

El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos

LORENZO MORILLAS CUEVA

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Penal
en la Universidad de Granada

SUMARIO: I) La libertad de expresión.—II) Sus límites.—III) Límites penales.—IV) El delito de desacato: A) El elemento subjetivo. B) La "exceptio veritatis".—V) Conclusiones.

I. El artículo 20 de la Constitución española reconoce y protege en su número primero, letra a), el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Junto a esta clásica formulación del derecho a expresarse libremente, el texto constitucional proclama en la letra d) el derecho a la información veraz (1). Ambos están completados en el mismo número y artículo con los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y a la libertad de cátedra (letras b y c).

La libertad de expresión que podemos definir con De Esteban y López Guerra como «el derecho a recibir información objetiva y veraz, a expresar libremente las propias ideas y opiniones y a tener acceso para ello, individualmente o como grupo, a los medios que posibilitan la efectiva difusión de tales ideas y opiniones» (2) se manifiesta, a juicio de Duchacek, como condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho de voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de intereses (3). La capital importancia de las libertades públicas y en especial de la que escribimos hace que su efectiva presencia sea absolutamente imprescindible en un auténtico estado social y democrático.

(1) La conjunción en su vertiente activa del derecho de información y de la libertad de expresión es, según Terrón Montero, una importante novedad de nuestra Constitución con respecto a otras europeas. Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión y Constitución*, "Documentación Administrativa", núm. 187, Madrid 1980, pág. 217.

(2) ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, 1, Barcelona 1980, pág. 165.

(3) DUCHACEK, I., *Derechos y libertades en el mundo actual*, Madrid 1976, pág. 289.

co de Derecho, tal como define España el artículo uno de la Constitución.

No obstante, aunque la valoración de un texto constitucional depende en gran medida de la extensión de los derechos y libertades que reconoce a sus ciudadanos (4), la simple proclamación formal no es indicativa del real reconocimiento práctico de esos derechos, pues difícilmente se puede pensar en un desarrollo total de las libertades y sí en una evaluación gradual. Es obvio en el caso de la libertad de expresión su menor expansión en los países donde el Estado interviene y controla los órganos de información que en aquellos en los que es un mero concurrente. Pero incluso en éstos se ve mediatizada por la presencia de grupos de presión. Lo cierto es, en definitiva, como dice Gómez-Reino y Carnota, que el grado de mayor o menor libertad de los individuos depende primordialmente de la interpretación y la aplicación que de los preceptos constitucionales hagan progresivamente los distintos poderes públicos (5).

Una prueba evidente de esta última afirmación puede ser encontrada en el Derecho Constitucional comparado y en la historia constitucional española.

En Derecho comparado el principio de libertad de expresión está ampulosamente declarado en prácticamente todas las Constituciones tanto de países que responden al modelo occidental de estado de Derecho (6), como de los que soportan un fuerte intervencionismo estatal. A título de simple ejemplo conviene citar algunos. La Ley Fundamental para la República Federal Alemana (Ley Fundamental de Bonn), que define en el artículo 20 a la República como un Estado Federal democrático y social en el artículo 5.º, número 1.º, proclama: «Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantiza la libertad de prensa y la libertad de información a través de la radiofonía y del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura». La Constitución de Albania en el artículo 2.º confirma a la República Socialista Popular de Albania como un «Estado de dictadura del proletariado, que expresa y defiende los intereses de todos los trabajadores» y en el 52 reconoce que «los ciudadanos gozarán de libertad de expresión, prensa, organización, asociación, reunión y manifestación pública». Por su parte en el artículo 50 de la Constitución de la URSS se puede leer: «De conformidad con los intereses del pueblo y a fin de fortalecer y desarrollar el régimen socialista, se garantiza a los ciudadanos de la URSS la libertad de palabra, de prensa, de

(4) Vid., en este sentido, GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., *Las libertades públicas en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid 1978, pág. 31.

(5) *Ibid.*

(6) Sobre el contenido y problemática del Estado de Derecho, vid., por todos, BARATTA, A., *El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*. Sistema núms. 17 y 18, abril 1977, págs. 11 y 12.

reunión, de mitin y de desfiles y manifestaciones en la vía pública».

En el Derecho constitucional español sucede algo parecido. Desde la Constitución de Cádiz (7) a la de 1876 (8) e incluso al Fuero de los Españoles (9) el reconocimiento de la libertad de expresión es un hecho programático y en pocas ocasiones una realidad concreta.

Es comprensible, por tanto, que para poder hablarse de un régimen de libertad no baste con el reconocimiento formal de meros postulados, sino que es absolutamente necesario el establecer los presupuestos democráticos y las garantías precisas para ello. En esta idea, Gómez-Reino y Carnota nos recuerdan, en alusión al pasado español más inmediato, cómo la libertad de expresión a pesar de su mención en el Fuero de los Españoles fue «amordazada y dio paso al control total por el Estado de los medios de comunicación social y al adoctrinamiento de los ciudadanos».

Incluso, añadimos nosotros, cuando durante este tiempo se quiso proteger penalmente dicha libertad, ello se hizo de modo ficticio y engañoso. Pues si bien el artículo 193, en la actualidad vigente, pudo ser la garantía para que el ciudadano se expresase libremente, la remisión que contiene a «fuera de los casos permitidos por las leyes» sirvió a la administración para, a través de la técnica de las leyes penales en blanco, mantener impunemente la censura previa primero y después, con la aprobación de la Ley de Prensa e Imprenta, la posibilidad de ordenar, con carácter previo a las medidas judiciales, el secuestro a disposición de la autoridad judicial del impreso o publicación, así como sus moldes para evitar su difusión «cuando (...) pudiera ser constitutivo de delito». Todo esto produjo, como gráficamente escribe Muñoz Conde, los más «execrables abusos» contra los derechos ciudadanos y convirtió en la práctica en letra muerta y en una burla del derecho de expresión al artículo 12 del Fuero de los Españoles (11).

(7) Artículo 371 de la Constitución de 1812: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y la responsabilidad que establezcan las leyes".

(8) Artículo 13 de la Constitución de 1876: "Todo español tiene derecho: De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa (...)".

(9) Artículo 12 del Fuero de los Españoles: "Todo español podrá exponer libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado". Las Constituciones no citadas en estos ejemplos también, lógicamente, proclamaban este principio. Así, Constitución de 1837 (art. 2.º), Constitución de 1845 (art. 2.º), Constitución de 1869 (art. 17) y Constitución de 1931 (art. 34).

(10) GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., *Las libertades...*, cit., pág. 32.

(11) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. P. E.*, 2.ª reimp., Sevilla

En definitiva, la contemplación de cualquier derecho o libertad ha de hacerse no sólo desde el punto de vista exclusivamente constitucional, sino también desde el de las garantías y límites que a su ejercicio imponen las propias leyes.

