

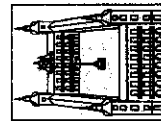
**GÜNTHER JAKOBS**  
Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho  
Universidad de Bonn

# ESTUDIOS DE DERECHO PENAL

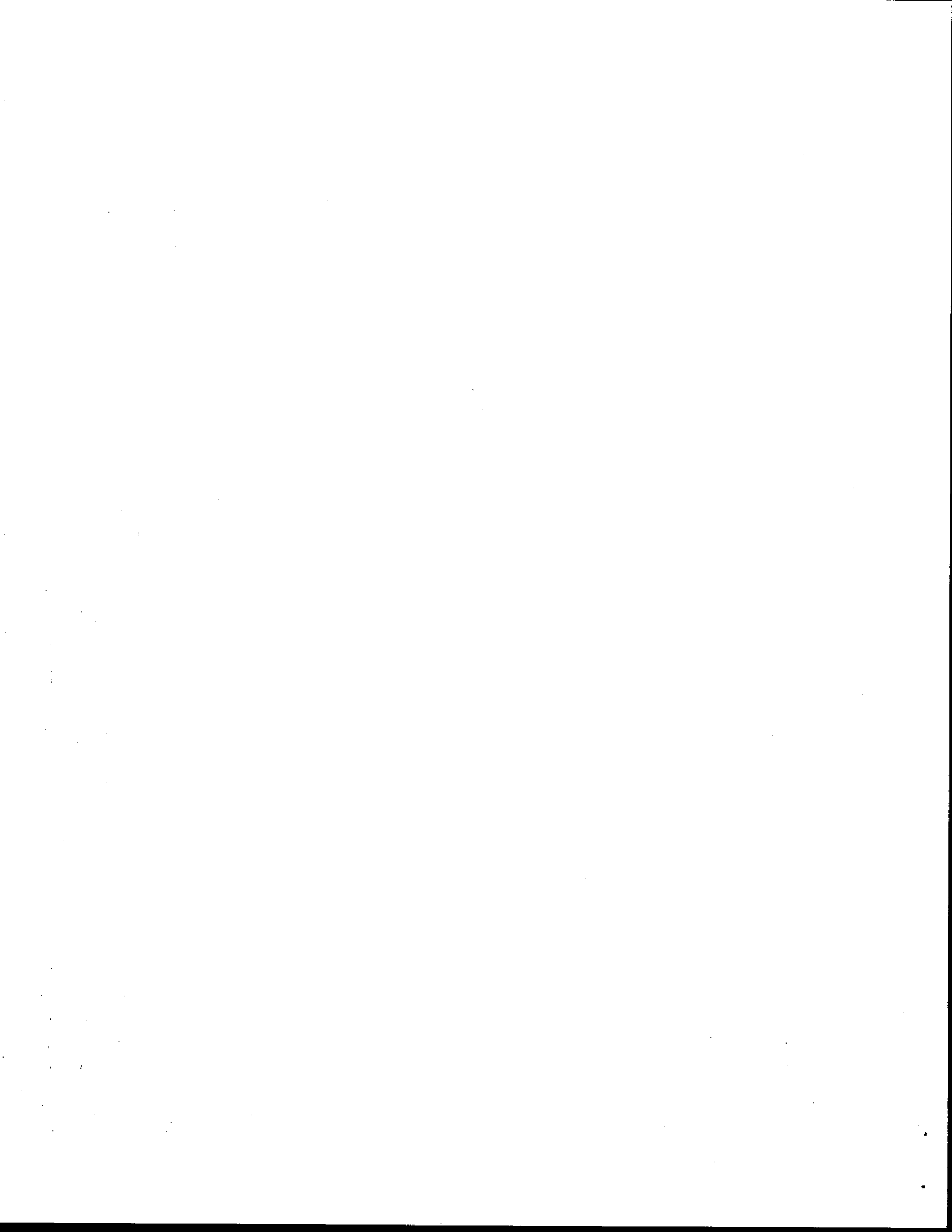
Traducción al castellano y Estudio Preliminar:

ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS  
CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ  
MANUEL CANCIO MELIÁ

**UAM**  
**EDICIONES**



EDITORIAL CIVITAS, S. A.



Los empeoramientos del status del paciente que haya organizado el médico deben ser compensados por éste, aunque el paciente discrepe; la obligación decae cuando el paciente se sustrae a la intervención del médico con un comportamiento que vaya más allá de la mera protesta.

## 17. LA MISIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL HONOR (\*)

### I.

*Jescheck* se ha referido en varias ocasiones específicamente a las injurias (1). Sin embargo, la razón principal para dedicarle este trabajo se encuentra en la exposición relativa al control social informal contenida en el primer apartado de la introducción a su Tratado sobre la Parte General (2). Allí afirma: «La convivencia de los seres humanos se produce sobre todo de acuerdo con unas reglas que se transmiten en el tiempo (normas) que en su conjunto conforman el orden social. La vigencia de estas normas preestablecidas es en gran medida independiente de la coacción externa, ya que se basan en la convicción de todos de que son necesarias, y se hallan protegidas por medio de sanciones inminentes que responden de manera automática frente a las infracciones (represión social mediata). Existe un sistema global de 'control social' cuyos titulares son las instituciones más diversas, como la familia, la escuela, la iglesia, las empresas, los sindicatos y las asociaciones. La Administración de Justicia penal no es más que un segmento de este sistema y las sanciones preventivas o represivas utilizadas en el conjunto incluso son intercambiables hasta cierto punto». Si se aceptan estas afirmaciones, inmediatamente se plantea la cuestión acerca de cómo es posible que las sanciones informales generen un efecto estabilizador; y es que resulta evidente que el sistema sancionador informal carece de las vinculaciones que el sistema formal conoce y que están destinadas a evitar que se produzcan enjuiciamientos erróneos. Si se pretende que las sanciones informales — así como las reacciones laudatorias y honoríficas — sean algo más que una mezcla de errores y aciertos fortuitos, debe existir la posibilidad de hablar abiertamente sobre los comportamientos reprochables y sobre aquellos que son merecedores de aprobación. Sin embargo, como no existe un derecho general a la verdad, y mucho menos un derecho general a la verdad que estuviere

(\*) Título alemán: «Die Aufgabe des strafrechtlichen Ehrenschatzes»; publicado en: Th. Vogler et. al. (a cargo de la ed.), Festschrift für H.-H. Jescheck, 1986, t. 1, pp. 627 a 643. Traducción de Manuel Cancio Meliá.

(1) *Jescheck*, Ehrenschatz durch das strafrechtliche Feststellungsverfahren, Kern-Festschrift, 1957, pp. 365 y ss.; *idem*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechts-

kommission, t. 9, 1959, pp. 32 y s., y *passim* en las sesiones 91 hasta 96 de la «Große Strafrechtskommission» (\*).

(\*) Comisión plenaria en materia de Derecho penal durante el proceso de reforma penal en la RFA (N. del T.).

(2) *Jescheck*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 3.ª ed. 1978, pp. 1 y s.

protegido mediante sanciones, en efecto, en el ámbito de la imputación informal se podrían producir falseamientos de todo tipo si no existiesen garantías de veracidad *específicas* destinadas a la protección frente a imputaciones informales incorrectas (y graves).

