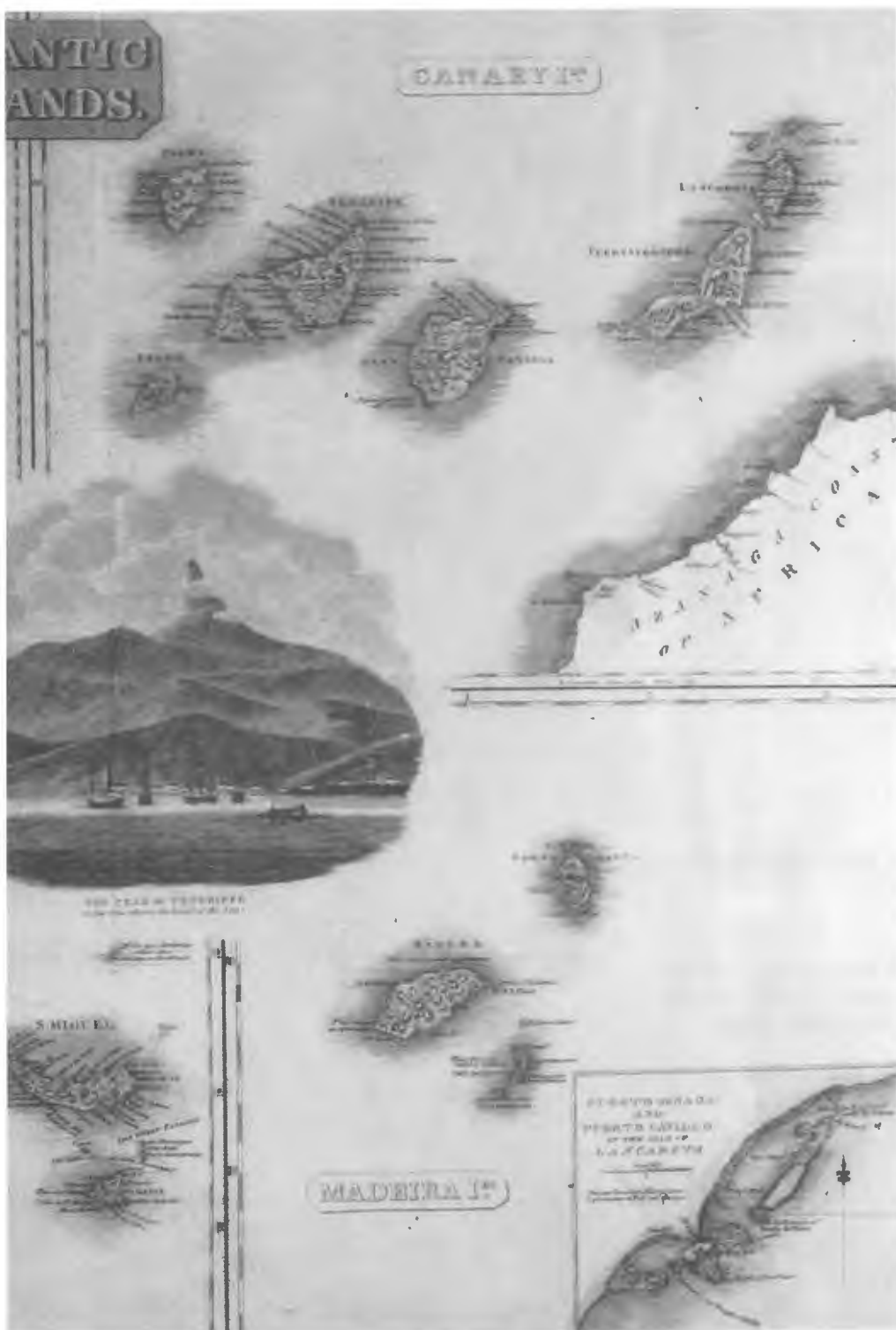


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LAS REFORMAS EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LAS PERSONAS*

PROF. DR. JOAN J. QUERALT

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

I

A la hora de efectuar la distribución de las diversas ponencias y atribuirme, como anfitrión, una, pensé en contribuir a esta II Semana de Derecho Penal de Las Palmas con el repaso que tocaba efectuar a una parcela ciertamente clásica, y, en apariencia, poco sujeta a los vaivenes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales como es lo que lato sensu podríamos denominar delitos contra las personas; es decir, aquellos ataques provenientes, principalmente de particulares, contra los bienes esenciales de los ciudadanos, como son su vida y su integridad física, su libertad, incluida la sexual, y su seguridad, así como la intimidad en sus diversas facetas, con referencia obligada al honor.

Sin embargo, hasta este clásico y, por tanto, de modo sobreentendido, casi ahistórico capítulo del Derecho Penal, ha sufrido los embates normativos, aplicativos y científicos de la comunidad jurídica en la misma medida en que las exigencias de la sociedad española se manifestaba, especialmente en orden

(*) El presente trabajo mantiene, en lo esencial, su estructura de ponencia oral; por lo tanto, sólo se han añadido retoques y notas estrictamente imprescindibles.

a garantizar con mayor plenitud la personalidad individual, tanto frente a las injerencias intolerables de terceros particulares, como de las incesantes estatales. Surge así, la paradoja de que nos halláramos en pleno apogeo del Estado social, que todo lo quiere intervenir sin parar en muchas mentes (por ejemplo, la reciente Ley de Seguridad Ciudadana), y con que el mantenimiento y profundización de las garantías más genuinamente democráticas de aseguramiento de la personalidad pugnan por asentarse con igual intensidad que el afán intervencionista.

A esta paradoja, más aparente que real, no es ajeno el reciente y quasi futuro devenir del sistema jurídico-penal español, ni tan siquiera en una parcela como la de los delitos contra las personas.