Desde la primera perspectiva el horizonte para la libertad de expresión se va aclarando paulatinamente con el cambio político iniciado en España a partir de 1975. La realidad del propio artículo 20 de la Constitución que en su número 2 impide que el ejercicio de este derecho pueda verse restringido por algún tipo de censura previa, además de las normas promulgadas antes del texto constitucional con objeto de vaciar de contenido el sistema anterior (12), suponen un indudable progreso. De todas maneras, como apunta Terrón Montero, bastantes son los aspectos que están aún pendientes de las transformaciones necesarias para adecuar nuestra legislación protectora del derecho a la libertad de expresión al nuevo espíritu constitucional (13).

II. Si importante es, como hemos visto, la proclamación de las libertades y derechos fundamentales en los textos constitucionales y la paralela garantía de su real ejercicio en leyes concretas igualmente primordial e inherente a lo anterior es la fijación de los límites a los que en verdad obliga la convivencia pacífica de los derechos entre sí y de éstos con el complejo mecanismo estatal. Desde este ángulo, también la intensidad de los límites permite averiguar el grado de reconocimiento de hecho y de observancia práctica que a las libertades les tributa el Estado. En la actualidad, como dice Loewenstein, «no sólo los regímenes autocráticos niegan el reconocimiento a las libertades individuales, con el argumento de que tales ámbitos inaccesibles a los detentadores del poder serían incompatibles con el ejercicio concentrado del poder, sino también en el Estado democrático constitucional se han producido serios conflictos entre el impulso del hombre a

1978, págs. 558-559. En parecido sentido vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid 1975, págs. 60 y ss.

(12) Terrón Montero cita el Real Decreto-Ley 1.º de abril de 1977, que entre otros puntos contiene: a) el sometimiento de la libertad de expresión y el derecho a la difusión de las informaciones a las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico con carácter general; b) la derogación del artículo 2.º de la Ley de Prensa e Imprenta; c) la supresión de las facultades de suspensión atribuidas a la Administración por el artículo 64 de la Ley de Prensa e Imprenta. Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión...*, cit., pág. 218. Sobre la incidencia de este Real Decreto y de la Ley 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en el Derecho penal vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español*, P. E., 8.ª ed., Madrid 1980, págs. 770-771.

(13) Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión...*, cit., página 219. Para Rodríguez Devesa, por ejemplo, existe una flagrante contradicción entre el Código penal y la LOP, de una parte, y la Constitución de 1978, art. 55, 1, de otra. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., P. E., pág. 770.

desarrollar libremente su personalidad y las necesidades de una existencia colectiva. El conflicto entre la libertad individual y la seguridad estatal se ha acentuado considerablemente en nuestro tiempo» (14).

Ni la libertad de expresión ni ninguna otra libertad pueden ser concebidas desde el momento en que se desarrollan en un plano colectivo con carácter absoluto (15). Su ejercicio tiene que ajustarse no sólo a las normas como expresión formal del ordenamiento, sino también a los valores y postulados que lo integran materialmente (16). Debe, en suma, coexistir con los demás principios y derechos. Esto origina, pues, un conjunto de limitaciones a las libertades fundamentales que unas veces son esbozadas de modo intrínseco, como el fraude a la ley o el abuso del derecho, sin que sea necesaria su alusión expresa en la Constitución y otras con carácter extrínseco concretadas en ella (17). En este último sentido el número 4 del artículo 20 de la Constitución previene que «estas libertades tienen 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».

Ahora bien, el imprescindible reconocimiento de semejantes limitaciones no puede llevar a una subrepticia interpretación que introduzca una vía idónea para descargar de contenido el ejercicio de los derechos. Así lo entiende la Constitución al señalar en el artículo 53-1 que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1.a)». Se trata, en afortunada frase de De Esteban y López Guerra de «un límite a la imposición de límites o condiciones en el ejercicio de los derechos fundamentales», que veta al legislador y aun al legislador orgánico la posibilidad de vaciar los derechos y libertades recogidos en el texto constitucional (18).

Es constatable, sin embargo, que no son pocas las naciones donde bajo la fácil y cínica excusa de supuestas lesiones a los intereses del Estado se estrangula en su inicio el desarrollo de las libertades y en especial de la libertad de expresión. Límites tan

(14) LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona 1964, págs. 395-396.

(15) Vid., en este sentido, PECES-BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Madrid 1980, págs. 110 y ss.

(16) Vid. ESTEBAN J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 132.

(17) Vid., PECES-BARBA, G., *Derechos...*, cit., pág. 111. ESTEBAN, J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 132.

(18) ESTEBAN, J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 133.

complejos y ambiguos como moral, frecuentemente utilizada sinónima de la tradición de unos pocos para frenar el progreso (19), como orden público (20) o como principios fundamentales del Estado, cuando la organización general del país no es democrática, sirven de coartada a los regímenes autoritarios. El Derecho penal no es ajeno a estos abusos en los límites a las mínimas garantías del individuo, pues, al ser utilizado con una función totalmente contraria a la que en la actualidad requiere su presencia, se transforma en punta de lanza de gobiernos que convierten la pena en un instrumento de dominación política para asegurar su propia permanencia (21). Recuérdese el artículo 165 bis b) introducido en el Código penal español por la reforma de 1967, que supuso una transcripción casi literal del artículo 2.º de la Ley de Prensa y que, consecuentemente, con ella fue derogado por el citado R. D.-Ley de 1 de abril de 1977. Decía: «Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres; contrarias a las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior, o que ataquen a los Principios del Movimiento Nacional o a las Leyes Fundamentales, falten al respeto debido a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política o administrativa, o atenten contra la independencia de los Tribunales».

En definitiva, el problema no radica en la aceptación o no de determinados límites a los derechos y libertades, lo que es un hecho constatable de difícil oposición, sino en esclarecer con exactitud el sentido y la dirección de esas limitaciones para impedir que a través de ellas lo que formalmente se presenta como garantía del Estado democrático desvirtúe en la práctica en el

(19) Incluso, como dice Peces-Barba, en una sociedad pluralista y por consiguiente diferenciada, y en la que coexisten diferentes ideologías y corrientes doctrinales, la determinación de este límite puede ser especialmente compleja. PECES-BARBA, G., *Derecho...*, cit., pág. 115.

(20) Peces-Barba exige para afirmar que el límite del orden público no se exceda en la regulación de las libertades públicas, haciéndolas ilusorias: a) Que el país de que se trate tenga una organización democrática. b) Que los límites de los derechos fundamentales por motivos de orden público sean definidos por Ley. c) Que la competencia de las autoridades administrativas, y especialmente de las autoridades encargadas de la seguridad y de la policía estén, en este campo, acotada y limitada por las leyes. d) Que, en todo caso, la limitación de un derecho fundamental por razones de orden público sea necesaria, eficaz y razonable o proporcionada al desorden que se pretende evitar. PECES-BARBA, G., *Derecho...*, cit., pág. 117.