En este trabajo se defiende la tesis de que corresponde a las normas contra las injurias prestar la necesaria garantía de veracidad específica. Esta tesis tiene la consecuencia de que los delitos de injurias ya no pueden concebirse exclusivamente como delitos contra las personas, sino que también deben ser definidos como delitos contra intereses públicos, esto es, delitos establecidos contra los falseamientos de la imputación informal. Sólo resulta posible acceder a esta tesis y a sus consecuencias si tanto el honor como el deshonor no se entienden (o al menos no se entienden exclusivamente) de manera estática, como posesión o pérdida de la persona que ésta aporta a su vida en sociedad (aunque luego se evalúe esta posesión o esta pérdida de acuerdo con las normas vigentes en la sociedad). Es preciso plantear la cuestión de cuál es la función que tiene el honor (o, más ampliamente, el bien protegido por las normas contra las injurias) en una determinada sociedad. A este respecto, debe mantenerse abierta la posibilidad de que esta función no sólo deba realizarse en interés del sistema «persona», sino también a favor del sistema «sociedad». En el texto que sigue, se muestra partiendo de dos posiciones existentes a mediados del siglo pasado —una época en la que las injurias («el concepto de honor») hacía mucho tiempo que estaban en crisis en el Derecho penal— a qué me refiero al plantear la cuestión relativa a la función del honor en una determinada sociedad (II). Esta cuestión también se plantea dentro de la discusión actual (III), pero la respuesta se desplazará demasiado en dirección a postular un derecho general a la verdad, o incluso en dirección a una protección genérica de la dignidad humana o de intereses personales, si no se advierte la vinculación existente entre la protección frente a las injurias y el interés general que concurre en materia de imputación informal (IV). En último lugar, pretendo ejemplificar la posición alcanzada en atención a algunas cuestiones puntuales (V): [1] los delitos de injurias como delitos de expresión, [2] la disminución y el incremento del honor, [3] las injurias provenientes de sistemas normativos ajenos, [4] la limitación de las injurias específicamente al falseamiento de la imputación y [5] la consumación de las injurias en caso de puesta en peligro abstracta.

## II.

Con ocasión de su conocida polémica en contra del «honor caballaresco», Schopenhauer cuenta la siguiente anécdota: «Cuando en cierta ocasión... un jefe teutón había desafiado a Marius a un duelo, este héroe le hizo llegar la respuesta que 'si ya estaba harto de su vida, que se ahorcase', ofreciéndole, sin embargo, un gladiador fuera de servicio con el que podía pelearse» (3).

(3) Schopenhauer, *Abhorrnimen zur Lebensweiseheit*, en: *Samtliche Werke*, ed. a cargo de

Freiherr von Lehmann-Pomona, 1977, pp. 373 y ss. 441 y ss., 449.

Schopenhauer elogia la «visión sin prejuicios, natural de las cosas» por parte de «los antiguos». «Aquellos eran sabios: —¿vosotros sois empero necios? De acuerdo—» (4). Sin embargo, el optimismo de Schopenhauer, en el sentido de creer que existe una concepción del honor «sin prejuicios, natural», y por ello no determinada socialmente, y que los problemas relativos al honor pueden ser resueltos de una vez por todas siguiendo el método de Marius, procurando simplemente que no «(sean) más diestros los puños que las cabezas», no tiene en cuenta la multiplicidad de relaciones que pueden existir entre el sujeto susceptible de ser injuriado y la sociedad.

Sólo habían transcurrido dos décadas escasas desde la aparición de la polémica de Schopenhauer cuando Hälschner describió (y probablemente no sea casual que lo hiciese bajo la influencia de Hegel (5), que en opinión de Schopenhauer era un «arsante»), con base en el concepto romano y germánico de honor, cómo el contenido, el merecimiento de protección y la protección del honor deben guiarse por el contexto social existente en cada momento (6). Hälschner inicia su análisis en los órganos que definen el valor del ciudadano individual. En el caso del romano, según Hälschner, es el Estado quien lo determina (7), y ello tiene una doble consecuencia: por un lado, el ciudadano no tiene en realidad acceso a su honor (*existimatio*), porque éste precisamente es independiente de su opinión. Consecuentemente, el ciudadano romano «es muy poco sensible... frente a los insultos, que por lo demás no le afectan en sus derechos civiles» (8). Por otra parte, «es esto mismo lo que explica que el tratamiento de las injurias como delito privado y su punición mediante una multa en dinero se considerasen suficientes, ya que el honor que el ciudadano recibe del Estado se encuentra completamente protegido frente a toda injuria cuando mediante la condena de quien injuria le ha sido conferido un nuevo reconocimiento por parte del Estado» (9).

Por el contrario, también según Hälschner, en la concepción germánica, lo decisivo es el reconocimiento de los «otros», y además, de aquellos «otros» que pertenecen a aquel ámbito social en el que realiza su actividad el individuo. Por consiguiente, lo esencial es el reconocimiento por parte de las personas pertenecientes al mismo estamento, al ser «la profesión social, denominada por la pertenencia a un estamento» el principal campo de actividades del individuo (10). La doble consecuencia que ello comporta (tanto respecto de la lesión del honor como de la protección del honor) es exactamente lo contrario de la situación en el Derecho romano: no sólo son los miembros del estamento los que tienen en su mano el honor del individuo, sino que éste no puede ser protegido en su totalidad por parte del Estado, ya que éste no es competente, en primera línea, para fijar el valor de la persona,

(4) (n. 3), p. 451.

(5) Respecto de la concepción de Hegel acerca del honor, véanse las referencias contenidas en E. A. Wolff, *Ehre und Beleidigung*, ZStW 81 (1969), pp. 886 y ss., 893.

(6) Hälschner, *System des Preussischen Strafrechts*, Zweiter Teil, die Verbrechen ge-

gen das Recht der Privatperson, 1868, pp. 197-233.

(7) (n. 6), p. 200.

(8) (n. 6), p. 208.

(9) (n. 6), p. 203.

(10) (n. 6), pp. 208 y s.

de manera que aparte del Estado siempre queda un espacio de actuación para la autodefensa (11).

Ciertamente, la concepción del honor que se ha esbozado, tomando como punto de partida la función del mismo, necesita de algunos complementos. En este sentido, habría que explicar cómo en Derecho romano siquiera es posible que una tercera persona se inmiscuya en la relación entre el Estado y el titular del honor. Probablemente no sea suficiente responder haciendo referencia al interés del titular del honor en ser tratado conforme al honor que le corresponde, sino que también existe un interés genuinamente estatal que otorga a la lesión del honor tintes de un ataque a bienes públicos, ya que el Estado no distribuye el honor como un fin en sí mismo, sino para atribuirle a los ciudadanos aquel rango que necesitan para cumplir sus cometidos sociales. Por lo tanto, la lesión del honor siempre es al mismo tiempo una protesta contra la competencia del Estado para atribuir un determinado rango, o contra las máximas de acuerdo con las cuales se produce esa atribución. Análogamente, habría que explicar por qué, en el ámbito de la concepción germánica, el Estado tan siquiera se ocupa de las lesiones del honor. A este respecto, aparte de un interés mediato, como lo es el de evitar la re-torsión mediante autodefensa, perturbadora de la paz, existe de nuevo un interés genuinamente estatal; ello es así al menos mientras las diferencias entre los estamentos tengan una función social (12). *Schopenhauer* (13) fue uno de los primeros en percatarse del hecho de que esta función ha existido durante más tiempo del que se podía reconocer oficialmente, describiéndolo en el ejemplo de los oficiales y de los funcionarios civiles superiores.

### III.

En la discusión actual, la cuestión de la función de la norma contra las injurias se ha planteado en relación con la crítica del concepto normativo de honor. De acuerdo con éste, desarrollado sobre todo por *Hirsch*, el honor es el valor de una persona (14), su «*status de valor de consideración*». Ahora bien, este valor sólo puede verse afectado y ser modificado por el propio titular (15). Es conocida la siguiente afirmación de *Bismarck*: «Mi honor no está en mano de nadie más que de mí mismo, y no se me puede colmar de él; el mí propio, que llevo en el corazón, me basta completamente y nadie es juez para decidir si lo poseo» (16). Bien es cierto que es posible actuar en contra

(11) (n. 6), pp. 209 y ss.

