

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *Honor y libertad de expresión*, Madrid, Tecnos, 1987, 127 pp.

El joven profesor de la Universidad de Salamanca, donde actualmente es además vicerrector de Planeación Académica, compuso en el *Kriminwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia este trabajo, que le valió la ilustre cátedra salmantina.

El conflicto entre honor y libertad de expresión ha sido visto tradicionalmente por la jurisprudencia y doctrina españolas como un antagonismo entre el ánimo de injuriar y el ánimo de informar o criticar. La democracia ha venido a reconocer categoría y contenido supraindividuales, por así decirlo, a la libertad de expresión, y, por su parte, la ley de 5 de mayo de 1982 ha reducido considerablemente la tutela del honor. Berdugo se propone, pues, la búsqueda de nuevos caminos para dar solución al expresado conflicto.

El libro lleva por subtítulo: *Las causas de justificación en los delitos contra el honor*. El examen que Berdugo hace de las justificantes lo conduce muy pronto a detenerse primordialmente en el estado de necesidad, en el cumplimiento de un deber y en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. En el primero, el carácter inevitable de la lesión de uno de los dos bienes en conflicto hace que el derecho "tolere" la lesión de uno de ellos y que el ordenamiento jurídico introduzca como criterio determinante de su opción la estricta ponderación de dicho conflicto y se decida, en función de ella, en favor del bien más valioso. En el cumplimiento de un deber la lesión no se "tolera" sino que se "impone" porque es útil, y en el ejercicio de un derecho, por la misma razón, sólo se "autoriza". El reconocimiento de que una conducta que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos implica cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo, supone que el conflicto ya está decidido con carácter previo al derecho penal y que, por tanto, éste no es susceptible de aplicación. Sólo subsidiariamente se acude al estado de necesidad cuando no puede reconocerse ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber en un conflicto de expectativas opuestas y excluyentes, procedentes de dos bienes jurídicos. El estado de necesidad representa una norma de conflicto de carácter estrictamente penal, cuyo ámbito de eventual aplicación en los delitos contra el honor se ve reducido a los ataques más insignificantes a ese bien jurídico, en los que sólo concurra un fundamento individual para la eventual reacción del agredido.

Más de la mitad de la obra se consagra, pues, al ejercicio legítimo de un derecho frente al conflicto entre honor y libertad de expresión. Puesto que la Constitución española señala que tal libertad, en sus diferentes manifestaciones, tiene su límite "en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia", emprende el autor el estudio de esos derechos, estudio de que, por cierto, no podemos dar aquí cuenta detallada. El honor, según Berdugo, "está constituido por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, que emanan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad". Estas relaciones de reconocimiento deben derivarse de la verdadera participación del individuo en el sistema social. La intimidad, por su parte, no es definida, por lo mudable de su contenido, por su carácter inmaterial y por su permanente dependencia de la evolución social. Cabe al respecto contentarse con subrayar la necesidad, por un lado, de que exista un ámbito de independencia de la persona frente a los demás y, por otro, como fruto de la propia evolución de este derecho, a que se dé al individuo un derecho activo de control sobre las informaciones que lo afecten. Honor e intimidad son derechos próximos, pero no coincidentes. El honor está en contacto directo con la participación del individuo en la comunidad; en la intimidad, por el contrario, lo que se pretende es, en último término, garantizar un ámbito de no intervención activa en la vida social, bien a través de asegurar la falta de información, bien mediante el control sobre ésta. La libertad de expresión, en fin, que comienza siendo una libertad frente al Estado, incorpora hoy un segundo componente que claramente la vincula en España al carácter democrático del Estado. No toma ya como punto de partida el individuo sino la sociedad organizada en un Estado democrático, donde la opinión pública entendida como la suma de puntos de vista que existen y se exteriorizan sobre cualquier tema, desempeña un papel fundamental, constituye la garantía material de su carácter democrático y posibilita la evolución y desarrollo plural del sistema social. La opinión pública debe formarse a partir de una información libre y plural, que refleje la totalidad de los diversos puntos de vista y las valoraciones existentes en una comunidad.

Así elaborados y enunciados estos conceptos sobre esos derechos que la Constitución española tiene por fundamentales, muestra Berdugo que no se da en ella la implicación *a priori* de unos sobre otros, y que cabe

descartar una subordinación de la libertad de expresión al honor, la intimidad y demás. La solución concreta al posible conflicto entre ellos dependerá en cada caso de la función que desarrollen y deberá decidirse teniendo en cuenta los principios constitucionales. Deberá considerarse el papel de la libertad de expresión en una sociedad democrática, papel que en abstracto la torna preponderante sobre los bienes de la personalidad. Honor, intimidad, derecho a la propia imagen son bienes individuales, al paso que la libertad de expresión se proyecta hacia todo el sistema y hacia derechos distintos de ella misma.