(21) Sobre la utilización del Derecho penal por los regímenes totalitarios. vid. MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal e ideología*, en *Derecho y Economía en la Sociedad española actual*, Granada 1978, págs. 57 y ss.

sostén de la sociedad autoritaria. En este sentido nuestra Constitución parece estar alerta y seguir una línea progresista de no fijación de límites abstractos de carácter general y sí, por el contrario y en todo caso, de límites específicos para determinados derechos, entre los que se encuentra el de libertad de expresión. Ello no quiere decir, como expone Gálvez, que los derechos proclamados por el artículo 20 de la Constitución sean de inferior jerarquía o estén debilitados por los restantes derechos constitucionales, lo único que sucede es que el número 4 del citado artículo fija en este orden de ideas una formulación particularizada del principio constitucional que viene a proclamar la necesidad de respetar el contenido de los restantes derechos en el ejercicio de uno determinado (22).

III. Bosquejado en los epígrafes anteriores el contenido y los límites del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 de la Constitución es preciso en orden a la brevedad y a la exacta adecuación sistemática, recortar al máximo el objeto de este trabajo. Con semejante servidumbre excluimos ya cualquier comentario a límites de signo no penal.

En el ámbito punitivo, el número 4 del artículo 20 y el resto de las limitaciones que con carácter intrínseco se desprenden del texto constitucional, se bifurcan y justifican en dos órdenes de intereses: el público general y el particular (23). Este último se proyecta, entre otros, en los delitos contra el honor, calumnia e injuria, del título X, libro 2.º, artículos 453 a 461, y en el descu-

(22) Vid. GARRIDO FALLA, F., GÁLVEZ, J., y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág. 260.

(23) Nos acercamos al problema específicamente penal, como el lector puede comprobar sólo desde la perspectiva negativa, es decir, desde los límites punitivos al ejercicio del derecho a la libre expresión. En el aspecto positivo, desaparecido el comentado artículo 165 bis b) junto con el bis a), la presencia en nuestro texto penal de los artículos 165 y 193 no hace sino proteger el desarrollo efectivo del principio constitucional. El primero redactado conforme a la Ley Orgánica 4/1980, de 21 mayo, castiga con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas a "los que impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa". El segundo, al que ya nos hemos referido, castiga con inhabilitación absoluta a "la autoridad gubernativa que, fuera de los casos permitidos por las leyes, estableciere la censura previa de imprenta, recogiere ediciones de libros o periódicos o suspendiere su publicación". La vigencia y efectividad de este artículo es ahora mayor dado el cambio producido en las disposiciones a las que como norma penal en blanco se remite. Por último, sólo queda el artículo 165 bis de carácter exclusivamente técnico que sanciona con la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas a "los autores, directivos, editores o impresores, en los casos que proceda por la forma de su participación, de impresos que se reputen clandestinos, entendiéndose por tales los que no lleven pie de imprenta o nombre y domicilio del autor". Permanece, pues, en este aspecto la libertad de expresión amparada y defendida de este modo directa e indirectamente por la garantía que supone en el plano penal la supresión de todo delito específico de opinión, quedando sometida exclusivamente a los límites que con carácter general tipifica el Código.

brimiento y revelación de secretos del capítulo VII, título XII del mismo libro, artículo 497 a 499, sin olvidar la falta del artículo 566, especialmente en su número 2.º.

El primero de los órdenes indicados es de concreción más compleja especialmente porque algunos de los tipos en él contenidos están a caballo entre lo público y el interés individual. De cualquier forma, podemos incluir como condicionantes de la libertad de expresión, entre otros, la apología del delito que con carácter general se castiga como falta en el artículo 566-4.º, completada por la provocación a través de los medios de difusión a la desobediencia de las leyes o de las autoridades constituidas, introducida por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, y la apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en el título II del libro 2.º, o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, que con alcance más reducido introdujo asimismo la citada Ley Orgánica de 21 de mayo en el artículo 268, los delitos de prevaricación de abogados y procuradores en su modalidad de descubrimiento de secretos de sus clientes, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión del artículo 360, la violación de secretos cometidos por funcionarios públicos de los artículos 367 y 368, las injurias contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra las Cortes Generales y contra los Ministros, artículos 146-1.º, 147, 148, 156, 157-2.º y 3.º, 158, 161-1.º y 162, la falta del artículo 566-3.º sobre publicación maliciosa de noticias faltas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público o daño a los intereses o al crédito del Estado y las de los números 5.º y 6.º del mismo artículo, e incluso el controvertido delito de escándalo público de los artículos 431 y 432 (24).

Particular mención hemos de hacer a la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código penal y el de Justicia Militar. Esta ley elaborada en momentos muy difíciles para la convivencia democrática española arbitra medidas penales «contra quienes mediante el desprecio del orden constitucional establecido por las Cortes, y ratificado en virtud de referéndum por el pueblo español, ponen en peligro la convivencia pacífica e institucional de un Estado de Derecho».

(24) El delito de escándalo público a pesar de estar tipificado dentro del título IX del libro 2.º referente a los delitos contra la honestidad, y al margen de la manifiesta ambigüedad de sus postulados con nociones tan indeterminadas como "pudor" y "buenas costumbres" o "hechos de grave escándalo o trascendencia", sanciona ataques a la comunidad, ya que es opinión dominante en nuestra doctrina que el bien jurídico protegido es colectivo, ya sea la moral colectiva, la honestidad pública, el pudor o las buenas costumbres. Vid., en este sentido: MARTÍNEZ-PÉREA, J. M., *El delito de escándalo público*. Madrid, 1970, pág. 14. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal cit.*, págs. 341-342. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal... cit.*, pág. 195.

Con este sustento la Ley hace especial énfasis en las posibles actuaciones que se puedan producir a través de los medios de comunicación de masas «en cuanto que se constituyan en instrumentos de provocación a la subversión violenta del sistema democrático vigente». Así, castiga expresamente en el número 1.º de un nuevo artículo 216 bis a), que incorpora al Código penal, la conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos (25). El párrafo 2.º sanciona con la misma pena al reo de apología de los delitos a los que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la de terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (26). Uno de los puntos más controvertidos de la Ley se encuentra en el número 2 de este precepto que establece: «Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por los delitos comprendidos en este artículo, el juez, a petición de aquél, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito. A los solos efectos de este número y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48, se entenderán en todo caso instrumentos del delito, las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubiesen realizado las actividades tipificadas en el número 1 de este artículo, y aquellas que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el juez oído el Ministerio Fiscal y a la vista de las alegaciones de las partes, las ratificará o dejará sin efecto, en todo o en parte, por medio de auto. Contra este auto podrá interponerse directamente recurso de apelación, a un sólo efecto, que será resuelto por la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el plazo de cuatro días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión». Esto que para algunos es un grave ataque al principio de libertad de expresión dirigido a determinados medios de comunicación, para otros es una vía útil para la defensa y la garantía del orden constitucional.

(25) Obsérvese que la cuantía de la pena es más rígida que la establecida con carácter general para la conspiración, proposición o provocación para delinquir a las que el artículo 51 del Código penal ofrece la posibilidad de bajar uno o dos grados de la pena señalada por la ley para el delito consumado.

(26) También en esta figura la pena se reduce exclusivamente un grado a diferencia del delito de apología contenido en el artículo 268 que admite la discrecionalidad de bajar uno o dos. Sobre la apología en el Derecho penal vid.; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, en *Estudios Penales y Criminológicos IV*. Santiago de Compostela, 1981, páginas 283 y ss.

