempre y cuando nos cercioremos o tengamos unos mínimos indicios racionales de que lo que decimos es cierto¹⁰¹. Por tanto, los conflictos entre la libertad de información y el honor se resolverían únicamente atendiendo a la veracidad del hecho imputado *sin tener en cuenta la relevancia pública que pudiera tener la información* cuando, en realidad, y como señala Carbonell Mateu, es precisamente en el criterio del interés público —más que en el de la verdad— en el que se sustenta o fundamenta la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor¹⁰². Todo lo cual contrastaría, además, de modo absoluto, con la asentada y clara jurisprudencia que al respecto mantiene el Tribunal Constitucional porque, no olvidemos que la libertad de información prevalece sobre el honor *únicamente cuando concurren dos factores: la veracidad y el interés público* de una información, *pero no cuando concurre la veracidad*¹⁰³. Criterios estos que, además, el propio Código Penal asume en la redacción de los artículos 207 y 210 del Código Penal —la denominada *exceptio veritatis*—. Esta última, sólo resulta operativa cuando, además de ser el hecho verdadero, *es de interés público*¹⁰⁴. De ello se deduce que *el espíritu del Código no es el de considerar impunes todo tipo de informaciones verdaderas* sino, sólo aquellas que, además, posean alguna clase de relevancia pública¹⁰⁵.

¹⁰¹ Así, *vid.* Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", *cit.*, pág. 185.

¹⁰² Así, *vid.* Carbonell Mateu, J.C.: "Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal", *cit.*, pág. 114.

¹⁰³ Al respecto, y en mayor extensión, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 148 y ss.; también, Muñoz Lorente, J.: "La libertad de información como justificación de las lesiones al honor", *cit.*, págs. 175 y ss.

¹⁰⁴ En el caso de la calumnia la *exceptio veritatis* operará siempre porque la imputación de un delito es un hecho de innegable interés público. Sin embargo, en el caso de la injuria, aquella figura solo operará en determinados casos que, en definitiva, no son más que casos de relevancia pública: la imputación de hechos a funcionarios relacionados con el ejercicio de su función y la comisión de faltas penales o infracciones administrativas. En este punto, el Código Penal portugués resulta mucho más claro porque *sólo admite la prueba de la verdad objetiva o subjetiva de la imputación* cuando el hecho imputado, además, sea de interés público. En cualquier otro caso no cabe tal prueba, ni de la verdad objetiva, ni de la verdad subjetiva. Así, *vid.* artículo 180.2 del referido texto y, en mayor extensión, Maia Gonçalves, M.: *Código Penal portugués. Anotado e comentado*, 10ª edición, *cit.*, págs. 580-581.

¹⁰⁵ En sentido contrario al aquí expuesto y considerando que la decisión del legislador ha sido la de no utilizar el instrumento penal en los supuestos de imputación de hechos objetivamente verdaderos y carentes de interés público, *vid.* Álvarez García, J.: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *cit.*, págs. 121 y ss., especialmente, pag. 123. En su opinión, en estos casos queda expedita la vía civil para su protección. A mi juicio, *de la lectura de los debates parlamentarios y de la Disposición Final 4ª del nuevo Código* —que establece una nueva redacción para algunos de los preceptos de la Ley Orgánica 1/1982— se deduce que la pretensión del legislador fue la de equiparar el injusto civil y penal contra el honor. En otros términos, su pretensión fue la de que por ambas vías se llegase a idénticas conclusiones y soluciones y, en consecuencia, se puede decir que el legislador penal decidió utilizar el instrumento

