

## SECCION DE BIBLIOGRAFIA

### Revista de libros

**BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Honor y libertad de expresión». Madrid, Tecnos, 1987, 127 pp.**

«Los dos rasgos que caracterizan el conflicto entre la libertad de expresión y el honor en nuestra sociedad son, probablemente, su frecuencia y la incertidumbre de su solución» (p. 13). La búsqueda de esta solución es el motivo que tomó Ignacio Berdugo para desarrollar la lección magistral que, sobre el honor y la libertad de expresión, supuso el último ejercicio del concurso que le valió la cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca. Su monografía, publicada ahora por Tecnos, aborda el estudio de esta problemática desde dos aspectos fundamentales, que a su vez configuran los tres bloques en que se divide este estudio: en primer lugar, se plantea el análisis del tipo del injusto en general, para observar con posterioridad las causas de justificación referidas a los delitos contra el honor.

Respecto del primer punto, el «contenido del tipo del injusto» (pp. 15 y ss.), Ignacio Berdugo hace un breve recorrido acerca de las posiciones que la doctrina ha mantenido sobre aquél; recorrido necesario en tanto «el contenido de las causas de justificación aparece vinculado a la teoría que se sostenga sobre el tipo del injusto» (p. 33), al tiempo que se muestra partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Tras este breve resumen acerca de los puntos sobre los que se centra la discusión del tipo del injusto, y la toma de posición del autor, la obra aborda el estudio de las causas de justificación en los delitos contra el honor, haciendo referencia, en primer lugar, a las causas de justificación en general, analizando los aspectos que presenta la legítima defensa (pp. 35 y ss.), el estado de necesidad (pp. 44 y ss.) y el consentimiento (pp. 47 y ss.), para dedicar la tercera y más amplia parte del libro a una «Especial consideración del ejercicio legítimo de un derecho» como causa de justificación (pp. 53 y ss.); esto es, plantea en este punto lo que viene a ser el eje sobre el que gira la obra: «el conflicto entre honor y libertad de expresión».

En el estudio de «las causas de justificación en concreto» hace una breve pero esclarecedora exégesis de los problemas que se plantean respecto a la concurrencia o no de aquéllas. En este punto, considero de especial relieve las siguientes conclusiones:

1. Cabe la defensa del bien jurídico honor en tanto dure la agresión, y siempre y cuando la respuesta sea «racional», con limitación especial por razón del bien jurídico protegido.
2. Finalizada la agresión nos encontramos con la retorsión, que, «en ningún caso cabe como justificante» (pp. 44).

3. La concurrencia del estado de necesidad en los delitos contra el honor plantea el problema de diferenciarlo, en su aplicación, de la eximente 11 del artículo 8.º, que será previa a aquél.

4. «El consentimiento del titular excluye la lesión del bien jurídico tutelado (p. 52).

Tras todas estas consideraciones que, no obstante su interés, suponen una introducción al tema central de esta monografía propiamente dicho, se refiere Berdugo a los problemas que plantea en nuestro ordenamiento la coexistencia de dos derechos, al honor y a la libertad de expresión, que lejos de ser pacífica ha originado en los últimos tiempos gran cantidad de conflictos en los tribunales de justicia.

Respecto a este punto, comienza el autor su estudio refiriéndose a cómo, tras el desarrollo de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución, es «aceptada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional la ausencia de derechos fundamentales ilimitados» (p. 53), si bien señala que la fórmula tradicionalmente aceptada de que «tu derecho termina donde empieza el derecho de los demás» supone la preexistencia de unos «límites naturales» a los derechos, tesis que, según Ignacio Berdugo, «descubre una visión realista de nuestro sistema social y la evolución experimentada en los criterios de interpretación constitucional» (p. 53).

A partir de esta afirmación se abren nuevas vías de solución de los conflictos planteados entre estos dos concretos derechos (honor y libertad de expresión), que pasan por la utilización, bien de criterios de interpretación de la norma constitucional, bien del mecanismo que ofrecen las causas de justificación en Derecho Penal.