Sin entrar en estas líneas en la controversia, más ideológica que técnica, lo cierto es que la presencia en la Ley, al margen de la reiteración sancionatoria para determinadas conductas perfectamente anulables con las normas antes vigentes, de las medidas cautelares indicadas supone un grave quebranto a la libertad de expresión que puede llegar a la frontera de lo permitido en un régimen de convivencia de libertades si la norma no es interpretada con un inequívoco espíritu democrático (27).

Hemos dejado para el final el límite penal a la libertad de expresión que va a configurar el resto de este trabajo: el delito de desacato en sus modalidades de calumnia, injuria o insultos a los ministros, autoridades, etc.

La importancia de esta figura delictiva con respecto al artículo 20 de la Constitución es indudable. De la libertad de expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones nace consecuentemente el derecho a la crítica política y administrativa, entendida como derecho a ejercer por los ciudadanos una función fiscalizadora de la obra de los órganos de gobierno. Se presenta así una doble vertiente, como componente del derecho a la información y como opción individual de la persona en un estado democrático, absolutamente necesaria para la auténtica participación política. Como dice Martínez Albertos «cuando se defiende la libertad de crítica de los ciudadanos se está defendiendo uno de los últimos instrumentos de liberación y de autonomía que todavía sobreviven en la sociedad (...)» (28). No obstante, la plácida formulación teórica de la libertad de expresión y crítica deja de ser pacífica cuando se trata de adentrarnos en su contenido y finalidad. Esclarecedoras son las citas que recoge Desantes Guanter para situar los extremos de su comprensión, que van desde considerarla como la única misión de la prensa, caso de Per Momsen, hasta el cínico razonamiento de Goebbels: «A pesar de todo, podemos afirmar que nuestro gobierno está de acuerdo con las leyes de una democracia "enoblecida". Fuimos los campeones de la crítica y hoy podemos enfrentar la crítica dentro de la legalidad. Pero con una diferencia: el derecho a la crítica si tiene algún significado y no constituye tan sólo una insensatez democrática, puede ser concebido para bien del pueblo —que ha de ser colocado por encima de la crítica—, pero debe ser ejercido por el más inteligente contra el más estúpido y nunca al contrario. Basta, por tanto, con demostrar que, durante el tiempo que estuvimos en la oposición, nosotros los nacionalsocialistas, éramos evidentemente los más inteligentes» (29). Lamentable-

(27) La propia Ley Orgánica traslada en su artículo 4 los postulados recogidos por el Código penal en el artículo 216 bis a) al artículo 538 bis del Código de Justicia Militar, con parecido contenido.

(28) Citado por DESANTES GUANTER, J. M., *La función de informar*. Pamplona, 1976, pág. 311.

(29) *Ibid.*, pág. 309.

mente a lo largo de la historia ha tenido más primacía la opinión de Goebbels que la de Per Momsen (30).

Es indudable que al derecho de crítica a la actuación pública de la autoridad, como declara la sentencia de 20 de diciembre 1977, que a todo ciudadano pertenece se corresponde el deber de respetar el patrimonio moral del enjuicio o criticado, que como uno de los derechos de la personalidad goza de la correspondiente protección penal. Fundamental entonces es el equilibrio entre la crítica política y administrativa por muy duro, apasionado e incluso injusto que sea el juicio, y el respeto debido a la dignidad de la persona y de las instituciones fundamento del orden público y de la paz social tal como proclama la propia Constitución en el artículo 10.

El auténtico problema se manifiesta como en toda cuestión de límites, en determinar hasta dónde llega el ejercicio legítimo del derecho a la crítica, sin desbordar el ámbito que le es propio, y cuando se produce la transgresión de lo legal para entrar en el ámbito de la infracción criminal. Esta es la cuestión que en adelante nos ocupará. Con tal finalidad vamos a indagar en el fundamento real del delito de desacato según nuestra doctrina y jurisprudencia y a establecer los elementos más importantes que configuran estas infracciones para, de un lado, situar su comprensión actual y, de otro, elaborar algunas propuestas de lege ferenda que sirvan para una mejor adecuación de este delito con el marco constitucional propiciado por el artículo 20 y subsidiariamente por el artículo 53-1 de nuestra Constitución.

IV. Algunos de los hechos considerados por nuestro Código penal como desacatos tienen una profunda raigambre en la historia de la legislación punitiva. En el Derecho romano la injuria dirigida al magistrado en el ejercicio de sus funciones fue castigada, como «injuria atrox», con pena extraordinaria que en algunos casos llegó a ser la pena capital (31). Lo mismo sucedía si se atacaba el decoro de las autoridades públicas, pues se entendía conculcado el concepto de «maiestas», del cual la «dignitas» era parte integrante (32). En nuestra realidad codificadora los desacatos no aparecen verdaderamente castigados como tales hasta la reforma de 7 de julio de 1850 del Código de 1848, en el que se introducen dentro del título III del libro 2.º referente a «los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público» en el capítulo III bajo el epígrafe general «de los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos», especialmente en los artículos 192 y 193. El Código de 1870 desglosa en dos el título anterior: Delitos

(30) Vid., más amp'iamente: *Ibd.*, pág. 310.

(31) Vid., CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*. Revisado y puesto al día por Camargo Hernández. Tomo II. P. E. Vol. 1.º, 14.ª ed. Barcelona, 1975, pág. 167.

(32) Vid., con mayor amplitud: OCTAVIO DE TOLEDO, E., *El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal*. "Cuadernos de Política Criminal", núm. 1, 1977, págs. 115 y ss.

contra la Constitución (título II) y Delitos contra el orden público. Este último disgrega a su vez el anterior capítulo III en tres nuevos: «De los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia» (capítulo IV), «De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos» (capítulo V) y «Desórdenes públicos» (capítulo VI). El Código penal de la dictadura los mantiene en el título III, como delitos contra el orden público, en la sección segunda del capítulo V con la denominación de «desacatos, injurias y amenazas a las autoridades, a sus agentes, a los funcionarios públicos y a las corporaciones u organismos oficiales» (artículos 324 a 329). Pocas variaciones se producen en el Código de 1932, como no sean la vuelta a la sistemática y redacción del Código de 1870. El Código de 1944 unifica en el título II de delitos contra la seguridad interior del Estado la mayoría de estas infracciones, acotando el capítulo VIII para los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad e insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos, con cuya ordenación se llega a la actualidad.

En la legislación comparada son muchos los Códigos penales que contienen una estructura diferenciada de la injuria común más o menos similar a la que regula el decasato en el derecho hispano. Así, bastantes países castigan los ultrajes y violencias contra los depositarios de la autoridad como modalidades de los delitos contra el orden o la paz públicos, entre ellos Francia, Bélgica, Uruguay y Chile. Otros, como infracciones contra la autoridad pública —Suecia, Paraguay, Méjico—, la cosa pública —Panamá, Venezuela—, la Administración pública —Italia— o el orden administrativo —Rusia.