Sin embargo, no faltan quienes, a pesar de sostener que la falsedad es un elemento del tipo, contradictoriamente, mantienen que cuando nos encontremos ante imputaciones objetivamente verdaderas, y atinentes a la intimidad, esto es, sin relevancia pública, el tipo está consumado¹⁰⁶. Se trata de una opinión que, naturalmente, tiene que corregir su punto de partida inicial —esto es, que el honor no se lesiona cuando se imputan hechos objetivamente verdaderos— para solucionar casos concretos —esto es, la sanción de las imputaciones *verdaderas* de hechos íntimos— y, por tanto, como sostiene Gimbernat Ordeig, esto demuestra que se trata de una opinión puramente subjetiva, cuyo carácter científico parece dudoso¹⁰⁷ y, como veremos, *lleva a consecuencias prácticas todavía más incoherentes porque convierte en antijurídicas todas las imputaciones de hechos íntimos, sean o no deshonrosas*. En efecto, para establecer esa distinción de tratamiento entre hechos íntimos —cuya verdad objetiva no excluiría la tipicidad— y aquellos otros que no son de tal naturaleza —cuya verdad objetiva sí excluiría la tipicidad objetiva—, y para fundamentar la no aplicación de la *exceptio veritatis/causa de atipicidad* en los supuestos de hechos íntimos se argumenta que la razón principal estriba, no "como es habitual, en una defensa del honor, que no se ve afectado por imputaciones que sean completamente verídicas, sino del bien jurídico intimidad" y, se añade que "al encuadrarse en la injuria también la imputación verdadera de hechos que afectan a la intimidad del sujeto se está en realidad reconociendo que en este tipo se protege también como bien jurídico la intimidad"¹⁰⁸. En mi opinión, de esta argumentación se deduce, en primer lugar, que la imputación de hechos íntimos *que no lesiona el honor* es típica —observemos cómo se señala expresamente que toda imputación verdadera no afecta al honor pero las íntimas se encuadran en la injuria— y, en segundo lugar, que la intimidad, en los delitos contra el honor, *no se protege a través del honor* sino que parece ser *un ente o bien jurídico autónomo e independiente dentro de aquéllos*. La cuestión que se puede plantear, entonces, es *¿cómo se pueden proteger las imputaciones de hechos verdaderos e íntimos a través de los delitos contra el honor sin que exista lesión del honor?* Me parece, cuando menos, una *contradictio in terminis* otorgar protección frente a conductas *que no lesionan el honor* a través de los delitos contra el honor! A este respecto, y en relación a la imputación de hechos verdaderos e íntimos, me parecería mucho más coherente aplicar la solución de la tentativa inidónea, que ya deseché. A mi entender, con esa construcción se pone de relieve una confusión de planos. Es cierto que, en muchos casos, la intimidad se protege a través del honor: cuando el hecho difundido, además de ser íntimo, es deshonroso, *pero*

penal, incluso, para los casos de imputaciones de hechos verdaderos y carentes de relevancia pública.

¹⁰⁶ Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", *cit.*, págs. 290-291.

¹⁰⁷ Así, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, *cit.*, págs. 110 y ss., especialmente, págs. 114 y ss.

¹⁰⁸ Así, *vid.* Molina Fernández, F.: "Delitos contra el honor", *cit.*, págs. 290-291. La cursiva es mía.

no cuando no es deshonroso por muy íntimo que sea. En otros términos, para poder proteger la intimidad a través del honor es preciso que el hecho íntimo difundido afecte también al honor.¹⁰⁹ Pero, es necesario precisar que para que nos encontremos ante una lesión de la intimidad, el hecho imputado siempre habrá de ser objetivamente verdadero: si es falso no se difunde algo que el sujeto pretende que permanezca extramuros del conocimiento general, en todo caso, cuando sea falso se podrá afectar a su honor pero no a su intimidad. Si, como se sostiene expresamente, la difusión de hechos verdaderos no afecta al honor¹¹⁰ es, pues, imposible sancionar esas conductas atentatorias, únicamente a la intimidad, a través de los delitos contra el honor. Pensemos, por ejemplo, que se difunde una información en la que se dice que una persona tiene cáncer, que determinado personaje público utiliza una concreta marca de papel higiénico o que siempre lleva la ropa interior con estampados de flores o que en su casa friega los platos; en estos supuestos se afecta a la intimidad pero, en modo alguno, al honor: es imposible aplicar el tipo de injurias porque no existe ninguna lesión del honor, al contrario de lo que parece pretender Molina Fernández¹¹¹: según sus argumentaciones, no son hechos deshonrosos porque son verdaderos, pero sí íntimos. luego en su opinión deberían ser punibles. Sin embargo, consideremos otros ejemplos en los cuales la información consiste en difundir que determinada persona tiene SIDA o es aficionado a prácticas sexuales zoofílicas; en estos casos, además de la intimidad —que recordemos, ha de ser siempre una imputación verdadera—, se lesiona el honor y, por tanto, sí deben ser protegidos penalmente; pero reitero, se trata de hechos objetivamente verdaderos que lesionan el honor, ergo parece que la falsedad no puede ser elemento del tipo objetivo. De un estudio conjunto de los delitos contra el honor y los delitos contra la intimidad se deduce claramente que el legislador no ha querido proteger penalmente los atentados a la intimidad que, además, no conlleven un atentado al honor, excepción hecha de los recogidos en el artículo 199 del Código (por ejemplo, empleada del hogar que difunde datos íntimos sobre sus empleadores), encomendando su tutela únicamente al ámbito civil a través de la Ley Orgánica 1/1982. En efecto, en el ámbito penal están desprovistas de protección todas las imputaciones de hechos íntimos, y no deshonrosos, salvo que la información sobre las mismas haya sido obtenida a través de alguno de los medios tipificados en los artículos 197 y ss. del Código, de los que se deduce, como señala Gómez Benítez, “una muy insuficiente y primitiva protección penal de la intimidad”¹¹². Pero, a mi modo de entender, esa deficiente y tosca protec-