Así interpretado el correspondiente precepto constitucional, el autor estudia enseguida las vías que franquea la legislación penal para resolver el conflicto y determina los criterios concretos que permiten su solución.

Tras mostrar que los códigos penales europeos, por la fecha de su elaboración, no podían en esta materia tomar por base el contenido y desarrollo moderno de los derechos en conflicto, señala el autor que la contraposición entre libertad de expresión y honor se contemplaba en esos códigos desde perspectivas de política criminal hoy superadas del todo. En los países de Europa continental de habla alemana (Alemania, Austria antes de 1975 y también Suiza) sobre el honor prevalecía la verdad y la consiguiente amplitud del ámbito de su prueba, mientras en los países latinos se veía grandemente restringida la *exceptio veritatis* (códigos italiano y español vigentes). Hoy se da la tendencia a una interpretación conducente al reconocimiento de la conformidad a derecho del ejercicio de la libertad de expresión.

En el Código español los dos caminos posibles son: a) la utilización del *animus iniuriandi* como componente del tipo que satisface las exigencias de la libertad de expresión, y b) el recurso a la justificante genérica del ejercicio legítimo de un derecho. Interesa destacar que en este punto despliega convincentemente el profesor salmantino los presupuestos metodológicos que con tanto rigor y solidez ha presentado en la primera parte de la obra. Estos presupuestos metodológicos se desenvuelven en una ilación que conduce de una teoría sobre el tipo de injusto a la aceptación de los elementos negativos del tipo y de la teoría de la culpabilidad restringida.

El derecho penal en cuanto instrumento de control social —piensa Berdugo— determina el contenido del tipo de injusto, que asume por ello carácter preventivo general y una consiguiente función de motivación. Es esta función motivadora, y no la estructura ontológica de la acción, la que sitúa el dolo y la culpa en el tipo. Tanto por razones

de lógica jurídica como de política criminal, no puede un comportamiento estar a la vez prohibido y permitido, de donde un derecho penal preventivo debe seguir la teoría de los elementos negativos del tipo y de la teoría de la culpabilidad restringida.

El derecho penal en cuanto instrumento de control social —piensa Berdugo— determina el contenido del tipo de injusto, que asume por ello carácter preventivo general y una consiguiente función de motivación. Es esta función motivadora, y no la estructura ontológica de la acción, la que sitúa el dolo y la culpa en el tipo. Tanto por razones de lógica jurídica como de política criminal, no puede un comportamiento estar a la vez prohibido y permitido, de donde un derecho penal preventivo debe seguir la teoría de los elementos negativos del tipo. Contra esta última teoría no cabe objetar la supresión de una diferencia valorativa entre el comportamiento jurídico penalmente irrelevante y el comportamiento permitido, pues la identidad jurídico-penal de ambos expresa en comportamientos que la ley —para usar una expresión acuñada por Gimbernat Ordeig— “no quiere evitar”. Este razonamiento, expuesto aquí en apretadísima síntesis y en forma incompleta, cobra espléndida aplicación, decíamos, a la hora de enfrentar la alternativa de resolver en la ley española el conflicto entre honor y libertad de expresión a través del pensamiento del *animus iniuriandi* o de la justificante genérica del ejercicio legítimo de un derecho.

Quienes niegan la teoría de los elementos negativos del tipo y reconocen en el delito de injurias un *animus iniuriandi* comprobarán previamente la presencia de este último en el caso concreto (tipicidad) y luego la concurrencia o no de una causa de justificación (antijuridicidad). Es la posición de la doctrina española mayoritaria y del Tribunal Supremo. En cambio, los que —Como Berdugo— defienden la teoría de los elementos negativos del tipo, buscan en este último la solución del conflicto, “pues la tipicidad sólo podrá afirmarse tras haber analizado la no concurrencia de los elementos negativos, en este caso del ejercicio legítimo de un derecho. Es decir, la concurrencia o no del ánimo de injuriar, y la presencia o no de la causa de justificación, deben ser estudiadas en un mismo escalón, el del tipo del injusto”.

