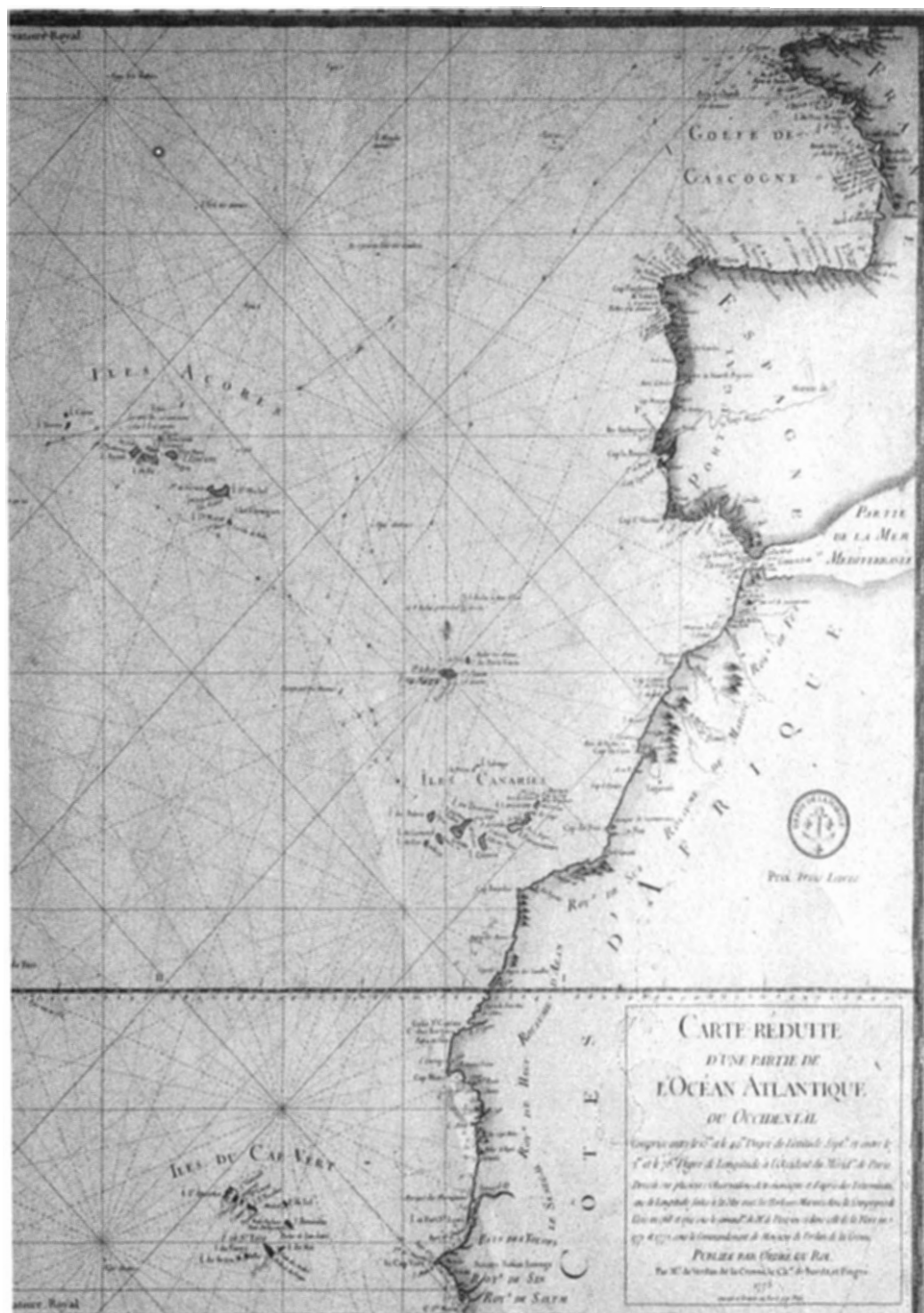


Revista del Foro Canario

79

Las Palmas de Gran Canaria, 1990



Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

*Revista del
Foro Canario*

ANIMUS INIURIANDI E INJURIAS

PROF. DR. JOAN J. QUERALT

TITULAR DE DERECHO PENAL UAB.
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. Tradicionalmente, la doctrina penal española ⁽¹⁾ ha considerado, al igual que la jurisprudencia mayoritaria ⁽²⁾ que en el delito de injurias ⁽³⁾ el elemento subjetivo del tipo estaba integrado por el denominado animus iniuriandi. Esta concepción no es desde luego hoy tan pétrea y quizás no quepa calificarla de mayoritaria, al menos doctrinalmente ⁽⁴⁾. A diferencia de lo que sucede en El Derecho español, el alemán desconoce esta categoría específica y el delito de injurias se rige por los criterios comunes y ordinarios ⁽⁵⁾.