Éste era mi planteamiento inicial y desde esta perspectiva pretendía haber enjuiciado la evolución jurídico-penal inmediata. Sin embargo, la publicación del Anteproyecto de Código Penal ⁽¹⁾ en febrero de 1992 ⁽²⁾ ha trastocado mi primer propósito, pues entiendo que no resultaría justificable pasar por alto el proyecto primitivo para recrearnos, exclusivamente, en lo que hasta ahora ha sido Derecho vigente. No obstante, como esta II Semana de Derecho Penal de Las Palmas no está consagrada al Anteproyecto, sino a hacer balance de lo que ha acontecido en nuestro campo durante los últimos y significativos 3 lustros, me parece lo más conveniente ceder a una síntesis temática.

De esta suerte, en una primera parte de mi intervención abordaré someramente los cambios más significativos operados en nuestro Código Penal en

- (1) En prensa prácticamente estas notas, se han publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, el 23 de septiembre, el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Ello comporta que, marginalmente y por razones de pulcritud formal, algo de lo que se dijo en la II Semana haya de ser modificado o matizado a la vista del texto que, finalmente, ha sido remitido por el Gobierno a las Cortes Generales. Con todo, las líneas generales de lo entonces dicho se mantienen ahora sin problema alguno.
- (2) En la *Introducción* que a la publicación oficial del Anteproyecto del Código Penal firma el Prof. Tomás Quadra-Salcedo, como Ministro de Justicia, se contienen las siguientes afirmaciones en la pág. 15 de dicha publicación: “Este Anteproyecto no nace, con todo, con una vocación de incitar al debate, como lo hiciera la PANCP, sino con vocación de convertirse, tras superar los trámites pertinentes, en norma jurídica vigente. Ha sido enviado, es verdad, a Grupos Parlamentarios, Partidos Políticos, Organizaciones Sindicales, Asociaciones de Jueces y Magistrados y Fiscales, Colegios de Abogados y Procuradores, Catedráticos de Universidad y, en suma, a todos cuantos verosíblemente tienen algo que decir respecto de una norma tan directamente vinculada con la conducta cotidiana de la ciudadanía como el Código Penal. *Pero ha sido enviado no ya a título de debate, sino para que esas entidades, con seguridad representativas de diversos sectores de la vida política, social, institucional y científica, tengan cabal conocimiento de las propuestas que el Gobierno considera más razonables en orden a la articulación de un nuevo Código Penal*”. Algún tipo de discusión, que desconozco, habrá tenido lugar, puesto que el texto publicado en febrero de 1992 y el enviado al Boletín Oficial de las Cortes, en septiembre siguiente, no son literalmente coincidentes, sino que el Proyecto es más extenso que el Anteproyecto.

el período que nos ocupa y, en una segunda parte, me ocuparé de establecer de si, para algunos de los aspectos necesitados de reforma en los delitos contra las personas, el prototexto penal está en condiciones de superar satisfactoriamente el listón de lo que ha de ser, en verdad, un nuevo Código del Sistema Penal. O, si, simplemente y pese a las apariencias y cambios de denominaciones, no estamos más que ante una mera puesta al día, no siempre, para colmo de males, de mejor factura que su centenario antecedente.

II

La treintena larga de reformas⁽³⁾, que sólo el Código Penal⁽⁴⁾ ha experimentado desde 1976, fecha en la que con la despenalización de derecho de asociación política⁽⁵⁾ se da el primer paso para la reinstauración democrática en España, han afectado de modo importante, por un lado, la configuración tradicional de los delitos contra las personas, suponiendo modificaciones técnicas o sistemáticas, y, por otro, ha introducido novedades legislativas e interpretativas hasta el momento desconocidas en la praxis jurídico-penal nacional, pese a que algunas de ellas venían siendo reclamadas insistentemente y desde épocas anteriores por buena parte de ciertos sectores sociales y de amplios grupos científicos y profesionales⁽⁶⁾.

Claro está, no voy a repasar uno por uno, los diversos preceptos enumerados, modificados o el giro interpretativo en algunas de las figuras legales⁽⁷⁾. Resultará más oportuno seleccionar algunos botones de muestra suficientemente simplificativos a nuestros efectos expositivos.

Así, en primer término, en el ámbito del cambio interpretativo de las normas preexistentes nos hallamos muy específicamente con el tema del *honor*.

(3) Lo que supone una reforma cada seis meses.

(4) Se deja de lado la reforma de otras leyes penales sustantivas (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social, Ley de Control de cambios, Ley de contrabando, Código penal militar) o procesales (Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Enjuiciamiento criminal, Ley Procesal Militar,...), así como las leyes policiales y el nuevo Derecho penitenciario nacido, fundamentalmente, al socaire de la Ley Orgánica General penitenciaria.

(5) Ley 23/1976.

(6) A este respecto es de interés confrontar y recordar ahora las Conclusiones en materia penal del Congreso de la Abogacía de León (1970) y las de las III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, celebradas en Santiago de Compostela en 1976.

(7) Un repaso a los manuales más comunes en sus diversas ediciones (BAJO, COBO/VIVES/BOIX/CARBONELL/ORTS, MUÑOZ CONDE, QUERALT, RODRÍGUEZ DEVE-SA) y su comparación con lo que, sin duda, es el canon de la Parte Especial, el Tratado de QUINTANO, permite observar la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial de modo completo.

Sin haberse modificado un ápice la configuración legal de los preceptos en el Código penal⁽⁸⁾ que pretenden proteger jurídico-penalmente esta parcela de los derechos de la personalidad, lo cierto es que, de la mano del *Tribunal Constitucional*, la materia de prohibición se ha reducido, por un lado, y ha sido redimensionada, por otro. No obstante, ahora no llevaré a cabo este necesario análisis, sino que lo dejaré para la tercera parte de mi comparecencia ante ustedes, precisamente, como testigo paradigmático de la capacidad renovadora o no del (Ante)proyecto de Código Penal en materia de delitos contra las personas.