Dicho esto, se dedica el autor a responder el interrogante de cuáles son los requisitos concretos que deben concurrir en la libertad de expresión para que pueda afirmarse el carácter legítimo de su ejercicio. Esto supone la existencia de un conflicto entre honor (y eventualmente intimidad) y libertad de expresión, que se dará cuando la afirmación sea objetivamente falsa (aunque no lo sea subjetivamente), indemostrable

o constituya una opinión o juicio de valor; o bien supone la existencia de un conflicto entre libertad de expresión e intimidad, también, si la afirmación es cierta y tiene por objeto hechos que afecten a la vida privada del individuo.

Berdugo analiza primero los casos en que el ejercicio de la libertad de expresión podría llegar a constituir el instrumento para afirmar la validez de otros derechos. Se examinan allí los casos en que en la ley española procede la *exceptio veritatis* (en general, delitos de calumnia e injurias), y los que tradicionalmente se incluyen en la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho (*deber de declarar como testigo, y de emitir informes los funcionarios públicos, y ejercicio de oficio, en la práctica de la abogacía*). Estudia luego: 1) las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley o aquellas en que predomine un interés histórico, científico o culturalmente relevante (artículo 8º de la ley de 5 de mayo de 1982); 2) el debate político (actividad parlamentaria, lucha electoral, crítica política), y 3) la libertad de información en general. Dignas de nota son las excursiones en esta última parte del trabajo a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional Federal de Alemania occidental. Por supuesto, la jurisprudencia española sobre la libertad de información y el honor es cuidadosamente examinada.

Al tomar posición frente al conflicto entre honor (o intimidad) y libertad de expresión, en que estriba la obra que reseñamos, el autor tiene por punto de arranque la interpretación que ha hecho del artículo 20.4 de la Constitución española, el cual subraya, para los casos en que la libertad de expresión contribuya a la formación de la opinión pública, la garantía debida al núcleo de los derechos de la personalidad, y que viene así a consagrar lo que Berdugo llama principio de proporcionalidad.

Una vez afirmada la existencia del conflicto, lo que no es tarea fácil, debe analizarse si en el caso que se examina ocupa la libertad de expresión una posición preferente y si ha respetado o no las exigencias del principio de proporcionalidad impuestas por el citado artículo de la Constitución. Puede la libertad de expresión ocupar una posición preferente no por sí, sino por el bien jurídico que a través de ella logra plena vigencia, como en los supuestos de *exceptio veritatis* y parcialmente en algunos de los llevados a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho. En ambos la conformidad a derecho del comportamiento del que imputa está condicionada a la verdad objetiva de la imputación.

Fuera de estos casos, la función preferente de libertad de expresión reposa en lo que contribuye a formar la opinión pública, tanto a través de la información como a través del ejercicio de la crítica. En sentido amplio debe entenderse que la opinión pública puede estar interesada en el contenido de todo comportamiento que implique una participación social. Aquí, el pluralismo se refleja en garantizar la exteriorización de la opinión minoritaria. Y no cabe exigir un ánimo especial en el sujeto para afirmar el ejercicio de la libertad de expresión.

La postura asumida por Berdugo ante el conflicto lo lleva finalmente a señalar sus consecuencias dogmáticas, que sólo cabría reseñar, en aras de la precisión, reproduciéndolas *in extenso*, lo que en los límites de una reseña no es materialmente posible. Destaquemos, para terminar, la excelencia de este trabajo en punto a rigor sistemático, modernidad de enfoque, profundidad de análisis, sensibilidad política, vocación democrática, imaginación jurídica, precisión dogmática y riqueza de información.

Álvaro BUNSTER

BIDART CAMPOS, Germán J., *La Corte Suprema. El Tribunal de las Garantías Constitucionales*, reimp. de la 2a. ed., Buenos Aires, Ediar, 1987, 230 pp.

Con sincera modestia el doctor Bidart Campos expresa en la introducción de este libro que amplía su ya numerosa bibliografía jurídica, que su propósito es sólo descriptivo e informativo, pero la realidad es que nos presenta interesantes estudios sobre diversas cuestiones jurisprudenciales, que amplían en forma significativa, trascendentes resoluciones del tribunal supremo de su país. Insiste, más adelante, en decirnos que sólo hace un señalamiento que permite entender lo que es la Corte Suprema de Argentina en el sector constitucional de la libertad y los derechos personales; sin embargo, realiza un profundo análisis de las cuestiones que plantea, por cuyo motivo no podremos sino intentar un examen muy general y aproximado de las de mayor interés, que induzca a la lectura completa de la obra. Ésta comprende veinticinco capítulos respecto de los cuales presentamos una selección; un poco de carácter comparativo con nuestro más alto tribunal de la República, que permita al lector tener una idea del estado que guarda el