ción de la intimidad en el Código, no autoriza a sancionar, a través de los delitos contra el honor, la difusión de informaciones íntimas y verdaderas que no lesionen el honor.

De la misma forma, si la falsedad objetiva fuese un elemento del tipo, los artículos 207 y 210 del Código Penal —es decir, la *exceptio veritatis*— resultarían totalmente superfluos o reiterativos¹¹³ En este sentido, y realizando una interpretación teleológica y lógico-sistemática¹¹⁴, habría que preguntarse por que o para qué el Código introduciría estos preceptos consistentes en la prueba de la verdad objetiva del hecho imputado si, como se dice por algunos analistas, ya está previsto en el tipo ¿para aclarar que la falsedad objetiva es un elemento del tipo o que la verdad objetiva excluye el tipo? Creo que no, entre otras circunstancias, porque se trataría de un técnica legislativa bastante defectuosa, además de tortuosa e incoherente, al especificar elementos del tipo en artículos posteriores pudiendo hacerlo —si realmente esa hubiese sido el propósito del legislador—, sin ningún género de dudas, en el mismo tipo como, por otro lado, se hacía en el artículo 453 del antiguo Código respecto de la calumnia, no así en relación a la injuria¹¹⁵ Por tanto, para darle alguna operatividad y poder decir que no se trata de preceptos superfluos, o que el legislador ha utilizado un camino considerablemente tortuoso para definir el tipo, hay que atribuir a los mismos otra naturaleza jurídica distinta.

Ahora bien, es preciso cuestionarse cuál es esa naturaleza jurídica. En mi opinión, ambos preceptos no son otra cosa que causas de exclusión de la pena¹¹⁶ que operarán en aquellos supuestos en que

¹¹³ De opinión contraria, considerando que no se trata de preceptos reiterativos, a pesar de sostener que la falsedad objetiva es un elemento del tipo, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 276, quien parece atribuirles, como vimos, una naturaleza dual, ya como causa de atipicidad, ya como causa de exclusión de la pena aplicable solo a los supuestos de tentativa inidónea, cuyas consecuencias ya tuvimos ocasión de analizar, *cf. supra*. Por el contrario, manteniendo que la verdad objetiva es una causa de atipicidad pero afirmando que los preceptos que contienen la *exceptio* son “una clara reiteración”, *vid.* Carmona Salgado, C.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 472, 475 y 484, también, *vid.* Moral García, A. del: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pág. 1124, quien también sostiene que la falsedad objetiva es un elemento del tipo objetivo, pero señalando que la previsión de la *exceptio veritatis* “es desacertada por innecesaria: se hereda sin corregir un error de la legislación anterior” y, en consecuencia, posteriormente (pág. 1129) propugna su supresión. Que no se trata de un herencia de la legislación anterior lo hemos podido comprobar al analizar los debates parlamentarios y, por tanto, la innecesariedad de esa supresión, al menos desde un punto de *lege data*, *cf. supra*.

¹¹⁴ Esto es, una interpretación que procura superar las posibles reiteraciones o contradicciones entre los diversos preceptos penales. Al respecto, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: *Concepto y método de la ciencia del Derecho Penal*, *cit.*, pág. 51.

¹¹⁵ Por eso, como vimos —*cf. supra*—, se sostenía que en el antiguo Código Penal se protegían y coexistían dos clases de honor: uno el de la calumnia y otro el de la injuria.