Así las cosas, corresponde centrarse ahora, siquiera someramente, en algunos de los aspectos más llamativos de las recientes reformas del Derecho positivo. Ello, no obstante, y aunque no podamos entrar ahora en su análisis no nos ha de hacer olvidar otras interesantes innovaciones, tales como la supresión del homicidio y de las lesiones en riña tumultuaria⁽⁹⁾, la renovación y reducción de lo que se ha venido en llamar delitos contra los bienes costumbres⁽¹⁰⁾, el castigo del impago de las prestaciones económicas derivadas de las relaciones familiares (art. 487 bis)⁽¹¹⁾ o las observaciones telefónicas y la divulgación de lo observado (arts. 192 bis y 497 bis)⁽¹²⁾. No menos importante, finalmente, es la *degradación* de delito a falta de todas las imprudencias contra las personas no calificables de temerarias o negligentes profesionalmente, así como el sometimiento a la condición de procedibilidad que representa la exigencia legal de denuncia previa del ofendido para perseguir las nuevas faltas de imprudencia del art. 586 bis.

Los *aspectos normativos* que me parecen más relevantes son los de las innovaciones en *materia de impunidad* de ciertas prácticas *abortivas* y la modificación de los delitos de *lesiones* y contra la *libertad sexual*. Por otra parte, el haz de muestras que en el futuro pueden deparar más polémica y no menor

(8) La reforma en materia de honor sólo ha tenido un alcance procesal y bien parco en frutos en la realidad; vid. art. 4 Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

(9) Derogación efectuada por la LO 3/1989.

(10) La LO 5/1988, entre otras figuras, derogó el escándalo público y la blasfemia e introdujo los delitos de exhibición sexual y coacción a la exhibición sexual.

(11) Innovación, un tanto pírrica, debida a la LO 3/1989. La crítica que merece este precepto es que el impago de las pensiones no se soluciona con la introducción de un delito especial de desobediencia —que tiene la misma pena que el art. 237—, sino que su solución está en el trabajo no rutinario y adocenado de la Administración de Justicia; es decir, está en el empeño de los órganos judiciales en perseguir el esclarecimiento de la verdad material ante alegaciones inverosímiles del cónyuge deudor y en la colaboración intra y extrajudicial.

(12) Efectuada por la LO 7/1985.

interés es, junto a una presumible ampliación de la despenalización del aborto ⁽¹³⁾, el relativo a la *eutanasia*. Éstos, son pues los temas elegidos.

A. Pasamos revista, pues, a la regulación tradicional del delito de lesiones y a las implicaciones de su reforma a medio de la LO 3/1989. Como es sabido y no es más que un lugar común repetirlo, la regulación de los delitos de lesiones era técnicamente incorrecta y político-criminalmente extravagante. Así es, por un lado, el *escalonamiento de los tipos*, efectuado desde una óptica *claramente mecanicista* —como la de los delitos contra la piedad antes de su reforma por LO 8/1983— atendía fundamentalmente a un *resultado*, sólo muy difícilmente previsible con exactitud en las lesiones stricto sensu, pero que *favorecía al autor* cuando la lesión dolosa era la buscada de propósito y no integraba ni los tipos anteriores de la castración y de la mutilación. Si a ello se añade la defectuosa previsión del consentimiento y un incorrecto planteamiento doctrinal del mismo, obtendremos como conclusión la mencionada extravagancia político-criminal. De ahí que se haya intentado *solventar* algunos de los problemas que planteaba la anterior configuración de los delitos de lesiones stricto sensu acudiendo a figuras dogmáticas como las de la *preterintencionalidad* o la *combinación dolo-imprudencia*; igualmente, el consentimiento en las lesiones, cuando se produce un daño físico, se ha intentado amparar desde varias perspectivas, fundamentalmente desde la de la ausencia de lesividad o la del ejercicio de un derecho o profesión. Por mi parte, basé el consentimiento en las lesiones en la naturaleza disponible del bien jurídico, concibiendo el art. 428 como a una *garantía*, más que a una carga. En efecto, las lesiones son punibles si media como mínimo imprudencia, aunque se haya prestado consentimiento. Éste era el entendimiento que facilitaba el anterior art. 428, anterior a 1983, y que hoy tras las reformas de ese año y de 1989 han de entenderse subsistentes, pues, de lo contrario se generaría un gravísimo privilegio ex lege, sin base legal ni político-criminal para ello. Quien, aun con intención de sanar, causa una lesión en el transcurso de una operación quirúrgica consentida voluntariamente, responde de esa lesión si su actuación no se ajusta a la *lex artis*. Sólo en este sentido cabe entender que el consentimiento es irrelevante; no es, ni puede, una patente de impunidad que cubra la mala práctica médica o deportiva.

Aparte de esto, la *sustancial modificación* de los delitos de lesiones lato sensu ha sido que el legislador, movido esencialmente por la carga del trabajo

(13) En el art. 151.2 PCP se prevé, como la pena para la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

judicial, ha roto el sistema tradicional español de la *imprudencia*, que, dada su influencia práctica en las lesiones y en los daños, ha supuesto un giro copernicano en el tratamiento dogmático de estos delitos. Así, por un lado, y dejando de lado el defectuoso sistema de asignaciones de la pena, *de las lesiones* —y, claro es, no sólo de las lesiones— *imprudentes sólo se tienen en cuenta para ser calificadas de delito las formas más graves*: la deficiente actuación profesional y la imprudencia temeraria, centrada la primera a los graves resultados de muerte o pérdidas de órganos o sistema físico o psíquicos esenciales para el ser humano. De esta suerte, el resto de imprudencias punibles, de hecho las estadísticamente más frecuentes, no sólo quedan *degradadas a falta* ⁽¹⁴⁾, sino que, además y muy principalmente, su castigo queda condicionado a que el *ofendido decida denunciar* el hecho judicialmente.