Anotación particular merecen los Códigos penales de Polonia y Alemania. El primero establece una interesante graduación en torno al tema (33). El segundo, admite una mayor protección del honor a favor de las «personas que actúan en la vida política del pueblo» en el artículo 187 a) pero incluido entre los hechos punibles contra el honor, junto con la injuria genérica (34).

(33) En el capítulo XXXVI, sobre infracciones contra el orden público, castiga en el artículo 270 a “los que públicamente insulten, se burlen o humillen a la nación polaca, la República Popular de Polonia, su régimen constitucional o sus órganos superiores”. En el capítulo XXXVII, infracciones contra la actividad de las instituciones del Estado y sociales, en el artículo 237 a “los que injurian un órgano del Estado, una organización política, un sindicato, una asociación de alta utilidad pública, u otra organización social de importancia nacional, en el lugar de su actividad o públicamente” y en el 236 a “los que injurian a un funcionario público o a una persona llamada a asistirle durante o en ocasión del ejercicio de sus deberes de servicio”. En el capítulo XXIV, infracciones contra el honor y la integridad corporal, en el artículo 178-1.º “al que impute a otra persona, grupo de personas o a una institución una conducta o rasgos propios que puedan rebajarlo ante la opinión pública o exponerlo a perder la confianza requerida para el puesto, la profesión o el género de actividades que tiene”.

(34) Vid., LENCKNER, T., *En Strafgesetzbuch Kommentar. Begründet von Schönke und fortgeführt von Schröder*, 20 ed., München, 1980, página 1280.

En definitiva, tanto la historia como el derecho comparado nos muestran que, aun desde hipótesis diferenciadas, la presencia en los Códigos penales de estas infracciones es un hecho tanto en los países respetuosos de las libertades como en aquéllos con realidades totalitarias. La diferencia radica en la heterogeneidad de interpretaciones.

El primer problema importante que suscita un acercamiento genérico a los delitos de desacatos es la concreción de su fundamento y del bien jurídico protegido.

La doctrina no es uniforme en esta cuestión, pese a que en la mayoría de los casos su comprensión se ve lógicamente mediada por los criterios sistemáticos seguidos por nuestro Código. De cualquier forma, la opinión que se decanta como dominante es la que gira en torno a los conceptos de orden público y principio de autoridad. Hay autores, no obstante, que incluso cercanos a este planteamiento no se identifican totalmente con él. De este modo, para Jaso Roldán son delitos que atacan el normal funcionamiento de la vida del Estado, «que exige que las personas que aparecen como titulares de sus órganos, en cuanto tales, gocen de una especial protección, derivada del hecho de que estando encargados de la ejecución de las leyes en sentido amplio, es frecuente su contacto con la esfera de los intereses particulares y que, como consecuencia de su función, lesionen los mismos, siendo necesario ponerlos a cubierto de las reacciones de los que, sintiéndose agraviados reaccionan, no por las vías legales, sino ilegítimamente y a veces de forma peligrosa» (35). Por su parte, Córdoba Roda considera tutelado el honor y la seguridad de los funcionarios públicos, «en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas, y no en la de personas físicas» (36).

Nuestra jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar amparado el principio de autoridad que «debe protegerse a ultranza por razones de interés público y de orden jurídico que debe primar en toda sociedad organizada» (37). Esta correlación entre principio de autoridad y orden público es una constante en las sentencias de nuestro más alto Tribunal a la hora de fundamentar la punición de estos delitos, pues implican «una ofensa moral al principio del poder "erga subditus" que como derecho-deber comprende desarrollar socialmente a la autoridad, que de un lado afecta a la potestad y de otro a la dignidad como atributos emanados de la soberanía inherentes al ejercicio de la función pública» (38).

(35) JASO ROLDÁN, T. En ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho Penal*. T. II. P. E. Madrid, 1949, pág. 92.

(36) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1978, pág. 538.

(37) Sentencia 15 diciembre 1980.

(38) Sentencia 21 enero 1978. En parecido sentido, Sentencias 6 febrero 1959, 28 noviembre 1966, 28 octubre 1969, 28 enero 1970, 13 noviembre 1970, 8 octubre 1973, 31 octubre 1974, 16 noviembre 1977, 29 junio 1979, 15 diciembre 1980.

De la línea jurisprudencial participa Rodríguez Devesa para quien el bien jurídico protegido es «el principio de autoridad, la dignidad de la función, cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados» (39). Muñoz Conde que incluye los desacatos entre los delitos contra el orden público parece adherirse explícitamente, por medio de la sentencia 8 octubre 1973 que le sirve de ejemplo, también a este entendimiento (40), a pesar de que con posterioridad matiza que «se protege sólo de un modo indirecto el orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo lo fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de la función pública» (41).

Frontalmente diferente, al menos en el fondo, es el planteamiento de Octavio de Toledo que inicialmente sitúa el problema en el concepto de orden público que se dice proteger. La identificación de éste con orden social a la que conduce la tesis jurisprudencial y la mantenida por Rodríguez Devesa, desemboca, según el autor que glosamos, en una configuración amplia de aquél, lo que significa una noción «desenfocada, agigantada (gravemente arcaizante, en íntimo contacto con «esencias» de corte absolutístico, de dominación), por cuanto se refiere a la honorabilidad del cargo (aproximándose así, a pesar de todo, a los delitos contra el honor, si bien un honor estatal indisponible incluso por el propio Estado), sumisamente «acatada» (contemplada, cuadraría mejor)» (42). Frente a esta idea, admite de lege data como acogible, la interpretación de estos delitos como atentatorios contra el orden público pero en la acepción estricta patrocinada por Muñoz Conde (43), lo

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...* cit., pág. 847.

(40) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., págs. 599-560.

(41) MUÑOZ CONDE, F., *Delitos electorales*. Cuadernos de Política Criminal, 1977, pág. 177, nota 32. Esta nota es un apunte incidental de Muñoz Conde a determinados puntos expuestos por Octavio de Toledo en el trabajo, ya citado, "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código Penal", a su vez posteriormente contestada por este último autor en "De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines". Cuadernos de Política Criminal, 1980, págs. 103 y ss. De semejante polémica participaremos y daremos noticia a continuación, concretada sólo a los delitos de desacatos.

(42) OCTAVIO DE TOLEDO, E., *El bien jurídico...*, cit., pág. 122. Asimismo: De nuevo..., cit., págs. 105 y ss.

(43) Recordemos que Muñoz Conde define el orden público como "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana". Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 578. La Sentencia 16 noviembre 1977 también define el orden público en su concepto estricto lógicamente con ciertas similitudes, pero también con notorias diferencias con respecto a la de Muñoz Conde: "la tranquilidad, paz y desenvolvimiento normal de las manifestaciones, servicios colectivos y actividades comunitarias de la vida ciudadana y órganos estatales".

que conduce para aquél que no para éste (44) a vaciar en la práctica de contenido los delitos de desacatos como infracciones contra la seguridad interior del Estado, pues «de no haber el ataque que el tipo exija (lesión o puesta en peligro concreta o abstracta) de tal bien jurídico (y en los hechos enjuiciados por el T. S. normalmente falta la alteración de la «tranquilidad o paz», o bien está ausente el dato plural, «manifestaciones colectivas» que debe acompañarles) no existirá el respectivo delito de desacato. El delito común subyacente cobrará entonces toda su virtualidad en relación con la agravante 16, primer inciso, del artículo 10» (45).