(12) *Simmel*, *Soziologie*, 1923, pp. 405 y s.: «Sería totalmente incomprensible que la sociedad obligue al individuo a preservar este bien puramente personal que es el honor, con un matiz social y moral tan fuerte, si no fuese por que ello es la mera forma y técnica, cuyo contenido y fin es la conservación del grupo.»

(13) (n. 3), pp. 465 y s., también p. 460, n. F.

(14) *Hirsch*, *Ehre und Beleidigung*, 1967,

p. 30 y *passim*.

(15) Respecto del problema de las deficiencias humanas elementales, que también se pueden producir «objetivamente», vid. *infra* V, 4.

(16) Citado por *Reiner*, *Die Ehre*, 1956, p. 49; por supuesto, *Bismarck* no pudo seguir en la práctica esta posición extremadamente individualista, vid. al respecto *Schmitz*, *System der Philosophie*, t. 3, 3.ª parte, *Der Rechtsraum*, 1973, pp. 48 y s.

de una pretensión de respeto que «emana» (17) de este valor, pero parece difícil comprender la necesidad de asegurar mediante una pretensión de reconocimiento (18) un valor que *per se* no es susceptible de ser lesionado. El peligro de que el afectado sea tratado en sus contactos sociales por debajo de su «*status de valor de consideración*», peligro que siempre concurre en los casos de injurias, ciertamente otorga algo de plausibilidad a la necesidad de protección; pero en aquellos casos en los que el peligro no se realizó, y de acuerdo con la representación del autor, no debía realizarse, sólo queda una puesta en peligro abstracta (19). Ello no es erróneo, pero necesita la aclaración de por qué la Ley exige para la consumación precisamente que una manifestación sea comprendida (y no exige ni algo menos ni algo más) (20). Sin embargo, al considerar *Hirsch* que todas las manifestaciones injuriosas, incluso aquellas que se producen frente a terceras personas y cuyas consecuencias nunca llegan a afectar a la persona en cuestión, constituyen una lesión, «ya que toda persona tiene derecho a tener la expectativa de que no se produzca ningún tipo de manifestación con contenido injurioso que se refiera a ella» (21), está incurriendo en una explicación circular (también cabe tener la expectativa de que no se produzcan puestas en peligro abstractas) que, además, no se encuentra en el plano de aquello que necesita ser explicado; poder tener la expectativa de algo y poder tener esa expectativa siendo ésta protegida mediante una garantía jurídico-penal son dos cosas distintas. Además, de acuerdo con esta solución, la consumación debería producirse ya con la emisión, esto es, antes de que la manifestación sea recibida por el destinatario y con más razón, antes de que haya sido comprendida por éste.

*Wolff* ha partido de las deficiencias del concepto normativo de honor para plantear expresamente la cuestión de cuál es la función del honor (22). Probablemente no sea casualidad que este intento de aprehender el honor con base en la relación del individuo con la sociedad también se enmarque en la tradición de Hegel. Según *Wolff*, la función del honor consiste en establecer entre las personas una relación de reconocimiento que haga posible la autonomía (23). En este sentido, sostiene que esta relación es necesaria porque el ser humano individual ni puede siquiera realizar por sí solo su desarrollo para ser «un hombre libre (esto es, un sujeto autónomo)» ni, una vez concluido este desarrollo, mantener la libertad por sí solo (24). Siguiendo expresamente a *Wolff*, *Otto* considera que la función del honor es la de hacer posible

(17) *Hirsch* (n. 14), p. 30.

(18) Vid. al respecto *Hirsch* (n. 14), pp. 30 y s., haciendo una referencia a los delitos contra la propiedad, en los que el hecho delictivo por regla general no afecta a la propiedad como derecho. Sin embargo, no es la relación normativa «propiedad» la que está protegida, sino que ésta tan sólo determina cuál es la persona competente para el uso de hecho de una cosa. Sobre el lado normativo y fáctico de la concepción del honor, acertadamente, *Engisch*, *Bemerkungen über Normativität und Faktizität im Ehrbegriff*, *Festschrift für Lange*, 1976, pp. 401 y ss., especialmente pp. 412 y ss.

(19) Cfr. *Hirsch* (n. 14), pp. 21 y ss.

(20) Respecto de las distintas posibilidades de determinar en los delitos de expresión la consumación, cfr. *Kern*, *Die Außenverdelikte*, 1919, pp. 23 y ss.

(21) Vid. *Hirsch* (n. 14), p. 24.

(22) *Wolff* (n. 5), p. 894.

(23) (n. 5), p. 889; *Wolff* es consciente de que esta definición es demasiado amplia, ya que abarca —entre otras cosas— la mera denegación de comunicación, p. 900.

(24) (n. 5), p. 894.

una situación en la que una persona puede estar en comunidad con otras personas, «por un lado, al serle reconocida a toda persona la dignidad como persona, y por otro, asegurándosele a la persona, en un determinado marco, la posibilidad de desarrollarse como persona en la sociedad» (25). *Amelung* apunta en una dirección similar al proponer que se desarrolle el concepto de honor «sociológicamente, esto es, desde un contexto de interacción en el que ambos participantes intervienen en la configuración de su interlocutor» (26).

Si se acepta el planteamiento esbozado, se obtiene un objeto de ataque susceptible de ser lesionado. En primer lugar, hay que acotar que este objeto sólo sufre una puesta en peligro abstracta por medio de las injurias en aquellos casos en los que ni se producen repercusiones en el círculo vital del afectado (27) ni el autor pretendía que se produjesen. Un defecto más grave es que, utilizando esta definición del objeto de ataque, sólo pueden darse explicaciones reforzadas de la norma que prohíbe las injurias contra difuntos (28). Sobre todo, el objeto de ataque acaba siendo tremendamente amplio, porque la atención se dirige rigidamente a las condiciones de desarrollo de la persona individual. La autonomía, el desarrollo personal y la autorepresentación son procesos impulsados por reservas que son finitas; por ello, se logran mejor en cuanto menos obstáculos haya. Entre estos obstáculos hay que contar sin excepción todos los falseamientos de aquellos hechos que sean relevantes para el «yo». Por consiguiente, todas estas teorías deberían desembocar en un derecho general a la verdad, y además no sólo a la verdad en asuntos que afectan al valor de una persona, sino además derecho a la verdad en todas aquellas cuestiones que sean de interés para la persona que en cada caso participa en la acción comunicativa (29). Ejemplo: la afirmación mendaz de un profesor en

(25) *Offe*, Personlichkeitschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre, Festschrift für Schwinge, 1978, pp. 71 y ss., 81 y s.; *idem*, Grundkurs Strafrecht. Die einzelnen Delikte, 1977, p. 113.

(26) *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, p. 188 n. 70, apoyándose —entre otros— en *Lidzanski*, Eunktionen und Folgen formaler Organisation, 2. ed. 1972, pp. 437 y ss., quien, sin embargo, limita sus consideraciones al respeto hon-  
*por en organizaciones formales*.

(27) A este respecto, *cf.* *Wolff* (n. 5), pp. 902 y s.

(28) *Wolff* (n. 5), pp. 903 y s.; *vid.* también *infra* n. 36.