¹¹⁶ Desde determinados sectores doctrinales se critica esta interpretación por entender que la calificación como una causa de exclusión de la pena no puede hacerse arbitrariamente sino que es necesario “demostrar que esta circunstancia no afecta ni a la antijudicialidad del hecho ni a la culpabilidad del autor” y, puesto que la falsedad objetiva afecta al núcleo de la antijudicialidad del hecho, la *exceptio veritatis*, al menos en la calumnia, no puede ser mas que una causa de atipicidad (así, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, pag. 276, quien, no obstante, y como ya vimos atribuye a la *exceptio veritatis* una naturaleza doble: causa de atipicidad y, a la vez, causa de ex-

¹⁰⁹ En este mismo sentido, *vid.* Gimbernat Ordeig, E.: “Contra el delito de difamación”, en Gimbernat Ordeig, E.: *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid, 1999, pag. 72.

¹¹⁰ Así, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 290-291.

¹¹¹ Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, *cit.*, págs. 290-291.

¹¹² Gómez Benítez, J.M.: “La protección penal del derecho a la intimidad”, en *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/BOE, Madrid, 1994, pag. 355.

concurra un *error inverso acerca de la justificación*¹¹⁷ Es decir, únicamente operarán —excluyendo la pena— cuando se impute un hecho deshonesto y objetivamente verdadero sin saber que era verdadero, o sin haber procedido a hacer las pertinentes y diligentes comprobaciones que llevasen al informador a la convicción de que lo que transmitía era verdadero. En otros términos, los preceptos que contienen la *exceptio veritatis* sólo resultarán aplicables cuando la imputación se haga con temerario desprecio de la verdad o creyendo que el hecho era falso y, posteriormente, por suerte, se demostró que era verdadero¹¹⁸. El legislador, por motivos político-criminales, ha considerado que —en determinados supuestos de interés público¹¹⁹— no ha de imponerse una pena a quien transmitió un hecho que por suerte fue objetivamente verdadero¹²⁰ y que, en definitiva, contribuye a formar la opinión pública¹²¹, aunque lo haya hecho con temerario desprecio hacia la verdad o creyendo que lo que transmitía era objetivamente falso porque, en definitiva, por puro azar, efectivamente ha contribuido a formar la opinión pública¹²².

clusión de la pena). Es preciso advertir que aquí, en modo alguno, se atribuye a la *exceptio veritatis*, de manera arbitraria, la calificación como causa de exclusión de la pena sino que, a mi entender, existen notables fundamentos para ello (en mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 342 y ss., y especialmente, págs. 365 y ss.) precisamente derivados de la constatación de que la *exceptio veritatis* no afecta ni al injusto ni a la culpabilidad. Antes al contrario, ambos concurren en toda su intensidad. A mi juicio, lo que es preciso demostrar es lo contrario: que la falsedad objetiva afecta a la antijuridicidad del hecho. Y ello, en modo alguno, resulta probado porque, en primer lugar, la misma no se exige en el texto del Código, en segundo lugar, la alusión al temerario desprecio hacia la verdad dificulta esa consideración, y, por último, de la lectura de los debates parlamentarios expresamente se deduce la interpretación contraria. Una conclusión distinta al respecto no hace sino convertir al intérprete en legislador, además de mostrar que nuestros legisladores de 1995 utilizaron un técnica legislativa muy deficiente, fueron reiterativos y, como ya he señalado con anterioridad, emplearon un camino tremendamente tortuoso para definir el tipo cuando, sin duda, existían otros caminos mucho más fáciles para introducir expresamente la falsedad en el tipo. Si no se hizo así fue porque la intención, consciente, del legislador fue otra muy distinta, esto es, la de considerar que la falsedad objetiva no es un elemento del tipo.

¹¹⁷ En mayor extensión al respecto, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, cit., págs. 342 y ss.

¹¹⁸ Esto último —creencia de que lo que se imputa es falso cuando, en realidad, es objetivamente verdadero— no es más que “temerario desprecio hacia la verdad” y no, como habitualmente se pretende, “conocimiento de la falsedad”. Si un hecho no es objetivamente falso, muy difícilmente se puede “conocer” que es falso. Por eso, quien difunde un hecho creyendo que es falso y, con posterioridad, resulta ser verdadero, no actúa con “conocimiento de la falsedad” —porque esta no existe—, sino con “temerario desprecio hacia la verdad”.

¹¹⁹ Como lo son la imputación de un delito o los contenidos en el artículo 210 del Código.

¹²⁰ Es decir, aunque exista un desvalor de acción y un desvalor de resultado. En otros términos, aunque nos encontremos ante un delito totalmente consumado y respecto del cual no concurre ninguna causa de justificación.