Desde nuestro punto de vista, a todas estas hipótesis cabe hacerles algunas matizaciones con la finalidad última de lograr tanto de lege data como de lege ferenda una mejor adecuación y equilibrio entre estos delitos y el principio de libertad de expresión, especialmente a la amplia comprensión jurisprudencial que en líneas generales se mantiene prácticamente igual a pesar del cambio constitucional y político.

Coincidimos con Octavio de Toledo en la necesaria desmitificación de la «autoritas» y de la «dignitas» (46), no en el sentido lógicamente de su desprotección, sino en el de reducción a lo normal, sobre todo desde el momento en que la persona que ostenta la autoridad lo hace como mera representante del colectivo social a quien debe rendir cuentas de su gestión y dignidad en el ejercicio del cargo. Por ello el concepto de dignidad de la autoridad o funcionario público no puede identificarse con la dignidad de la función pública no sólo porque, como dice Octavio de Toledo, pensar que la función pública, y no las personas que la ejercitan o participan de su ejercicio, tiene dignidad, es mucho suponer (47), sino asimismo porque no se puede caer en la fácil tentación de identificar dignidad o respeto a las instituciones públicas con dignidad de los que provisionalmente ocupan los cargos públicos,

(44) Aquí radica especialmente el punto de fricción entre Octavio de Toledo y Muñoz Conde. Aunque ambos parten de un concepto estricto de orden público, aquél señala críticamente cómo Muñoz Conde, a pesar de propiciar una acepción restringida, en cuanto objeto de protección y criterio de agrupamiento sistemático de los delitos comprendidos en los capítulos III a X (excepto VII) del título II, más tarde, al analizar la inclusión entre estos delitos contra el orden público de los desacatos, describe tal bien jurídico conforme a opiniones jurisprudenciales que propugnan una jurisdicción amplia del orden público. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 109.

(45) A través de esta argumentación Octavio de Toledo introduce hábilmente de lege data las propuestas que defiende de lege ferenda: suprimir los tipos de desacatos (también los atentados y figuras afines) y considerarlos en los tipos "comunes", en todo caso de forma agravada. Alternativamente sugiere, con menor fuerza, su traslado a una agrupación sistemática dedicada a la protección de las actividades estatales. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 126. El bien jurídico..., cit., págs. 133-134.

(46) Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., págs. 117-118.

(47) *Ibid.*, pág. 116.

puesto que en ocasiones probar la indignidad cierta de una autoridad puede suponer la dignificación de la institución que representa.

Todo esto no significa ni mucho menos que el insulto, la injuria y la calumnia dirigidas a una autoridad o funcionario público no deban estar castigadas incluso con mayor pena que la establecida para las ofensas a los particulares, pero bajo entendimiento de ataques cualificados por razón del sujeto pasivo contra el honor, admitiéndose de este modo la prueba de la verdad de los hechos imputados, o en todo caso, para determinados supuestos, como infracciones contra el normal desenvolvimiento de los órganos administrativos y políticos. Es incongruente con nuestra realidad constitucional fundamentar semejantes infracciones en conceptos tan vagos y discutibles en su contenido como el de «principio de autoridad» que si bien es absolutamente imprescindible en una sociedad organizada no se le puede atribuir el valor de superbien jurídico para entroncarlo en todas sus dimensiones con el concepto de orden público.

De lege data, en consecuencia, no nos parece adecuado incluir los desacatos como delitos contra el orden público. Ni las discutibles razones históricas esgrimidas por algunos ni mucho menos ideológicas obligan a ello. Cabe aceptar que de manera indirecta el orden público puede verse afectado con la realización de estas conductas pero de igual forma es atacado en su concepción amplia por todos los delitos tipificados en el Código, con lo que su valor sistemático en este sentido es nulo (48). Tampoco el concepto estricto es lo suficientemente ajustado para considerarlo como prevalente objeto de protección. Parece claro, por tanto, que el bien jurídico amparado es como defiende Jaso Roldán, el normal funcionamiento de la vida del Estado o lo que es lo mismo el orden administrativo cuyo quebranto, según el legislador, supone un atentado contra la seguridad interior del Estado.

Esta conclusión que impone la regulación actual de estos hechos en el Código penal no es de recibo en lege ferenda ni adecuada en su interpretación práctica tal y como la realiza el T. S. De lege ferenda estamos de acuerdo con Octavio de Toledo en que es necesario combatir la ultraprotección normativo-penal otorgada a las personas que llevan a cabo «actividades públicas» y cuya exageración puede llevar a lo que algún autor denomina «monopolio de funcionarios», especie de coraza inaccesible a la crítica y sobre todo al control ciudadano. En este sentido y en vista también de salvaguardar y defender el recto desempeño de la función pública lo más idóneo para una política criminal acertada es trasladar todo aquello que supone un estricto ataque a la honorabilidad de los funcionarios públicos o autoridades a los delitos comunes contra el honor con la correlativa aplicación de la agravante 16 del artículo 10 y si ésta fuera suprimida como sucede en Proyecto de

(48) Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 578.

Código penal, con la creación dentro de la calumnia y de la injuria de un tipo agravado en razón a la cualidad de autoridad o funcionario público del sujeto pasivo, dejando en todo caso entre los delitos contra la seguridad interior del Estado los hechos que socaven de forma directa la autoridad del propio Estado o de sus instituciones como tales.

Paralelamente a esta propuesta de futuro se precisa reconducir la aplicación de los delitos de desacatos a través de una interpretación más ajustada al principio de libertad de expresión. Esto se puede conseguir sin forzar excesivamente los tipos ni el objeto de protección actual con dos correctivos a la línea mayoritaria que nuestra jurisprudencia mantiene, y que con carácter alternativo proponemos. Se refieren al elemento subjetivo del delito y a la necesidad de la «exceptio veritatis».

A) La doctrina del T. S. es unánime en significar que el delito de desacato comporta dos elementos fundamentales. Uno objetivo, constituido a su vez por la existencia de una calumnia, injuria, insulto o amenaza proferida por el sujeto activo, por la necesidad de que tales manifestaciones tengan como destinatario a un ministro, autoridad o funcionario en los supuestos previstos y que éstos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Un elemento subjetivo, formado por el ánimo injuriandi o intención deliberada de ofender a la persona que representa y encarna el principio de autoridad (49).

Con referencia expresa al elemento subjetivo (50) admitimos con el T. S. que se trata de un delito de tendencia finalista que exige además del dolo genérico un elemento tendencial o teleológico, pero discrepamos, y aquí situamos la primera corrección, en que este elemento sea únicamente el ánimo difamandi o injuriandi ya que dada la ubicación sistemática de estos delitos y el bien jurídico protegido parece oportuno para acercarnos de lege data a las líneas político criminales expuestas con anterioridad, ampliarlo con la intención específica del sujeto activo de ofender el principio de autoridad o de atacar, desde nuestra perspectiva del bien jurídico, el buen funcionamiento de la Administración, se logre o no; como de alguna manera reconoce la sentencia 15 diciembre 1980.