(29) Hasta el momento, los límites del derecho a la verdad no han sido tratados de una manera sistemática. Es importante determinar cuáles son esos límites, ya que, de acuerdo con el concepto extensivo de violencia, también la manipulación de una situación por medio de una manifestación puede ser violencia. Intentaré hacer un esbozo muy elemental: (a) un deber de manifestarse siempre es un *deber a manifestarse verazmente*. Los principales ejem-

plos son las normas contenidas en los §§ 153, 154 y 348 StGB, esto es, deberes existentes en virtud de competencia institucional (a este respecto, *cf.* *Jakobs*, Strafrecht AT, 1983, 29/56 y ss.). Estos deberes no siempre existen a favor de todos (la persona en la sala de vistas que, habiendo sólo un falso testimonio, conta en el y por ello sufre un daño, ni ha sido obligada por el testigo a realizar el comportamiento lesivo ni tiene derecho a ser indemnizado por éste). También es posible que existan deberes fundamen-  
tados en la competencia de organización, especialmente por *assumption (Jakobs, 29/29 y ss., 46 y ss.)*. También pueden derivar deberes de manifestación de las normas de los §§ 138, 323 c StGB, aunque entonces, naturalmente, no sean deberes de garantía. (b) Existe un deber general a la verdad, a pesar de no haber deber de manifestación, en determinados *tribunales de contacto social*, por un lado, en la medida en que el *espejamiento* y el control deben ceder en favor de la *fiducia* de las interacciones como confianza protegida en la identidad de quien exhibe un documento (§ 267 StGB), en el contenido de los documentos asegurado por la fe pública (§ 271 StGB), en la descripción de la prestación que realiza la parte contratante con ocasión del intercambio de objetos paritómicos

clase, en el sentido de que el tratado de un colega está plagado de errores y que por eso no vale la pena comprarlo, no sólo sería injuriosa para el colega en cuestión, sino también para todos quienes la oigan; y es que sobre la base de una mentira, la autonomía, el desarrollo personal y la autorepresentación en el trabajo científico sólo podrían desarrollarse a lo sumo de manera aparente. Además, no sólo la mentira es un obstáculo para el desarrollo personal, sino todo comportamiento que pueda ser considerado como violencia de acuerdo con el concepto extensivo de violencia. Quien despoja a una persona de parte de sus subsidios, afecta a su autonomía, desarrollo y autorepresentación, incluso quien se niega a mantener contacto con la otra persona (30). En esta concepción, por tanto, las injurias se convierten en el delito general contra la persona, abarcan todos los menoscabos de derechos.

Ahora bien, el delito, en esta configuración tan amplia, se podría limitar con ayuda de criterios *ajenos* al mismo, por ejemplo, restringiéndolo a los actos comunicativos que hagan referencia a un valor personal. De esta manera, se llegaría más o menos a los rasgos actuales de las injurias, sin haber ganado, sin embargo, nada en claridad, ya que los criterios de delimitación no estarían mejor definidos de lo que están definidas en el momento actual las injurias, y esta definición es harto insuficiente: cuando se habla de «valor personal», se está haciendo referencia al comportamiento o al equipamiento espiritual o físico de una persona; ya el hecho de que esta falta de equipamiento se suela circunscribir a las insuficiencias humanas *elementales* (31) den inseguridad; de no ser así, las injurias no empiezan justo en el momento en el que se afirma la existencia de defectos elementales. Además, resulta totalmente imposible explicar por qué se mantiene que la persona no abarca más que el equipamiento espiritual y físico, a pesar de que resulta evidente que este equipamiento no constituye la única «posesión» que en la sociedad burguesa resulta decisiva para obtener autonomía, desarrollo, autorepresentación o valor personal. Sería necesario añadir no sólo las posesiones materiales, sin consideración de su origen (como ocurre en la difamación del § 187 StGB, en el caso de la puesta en peligro del crédito), sino que también

les (§ 263 StGB) o en la correcta realización de imputación informal (§§ 185 y ss. StGB) y otros, pudiendo existir el derecho a favor de unas personas determinadas por ejemplo, sólo a favor del afectado en las injurias. Por otra parte, existe derecho a la verdad, a pesar de no concurrir un deber de manifestación, si en interés público a una manifestación sigue un deber de actuación del destinatario (por ejemplo, en el caso de los §§ 156, 164 StGB). (c) Es difícil decidir cuándo la mentira de quien emite una declaración genera responsabilidad en los casos en los que ni el sujeto se halla vinculado a un deber de manifestación ni concurre una *intención a determinados ámbitos de contacto social*. Se trata de casos límite de posición de garante por concurrencia de una situación de confianza especial: en el caso de quien realiza una declaración, pretendiendo a su favor frente

al destinatario que ésta se considere correcta, debe responder por esa pretensión cuando es grave para el (*Jakobs, 29/67*), esto es, le compete que el destinatario no sufra un daño por orientarse con base en el contenido —mendaz— de la manifestación. Ejemplo: quien, estando delante de la estación, a la pregunta de un forastero por el camino, contesta con una mentira, no adquiere competencia —bajo la pena prevista para las conaciones— sobre el camino que siga el forastero; sin embargo, si cae en la tentación que lleva al forastero a la zona equivocada. Esta modalidad de explicación probablemente deba añadirse en algunos de los grupos de casos enunciados arriba en (a) (por ejemplo, en el caso de los §§ 263, 267 StGB).

(30) A este respecto, *Wolff* (n. 5), p. 900.  
(31) *Hirsch* (n. 14), pp. 82 y ss. y *passim*.

habría que sumar de antemano, en todos los conceptos exclusivamente personales, los productos de los comportamientos personales: si no está permitido negar la capacidad de una persona para entablar una relación, ¿por qué ha de estar permitido negar la armonía en la familia del afectado?; si no se puede cuestionar la fertilidad, ¿por qué debe permitirse negar el hijo?; si no debe atacarse la capacidad profesional, ¿por qué sí la obra o el valor de su actividad?, etc. Es posible considerar a la persona moral como único concepto relevante, pero entonces hay que omitir (al menos) el equipamiento físico. También puede partirse de la persona realmente existente, pero en este caso debe ampliarse el concepto a algo más que el cuerpo. Puede optarse también por una posición intermedia, pero entonces deben exponerse las razones que justifican la selección. En todo caso, en el contexto de las injurias la persona carece de límites «naturales», como, por ejemplo, la piel.

Por lo tanto, resulta que las concepciones exclusivamente personales que acaban de ser esbozadas, tanto en forma del concepto normativo de honor o en caso de deducirse las normas contra las injurias de las condiciones relativas a la autonomía, desarrollo o autorepresentación, conducen en todo caso a soluciones que son demasiado amplias: la limitación a los comportamientos comunicativos ha de apartarse desde fuera a estas concepciones. Es preciso apuntar otro defecto de las concepciones hasta aquí esbozadas: todas ellas son confusas a la hora de establecer la conexión entre injurias y lesión del honor. Como todas las personas pueden ser objeto de injurias, consecuentemente toda persona debería tener honor, si se pretende que la ecuación «las injurias son un ataque (abstractamente peligroso) al honor» sea correcta. Sin embargo, esta ecuación tiene en su base una conclusión errónea: de la inexistencia de magnitudes negativas se deduce la existencia de magnitudes positivas; cuando el status de honor de una persona se halla destruido, resulta posible injuriarla afirmando la existencia de un deshonor aun más intenso que el que en realidad existe. Sin embargo, estas injurias no lesionan honor alguno, ya que la mera inexistencia de un deshonor más intenso no constituye honor, de la misma manera que resulta imposible deducir sólo de la ausencia de grandes deudas la existencia de un patrimonio. De ahí que el ámbito de las injurias se pueda extender más allá de las lesiones al honor.