Descartada *ab initio* la interpretación del artículo 20.4 de la Constitución, según la cual el derecho a la libertad de expresión estaría configurado como un derecho de segundo orden, supeditado por ende a los demás derechos, y para preservar el principio de «unidad del texto constitucional», el autor se pronuncia por la necesidad de abordar el estudio previo de cada uno de estos derechos por separado, para conseguir una interpretación que, como requiere el Tribunal Constitucional, «busque y fije el equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en concurrencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la medida de lo posible».

Tras el examen de los conceptos honor e intimidad, por un lado, y libertad de expresión, por otro, ofrece Berdugo una «propuesta de interpretación del artículo 20.4», dentro de la cual se toma nota de la solución ofrecida por la jurisprudencia constitucional alemana, con la denominada «Teoría de la interacción», teoría que, a juicio del autor, sería trasladable a nuestro derecho para la correcta interpretación del artículo 20.4. Y en segundo lugar afirma que podría utilizarse para el mismo fin el criterio de la «ponderación» como medio para solucionar los posibles conflictos entre derechos, tal y como consagra el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de julio de 1986.

Abandonando el marco estrictamente constitucional, Berdugo aborda el estudio de estas situaciones conflictivas dentro del ámbito del Derecho Penal. Para ello comienza con una visión comparatista de nuestra regulación con la contenida en otros ordenamientos penales de diferentes países, fundamentalmente los modelos de Europa central (con especial consideración del Código Penal alemán) y el Código Penal italiano.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, comienza Berdugo por observar la inexistencia en nuestro Código Penal de un precepto semejante al parágrafo 193 del vigente Código Penal alemán, que se refiere a la «defensa de intereses legítimos», sin que

a él pueda compararse la relevancia que la ley penal otorga en determinados supuestos (arts. 456 y 461 del CP) a la *exceptio veritatis*.

Así pues, es necesario encontrar un criterio que, con carácter general, pueda servir al principio de seguridad jurídica en la solución de estos conflictos.

Apunta, en primer lugar, cómo la vía del *animus iniuriandi* ha sido la tradicionalmente utilizada por nuestra doctrina y jurisprudencia para dar una respuesta a estos supuestos, exigiendo la concurrencia de un «elemento subjetivo del injusto en los delitos contra el honor» (p. 75) exigencia que se ha mantenido tras la entrada en vigor de la Constitución. Sin embargo, como señala el autor, recogiendo la postura al respecto de García Pablos, parece que la discusión no debe desenvolverse «en el ámbito subjetivo de los móviles». Por tanto, continúa, «la exigencia del carácter legítimo del ejercicio se entiende como una referencia a la actuación dentro de los límites del correspondiente derecho» (p. 79).

Para llegar a la solución del conflicto habrá que observar necesariamente los condicionamientos que configuran la existencia del mismo, condicionamientos referidos al honor y la intimidad (pp. 81 y ss.) y a la libertad de expresión (pp. 83 y ss.), a partir de lo cual se puede apreciar la aparición de algunos supuestos en los que prevalece la libertad de expresión frente al derecho al honor, bien por darse «la presencia de un bien jurídico distinto de la propia libertad de expresión», bien porque concurra un bloque de causas distintas.

Dentro del primer caso, Berdugo realiza una interpretación de la *exceptio veritatis* (pp. 86 y ss.) para continuar señalando los «supuestos incluíbles en la eximente 11 del artículo 8.º»:

1. Los tradicionalmente incluídos en dicha eximente (si bien discutidos por la doctrina en la actualidad): «el deber de declarar como testigo y el de emitir informes por parte de los funcionarios públicos y dentro del ejercicio del oficio, la práctica de la abogacía» (pp. 93 y 94).

2. Otros supuestos en los que «es indudable la presencia de este derecho en otros sectores de la vida social» (art. 50 de la LSA y facultades análogas en las normativas reguladoras de asociaciones públicas y privadas) (p. 95). Respecto al «examen de otras áreas en las que la libertad de expresión puede ocupar una posición preferente» (pp. 95 y ss.), Berdugo centra la exposición de estos supuestos en tres grupos de casos:

A. «Los casos previstos en el artículo 8.º de la Ley de 5 de mayo de 1982 (interés histórico, científico o cultural relevante)» (pp. 96 y ss.).