El nuevo sistema legal de las lesiones permite avanzar en la línea dogmática de la *combinación dolo-imprudencia* a fin de delimitar el papel del resultado en las lesiones y al postergar a cantidades ciertamente poco significativas los supuestos de imprudencia. En suma, el *papel del resultado* pasa a segundo plano, sin perder relevancia cuando es buscado dolosamente, lo que realza el papel del conocimiento y voluntad del agente, (art. 422) poniendo, de este modo, el acento al castigo más en la acción que en el resultado. Este planteamiento es plenamente coherente con el propósito que, vinculado con la Constitución de 1978, anima al legislador penal de castigar acciones humanas previsibles ex ante, y a dejar de poner en primer plano resultados deficientes gobernables, pero determinantes de la pena.

Queda, sin embargo, por resolver de modo claro el *tema del consentimiento*. El actual art. 428, que mejora las previsiones de su predecesor ⁽¹⁵⁾ en la redacción dada en 1983 en materia de esterilización de inimputables ⁽¹⁶⁾, no aborda la cuestión del consentimiento en las lesiones del *único modo cabal*: suprimiendo toda mención al tema, dejando que la atipicidad sea la categoría que moldee esta constelación de casos, que sólo el legislador parece querer

(14) No deja de ser curioso que ataques contra la integridad física puedan ser calificados de falta.

(15) La redacción anterior a 1983 proviene como es sabido de 1963, redacción que BERDUGO (*El delito de lesiones*, 1982, pp. 40, 73, 80, por ejemplo) considera inconstitucional. Sin embargo, el entendimiento tradicional del consentimiento no es el único posible; cfr. mi *Derecho penal español. Parte Especial*, ² 1992, pp. 64 ss.

(16) Vid. sobre las insuficiencias anteriores a la reforma operada por la LO 3/1989, las posiciones críticas de ARROYO, *Problemas jurídicos de la esterilización de menores e incapaces*, en *La Ley* (2100), 1988, pp. 1 y 2; SILVA, *La esterilización de disminuidos psíquicos*, 1988, pp. 26 ss.

complicar. Complicación en la que cae de nuevo el PCP (art. 163⁽¹⁷⁾) al considerar el *consentimiento en las lesiones como un atenuante*. Este entendimiento dificulta sobre manera conceptuar lo que sean lesiones, lo que sea consentimiento y lo que sea disponibilidad sobre bienes jurídicos personales.

B. En materia de delitos violentos *contra la libertad sexual*, nos encontramos, de entrada, con la nueva rúbrica del Título IX del libro II, dada por la LO 3/1989. Yendo a aspectos más esenciales, recogiendo un amplio sentir doctrinal y jurisprudencial, el delito de violación ha sido ampliado. La materia de injusto ha sido, en verdad *dilatada, acudiendo a un doble expediente*. Por un lado, *universalizar* los sujetos activo y pasivo, siguiendo la brecha abierta para los demás delitos, entonces aún con la honestidad, practicada por la L. 46/1978. De esta suerte, si bien el *sujeto activo* deberá seguir siendo un hombre⁽¹⁸⁾, el *sujeto pasivo* podrá serlo en la medida en que la acción elegida por el sujeto activo lo permita⁽¹⁹⁾, del mismo sexo que el activo o no, abandonando la mujer el papel de único sujeto pasivo posible.

Por otro lado, y como consecuencia de ese mismo designio legislativo, la *acción típica*, el yacer, queda *trastocada* y se convierte en *acceso carnal*. Esta acción típica resulta, ciertamente, más amplia que el yacer a la vista de la mencionada universalización de los sujetos. Sin embargo, lo que se ha ganado en amplitud de protección de la libertad de autodeterminación sexual se ha perdido, innecesariamente, en *previsión del tipo* legal y en concreto del aspecto central del tipo: la descripción del comportamiento prohibido y, por tanto, puesto bajo conminación penal.

Cuando un comportamiento humano se criminaliza y la pena que se elige es de tanta envergadura como la de reclusión menor, la misma, por ejemplo que la del homicidio, se debe exigir a quien ostenta el poder de someter a castigo criminal los comportamientos humanos merecedores socialmente de tal previsión que huya de las frivolidades y se aparte de sobreentendidos, que puedan responder a exigencias y formulaciones plásticas de un momento dado, *pero que carecen de suficiente tradición jurídica como para ser consideradas conceptos*

(17) Bien es cierto que con la matización del art. 164; sin embargo, esta matización, de factura prácticamente idéntica al actual art. 428, enreda aún más las cosas, dado que contiene dos disposiciones adversativas. Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, ¹ 1991, p. 106, quien propone la supresión de este precepto.

(18) Vid. ORTS, en BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma de 1989*, pp. 141 ss.; el mismo en COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte Especial*, ¹ 1990, pp. 618 ss.; QUERALT, *Derecho penal*, cit., ² 1992, pp. 134 ss. Criticando la restricción en la ampliación del sujeto activo, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., ³ 1990, p. 389.

(19) No lo permite la relación heterosexual en la que el hombre es el compelido.

normativos. Y “el acceso carnal” sólo puede ser un concepto normativo, desde el punto y momento en que por vía de mera interpretación gramatical o de interpretación usual del lenguaje dicha expresión *carece de no sólo de contornos fijos, sino, incluso, de contenido preciso*. Tales elementos, contenido y contorno, de la acción típica han de venir normativamente derivados de una interpretación sistemática.

Más que recurrir a la expresión homóloga a la empleada en el estupro, igualmente imprecisa, *tras la reforma de 1978 al universalizarse los sujetos activo y pasivo de dicho delito*, ha de ponerse en contacto esta expresión con *otros elementos típicos del mismo delito de violación*, a saber, los lugares del cuerpo a través de los que se accede carnalmente (la Ley utiliza la expresión “por vía”), por un lado, y, con la consideración que tal acceso cabe entender que tiene presente el legislador, a saber, la de agresión (ex art. 430: “cualquier otra agresión sexual”), por otro.

De ello cabe deducir por *vía interpretativa*, supliendo el operador al legislador en una tarea en la que éste debería haber empeñado mucha mayor pulcritud y fiabilidad, que el *acceso carnal* que cabe considerar como típico en el nuevo delito de *violación es la penetración violenta y genital por parte del sujeto activo del sujeto pasivo*.