(1) Vid. GROIZARD, *El Código penal de 1870 comentado y concordado*, V, 1873, pp. 36 ss.; CÓRDOBA RODA, *Notas al Derecho Penal de R. Maurach*, 1962, pp. 372 ss.; el mismo, *Comentarios al Código penal*, 1972, pp. 248 s.; QUITANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal* vol. I, 1972 (2ª ed.), pp. 1.275 ss; BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 1987, p. 168; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 1988, (7ª ed.), p. 117; vid. otras referencias en ALONSO ÁLAMO, *Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales*, en ADPCP, 1981 (I), p. 145. Cfr., además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, 1987, pp. 76 ss.

(2) Por ejemplo, SSTS 25.2.73, 3.6.1985, 2 y 25.6.1986, 17.11.1987, 31.1.1989.

(3) A los objetivos del presente trabajo se equiparan a las injurias los demás delitos contra el honor incluidos los desacatos.

(4) Vid. ALONSO ÁLAMO, *op.*, p. 151; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte Especial*, 1987 (10ª ed.), p. 238; QUERALT, *Derecho penal español. Parte Especial*, 1986, p. 232; BACIGALUPO, *Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, en REDC (20), 1987, p. 88.

(5) Vid., sólo, LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Ein Kommentar*, 1985 (22ª ed.), 185 n.m. 14; OTTO, *Grundkurs. Die einzelnen Delikte*, 1984 (2ª ed.), p. 108; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1988, (4ª ed.), 185 n.m. 20 La doctrina se inclina, además, por exigir sólo dolo eventual.

El hecho de que en nuestra doctrina se haya planteado la diferencia de posiciones permite, e incluso obliga, a profundizar esta fisura.

En primer término, y aun dejando de lado la definición del concepto de honor ⁽⁶⁾ y partiendo más bien de su delimitación ⁽⁷⁾, habrá de indagarse por una razón que avale una formulación teórica y jurisprudencial que, desde luego, parece infrecuente en nuestro entorno cultural ⁽⁸⁾. ALONSO ha querido ver en la construcción del animus iniuriandi, aunque parcialmente, una delimitación del ámbito de lo punible en materia de delitos contra el honor ⁽⁹⁾ al hacer inútil la exceptio veritatis ⁽¹⁰⁾.

Como esta autora reconoce, la ausencia de dicho elemento subjetivo no se produce siempre por la concurrencia de otros animi específicos (el de informar, el de criticar, el de bromear, por ejemplo) ya sea por la valoración objetiva de las expresiones proferidas, de la que se presume necesariamente el animus iniuriandi ⁽¹¹⁾, ya sea por la imposibilidad en el caso concreto de considerar desplazado el tal animus por otro penalmente irrelevante ⁽¹²⁾.

2. A esta concepción tradicional me opuse en su día ⁽¹³⁾ y, posteriormente, hizo lo mismo BACIGALUPO ⁽¹⁴⁾. VIVES, por su parte, si bien

(6) Vid. el sugestivo trabajo de BERDUGO, *Revisión del contenido del bien jurídico honor*, en ADPCP, 1984 (III), p. 313, siguiendo el concepto relacional de bien jurídico propuesto, entre nosotros, por MIR (*Introducción a las bases del Derecho penal* 1976, pp. 134 ss, 139 ss; el mismo, *Objeto de delito* en NEJ, XVII, 1982, pp. 768 ss.; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 1985 (2ª ed.) pp. 103 22). Pese a lo difuso del bien jurídico honor, su concepción relacional y superadora de la noción de dignidad humana, que por ser intangible resulta poco operativa en este terreno, permite considerarlo como la cualidad moral que posibilita a la persona su relación en sociedad (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 217).