#### IV.

El dilema anteriormente descrito tiene su origen en la desaparición de los honores estamentales. El honor estamental tenía una definición positiva más o menos precisa, a través de los roles que correspondían al estamento. «La ubicación social del honor se encuentra en un mundo de instituciones relativamente intactas y estables, en un mundo en el que los seres humanos pueden establecer con seguridad subjetiva su identidad con base en los roles institucionales que les atribuye la sociedad» (32). Además, el honor esta-

(32) P. L. Berger / B. Berger / Kellner, Das Unbehagen in der Modernität, 1975, pp. 75 y ss., 79 y ss., 83.

mental podía ser lesionado mediante un ataque verbal (\*), al menos por otros sujetos pertenecientes al mismo estamento, sin que hubiese que esperar a ver si se producían limitaciones «del desarrollo propio de los que pertenecen al estamento»; y ello es así porque el honor consistía en la integración actual en cada momento, que en caso de necesidad debía ser resuelta por la misma víctima (debía mantener ella misma limpio su escudo, esto es, limpiarlo por sí misma de los insultos provenientes de terceros). Finalmente, y sobre todo, el ataque al honor siempre era al mismo tiempo un ataque a la jerarquía social, por lo que su defensa era de interés público.

La situación es distinta en el caso del honor burgués, concebido de manera exclusivamente personal: con excepción del honor de los miembros de organizaciones formales (33), carece totalmente de definición positiva y con ello de contenido; por ello, en Derecho penal se encuentran afirmaciones difícilmente comprensibles como que «el honor es la ausencia de deshonor» (como si el patrimonio pudiese definirse por la ausencia de deudas o una idea acertada por la ausencia de sinsentido), lo que tiene como consecuencia que se pretenda que el honor no es susceptible de ser incrementado (34) (como si cualquier aficionado pudiese compararse con Mozart). Si se tratase de ese honor, sería posible atribuir su defensa a los propios afectados, al menos en la medida en que deben defender por sí mismos su propiedad; esto es, frente a las desposiciones transitorias del honor no habría, generalmente, necesidad de protección penal.

Sin embargo, esta visión exclusivamente personal es demasiado limitada. De la misma manera que era de interés público la diferenciación de los estamentos, es preciso demostrar la existencia de un interés público en la protección frente a las injurias, si es que se pretende que esta protección se mantenga como protección penal. Cabe demostrar ese interés público teniendo en cuenta el «sistema global de control social» descrito al principio con las palabras de Jescheck (35): a la sociedad burguesa no le basta el sistema de imputación jurídico-formal, porque la imputación formal ni es suficiente para garantizar la existencia de las consecuencias socialmente relevantes de los comportamientos no es exclusivamente jurídica ni mucho menos exclusivamente jurídico-penal, esta «técnica», mediante la cual se ordenan situaciones complejas de manera que resulta posible la existencia de expectativas estables, va mucho más allá del ámbito jurídico-penal; se trata de la imputación de «buenas y malas» obras. Es deseable desde una doble perspectiva que haya comunicación sobre los comportamientos concre-

(\*) En el original alemán (p. 635) aparece por error el término «concepto de honor» (Ehrebegriff) en este lugar; como resulta del sentido de la frase —y ha sido contrastado con el autor— la palabra que ha de incluirse es «ataque» (Angriff) (N del T.).

(33) Limitándose a esta vertiente: Luhmann (n. 26), pp. 347 y ss.

(34) Hirsch (n. 14), pp. 45 y ss., 55 y ss.; la n. 2.

Tenckhoff, Die Bedeutung des Ehrebegriffs für die Systematik der Beleidigungstatbestände, 1974, pp. 50 y ss., 181; Weizel, Das Deutsche Strafrecht, 11.ª ed. 1969, p. 303; Herdogen en: LK, 9.ª ed., t. 2, 1974, n.m. 8 antes del § 185; Rudolph, en: SK, t. 2, 3.ª ed., n.m. 3 antes del § 185.

(35) Vid. supra, texto correspondiente a la n. 2.



tamente imputables: por un lado, sirve para corroborar la vigencia de las distintas normas; en esa medida incluso funciona cuando se simula un comportamiento imputable. Por otro, también sirve para informar acerca de los portamientos que se han producido, para que el receptor de la información pueda obrar en consecuencia —factor sin el cual toda imputación sólo sería una estructura inefectiva—, atribuyendo ventajosamente en caso de imputación laudatoria y desventajas cuando la imputación sea representativa. Esta última finalidad no puede ser alcanzada en caso de que se produzcan informaciones mendaces (o valoraciones erróneas). Tampoco puede encargarse al receptor de la información que él mismo se cuide de la veracidad de las informaciones que recibe, por el contrario, existe un interés público en que las informaciones sean ajustadas a la realidad, ya que los comportamientos imputables sólo tienen consecuencias en la vida social cuando han sido dados a conocer. Por tanto, a diferencia de lo que ocurre en la concepción exclusivamente personal, no se trata de un amplio derecho a la verdad, sino de un derecho muy limitado a obtener informaciones ciertas en alguno de aquellos ámbitos en los que la obtención de información es de interés general como apoyo a la imputación. Incluso en ese ámbito, el derecho a la verdad sólo existe a favor de los sujetos potencialmente afectados por la imputación incierta, y no a favor de terceras personas, aunque sean los destinatarios de una manifestación de este tipo.

Por supuesto que sería erróneo fijar la mirada sólo en este interés público y entender las injurias únicamente como lesión de las reglas de comunicación cuya observancia es de interés público. No sólo la configuración en el Derecho positivo de las injurias como delito perseguible a instancia de parte se opone a ello, sino también su limitación a las manifestaciones con contenido de reproche, esto es, la exclusión (al menos) de las afirmaciones laudatorias imputadas. Por regla general, el interés público y el privado conciden: *Las injurias son, entonces, imputación incierta en contra de una persona. En esa medida, la protección frente a las injurias sirve tanto a la protección de las condiciones de funcionamiento de la sociedad como a la protección de la persona.* Sólo en el caso de la denigración de la memoria de difuntos (§ 189 StGB) es suficiente la contravención contra el interés público, siendo además una contravención agravada (denigración), ya que la persona ya no puede verse afectada por el hecho (36).

(36) Las demás propuestas de interpretación de este precepto no son convincentes. Si se considera que el honor sigue existiendo más allá de la muerte (*Hirsch* In 14), pp. 186 y s.; *Weizel* In 341, p. 305; *Herrdngen* In 341, § 189 n.m. 4, todos ellos invocando un derecho jurídico-*civil post mortem* de la personalidad), aparece el problema de determinar cuál es la persona por la que este honor está necesitado de protección, en todo caso, el muerto está sustruido a la protección territorial del honor (*Marrsch/Schroeder* Strafrecht BT, t. 1, 6.ª ed. 1977, p. 202); los familiares supervivientes (también los que están autorizados a tratar el procedi-

miento de acuerdo con lo dispuesto por el § 194, párrafo 2.º StGB) pueden ser a su vez autores, de manera que sólo queda a la sociedad, y su interés en que la imputación se produzca sin falsas afirmaciones, por consiguiente, no es decisivo que el honor permanezca. Si se niega que el honor sobrevive a la persona (en esta línea, se pronuncia desde *Birzding*, *Lehrbuch des Germanen Deutschen Strafrechts* BT, t. 1, 2.ª ed. 1902, p. 139; RG 13, pp. 95 y s., la doctrina mayoritaria), el § 189 StGB debe ser interpretado consecuentemente como delito contra el honor familiar o contra el (jurídico) *vid. Hirsch*, p. 132) sentimiento de respeto hacia los muertos (*critico Ritt-*

## V.

1. Al tener en cuenta el interés público, se obtiene una explicación de que el comportamiento injurioso se halle circunscrito a las afirmaciones. Si lo decisivo fuese la pretensión de respeto o la autonomía, el desarrollo personal y la autorepresentación, necesariamente —de manera análoga a como se interpreta el elemento de la «falsa imputación» del § 164, párrafo 1.º StGB (37)— habría que considerar también como comportamiento injurioso el de «fabricar» pruebas, aunque no se produzca ninguna afirmación en ese sentido. Ejemplo (38): quien compromete a su enemigo introduciendo un cadáver en su sótano no afecta menos a los objetos de ataque o bienes enunciados que si afirmase mendazmente la presencia del cadáver. Por consiguiente, utilizando consecuentemente las soluciones exclusivamente personales, debería ser posible producir el resultado *por cualquier vía*. La limitación a las afirmaciones sólo deriva del interés público en que se proteja (en algunos ámbitos) precisamente esta forma de comunicación, de manera paralela a como se excluye la provocación de mera *ignorantia facti* del concepto de engaño y del concepto de error en la estaña, § 263 StGB (39). El interés privado va más allá (40).