Cualquier otra agresión sexual, para utilizar las correctas palabras de la Ley, quedará reducida en alguna de las variedades del art. 430, cuya segunda parte ha introducido, acertadamente desde mi punto de vista, el castigo de la utilización de determinados instrumentos o la realización de determinadas prácticas, aun cuando, como parece sobreentender el tipo penal, la práctica sexual inicial fuere jurídico-penal irrelevante. La regulación del PCP (arts. 181 y 182), salvo el modo en que se menciona la imprudencia, que debería concretarse al error vencible sobre las características del sujeto pasivo, es más acorde con la realidad. El traspaso del acceso sexual oral (ahora violación) a las agresiones sexuales parece acertado desde esta perspectiva.

Queda, sin embargo, un problema de inusitada gravedad sin resolver. Se trata de la denominada *violación pregunta*, cuyos sujetos pasivos pueden hoy también ser niños varones, en el seno de prácticas homosexuales. Así es, de acuerdo a una amplísima y casi incoñcusa corriente jurisprudencial, apoyada por la doctrina mayoritaria, la violación prevista en el art. 429, 3.º se consuma, a la vista de la desproporción orgánica que se suscita en muchos casos, con *el mero contacto genital*. Exigir una consumación, tal como se entiende tal estadio

delictivo para el resto de modalidades de violación, supondría añadir con mayores padecimientos y daños a la víctima. Esta postura, encomiable en lo moral y correcta político-criminalmente hablando, está proscrita, entiendo, por el principio de legalidad. O una de dos: o existen dos delitos de violación, a saber, uno de maduros y otro de inmaduros sexualmente —y la letra de la Ley no da pie para ello— o existe uno sólo con idénticos requisitos. Así las cosas, no habría que perder una ocasión, al reformar estos preceptos, de cohonestar una preocupación de los operadores jurídicos que no encuentra cauce legal en la redacción positiva actual.

C. En materia de *interrupción voluntaria del embarazo*, el peculiar modo de introducción del art. 417 bis en el CP, mediante el recurso —ya derogado— previo de inconstitucionalidad, que dio lugar a una peculiar resolución del más Alto Tribunal (la STC 53/1985⁽²⁰⁾), ha llevado a la inclusión en nuestro Derecho de los supuestos despenalizadores para las que cooperen con la mujer que se encuentre en alguno de los mismos y desee abortar. La regulación española, justo es decirlo, si bien alivió en parte un grave problema social y vía salud propia de la madre se permite, en la práctica, una dilatación de dicha apertura ante la ausencia de otras vías, lo cierto es que la regulación estrecha. No deja de llamar la atención que la vigente regulación es mucho más restrictiva que la que en su día puso la Democracia Cristiana alemana y el Tribunal Constitucional Federal hizo suya, casi literalmente, cuando en su sentencia de 25-2-1975⁽²¹⁾ sobre el aborto, dictó, como es obligado en Derecho alemán, una normativa de transición, al derogarse un precepto. En efecto, la normativa puesta y aceptada incluía, para lo que aquí interesa, la indicación social.

El PCP mantiene, con todo y pese al cúmulo de críticas⁽²²⁾ recibidas, pocas variantes respecto de la legislación actual. Como novedades hay que destacar, en primer lugar, *la sustancial rebaja de la pena de la mujer que aborta sin estar incurso en alguno de los supuestos de impunidad*. Además, para el auto-aborto, la pena, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, es menor que las de los que realizan el aborto con su consentimiento; es más, puede llegar

(20) Por un lado, desde una perspectiva sumamente restrictiva, se cierra al paso a una aplicación lógica de la interrupción voluntaria del embarazo al considerar que el bien jurídico vida es en un valor superior constitucional, valor cuya literalidad no figura en la Constitución de 1978; por otro, se contentó la mayoría del Tribunal Constitucional con la denuncia de la violada —presunta, lógicamente—, para apreciar el aborto ético.

(21) Vid. Bverfg 39, 1.

(22) La mayor crítica posible la constituye la STS 1-12-1990 que ratificó la absolución acordada por el Tribunal Provincial, al considerar aplicable al aborto las causas de justificación del art. 8, y entre ellas, lógicamente, el estado de necesidad.

a sustituirse la pena de prisión de seis meses a un año, de por sí atenuada, por la multa de seis a 24 meses (art. 151.2) ⁽²³⁾.

En lo tocante a la previsión de los supuestos de impunidad, las llamadas indicaciones, *la ética* se hace depender de *un delito* contra la libertad sexual o de inseminación artificial no consentida ⁽²⁴⁾ y no sólo, como en la actualidad, de la concurrencia de un delito de violación. Esta ampliación evitará escándalos como el de la condena por aborto —por el momento—, aborto consecuencia de yacimiento more stupri entre parientes.

III

Señalé antes que un aspecto que merecía especial atención era, en materia de delitos contra la vida, la *eutanasia*. En la regulación puesta de la inducción y auxilio al suicidio (art. 149.4 PCP) se produce una rebaja tan significativa de la pena ⁽²⁵⁾ que, de hecho, al poder ser remitida condicionalmente o sustituida por una pena de multa, impedirá que quien ha llevado a cabo un auxilio ejecutivo al suicidio o ha cooperado activamente ⁽²⁶⁾ con el suicida ingrese efectivamente en prisión.

A. En primer lugar, ha de señalarse que la introducción de tan sensible atenuación en esta específica modalidad de auxilio ejecutivo al suicidio no puede ser entendida si no es desde un replanteamiento social y constitucional del tema.

En efecto, se quiera o no, la sociedad camina lejos de los senderos tradicionales de la sublimación del sacrificio y de la permanente autoinmolación que, en defecto de otras gratificaciones más succulentas, implicaban buenas dosis de masoquismo. Por otro lado, la persona en concreto, el ciudadano con cara y nombre y plena sociedad de masas, tiene un lugar en la misma como tal persona, lugar que nunca en la historia había tenido.