(7) Así, BAJO, *Protección del honor y de la intimidad*, en *Comentarios a la legislación penal* (COBO DEL ROSAL ed.), I, 1982, p. 124, afirma: "La preocupación del jurista no debe ser tanto el logro de un concepto mejor elaborado, dado que estamos frente a un concepto prejurídico de muy amplios límites, cuanto determinar los límites de la protección jurídica del honor".

(8) Vid. ALONSO ÁLAMO, *op. cit.*, pp. 145 ss. (derecho italiano), pp. 149 s. (derecho alemán).

(9) Cfr. ALONSO, *op. cit.*, pp. 145 y 151, donde la existencia del animus iniuriandi no cubre todos los problemas de punibilidad e impunidad en las injurias.

(10) Vid. la misma, *op. cit.*, p. 145; GARCÍA PABLOS, *El Derecho penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y de la intimidad*, en *Estudios penales*, 1986, pp. 383 s., 400.

(11) Y no sólo por las palabras utilizadas; por ej. SS 25.2.1985, 17.11.1987. Este criterio, en principio, no es compatible; habrá que distinguir en primer lugar entre libertad de información (hechos) y libertad de expresión (opiniones, juicios de valor) y, por tanto acudir a los criterios de veracidad ex ante y de necesidad, respectivamente; así; BACIGALUPO, *op. cit.*, pp. 94 y 97; igualmente, SSTC 159 y 168/1986, 6 y 107/1988 y Sentencia del TEDH 8.7.1986 (caso Lingens).

(12) Vid. QUINTANO, *op. cit.*, pp. 1.290 ss (1.293); MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117; VIVES, en *Derecho Penal, Parte especial*, (Vives coord.), 1988, p. 684.

(13) Vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 232.

(14) Cfr. BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 88.

mantiene la intencionalidad de la acción, sostiene que el animus iniuriandi “no exige que la meta final del que actúa sea causa la deshonra de otro, sino que basta con que conozca el potencial lesivo para el honor de la expresión proferida o acción ejecutada y que se acepte tal lesión” ⁽¹⁵⁾.

3. A todos estos planteamientos ha venido a sumarse la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en su sentencia 107/88, f.j.2, figuran los dos pasajes que se transcriben a continuación. Así,

“El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la acción que infiere en este derecho lesión penalmente sancionable haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues en tales supuestos se produce un conflicto entre derechos fundamentales, cuya dimensión constitucional convierte en insuficiente el criterio subjetivo del animus injuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de dicha clase de delitos, pues este criterio se ha asentado hasta ahora en la convicción de la prevalencia absoluta del derecho al honor”. Y “esta situación de valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan las referidas libertades, traslada el conflicto debatido a un distinto plano, pues no se trata ya de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión, penalmente sancionada, del derecho al honor, para lo cual continúa siendo inevitable la utilización del criterio del animus injuriandi, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad”.

De lo transcrito se infieren dos cuestiones, a saber, la insuficiencia del planteamiento tradicional ⁽¹⁶⁾ para amparar las libertades de expresión e información ⁽¹⁷⁾, y el mantenimiento del animus iniuriandi como elemento subjetivo del injusto para los delitos de injurias ⁽¹⁸⁾. Lo que no dice, sin embargo, la citada sentencia constitucional es qué haya de entender por animus iniuriandi; ni lo dice, ni quizás sea función suya el hacerlo.

(15) Vid. VIVES, *op. cit.*, p. 684.

(16) En efecto, el honor debe ceder en no pocas ocasiones ante las libertades de opinión y de expresión, pues éstas no están jaraquizadas a aquél; vid. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 89; BERDUGO, *Honor cit.*, p. 55. Vid., además, la insuficiencia constitucional del animus iniuriandi en las SSTC 51/1989, 20/1990.

(17) A diferencia del derecho alemán (art. 5 GG), el texto constitucional español consagra dos libertades: la de expresión y la de información: art. 20, incisos 1.a) y 1.d), respectivamente; cfr. art. 10 CEDH y la reciente STC 20/1990.

(18) Cfr. ahora, MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117.