*ping*, *Der Schutz der Privat*, GA 1977, pp. 299 y ss., 304 y s.) de los familiares (*Mauzsch/Schroeder*, p. 218; *Lochner*, 15.ª ed., 1983, § 189 n.m. 1); la primera de las opciones constituye una inexplicable declaración de inmortalidad de la familia, entendida como comunidad entre vivos y muertos; la segunda supone la capitalización en el momento de interpretar el precepto en el marco jurídico de las injurias, y tampoco sirve para explicar por qué razón los sentimientos de un potencial autor deben ser objeto de protección; y en ambos casos —además de la problemática que plantea el hecho de deducir el injusto del derecho de instaurar el procedimiento— hay que proseguir la búsqueda de un bien jurídico en los casos de persecución de oficio previstos en el § 194, párrafo 2.º StGB. Todo esto desaparece utilizando el punto de partida del falseamiento de la imputación, me refiero aquí a la imputación que tiene lugar con base en la memoria aún viva. Las investigaciones históricas erróneas no afectan al sistema de imputación actual (a este respecto ampliamente *Hirsch*, pp. 139 y s. y n. 35).

(37) BGHSt. 9, pp. 240 y ss., 241; *Lenzner*, en *Schönke/Schroeder*, 21.ª ed. 1982, § 164 n.m. 8, con ulteriores referencias.

(38) Cf. también últimamente BGH GA 1984, pp. 96 y s.

(39) *Vid. Cramer* en: *Schönke/Schroeder* (n. 37), § 263 n.m. 37.

(40) Y es captado en parte por las conaciones. En particular, no existe la necesidad de convertir artificialmente en unas injurias un comportamiento que consiste en obligar a otro a so-

portar o realizar un comportamiento indigno; obtiene resultados demasiado amplios *Zenkhoff* (n. 38), pp. 176 y ss. Esta referencia a las conaciones no debe llevar a la conclusión que de todo comportamiento de obligar a otro a ceder un interés privado pueden derivarse unas conaciones antijurídicas. Justo al contrario: hace falta una fundamentación especial (que no se conaigne con la mera referencia a la conación) para que a quien genera una situación conativa le competan esa misma situación y sus consecuencias. Incluso el concepto «clásico» de violencia, basado en los efectos físicos, tiene el defecto de extraer la responsabilidad del autor por el comportamiento obtenido mediante la conación, esto es, por el injusto específico contenido en la lesión de la libertad, del injusto de la lesión corporal (en este sentido últimamente *Bergmann*, *Das Unrecht der Nötigung*, 1983, p. 123 n. 219). Aunque se interprete la «violencia lesiva» como «forma de trato» desaprobadá (en este sentido últimamente *Keller*, *Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt*, 1982, pp. 24, 242 y *passim*), sólo con ello aún no se obtiene un argumento para desarrollar, a parte del homicidio o de las lesiones o de las detenciones ilegales y para la protección frente a este tipo de formas de trato, además un delito de conaciones. Para ello sería necesario que se prubase la existencia de un interés público —que no estuviese ya satisfecho a través de la protección de la vida, de la integridad corporal y de la libertad— en que se produzca la imputación de la consecuencia lesiva «menosprecio de la libertad», de manera totalmente paralela al interés público en la protección del honor que se busca en este trabajo.



2. Además y sobre todo, al tener en cuenta el interés público en la comunicación (veraz) sobre los comportamientos imputables, se obtienen rasgos más exactos del concepto de honor de los que proporcionan las soluciones exclusivamente personales, que permiten formular una definición del concepto de honor que contiene también un lado positivo. El honor consiste en que se le imputa a una persona su comportamiento como meritorio; honor es imputabilidad meritoria. Concorre esta imputabilidad cuando existen comportamientos que deben ser valorados positivamente y estos logros no se hallan compensados por comportamientos que deban ser valorados negativamente. Si predominan los comportamientos imputables como negativos, ya no existe honor, sino sólo deshonor. Hitler no era el único que no era —ni siquiera mínimamente— un hombre de honor. Pero las injurias van más allá del honor definido positivamente; y ello es así porque también la representación exagerada de un deshonor existente —sea inventándose obras «malas» o exagerando obras «buenas»— es injuriosa porque constituye el falseamiento de la imputación (abstracta) en contra de una persona. De la misma manera que el incremento de las deudas de una persona que ya no tiene patrimonio disponible constituye una lesión del patrimonio, porque (y en la medida en que ello sea así) con ello se alarga el camino hacia la obtención de un patrimonio disponible, también quien carece de honor puede ser injuriado, porque (y en la medida en que ello sea así) con ello se alarga el camino hacia la honorabilidad. Las injurias conectan con la falta de límites del deshonor posible, de la misma manera que los delitos patrimoniales conectan con la falta de límites de las deudas posibles; ello no pone en cuestión que el honor, definido positivamente, y el patrimonio disponible, son finitos. Por consiguiente, la norma contra las injurias no protege en todos los casos el honor positivamente existente, sino que protege frente al empeoramiento del balance de honor, éste, sin embargo, ya podía ser negativo antes del hecho. Las injurias son el falseamiento de la imputación en contra de una persona; honor es la imputación laudatoria correspondiente a una persona.

La tesis contraria, según la cual toda persona, por el mero hecho de serlo, tiene honor (41), surgió del rechazo de la existencia de honores estatales de nivel especialmente elevado o bajo y confunde la inalienable capacidad para ser titular de honor con el *status* de honor que se posee en un momento determinado (como si de la capacidad jurídica en el ámbito civil pudiese deducirse un *status* patrimonial mínimo). Esta confusión es comprensible, ya que aquel rechazo de los honores estatales no fue propulsado por una nueva concepción del honor, sino por el (re-) descubrimiento de que «existe una humanidad detrás y por debajo de los roles y normas impuestos por la sociedad», esto es, que el ser humano tiene dignidad; «el descubrimiento moderno de la dignidad tuvo lugar precisamente en medio de los escorbos de conceptos de honor totalmente anticuados» (42). Si se reactiva el concepto de honor, ello, sin embargo, no conduce a que todo

(41) Hirsch (n. 14), pp. 45 y ss.; Tenckhoff (n. 34), pp. 41 y ss.; Weizel (n. 34), p. 303; Schmidhäuser, *Strafrecht Bf* 2.ª ed. 1983 5/1; Herdregen (n. 34), n.m. 7 antes del § 185; Radol-

phi (n. 34), n.m. 3 antes del § 185; se trata de la opinión totalmente dominante.