¹²¹ Además de al interés público porque, por ejemplo, ha contribuido, en el caso de la calumnia, al descubrimiento de la comisión de un delito o, en el de la injuria, a poner de relieve, verbigracia, un mal funcionamiento de la Administración pública llevado a cabo por el funcionario en cuestión.

¹²² De opinión contraria, y considerando que no se entiende por qué el legislador introduzca esta cláusula de exención si, según se afirma, el hecho se encuentra típicamente perfecto y es antijurídico además de culpable, *vid.* Molina Fernández, F.: “Delitos contra el honor”, cit., pág. 276. A mi entender, la respuesta es clara: como ya he señalado en el texto, por motivos político-criminales como, por otra parte, ocurre en todas aquellas causas de exclusión de la pena contenidas en el Código (en mayor ex-

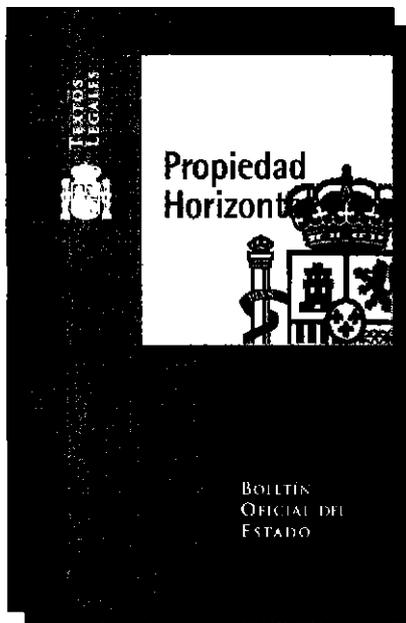
Desde el punto de vista del profano, aparentemente ambas soluciones —*exceptio veritatis* como causa de atipicidad o como causa de exclusión de la pena— son igualmente válidas porque confluyen en la misma solución: la ausencia de sanción penal; en consecuencia, para quien sea lego en Derecho, la construcción que acabo de realizar no sería más que un puro divertimento mental o un juego intelectual sin mayor significación práctica porque, en definitiva, sea o no la falsedad un elemento del tipo, o sea la *exceptio veritatis* una causa de atipicidad o de exclusión de la pena, cuando se difunde un hecho objetivamente verdadero no se le impone al sujeto ninguna pena. Sin embargo, para el estudioso del Derecho, y para todos los operadores jurídicos, no debe ser así¹²³ porque, no sólo desde el punto de vista dogmático, sino, también, práctico, ambas soluciones son, sólo en apariencia, idénticas, precisamente, por dos razones fundamentales:

— La primera porque, desde el punto de vista dogmático-penal, no puede merecer idéntica valoración la conducta de imputar un hecho objetivamente verdadero sabiendo que lo es —ya por haber sido testigo directo del mismo, ya por haber realizado las pertinentes comprobaciones—, que la de aquel otro sujeto que no sabe si lo que está imputando es verdadero o falso o, incluso, lo cree falso y, posteriormente, por suerte se demuestra que era verdadero. Frente al Derecho, ambas conductas, en mi opinión, son sustancialmente diversas y, por tanto, merecen una muy distinta valoración jurídica. Esta última sólo se consigue atribuyendo a la *exceptio veritatis* la naturaleza jurídica de una causa de exclusión de la pena y no la de una causa de atipicidad. Negar esta conclusión conlleva, también, negar las diferencias dogmáticas existentes, por ejemplo, entre autor y cooperador necesario o entre dolo directo y eventual.

— La segunda, porque también tiene importantes consecuencias prácticas en lo referente a la responsabilidad civil. No olvidemos que en esta materia, y fundamentalmente en el ámbito de los medios de comunicación —que es donde con más frecuencia se cometen esta clase de delitos— suele sobresaltar más la posible condena al pago de una indemnización —que, además, acostumbra a ser sustanciosa— que la amenaza que representa la eventual sanción penal constitutiva de privación de libertad o de multa. Entre otras circunstancias, ello se debe a que el artículo 212 del Código declara como responsable civil solidario al medio de comunicación. Si la *exceptio veritatis* es una causa de exclusión de la pena, por mucho que lo imputado sea objetivamente verdadero y se ex-

tensión sobre el fundamento de las causas de exclusión de la pena, *vid.* Higuera Guimera, J.F.: *Las excusas absolutas*, Marcial Pons, Madrid, 1993, *passim*). Así, por ejemplo, baste recordar la causa de exención de la pena por parentesco recogida en el artículo 268 del Código respecto de los delitos patrimoniales; o las recogidas en los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 respecto de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social; o en el artículo 427 respecto de la denuncia del cohecho; o en el artículo 462 respecto del falso testimonio; el 480.1 respecto del delito de rebelión. Todas ellas se aplican, como todas las causas de exclusión de la pena, cuando nos encontramos ante un hecho típico, antijurídico y culpable.