(49) En este sentido, vid., Sentencias, entre otras: 12 marzo 1975, 3 julio 1975, 22 marzo 1976, 14 mayo 1977, 16 noviembre 1977, 20 diciembre 1977, 21 enero 1978, 9 mayo 1978, 21 octubre 1978, 6 febrero 1979, 29 octubre 1979, 7 julio 1980, 30 julio 1980, 15 diciembre 1980, 21 abril 1981 y 28 mayo 1981.

(50) Con respecto al elemento objetivo en el epígrafe siguiente profundizaremos sobre el alcance de los términos injuria, calumnia e insulto. Para un estudio detallado del concepto de autoridad y funcionario público a tenor del artículo 119 del Código penal, vid., entre otros, COBO, M., *Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código Penal Español*. Separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1962 (febrero), págs. 3 y ss. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F., *La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal*. Revista de Administración Pública, núm. 92, mayo-agosto 1980, pág. 365.

En consecuencia si las expresiones por parte del sujeto agente son pronunciadas sólo con ánimo de injuriar o calumniar a la persona autoridad o funcionario por sí misma, o con los ánimos más controvertidos, defendendi, narrandi, consulendi, corrigendi o criticandi, o los hechos quedarán impunes (51) o habrá que trasladarlos a los delitos genéricos de calumnia e injuria, con la agravante 16 del artículo 10, o a las faltas del artículo 570, 5.º y 6.º. Se logra así limitar la excesiva amplitud de los tipos de desacatos, eliminando supuestos cuya punición raya los límites soportables para el buen funcionamiento de la libertad de expresión, y mantener, por otra parte, la gravedad sancionadora para conductas que presuponen un real exceso a la libertad citada, eso sí, con la garantía de la exceptio veritatis al llevarlas a los delitos contra el honor.

La conjunción del ánimo de calumniar o injuriar con el de menosprecio al principio de autoridad o a la Administración ha de valorarse atendiendo a las circunstancias de hecho, a los móviles y a los factores objetivos y subjetivos de la relación, que en cada caso dibujan el alcance penal de la conducta.

Esta tesis que propugnamos obliga a rechazar la idea jurisprudencial que admite como constitutivo del factor subjetivo el denominado dolo de consecuencias necesarias que implica que «cualquiera que sea el móvil privado de la conducta ofensiva, no por eso decae el referido elemento subjetivo del injusto, puesto que el agente, ya sea con plena imputabilidad o con ella disminuida, en cuenta pueda conocer el carácter y dignidad de la persona revestida de autoridad que le confiere el ejercicio de la función jurisdiccional, no vacila en dirigirle conceptos o expresiones ofensivas (...)» (sentencias 21 octubre 1978, 12 marzo 1975 y 21 abril 1981). Asimismo la presunción inicial de ánimo bajo el amparo del artículo 1 número 2.º del Código penal, que rehusamos porque en cualquier caso el citado artículo se refiere al dolo genérico y no al dolo específico que al tratarse de un elemento subjetivo del injusto habrá que detectarlo a través del examen minucioso del contexto del propio delito, de las circunstancias que lo rodean e incluso del ambiente sociocultural donde los hechos tienen lugar.

B) En defecto de esta primera conclusión, la segunda corrección que proponemos con carácter alternativo que no complementario gira en torno a la admisibilidad de la prueba de la verdad en

(51) Vid., en este sentido, Sentencia 6 febrero 1979 (impune porque destaca sólo ánimo de crítica).

(52) La interpretación que proponemos no supone en todos los casos una minusvaloración punitiva de estos hechos. Reflexiónese, por ejemplo, que la calumnia dirigida contra una autoridad se castiga como desacato si es grave con la pena de prisión menor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas si es pronunciada en su presencia o en escrito que se le dirija y con la pena de arresto mayor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas si es fuera de su presencia o en escrito que no le estuviere dirigido. Por su parte, la calumnia del 454 se sanciona con prisión menor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas, pero en el caso que nos ocupa sería en su grado máximo por la presencia de la agravante 16.

los delitos que analizamos. La cuestión ha sido fuertemente discutida en la doctrina y en la jurisprudencia.

El problema inicial que se precisa dilucidar es el alcance de los conceptos de calumnia e injuria recogidos por los artículos 240, 241, 244 y 245 (53). Para un sector de la doctrina, especialmente Muñoz Conde, el contenido de estos términos no es el mismo que tienen en los delitos contra las personas dada la autonomía del desacato (54). Otro grupo, acaso mayoritario, opina, sin embargo, de forma contraria al aceptar que la noción corresponde a la de los artículos 453 y 457, y a ellos hay que remitirse (55). La jurisprudencia se define también en este sentido, ya sea considerando los tipos de desacatos como normas penales en blanco que han de completarse con las «expresivas descripciones» de los artículos referentes a la calumnia y a la injuria (sentencias 15 diciembre 1980 y 21 de enero 1978) ya aceptando que se tratan de delitos especiales pero coordinados con las calumnias e injurias —también, amenazas— (sentencia 2 febrero 1981) o simplemente coordinarse con ellas (sentencias 29 octubre 1980, 10 noviembre 1979, 9 mayo 1978 y 14 mayo 1978) o revestir sus caracteres (sentencia 3 julio 1975), ya defendiendo que son modalidades agravadas de los delitos contra el honor (sentencias 16 noviembre 1977 y 30 julio 1980 —AP Almería).

Desde nuestro punto de vista consideramos estas infracciones, tal como están redactadas y colocadas sistemáticamente, delitos autónomos en razón a la diferencia del bien jurídico protegido pero íntimamente relacionadas con las tipificaciones del título X de las que recogen las definiciones de calumnia e injuria, que son conceptos normativos desarrollados en los artículos 453 y 457. En definitiva, para averiguar el significado de estos términos utilizados por el Código en los artículos 240 y siguientes hay que acudir a los delitos concordantes de calumnia e injuria.

(53) El término insultar no pasa de ser una especie de injurias, por lo que es sentir mayoritario que la expresa previsión que de él hace la ley en estas infracciones debe ser estimada superflua, Vid., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 543. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 601. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., pág. 848.

(54) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., págs. 599-600. Más problemática es la posición de Rodríguez Devesa, ya que si inicialmente afirma que “es obligado el manejo de los respectivos conceptos de calumnia, injuria y amenaza (...)”, más adelante concreta que “la acción es algo más que una simple injuria, calumnia o amenaza, porque en ella se inserta una situación especial (...)”, para llegar a la conclusión de que “aunque en la descripción de los tipos se utilicen por el Código elementos valorativos como los indicados, no estamos ante unos delitos contra el honor o la libertad cualificados por la condición del sujeto pasivo, sino ante delicta sui generis (...)”. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., págs. 847-848.

(55) Vid., JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, tomo III. Murcia, 1948, pág. 229. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, tomo II. Madrid, 1963, pág. 484. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 542.