4. La pregunta que queda formulada es la siguiente: qué es el *animus iniuriandi*, o, mejor dicho, cuál es su *función* en el delito de injurias. Como es lógico, la mera traducción de la locución latina nada nuevo añade a nuestro conocimiento. Lo que interesa es, pues, saber qué función cumple dicho ánimo en la teoría del delito y concretamente en la parcela de los elementos subjetivos del injusto.

La función que tradicionalmente se le ha asignado⁽¹⁹⁾ es la de constituir un plus añadido al dolo, al que debe en todo momento acompañar para que la conducta ofensiva pueda ser calificada de típicamente injuriosa. Sin embargo, si se acepta la definición convencional del dolo como querer y conocer los elementos del tipo⁽²⁰⁾, no se entiende cómo se puede querer y conocer los elementos del tipo de injuria (la expresión y su relevancia) y al mismo tiempo no querer (o consentir en) la ofensa del afectado por la acción. Se podría contraargumentar en el sentido de que, puede consentirse en dicha ofensa, o incluso buscarla desafortadamente, pero que puede concurrir otro elemento subjetivo del injusto que lo desplaza, así, el *animus criticandi*, por ejemplo.

Sin embargo, esta construcción peca de un excesivo psicologismo. Desde mi punto de vista, como he intentado demostrar en otro lugar⁽²¹⁾, el *animus iniuriandi* no es más que la coloración que el todo adquiere en el delito de injurias, al igual que el *necandi* en el homicidio o el *nocendi* en las lesiones. No se trata más que del, ahora prácticamente en desuso por la jurisprudencia, dolo específico, que no era en el fondo más que la concreción en el delito de autos de la estructura general y abstracta del dolo⁽²²⁾.

(19) Con lo que se conseguía impedir el castigo de las llamadas injurias imprudentes (vid. QUINTANO, *op. cit.*, p. 1.269; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117; críticamente RODRÍGUEZ DE VESA, *op. cit.*, p. 238); ello no ha impedido que en alguna ocasión (STS 16.6.1969) se produjera el castigo de tal modalidad típica. La imprudencia en las injurias está excluida por la configuración intencional del delito; es inimaginable que se injurie a alguien por negligencia (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 233); no parece suficiente basar la existencia del *animus iniuriandi*, en tanto que el elemento subjetivo del injusto diferente del dolo, en la palabra “en” (así, CÓRDOBA, *Notas cit.*, p. 373; el mismo, *Comentarios cit.*, p. 248 s.; MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 117); puede dicha preposición (con la locución en la que se inserta) ser interpretada desde otra perspectiva; así RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Derecho penal de E. MEZGER*², 1946, I. p. 337 s. Con todo, la jurisprudencia más reciente —supra n. 2— no considera el *animus iniuriandi* como un elemento subjetivo añadido al dolo.

(20) Vid. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 197; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español*, 1985, pp. 25, 39. Sin embargo, en esa definición convencional no cabe la del dolo eventual, modalidad de dolo que, como señala la doctrina alemana (supra n. 5) puede ser relevante en esta materia (vid. QUERALT, *op. cit.*, p. 232).

(21) Vid. el mismo, *loc. cit.*

(22) Vid. con toda claridad STS 17.11.1985.

5. El planteamiento aquí sustentado es coherente con una noción del bien jurídico honor que no sea una concepción fáctica y sí, en cambio, una normativa ⁽²³⁾. Esa normatividad es el juicio de valor que socialmente se tiene sobre una persona y es lo que le permite participar en la vida social ⁽²⁴⁾. Parece hoy claro, por encima de disputas terminológicas, que la autoestima (elemento meramente fáctico) no es el objeto de protección en los delitos contra el honor ⁽²⁵⁾; ni que la dignidad de la persona, constitucionalmente reconocida, agote por sí misma el campo de protección del honor ⁽²⁶⁾ y ello con independencia de la socialización en materia de reconocimiento honorífico, pues no pueden efectuarse diferencias estamentales entre las personas en virtud de diferentes atribuciones valorativas ⁽²⁷⁾. De una u otra forma el honor tiene un ámbito social irreducible y que constituye la condición de su protección jurídica, tanto penal como civil.