(42) P. L. Berger/B. Berger/Kallner (n. 32), p. 79.

honor o deshonor adquirido en uno de los roles sociales en los que se vive se traslada a los demás roles. Ejemplo: quien hurta en unos grandes almacenes puede que carezca de deshonor en su rol de amante padre de familia. Pero los hechos honorosos y deshonorosos en los que se manifiesta la actitud vital general de la persona tienen efecto en todos los roles relacionados con el honor en los que la actitud vital es decisiva; sólo el honor relativo a ámbitos de contactos bastante superficiales no se ve afectado por ellos. Hay multitud de ejemplos en el Derecho disciplinario de los funcionarios, en los casos en que conecta con comportamientos realizados fuera de servicio (vid. § 77, párrafo 1.º, inciso 1.º BBG) (\*). El hecho de que existan modalidades de relaciones intensas que pueden desarrollarse, prescindiendo de la actitud vital, por razón de la persona misma, como por ejemplo en el caso del amor o del reconocimiento de dignidad a otra persona, no afecta a esta conclusión, ya que precisamente esas relaciones se desarrollan con independencia del *status* de honor respectivo.

Como ya se ha apuntado, también quien carece de honor puede ser injuriado: sólo se desplaza el punto a partir del cual debe calcularse la pérdida. Igualmente se desplaza el punto de partida cuando el honor se incrementa por hechos encomiables. Cuando se afirma que no es posible incrementar el honor (43), por regla general se hace por temor a que renazcan injustificadamente honores de grupo análogos a los estamentales. En la sociedad burguesa no es preciso que aquellas personas con las que *necesariamente* hay que relacionarse para participar de la vida social (porque desempeñan unos determinados roles sociales) tengan en su equipamiento necesario un *status* de honor superior al normal. Por ello no existe en ningún caso la obligación —a diferencia de lo que ocurre en el caso del honor estamental (44)— de tomar n.º cualquiera de que concurre un *quantum* de honor alto. Ejemplo: incluso en el caso de una persona que merezca el premio Nobel como esposo, padre, vecino, colega, empleado, comprador, participante en el tráfico rodado etc., las prestaciones extraordinarias no forman parte de su rol. Sin embargo, quien se permite enjuiciar la actividad de una persona, sea *ad hoc*, sea en general (como maestro, como superior) no debe negar sus méritos extraordinarios. Ejemplo: quien afirma que Einstein nada tuvo que ver con el desarrollo de la teoría de relatividad, denigra la memoria del difunto, y ello además con independencia de que el propio Einstein se haya vanagloriado de su logro o modestamente haya guardado silencio. Por lo tanto, la libertad general de no estar obligado a elogiar no comporta un derecho a negar los logros positivos, de la misma manera que la libertad de no estar obligado a

(\*) BBG: Bundesbeamtengesetz, Ley Federal de la Función Pública (N. del T.).

(43) Vid. *supra*, texto correspondiente a la n. 34.

(44) Sea que este honor estamental se haya obtenido por nacimiento, por otorgamiento o —así su última variante, que se aproxima a las valoraciones de la sociedad burguesa— por reconocimiento público a causa de «acciones libres» (*Ritter von Feuerbach*, *Lehrbuch*

des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14.ª ed. a cargo de *Mittermaier*, 1847, § 274). Pronto se advirtió que este «nag-nifico honor burgués» no se prueba simplemente por el reconocimiento público; cfr. *Halschner*, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 2, parte I.ª, 1884, p. 162. Sin embargo, sería erróneo decir de la irrelevancia de los títulos, cargos, etc. para el honor que las «acciones libres» también son irrelevantes.

saludar no da derecho a apartar a los demás a empellones (45). Este problema probablemente no tenga demasiada relevancia práctica, ya que en la mayoría de los casos el éxito es reclamado por quien lo ha logrado (la modestia sólo es un ornato porque es poco frecuente), de manera que al negar el logro, se está llamando fanfarrón a su autor.

3. Puesto que se trata de proteger aquella imputación que es necesaria para el mantenimiento de la sociedad, el honor o deshonra establecidos en función de sistemas de imputación ajenos a la sociedad quedan excluidos del derecho de injurias. Esto afecta, por un lado, a las concepciones relativas al honor imperantes en grupos marginales (46) (sea un «honor del criminal», sea el concepto de honor de grupos esotéricos). El hecho de que se afirma que el propio revolucionario no cree en el nuevo orden mundial o que el terrorista no ha arrojado la bomba o que el miembro de la banda sale corriendo cuando la situación se pone seria, o que el conocido calavera en el fondo de su corazón es un buen padre de familia o que el sujeto que abiertamente afirma ser homosexual sólo es un heterosexual neurótico etc., sólo tienen efectos perturbadores en grupos a su vez perturbadores, o en todo caso innecesarios para la subsistencia de la sociedad.

Por otra parte, la limitación al sistema de imputación propio de la sociedad afecta a aquellas valoraciones que provienen de ideologías ajenas al sistema, como por ejemplo determinadas doctrinas morales de índole religiosa o la ideología comunista. Por consiguiente, si en el sermón se afirma respecto de los fieles reunidos que todos ellos son pecadores, o incluso un nido de víboras, ello no es injurioso, como tampoco lo es la afirmación del marxismo vulgar de que todo empresario es un explotador. En estos casos, no se trata de intentos de falsear la imputación en el sistema existente, sino de modificar el sistema de imputación vigente. Naturalmente, ello sólo es así si del contexto se deduce que la valoración se ha producido en función de un contexto ajeno al sistema.

4. Probablemente, la solución que aquí se propone sufrirá las críticas más importantes por circunscribirse a los comportamientos imputables. Desde hace mucho tiempo, uno de los problemas más complejos del derecho de injurias (del «concepto de honor») es el de determinar si es injurioso la falsa atribución de un defecto en el ámbito de cualidades y aptitudes que se consideren de manera evidente como indisponibles—y con ello como no susceptibles de ser imputadas— para los seres humanos (por ejemplo: falta de inteligencia o de «normalidad» sexual o estética) o cuando se trata a una persona sin tener en cuenta su dignidad (47). *Binding* (48) vinculó la norma contra las injurias estrechamente al comportamiento, con la consecuencia pretendidamente necesaria de que insultos como «idiota» y sus sinónimos sólo debían tener, según él, la consideración de «pseudoinjurias»; algunas posi-

(45) Difere la opinión probablemente dominante desde *Binding* (n. 36), p. 145.

(46) Vid. respecto de la función de honores específicos de grupo: *Simmel* (n. 12), pp. 404 y s.

(47) Exposición de la discusión en *Hirsch* (n. 14), pp. 82 y ss.; *Tenckhoff* (n. 34), pp. 42 y ss.

(48) (n. 36), p. 144.

ciones consideraran injurioso hacer referencia a las «insuficiencias elementales» en el equipamiento indispensable (49), otras buscan la solución en la vulneración de la dignidad humana (50), para otras el problema no aparece porque las injurias se han agnado hasta convertirse en una vulneración de derechos personales (51). Todo ello resulta insatisfactorio. En primer lugar, el reproche de «idiota» en la mayoría de los casos no significa que quien es designado de ese modo merezca benevolencia, sino que ha cometido un error que precisamente le es imputable. Si ello, sin embargo, no es así («realmente disminuido» etc.) y el menosprecio no está en el reproche—indiscutiblemente injurioso—de que quien es designado así exige de manera imputable más de lo que le corresponde, esa calificación falsa—en caso de que no sea precedente—la valoración del comportamiento que ha desarrollado el afectado: el comportamiento pretendidamente idiota en realidad no ha tenido lugar. Ello es así incluso en los casos en los que es normal que concurre un defecto elemental que conlleve la ausencia de actividad imputable. En este sentido, decir de un una persona de noventa años con una intensa actividad intelectual que es un «anciano semiconsciente» es injurioso, porque niega la actividad imputable del afectado (52); quien hace más de lo que cabría esperar, desde luego que no tiene necesariamente—bajo pena de condena por injurias en caso de omisión—que ser elogiado por ello; pero a pesar de ello, el hecho de negar su logro constituye una falsa imputación a su costa.