(23) Se suprime, además, el art. 412 y se castiga exclusivamente el aborto producido por imprudencia grave (art. 154), castigo que nunca alcanzará a la embarazada. Final y afortunadamente se pretende suprimir el aborto honoris causa.

(24) Los delitos de inseminación artificial constituyen una novedad en la legislación española. Se contienen en el título V del Libro II. Tal es la novedad que divergen las regulaciones del APC (diciembre 1991 - febrero 1992) y el PCP (septiembre 1992).

(25) Por otro lado, no puede pasarse por alto que el auxilio ejecutivo al suicidio en el PCP, contrariamente a lo que sucede en la actualidad, está penado con la pena inferior a la del homicidio; en efecto, éste tiene asignada una pena de prisión de 10 a 15 años y el tipo que nos ocupa contempla una prisión de seis a diez años.

(26) Cooperación que sólo puede ser la del actual art 14,3; vid. mi *Derecho penal* cit., ² 1992, p. 19.

La capacidad de sacrificio inútil de las personas tiende a desaparecer a pasos agigantados; dónde se detendrá esta evolución no es fácil predecirlo. Lo que sí, en cambio, parece cierto, es que empieza por la propia calidad de vida. Esto y la cuestión del pluralismo que indeclinablemente implica una sociedad democrática y democráticamente organizada hacen el resto y sobre esta cuestión volveremos a hablar.

Así las cosas, uno de los mecanismos de democratización de la vida en común lo constituye el asentamiento de la sociedad política, del Estado, sobre una serie de pilares básicos y (para su constitución) elementales. Uno de estos pilares lo constituye el de la libertad y otro no menos importante el del pluralismo político. Ambos están configurados, junto con la igualdad y la justicia, como los valores superiores del ordenamiento jurídico vigente en España, al constituirse nuestro país en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), es decir, en algo que era lo diametralmente opuesto a la esencia misma del anterior Estado español.

La impronta que se cierne sobre todo el texto constitucional, y que cabe atribuir a ese primer párrafo inicial no puede ser en absoluto obviada. Por ello, pese a ciertas críticas, no siempre justificadas, considero que ha de quedar claro que una consecuencia expresa de la redacción del precepto es que tales valores no sólo afectan a la Constitución, sino que la *trascienden e impregnan todo el ordenamiento jurídico en la que aquélla también se inserta* (art. 9.1 CE). Es decir, que tanto en la esfera de la normación a todos los niveles y en la de aplicación de los productos normativos, como a la hora de enjuiciar la corrección de ambas funciones, tales actuaciones han de estar presididas por los valores tantas veces reseñados: libertad, igualdad, justicia y pluralismo político.

B. Es en este contexto donde el Estado adquiere el compromiso de dejar de lado muestras de brutalidad secular y de tratar a los ciudadanos —del que surge, por otro lado— como personas, respetando la inherente dignidad de cada una de sus personas (art. 10.1 CE). De lo que no es capaz el Estado es de asumir el compromiso de que el resto de los sujetos, los particulares, se comportarán entre sí como se le pide al Estado que se comporte; todo lo más, y no es poco, que el Estado aquí puede hacer es, además de la práctica de una política social que facilite el respeto por la vida de los particulares promulgar una serie de disposiciones tendente a la protección de ciertos bienes jurídicos, aquí la vida, y aplicar las sanciones correspondientes a los transgresores.

Sin embargo, la actuación del Estado va más allá aún y recorta sensiblemente el derecho público fundamental a la vida de sus ciudadanos. La vida,

así, deja de ser ese bien absoluto que en no pocas ocasiones, quizá con ligereza, se clama. Muestra de tal relativización podrían ser la proclamación del derecho/deber de defender a España con las armas (art. 30.1 CE), con la consiguiente posibilidad de pérdida o menoscabo de la vida de quienes deben ejercer/cumplir tal derecho/deber. La posibilidad de que, declarada una guerra, muchos ciudadanos hayan de perder obligatoriamente su vida es, a todas luces, más que cierta. Se encarga de recordarlo la tradicional fórmula de juramento a la bandera con la final admonición de “hasta la última gota de vuestra sangre” (Ley 79/1980). En otros lugares, como en el Código penal, al regular la legítima defensa y el cumplimiento de un deber, se admite —e incluso se llega a imponer el deber— que se puede matar a otro por parte de agentes públicos; la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad considera a todos los cuerpos policiales como institutos armados, civiles o militares, y en la defectuosísima regulación del uso del arma de fuego, admite que, en primer lugar, el arma pública está para defender al propio agente (art. 5.2 d) LOFCS). Además, el ordenamiento jurídico en diversos sectores obliga a ciertos sujetos (militares, policías, bomberos, médicos, por ejemplo) a correr riesgos —que la experiencia demuestra más que virtuales— y a poner en peligro así sus vidas. Y, por último, pero no por ello el peor, el reciente y generalmente atinado Código penal militar establece 28 penas de muerte en tiempo de guerra.

Estas y otras exigencias estatales de cobrarse unas vidas humanas demuestra que la sacrosantidad del derecho a la vida es más que relativa cuando entran en juego otros polos de comparación, que difícilmente pueden, en ocasiones, recibir el calificativo de intereses legítimos. El propio Estado y la propia sociedad demandan ciertos sacrificios de vidas humanas y toleran otros (accidentes en minas o en carreteras, por ejemplo, estadísticamente previstos cada 1 de enero). En este contexto no es fácil sustentar la inalienabilidad de la vida frente al propio Estado.

En resumidas cuentas, el compromiso por la libertad, es decir, por la capacidad de autodeterminación de las personas, ha de llevarse hasta sus últimas consecuencias. O dicho con otras palabras: la solución a este tema no puede ser la misma que la dada por el ordenamiento autoritario, o cuando menos, autoritariamente interpretado. Por eso mismo, aquí, el consentimiento es absolutamente insustituible; *ni siquiera*, el médico u otro tercero puedan ampararse en el *consentimiento presunto*. El planteamiento de la autodeterminación expuesto obliga consecuentemente a esta solución.