¹²³ En esta mismo sentido, *vid.* Roxin, C.: “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”, Cuadernos de Política Criminal, nº 46, 1992, *passim*.



OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN TEXTOS LEGALES

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

12ª edición (15 abril 1999), 240 páginas. PVP: 1.250 pesetas

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

8ª edición (mayo 1999), 574 páginas. PVP: 2.400 pesetas

ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

6ª edición (julio 1998, actualizada a febrero 1999), 1.150 páginas. PVP: 3.700 pesetas

CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

15ª edición (febrero 1999), 696 páginas. PVP: 2.700 pesetas

PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

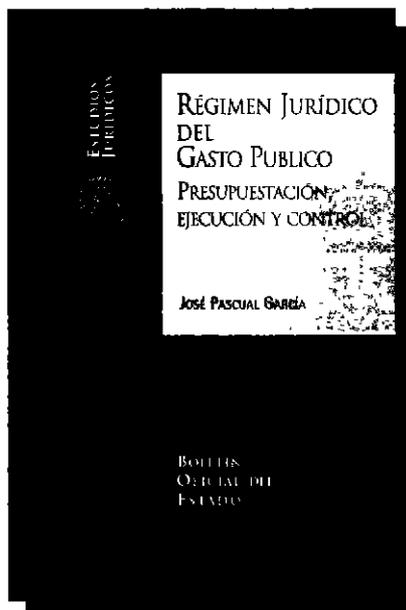
2ª edición (abril 1999), 560 páginas. PVP: 2.000 pesetas

LEY Y REGLAMENTO HIPOTECARIOS

11ª edición (mayo 1999), 828 páginas. PVP: 3.000 pesetas

PROPIEDAD HORIZONTAL

15ª edición (abril 1999)
207 páginas. PVP: 980 pesetas



DE PRÓXIMA APARICIÓN

CÓDIGO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

1ª edición (31 marzo 1999). Códigos

CÓDIGO DE SANIDAD Y CONSUMO

Edición actualizada a diciembre 1998

Edición conjunta en papel y CD-ROM: 47.000 pesetas

Edición en CD-ROM: 25.000 pesetas

Anexo de actualización en CD-ROM para los que posean el Código, previo intercambio del CD-ROM anterior: 10.000 pesetas

COLECCIÓN ESTUDIOS JURÍDICOS

RÉGIMEN JURÍDICO DEL GASTO PÚBLICO. PRESUPUESTACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL

José Pascual García

1ª edición (enero 1999), 792 páginas. PVP: 4.500 pesetas

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS. 3ª edición

José Pascual García

Edición cerrada a enero de 1999, 436 páginas. PVP: 3.500 pesetas

cluya la sanción penal, llevará aparejada la obligación de indemnizar civilmente¹²⁴ en la medida en que aquella figura dogmática no afecta al injusto —es decir, nos encontramos ante un hecho antijurídico—¹²⁵ Si se considera un causa de atipicidad no procederá la indemnización civil pero, sin embargo, el lesionado podría dirigir su acción hacia esta última vía en la que sí obtendría la referida indemnización¹²⁶. No obstante, esta última conclusión ha ser matizada porque, al menos en el caso de las injurias, y de mantenerse que la verdad objetiva es una causa de atipicidad, también cabría la responsabilidad civil. En efecto, recordemos que en estos casos, muy frecuentemente, nos encontraríamos siempre ante una tentativa inidónea punible que, como hecho antijurídico que es, también daría lugar a responsabilidad civil¹²⁷.

¹²⁴ En este sentido, por todos, *vid.* Higuera Guimera, J.F.: *Las excusas absolutoras*, *cit.*, págs. 14, 19, 78 y 125, quien expresamente pone de relieve que, puesto que las excusas absolutoras no excluyen la antijuridicidad del hecho, darán lugar a responsabilidad civil.