Tampoco la absolutización de defectos estéticos tiene mayores dificultades para su resolución, como, por ejemplo, referirse a una mujer enjuta como «cabra ordeñada». Lo injurioso de la expresión está en que se niega que la autorrepresentación de la persona—que en realidad es imputablemente correcta—sea humana. Si esta negación no se deduce del contexto, se trata de una grave falta de educación, pero no de unas injurias (53), porque la comunicación sobre el equipamiento estético de una persona—a diferencia de lo que ocurre en el caso de los comportamientos imputables—no es comunicación generalmente necesaria para el mantenimiento del sistema.

De esta manera, el único ámbito posible para tomar en consideración los defectos humanos no imputables son los casos en los que se afirma la existencia de un defecto totalmente desvinculado del comportamiento que el afectado ha desarrollado hasta el momento: por ejemplo, que alguien, después de un accidente, se ha quedado impotente o enajenado, que un niño, pequeño no tiene posibilidades de desarrollo, etc. En estos casos, probablemente muy poco frecuentes en la práctica, no se falsea—como en el caso de las injurias—la imagen que debe obtenerse retrospectivamente del comportamiento del afectado, sino que se emite un juicio de futuro desfavorable. Este juicio de futuro puede—como en el caso de los ataques contra el honor y de cualquier intriga—disminuir enormemente las posibilidades del afectado,

(49) *Hirsch* (n. 14), p. 83.

(50) *Tenckhoff* (n. 34), pp. 178 y s.

(51) *BGHSt.* 7, pp. 129 y ss.; 9, pp. 17 y ss.; 11, pp. 67 y ss.; 16, pp. 58 y ss., 60; ulteriores referencias en *Tenckhoff* (n. 34), pp. 43 y s.

(52) Cfr. *Otto, Festschrift für Schwinge*, p. 81.

(53) De otra opinión *Tenckhoff* (n. 34), p. 176.

pero también puede ser —a diferencia del ataque injurioso— demostrada su falsedad mediante el comportamiento futuro. Además —y de manera unánime hasta el momento—, tampoco la falsa afirmación del más elemental de los defectos, la muerte, se considera injurioso. Bien es cierto que los así llamados «elementos constantes del honor» son necesarios, como elementos de una humanidad innata, inalienable, para la fundamentación del derecho de la personalidad, de la dignidad humana y de la igualdad; es erróneo, sin embargo, establecer mediante las injurias una garantía penal de todo ello, ya que sólo la comunicación sobre los comportamientos imputables es deseada desde un punto de vista general y necesaria por ello de una protección general.

5. Tomando en consideración, como aquí se propone, el interés público, tampoco se garantiza que siempre sea completa la lesión de un interés en el momento de concluirse el acto comunicativo injurioso, esto es, cuando se han consumado las injurias. Pero la posición que aquí se defiende apoya una posible fundamentación en este sentido. ¿Por qué las injurias se consuman, *ceteris paribus*, antes que la estafa. Y por qué ni siquiera es preciso —especialmente en manifestaciones hechas frente a terceras personas— que haya dolo de que la afirmación afecte de alguna manera negativa al círculo vital del afectado? Desde el punto de vista exclusivamente personal, hay dos posibilidades de solución (54): se puede hacer referencia a las dificultades existentes a la hora de reconstruir en juicio si y en qué medida el destinatario pudo verse influenciado por la manifestación, pero ello no explica que se renuncie al lado subjetivo correspondiente. También puede atribuirse a la persona afectada un derecho a la verdad, en la medida en que se «habla» de ella; pero esto nos conduce de la protección de la persona a la protección de la imagen de la persona. Esto último no tiene por qué estar equivocado: la imagen representa a la persona y su constatación y destrucción son a su vez constatación y destrucción simbólicas de la persona. Si también se tiene en cuenta el interés público, esta lesión simbólica puede concretarse aún más: de la misma manera que en el proceso formal la correcta administración de justicia es (no solamente protegida, sino) representada por la verdad, de manera que al vulnerarse la verdad se vulnera al mismo tiempo simbólicamente la administración de justicia (55), también en el proceso informal la corrección de la imputación es representada por la verdad y es lesionada simbólicamente al vulnerarse la verdad.

(54) Respecto de la solución de Hirsch, vid. *supra*, texto correspondiente a la n. 21.

(55) Vid. Jakobs (n. 29), 6/88.

## 18. COACCIONES POR MEDIO DE VIOLENCIA (\*)

Uno de los primeros trabajos de *Hilde Kaufmann* se ocupaba de la problemática del error en el apartado 2 del § 240 StGB (1) (\*\*). En aquél entonces se presumía que en dicho apartado se contenía la problemática del delito de coacciones, en cuya solución la dogmática jurídica penal tenía que dar pruebas de su valía. Entretanto, esta ubicación se ha quedado obsoleta. Desde hace tiempo, las confusiones en torno a la cláusula de reprobabilidad se han visto enmarañadas en un *único* ovillo, conjuntamente con las confusiones existentes en torno al concepto de violencia —que no se han visto reducidas—. El esfuerzo que se hace a continuación pretende interpretar el apartado 1 del § 240 StGB, de manera que sea posible prescindir de una solución de compromiso como la contenida en el apartado 2 del precepto. En el centro de dichas consideraciones se encuentra el desarrollo dogmático jurídico-penal del concepto de violencia, que quizás suscite un mayor interés, dado que en el seno de la criminología tampoco se considera que dicho concepto esté especialmente claro (2).

### I.

El delito de coacciones, § 240 StGB (3), tiene diversos orígenes (4). Esta falta de homogeneidad es la causa por la cual la interpretación de lo que ha de entenderse por violencia entraña dificultades desde que existe el delito

(\*) Título alemán: «Nötigung durch Gewalt», publicado en: *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, Walter de Gruyter, Berlin, New York 1986, pp. 791 a 811. Traducción de Carlos J. Suárez González.

(1) *H. Vianden-Grüter*, *Der Irrtum über Voraussetzungen, die für § 240 II beachtlich sind*, GA 1954, pp. 359 y ss.

(\*\*) El § 240 StGB prescribe: «Coacciones: (1) Quien coaccione a otro de modo antijurídico con violencia, o amenazándolo con un mal grave, a realizar, tolerar u omitir una acción, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa, y en supuestos especialmente graves con pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) El hecho es antijurídico si el empleo de la violencia o la amenaza del mal en orden a alcanzar el fin

perseguido debe ser considerado reprobable.

(3) La tentativa es punible.» (N. del T.)  
(2) *Kaiser*, *Kriminologie*, 7.ª ed. 1985, pp. 294 y s., 299 y s.

(3) El antecedente de la antigua redacción del tipo del § 240 StGB, con el que coincide en su tenor literal, lo conforma el § 240 del Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (Codigo Penal para la Federación del Norte de Alemania), referencias sobre los antecedentes jurídicos de los distintos estados alemanes se encuentran en *Hälschner*, *System des Preussischen Strafrechts*, 2. Teil, 1868, p. 178, n. 4.

(4) *Hälschner* (n. 3), pp. 177 y s.; *Köstlin*, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, Bd. 2, a cargo de la ed. Th. Geßler, 1888, pp. 417 y ss.; *Liszt/Schmidt*, *Strafgesetzbuch*, 25.ª ed. 1927, § 99.