B. «El debate político» (pp. 98 y ss.), tanto en la actividad parlamentaria como en la «lucha electoral», y la crítica política (en relación, esta última, con la «libertad de expresión de los ciudadanos referida a la actividad política»).

C. «La libertad de información» (pp. 107 y ss.), dentro de la cual alude ampliamente a la situación que el tema plantea en Estados Unidos y la República Federal de Alemania.

La obra finaliza con la toma de posición del autor respecto a los problemas anteriormente señalados. Afirma la preeminencia de la libertad de expresión siempre y cuando se respete el «único límite respecto a las afirmaciones de hechos», que radicaría «en la verdad subjetiva». Además, la forma de presentación de la información tendrá que reflejar el grado de cumplimiento del deber de veracidad» (p. 120), y fuera de los casos en que la información se refiere a los hechos, «la posición preferente de la libertad de expresión reposa en su contribución a la formación de la opinión pública», sin que la

existencia del derecho a la libertad de expresión deba «supeditarse a la condición de periodista» (p. 121).

En el caso de que no concurriera alguno de los requisitos exigidos para poder hablar de un derecho a la libertad de expresión propiamente dicho, el conflicto existente habría de resolverse a favor del honor o la intimidad, dando lugar a un delito contra el honor si, «aparte de las exigencias generales a todo delito», se incorporase el elemento subjetivo del *animus iniuriandi*, quedando abierta, en caso contrario, la vía del ilícito civil (conclusiones equivalentes a las que se llegaría con la utilización de elementos como la *actual malice* y la ligereza, respectivamente), aplicando la teoría general del error en los casos en que exista una «creencia errónea de actuar al amparo del ejercicio legítimo de un derecho» (p. 126).

La obra, sin duda, presenta un doble mérito: por una parte, la elección del tema es extraordinariamente afortunada, dado el incuestionable valor práctico que un estudio riguroso de los delitos contra el honor —y su conflicto con la libertad de expresión— presenta en la actualidad; por otra, la polémica que pueda suscitar la prevalencia de uno de los derechos sobre el otro, en ningún momento ensombrece la rigurosa y diáfana concepción que del tema tiene Ignacio Berdugo y que plasma magistralmente en su libro con la claridad de ideas que le es propia.

Silvia VALMAÑA OCHAÑA  
Universidad de Alcalá de Henares

**FARRE TREPAT, Elena: «La tentativa de delito». Barcelona, Bosch, 1986, 516 pp.**

Los problemas que suscita el estudio de los aspectos relacionados con el *iter criminis* son, quizá, algunos de los más complicados de la teoría del delito. Pero probablemente el mayor mérito de esta importante obra que nos ocupa ha sido abordar el análisis de la tentativa de delito desde una perspectiva global o, al menos, casi global, puesto que tanto la autora como Santiago Mir, en el prólogo, señalan el hecho de que esta monografía no se refiera al tema, de especial importancia dentro de la tentativa, del desistimiento voluntario. Omisión, pues, a todas luces deliberada, dada la existencia en nuestro país de un importantísimo estudio que sobre el mismo ha llevado a cabo Francisco Muñoz Conde.

Comienza esta obra con una revisión del «Fundamento de la punición de la tentativa de delito» (pp. 3 y ss.), para lo cual Elena Farré acomete el estudio de las teorías existentes al respecto (objetiva, subjetiva y mixta), inclinándose, para buscar soluciones acordes con el marco constitucional en que se mueve el Derecho Penal español actual, por una «posición mixta que, sin embargo, ponga el acento en la parte objetiva del hecho» (p. 37).

Se refiere en el capítulo II del libro (pp. 39 y ss.), a la «Naturaleza jurídica de la tentativa de delito», exponiendo las dos posturas en que se divide la doctrina respecto de la tipicidad o no de la tentativa, concluyendo, con la mayor parte de los autores, con la consideración de ésta como figura típica, si bien señalando que «no existe acuerdo sobre la forma de concebir esta tipicidad» y que la solución habrá de venir necesaria-