¹²⁵ Conclusión ésta en torno a la responsabilidad civil que, en mi opinión, resulta totalmente compatible con la protección ofrecida en el ámbito civil al derecho al honor. En otros términos, por la vía civil o penal se llegaría a idéntica solución: la obligación de indemnizar. En efecto, en el orden civil, y puesto que no nos encontramos ante el ejercicio legítimo de la libertad de información —al no concurrir una comprobación diligente de los hechos imputados— la consecuencia lógica es que se condene al informador a indemnizar al lesionado por haber llevado a cabo una conducta totalmente descuidada. Se podría pensar que el hecho de que la información fuese objetivamente verdadera eliminaría, también, la responsabilidad civil a través de la LO 1/1982, como parece pretender, por ejemplo, Pantaleón Prieto. En efecto, este autor considera que “la Constitución no requiere que la falsedad del hecho imputado figure como elemento del tipo de los delitos contra el honor, siempre que la objetiva veracidad del mismo sea causa de justificación”, así, *vid.* Pantaleón Prieto, F.: “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *cit.*, pág. 2. Parece que de estas últimas palabras es posible deducir que la verdad objetiva, no acompañada de una comprobación diligente, justificara, en todo caso, la conducta; no dando, en consecuencia, lugar a una indemnización civil habida cuenta que el hecho no sería antijurídico. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión ha de ser distinta porque el Tribunal Constitucional, para justificar la conducta lesiva del honor, siempre ha puesto más el acento en la presencia de la veracidad subjetiva que en el de la verdad objetiva. Es decir, siempre ha considerado mucho más importante la presencia de una diligente comprobación de la información, que la de una efectiva verdad objetiva de la misma (así, por ejemplo, *vid.* SSTC 15/1993, de 18 de enero, fundamento jurídico 2º; 320/1994, de 28 de noviembre, fundamento jurídico 3º; 6/1996, de 16 de enero, fundamento jurídico 3º, 190/1996m de 9 de diciembre, fundamento jurídico 3º; 51/1997, de 21 de marzo, fundamentos jurídicos 5º y 6º). Por lo tanto, no es desacertado pensar que, incluso en el ámbito civil, concurra la condena, a pesar de ser el hecho objetivamente verdadero, si no se encuentra presente la diligente comprobación de la información que, al fin y al cabo, es la que nos informa de la presencia del elemento subjetivo de justificación (en mayor extensión sobre este último y la naturaleza dogmática de la diligente comprobación de la información en el ámbito de la causa de justificación, *vid.* Muñoz Lorente, J.: *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *cit.*, págs. 321 y ss., y 422 y ss.). Salvo error u omisión por mi parte, no existe ninguna sentencia del Tribunal Constitucional en la que, siendo la información objetivamente verdadera, se haya condenado al informador por falta de una diligente comprobación. No obstante, esta circunstancia puede deberse a que cuando la información es objetivamente verdadera es muy difícil probar, en la mayoría de los casos, que no ha habido una mínima diligencia. Sin embargo, puede haber supuestos en que se llegue a probar ese extremo y, en mi opinión, en el ámbito penal procedería aplicar la exención de pena contenida en la *exceptio* y condenar al pago de la consiguiente indemnización civil. La misma solución habría de darse en el ámbito civil.

¹²⁶ Como ya he indicado en la nota anterior.

¹²⁷ *Cfr. supra.*

3. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo del presente análisis creo haber aportado algunos argumentos para intentar demostrar cómo, tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, tanto en el delito de calumnia como en el de injuria, la falsedad objetiva de una información, ni es, ni puede ser, un elemento del tipo objetivo.

En primer lugar, no lo es porque el Código no sólo no la exige expresamente sino porque, además, la rechaza de plano al considerar típicas todas aquellas informaciones transmitidas con “temerario desprecio hacia la verdad”. Este último elemento puede estar presente, tanto si la información transmitida es objetivamente verdadera, como si es objetivamente falsa puesto que, además, el Código no hace referencia al temerario desprecio *hacia la falsedad* sino *hacia la verdad* de lo transmitido. Si esto es así, es preciso concluir en que la falsedad objetiva de la información no puede ser nunca considerada un elemento del tipo objetivo.