Y este compromiso por la libertad de decisión de todos los sujetos capaces

que integran la comunidad jurídica se manifiesta mediante la *admisión del pluralismo político*; y, a decir verdad, no puede existir pluralismo político si no se da el pluralismo ideológico, cultural y, aquí, existencial (art. 16 CE). El Estado, la sociedad política, de reconocer, como ya van dándose pasos en este sentido, que diferentes sujetos tengan diferentes opiniones, mayormente en los temas más íntimos y vitales. Y no basta con reconocerlo, sino que en la medida de lo posible no ha de ser rechazado. Y aquí parece posible.

C. A lo anterior ha de añadirse una reflexión de no menor interés. Me refiero a que la posible futura regulación contempla exclusivamente lo que se denominan *eutanasia activa* o *directa*. Deja en el tintero la pasiva y la indirecta.

Estas dos formas de *ayudar en el morir*, que no parecen ser prácticas in-habituales en nuestros hospitales⁽²⁷⁾, deben entenderse plenamente convalidadas al regularse exclusivamente la eutanasia directa, que es una *ayuda a morir*. Sostener lo contrario, supondría que la futura legislación sólo ha regulado lo más grave con relación a la situación actual y ha dejado, como mínimo, en la duda, comportamiento de mucha menor relevancia. Ello sería más grave, si se compartiera que la eutanasia pasiva e indirecta no afectan a lo punible, pues la primera cabe ser considerada como atípica y la segunda como una manifestación del estado de necesidad justificante⁽²⁸⁾.

IV

Para concluir debo abordar, como propuse más arriba, el análisis, forzosamente sucinto, de los delitos contra el honor.

Dos modos tenemos en este apartado concreto de abordar el tema. Por un lado, comprobar si, expuesta sumariamente la doctrina constitucional sobre el honor como bien jurídico, esencialmente como bien jurídico-penal, el prelegislador ha tomado nota de ella. Por otro, comprobar, que entre el Anteproyecto de diciembre de 1991/febrero de 1992 media una buena distancia, tanta como

(27) Vid., a este respecto, el interesante estudio de VEGA VEGA/VILLALAIN BLANCO, *Sobre la eutanasia: actitud de los sanitarios hacia la información y el tratamiento del paciente*, en CPC (47), 1992, pp. 473 ss., especialmente pp. 484 ss.

(28) Vid. mi *Eutanasia: perspectivas actuales y futuras*, en ADPCP, 1988, pp. 125 y 131 ss., respectivamente. Admitida la posibilidad, en cualquier caso, no proceder, de hecho al castigo de quien se comparta bajo los supuestos de eutanasia, lo que carece de sentido es afirmar, como hace TORÍO (*Instigación y auxilio al suicidio, homicidio y eutanasia como problemas legislativos*, 1981), es que en la eutanasia indirecta no existe dolo; crítica y acertadamente, COBO/VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL, *Derecho penal. Parte especial*, 1990, pp. 564 s.

la supresión y/o modificación de algunos de los delitos proyectados en su momento. La supresión y/o modificación no puede deberse sino al ácido rechazo que sufrió la inclusión de la difamación⁽²⁹⁾ y la previsión de penas privativas de libertad para algunos supuestos⁽³⁰⁾. Afortunadamente, y por el momento, ambas posibilidades parecen haber pasado a mejor vida, aunque no es aún el momento para echar las campanas al vuelo. Pero vayamos por partes.

A. Conviene, en primer término, efectuar un breve repaso sobre la doctrina constitucional respecto del bien jurídico(-penal) honor. Esta doctrina se ha generado en atención a dos cuestiones radicalmente diversas.

De un lado, la pugna del honor con la libertad de expresión. Si aquél, como ponían algunas lecturas conservadoras del art. 20.4 CE, fuere el *límite* de la libertad de expresión lato sensu entendida, la discusión hace tiempo que se habría terminado. Seguiríamos en la misma situación que la existente ante la entrada en vigor de la Norma Fundamental. De otra mano, la progresiva *relativización* del bien jurídico honor y su consiguiente *patrimonialización*⁽³¹⁾, quita hierro al aspecto penal cuando entran en conflicto el honor y la libertad de expresión y/o de información.

En este campo de batalla entre el honor y las libertades de expresión y de información es donde la labor del Tribunal Constitucional se percibe con mayor acierto, aun con algunas vacilaciones o contradicciones, aparentes o reales, y ha superado ampliamente la tradicional doctrina honorista de los tribunales ordinarios, que, poco a poco, va siendo arrumbada.

En apretada síntesis, la base de la doctrina actual del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión parte, en lo esencial, de las SSTC

(29) Su único antecedente legislativo es el Código de 1929, el que JIMÉNEZ DE ASÚA calificara, en su conocida *diatriba* de código gubernativo; cfr. *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del código gubernativo*, 1930.

(30) No todas las privaciones de libertad han desaparecido: permanece la pena de seis meses a dos años de prisión por calumnias reiteradas con publicidad (art. 205). Esta pena privativa de libertad, por más que se refiera a la imputación de falsos hechos delictivos de modo reiterado, es excesiva y poco lógica. Excesiva porque, debiendo ser el lugar idóneo de la satisfacción del honor mancillado el Derecho civil, si la calumnia se reitera sucederán dos cosas: a) que el sujeto será reincidente, con lo que su pena se verá incrementada y, si es periodista, sufrirá una inhabilitación especial (art. 214.1 PCP); b) que se juzguen el concurso real de delitos con el consiguiente incremento punitivo. Al concurso real es a lo más que puede llegar —que no es poco—, desde el punto de vista de la proporcionalidad —el honor no puede ser estructuralmente más protegido que la vida— el castigo de las campañas de desprestigio. Y ello sin olvidar la cuestión de la responsabilidad civil que no ha de ser precisamente pequeña.