La solución de esta controversia es sumamente importante para esclarecer el problema de base planteado en este epígrafe. Así, para Muñoz Conde una de las consecuencias que se deriva de la autonomía del desacato es la no vigencia en él de la *exceptio veritatis*, lo que significa que aun siendo verdad aquello que se afirma o dice del funcionario o autoridad, no se está autorizado para utilizarlo como menosprecio al principio de autoridad (56). Parecida en este sentido es la opinión de Rodríguez Devesa. Con referencia a la calumnia, donde la falsedad de la imputación está incorporada a la definición según el artículo 453, la rechaza porque «la inoportunidad del momento elegido para sentarla puede dejar en pie una conducta injuriosa, y, por tanto, el desacato». En la injuria razona la negativa de forma totalmente distinta en razón a que la falsedad de la imputación no está recibida por el tipo y no existe en el desacato un precepto paralelo al artículo 461 (57).

De signo contrario, Ferrer Sama, Jaso Roldán, Quintano Ripollés y Córdoba Roda aceptan unánimemente, en el caso de la calumnia, que si se prueba la verdad de lo imputado falta un elemento conceptual del delito y consecuentemente debe descartarse la estimación de la acción de calumnia a efectos de considerar los delitos de desacatos (58).

En las injurias también admiten la prueba de la verdad pero no para todas ellas, sino sólo para las equivalentes a las indicadas en el artículo 451, esto es, las concernientes al ejercicio del cargo. De este modo, dice Ferrer Sama, cuando la injuria constitutiva del desacato se haya dirigido contra autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, pero no consista en la imputación de hechos concernientes al ejercicio del cargo, la *exceptio veritatis* no entrará en juego, pues en estos casos falta la base sobre la que se apoya dicha excusa» (59).

La jurisprudencia de forma poco consecuente con la remisión que la mayoría de las sentencias hacen a los artículos 453 y 457 niega en gran parte de sus resoluciones la admisibilidad de la prueba. No obstante, las sentencias 17 junio 1872 y 18 abril 1934 sostienen lo contrario y la más reciente de 9 de mayo de 1969 reconoce la posibilidad de excluir el dolo probando la certeza de las imputaciones (60).

(56) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 600.

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal*, cit., pág. 850.

(58) Vid., FERRER SAMA, A., *Comentarios...*, cit., pág. 230. JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso...*, cit., pág. 484. CÓRDOBA RODA, J., *Comentario...*, cit., pág. 547.

(59) FERRER SAMA, A., *Comentarios...*, cit., pág. 231. En igual sentido, JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 547.

(60) La citada Sentencia de 1969 teje esta argumentación de forma negativa al declarar: "Para que la exclusión del dolo se produjera, el acusado tenía que haber propuesto, probado y conseguido que el Tribunal de Instancia estimase ciertas y justificadas todas las imputaciones que se hacen contra la Autoridad Gubernativa".

La negación de la *exceptio veritatis* en los delitos de desacato según están tipificados e interpretados por el T. S., supone un fuerte recorte a la libertad de expresión y a la libertad de crítica política y administrativa. Piénsese que con la extensión de la injuria o del insulto puede llegar, por citar sólo un ejemplo, a ser desacato la publicación de un artículo periodístico donde con pruebas se denuncia el incumplimiento en el cargo de una autoridad o funcionario. Por otro lado, no puede escudarse el rechazo en el bien jurídico protegido, ya que, siendo el orden público o el buen funcionamiento de la Administración o la propia seguridad interior del Estado, que mejor protección de estos bienes que junto a la imprescindible salvaguarda de la autoridad y de la función pública se vele por la honorabilidad de los que ejercen esa delegación social que es la misma autoridad. En este sentido, los artículos referidos a los desacatos deben de tener también propósitos depuradores, pues si ellos se dan con referencias a los particulares, con más motivo su presencia es necesaria aquí. De alguna manera la sentencia 29 junio 1979 se acerca a muchos de estos puntos: «las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos deben conducirse en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas con el tacto, mesura, prudencia, compostura, rectitud, ecuanimidad y buenos modales que deben caracterizar a quienes ejercen tales funciones, por lo cual cuando se extralimitan en las mismas o se producen con violencias innecesarias, brutalidad, abuso de poder o manifiesta parcialidad, o de modo desconsiderado y descometido, quedan automáticamente despojados de su privilegiado rango, y las reacciones de los particulares, las ofensas causadas por éstos y cualquier vía de hecho se calificarán como si la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, también fueran particulares».

Técnicamente, por otro lado, nada impide sumarnos a la tesis afirmativa defendida por Ferrer Sama, Quintano Ripollés, Jaso Roldán y Córdoba Roda. Es decir, reconocimiento de la *exceptio veritatis* en los desacatos tanto en su modalidad calumniosa como injuriosa, aunque en esta última sólo cuando vaya dirigida a funcionario o autoridad sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, por lo que no cabrá la prueba de la verdad si se acusa, por ejemplo, de invertido sexual (61).

V. Con las dos propuestas que con carácter alternativo hemos defendido en el epígrafe anteriores tratamos de limitar la amplitud con que en la práctica se interpretan estos delitos. Ni estamos de acuerdo con ella ni con la actual regulación del Código. De aquí las propuestas de *lege ferenda* que propiciamos tendientes a la consecución de unos tipos que amparen, sin necesidad de protecciones especiales, la honorabilidad de las personas castigando aquellas acciones y manifestaciones que contra ella atenten, cualesquiera que sean los agentes y las víctimas y con la garantía social que

(61) Vid., con este ejemplo, FERRER SAMA, A., *Comentario...*, cit., pág. 231. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 548.

supone la prueba de la verdad en los términos que la concebimos, sin que ello impida, en los casos que proceda, una determinada agravación punitiva en atención al carácter de autoridad o funcionario público del sujeto pasivo dentro de los mismos delitos contra el honor, ni evite la protección, en otros títulos del Código, del Estado y sus instituciones contra los ataques injuriosos, y tendientes, al mismo tiempo, a garantizar en toda la amplitud posible la libertad de expresión sin merma ni inhibición del derecho legítimo a la crítica política, administrativa y social. Esto es lo que, en definitiva, hemos intentado en las páginas anteriores: armonizar el artículo 20 de la Constitución con los delitos de desacatos, sin negar en ningún momento la imprescindible protección que a las autoridades, a sus agentes o a los funcionarios públicos hay que dispensar, pero situándola en sus justas dimensiones.

El Proyecto de Código penal no es receptivo a semejantes tesis y se reduce a mantener prácticamente con el mismo contenido, en los arts. 545 a 548 del capítulo V del título XII —«Delitos contra los poderes y el orden público»—, «Los desacatos a la autoridad y las injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos». Con ello, citamos a Octavio de Toledo, «se está perdiendo una excelente oportunidad, quizá histórica, de superar finalmente, por lo que al ámbito penal concierne y en específica referencia a la materia que comentamos, los residuos del absolutismo, los derivados del «principio monárquico» (contradistinto del llamado «principio democrático»), a partir de situar a los funcionarios públicos en el plano que realmente les corresponde: al servicio de la sociedad y no superpuestos a ella» (62). El cambio ha sido pergeñado en este trabajo.

(62) OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 118.