Desde esta perspectiva parece conveniente rechazar el animus iniuriandi como categoría diversa del dolo en el delito de injurias. En efecto, es difícilmente imaginable un ataque contra dicho bien en el que el autor no se represente la lesión del mismo. Lo que puede suceder, siempre calificando el dolo como animus iniuriandi, es que el animus criticandi u otro de índole similar sea el que integre, pero no acompañe, el llamado elemento subjetivo de justificación ⁽²⁸⁾, en cuanto conocimiento del autor de obrar al amparo de una causa de exclusión de la antijuridicidad ⁽²⁹⁾: la veracidad de la información o la necesidad o legitimidad de la expresión.

6. Vistas así las cosas, la solución estructural, que es la que interesa y compete a la teoría del delito, para el tipo de injurias y su justificación es la misma que la del tipo de homicidio y la legítima defensa o el tipo de detenciones ilegales y el ejercicio del cargo, por ejemplo. En los supuestos aludidos, poco importa para que se produzca la justificación de la muerte del agresor si el actuante ha obrado guiado sólo por el ánimo de hacer prevalecer el orden

(23) Cfr. ENGISCH, *Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff*, en *Lange-Festschrift*, 1976, pp. 402, 416 ss.; BERDUGO, *Revisión cit.*, pp. 3.068; OTTO, *op. cit.*, p. 103. LENCKNER, en SCHRÖNKE/SCHRÖDER *cit.* § 185 n.m. 1; QUERALT, *op. cit.*, p. 217. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar cit.*, introducción al § 185 n.m. 1; VIVES, *op. cit.*, p. 666 ss.

(24) Cfr. BERDUGO, *Revisión cit.*, pp. 313. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, p. 396; QUERALT, *op. cit.*, p. 217.

(25) Cfr. VIVES, *op. cit.*, p. 662.

(26) Cfr., en contra, el mismo, *op. cit.*, p. 667.

(27) Vid. GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, p. 384 ss.

(28) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 177, que mantiene también la posición del texto.

(29) Cfr. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 359.

jurídico ante su conculcación, por celos, por venganza o por miedo; poco importa que quien practique una detención, conociendo que existe causa legal para ello, se vea guiado por el resentimiento. Dado que, de ordinario, las motivaciones de los seres humanos son pluriformes, de no estimar conforme con el ordenamiento jurídico y, por lo mismo, como prevalente la que es típicamente cobertora del actuar cuestionado, no habría en la práctica posibilidad de proceder a justificar lesión alguna.

Desde esta perspectiva normativa del honor, que es la que parece casar con los arts. 18 y 20 CE, no resulta conforme la desembración del elemento subjetivo del delito tal como es habitual en nuestra doctrina. La presencia de otro ánimo lícito supone únicamente, no el desplazamiento de aquél, sino la conciencia del elemento subjetivo de justificación, que también se colora con la denominación que se le dé, pero sin integrar un nuevo elemento subjetivo de justificación.

7. Esta propuesta tiene como *consecuencia práctica* el que de no concurrir el elemento subjetivo de justificación pueda darse alguna de las tres posturas que la doctrina presenta ante ese hecho: que, como los finalistas ortodoxos, se considere que el delito está consumado, que se considere que estamos ante una tentativa, o que sea de aplicación la eximente incompleta, es decir, el artículo 9, 1ª CP en relación con el artículo 8, 11º CP ⁽³⁰⁾. Ya en otro lugar me he inclinado por aceptar esta última posición ⁽³¹⁾, siguiendo la propuesta de MIR ⁽³¹⁾. El que esta solución —o alguna de las otras dos rechazadas— tenga aplicación práctica es algo que dependerá de cómo se desarrolle el hecho concreto; el que, dada la espiritualidad del delito de injurias y de su causa de justificación, resulte poco pausable que, alguien quien tenga de su lado una causa de justificación, lo desconozca —no menos pausable que para otros supuestos—, no empece la corrección dogmática de la propuesta.

(30) Vid. MIR PUIG., *Derecho penal cit.*, p. 360; BACIGALUPO, *Principios cit.*, p. 87, propone la tentativa inidónea como solución.

(31) Cfr. QUERALT, *La obediencia debida. Análisis de una causa de justificación*, 1986, p. 444.