Pero, de la misma forma, la falsedad objetiva no puede —ni debe— ser considerada un elemento del tipo porque conduce a tratar dogmáticamente de la misma forma comportamientos que no merecen idéntica valoración. En efecto, la consideración de aquella como elemento del tipo objetivo equipara en cuanto a su tratamiento dogmático y práctico las conductas de transmitir una información objetivamente verdadera habiéndolo hecho con o sin temerario desprecio hacia la verdad. En otros términos, equipara la conducta del sujeto que transmitió una información tras comprobarla diligentemente con la de aquel otro que transmitió esa misma información sin realizar dicha comprobación aunque, por suerte, posteriormente resultó ser verdadera. En ambos casos nos encontraríamos ante conductas atípicas por inexistencia de lesión del bien jurídico honor.

Por otro lado, la consideración de la falsedad objetiva como un elemento del tipo —concretamente en las injurias— relativizaría enormemente la protección otorgada constitucionalmente al derecho al honor —e indirectamente, por ejemplo, a la intimidad— que, no olvidemos, que al igual que la libertad de información son, también, derechos fundamentales. La razón estriba en que si la falsedad objetiva es un elemento del tipo se permitiría difundir cualquier información deshonrosa que fuese objetivamente verdadera, con independencia de si la misma poseía interés público o no, o como mucho, esas conductas sólo serían constitutivas de tentativa inidónea. En definitiva, por ejemplo, estaría totalmente permitido —sería atípico— difundir informaciones deshonrosas relativas a la intimidad de una persona —y carentes de cualquier relevancia pública— con tal que fuesen objetivamente verdaderas. Y a este respecto, cabe preguntarse ¿en nombre de qué valor sometemos a semejante tortura a los ciudadanos, sean particulares o personas públicas? ¿qué fundamentaría en esos casos la preferencia de la libertad de información? La respuesta, a mi modo de entender es clara: por un lado, la verdad, y por el otro el morbo, confundiendo-

se, entonces, el interés público con el interés *del público*.

Pero, además, estimar que la falsedad objetiva es un elemento del tipo hace que los artículos 207 y 210 del Código Penal resulten totalmente superfluos y reiterativos o, cuando menos, pone de relieve una técnica legislativa sumamente defectuosa y tortuosa al introducir en preceptos relativamente distantes elementos del tipo que fácilmente se podrían haber introducido en éste, *naturalmente si ese hubiese sido el propósito del legislador*; sin embargo, de la lectura de los debates parlamentarios se deduce nítidamente que el espíritu que inspiró al legislador no fue el de considerar la falsedad objetiva como un elemento del tipo objetivo de los delitos contra el honor.

En conclusión, a mi juicio, la falsedad objetiva de

una información no es un elemento del tipo objetivo de los artículos 205 y 208 párrafo tercero y, en consecuencia, *cuando la conducta consiste en la imputación de hechos, lo que dogmáticamente protege el Código Penal es un honor aparente*. Sin embargo, esto no significa que cualquier conducta atentatoria de ese honor aparente sea punible. Al contrario, dependiendo de los casos, la verdad objetiva de la información puede justificar el comportamiento del sujeto activo a través de la eximente del artículo 20.7 del Código —si además concurren el resto de elementos objetivos y subjetivos de la misma— o, en última instancia, quedando intacto el injusto, excluir la pena a través de la *exceptio veritatis* en los casos en que el legislador, por razones político-criminales, así lo ha previsto.

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-593 90 40

E-mail: trotta@informet.es

<http://www.trotta.es>

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO
*Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal
de Derechos Humanos, cincuenta años después*

LUIGI FERRAJOLI
Derechos y garantías. La ley del más débil

LUIS ENRIQUE ALONSO
*Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre
la crisis de la sociedad salarial*

JUAN ANTONIO GARDE (ed.)
*Políticas sociales y Estado del Bienestar
en España. Informe 1999*

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO
Derechos fundamentales. Concepto y garantías

JOSÉ LUIS REINA
Apunte sobre sindicalismo y formación profesional

KLAUS ADOMEIT Y CRISTINA HERMIDA
*Filosofía del derecho y del Estado.
De Sócrates a Séneca*

JOSÉ LUIS MONEREO
Fundamentos doctrinales del derecho social en España

CARLOS LEMA AÑÓN
*Reproducción, poder y derecho.
Ensayo filosófico jurídico
sobre las técnicas de reproducción asistida*

AURILIO DESDENTADO Y BERTA VALDÉS DE LA VEGA
*La negociación colectiva en la doctrina del
Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*

THOMAS HOBBS
Tratado sobre el ciudadano

PETER SINGER
Liberación animal