(32) Cfr. MIR, *Derecho penal cit.*, p. 360. A esta solución ha de llegarse en derecho español por la existencia del art. 9. 1ª CP, aunque, dogmáticamente, la construcción de la tentativa (inidónea) sea la correcta.

BIBLIOGRAFÍA

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*; (Madrid, 1989).
- CLAVERÍA, "Hacia una nueva concepción del matrimonio". *La Ley*, (1983).
- FUENTES LOJO, "La subrogación en el arrendamiento de vivienda de los unidos extramatrimoniales". *La Ley*, (1987).
- SERRANO MORENO, "Una propuesta para la tutela jurídica de la familia sin matrimonio I y II". *Actualidad civil* 28 y 29 (1987).
- FOSAR BENLLOCH, "Derecho de familia y política familiar europea en los años 1986 y 1987. Las Perspectivas de la familia y el Derecho de familia en la Europa del año 2000". *Actualidad civil* (1987).
- GARRIDO DE PALMA Y REGOJO OTERO, "La familia no matrimonial (Estudio sobre el concubinato)". *R.G.L.* (1986).
- HERRERA MOLINA Y SUÁREZ GONZÁLEZ, "La tributación de las unidades familiares por el IRPF y el delito fiscal; Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de marzo de 1989". *La Ley*, (1989).
- MERINO GUTIÉRREZ, "Las uniones libres y su perspectiva actual, las parejas no casadas". *La Ley*, (1989).
- LACRUZ BERDEJO Y SANCHO REBULLIDA, *Elementos del Derecho civil. Derecho de familia*. (Barcelona, 1984).
- FERRANDIS VILELLA, "Reflexiones sobre la reforma del Régimen de la filiación. En particular, la inserción del hijo no matrimonial en la familia del progenitor". *La Ley* 2 (1988).
- LLEDÓ YAGÜE, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 14 de noviembre de 1987". *BICNG* (1989).
- ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil Español*. (Madrid, 1986).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Influencia del Derecho público sobre el derecho de familia". *R.D.N.* (1986).
- DE LA OLIVA SANTOS, "La sentencia del Tribunal constitucional. Pleno 45/1989 (IRPF y declaración conjunta de los casados), una legislación retroactiva y, de nuevo el principio de igualdad en entredicho". *La Ley* 2 (1989).
- PALRO TABOADA, "La unidad familiar ante el Tribunal Constitucional, comentario de la Sentencia del Tribunal constitucional. 209/88 de 10 de noviembre de 1988". *La Ley* 1 (1989).
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, "Sobre la tributación de la familia. Comentario a la Sentencia del Tribunal constitucional 45/89 de 20 de febrero de 1989". *La Ley*, (1989).
- NOIR-MASNATA, *Los efectos patrimoniales del concubinato y su influencia en el deber del sostenimiento entre esposos separados* (Madrid, 1986).
- FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos I y III*, (Barcelona, 1989).
- GÓMEZ I SINDE, *Todo sobre el divorcio*. (Barcelona, 1983).
- MARTÍNEZ CALCERRADA Y OTROS, *Nueva pensión de viudedad*. (Madrid, 1986).
- ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*. (Madrid, 1987).
- ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho de Trabajo*. (Barcelona, 1982).
- MARINA MARTÍNEZ-PARDO, *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*. (Madrid, 1983).

DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*. (Madrid, 1984).

FAIRÉN GUILLÉN. “¿Donación con causa torpe o subrogación fiduciaria?” *R.N.D.* (1985).

DESDENTADO Y TEJERINA, *Comentario a las reformas del Derecho de familia II, La Ley 30/81: Disposiciones transitorias, adicionales, final y derogatoria*. (Madrid, 1984).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 209/88 de 10 de noviembre*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 45/89 de 20 de febrero*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia n.º 260/88 de 22 de diciembre*.

TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia (sala 3ª) de 3 de febrero de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 27 de marzo de 1989*.

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, *Sentencia de 23 de junio de 1986*.

AUDIENCIA TERRITORIAL DE BARCELONA, *Sentencia de 16 de mayo de 1989*.

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO, (sala 4ª), *Sentencia de 19 de abril de 1989*.