(31) Cfr. la desafortunada redacción, en apariencia contradictoria, de los arts. 1.3 y 2. LO 1/1982, de protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

104/1986 y 107/1988. En la primera, el Tribunal Constitucional establece que el derecho a la libertad de información y de expresión, en tanto que derecho fundamental no debe quedar siempre supeditado al honor: regirá la *ponderación* entre los derechos en juego ⁽³²⁾. En la segunda resolución, el Tribunal Constitucional, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lingens ⁽³³⁾, se efectúa una distinción que, aunque no siempre fácil de llevar a cabo, es capital, a saber: libertad de expresión y libertad de información. La primera, es decir, la libertad de expresión haría referencia a la emisión de juicios de valor sobre personas, hechos o cosas; la segunda, o sea, la libertad de información, hace referencia a la expresión de hechos. De esta suerte, y casando con el texto constitucional (art. 201 a) y 20.1 d) CE, respectivamente), la libertad de información queda sometida al principio de veracidad, que no ha de confundirse con exactitud *ex post*, sino *ex ante* ⁽³⁴⁾; por su parte, la libertad de expresión, dado que los juicios de valor no son susceptibles de verificación, queda sometida a la necesidad de su emisión para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. El *maximum* de libertad de expresión lo constituye la libertad ideológica, que sólo pugna con el orden público ⁽³⁵⁾.

Esta esquemática síntesis, pese a su simplicidad, permite entrever cuál es el planteamiento del Tribunal Constitucional. La manifestación de hechos, que han de ser, lógicamente, de interés público, por lo que queda a salvo la intimidad personal y familiar ⁽³⁶⁾, se ve sometida al baremo de la veracidad, tal como exige la Constitución. Ahora bien, esta veracidad no supone una exacta correlación de lo expresado con la realidad; la veracidad se mide *ex ante*, es decir, al momento de verter las expresiones ⁽³⁷⁾. Y es más: basta con inicio demostrado de verificación de los hechos, no siendo exigible, por tanto, una verificación exhaustiva ni si quiera *ex ante* ⁽³⁸⁾.

Así las cosas, puede suceder que en un mismo escrito periodístico, por ejemplo, se encuentren entreveradas ambas manifestaciones de la libertad de

(32) Apartándose de este criterio, STS 3-II-1987.

(33) STEDH 8-6-1986.

(34) STC 6/1988, f. j. 5.

(35) STC 21/1990.

(36) SSTC 171 y 172/1990, *passim*. Recuérdese que, versando los supuestos de hecho de ambas sentencias sobre supuestos similares y con el mismo origen (el accidente de aviación del monte Oiz y la personalidad y comportamiento del malogrado piloto), en la primera de las resoluciones constitucionales se otorgó el amparo y en la segunda no; las diferencias que llevaron a resolver así el caso, compartibles o no, quedan explicitadas en dichas sentencias.

(37) Vid. *supra* n. 33.

(38) STC 143/1991.

expresión *lato sensu*. Ello podrá llevar a que, sin censurar la veracidad de los hechos que se imputan en el citado artículo, el tono del mismo que denotan las expresiones vertidas, claramente vejatorias, comporten el mantenimiento de la sanción penal, pues la libertad de expresión no comporta el derecho a insultar ⁽³⁹⁾. Pero, salvada esta cuestión, los juicios de valor que emiten los ciudadanos, ya sea como particulares, ya sea como profesionales de la información, siempre que tales juicios sean propicios para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática, dado que la opinión pública está en la base del pluralismo de tales sociedades, deberán ser considerados superiores al honor del afectado ⁽⁴⁰⁾.

En suma, y pese a una inicial lectura conservadora, el honor, dado que no existen derechos absolutos ⁽⁴¹⁾, no se erige en límite sistemático de la libertad de expresión y de información, sino que tras la correspondiente ponderación ⁽⁴²⁾, los Tribunales deberán optar por el derecho prevalente, teniendo en cuenta la necesidad de una opinión pública libre en una sociedad democrática.

B. La práctica judicial ordinaria habida en los últimos quince años ha sabido adaptarse con bastante celeridad y fidelidad al patrón que apretadamente he acabado de reunir y este mismo resumen podría constituir el balance de la jurisprudencia ordinaria en los últimos 15 años, con alguna excepción de menor calado.

También el prelegislador de septiembre de 1992, no así el de diciembre de 1991 - febrero de 1992, ha sabido extraer las lecciones adecuadas de la doctrina acabada de resumir. En esencia, tras rechazar la difamación, ha resituado las injurias, a diferencia de la absurda regulación vigente, en dos frentes: el de la imputación de hechos en el art. 208.2 1.^a ⁽⁴³⁾ y el de la exteriorización de opiniones respecto a terceros en el art. 208.2 2.^a. Sin embargo, el prototexto enviado a las Cámaras adolece aún de muy graves defectos. Fundamentalmente estos defectos cabe residenciarlos en dos grandes apartados: la introducción de nuevos modos de tipificación y el mantenimiento de planteamientos que deberían tenerse ya superados.

(39) STC 105/1990, f. j. 8.

(40) Cfr. STEDH 26-4-1979: caso Sunday Times; SSTC 199/1987 (f. j. 12) y 143/1991 (f. j. 6) entre otras muchas.

(41) Así, por ejemplo, STC 2/1982, f. j. 5.

(42) Cfr., las emblemáticas SSTC 104/1986 (ff. jj. 5 a 7) y 107/1988 (f. j. 2).

(43) Las calumnias, en tanto que especialidad de las injurias, siempre han pertenecido a este primer apartado, puesto que consisten en la falsa imputación de un delito, lo que, ciertamente, supone la imputación de un hecho.

C. En primer término, nos hallamos con una inusitada introducción de *elementos valorativos*. El incrementar las cláusulas valorativas en un tema tan poco aprehensible como es el honor⁽⁴⁴⁾ supone rizar el rizo, es decir, aumentar la inseguridad jurídica y apartarse de los mínimos de precalculabilidad sobre lo que está permitido y lo que está prohibido y sobre lo que el juez debe y no debe entender como jurídico-penalmente contrario a la norma.

Pero, además, estos elementos valorativos no son de cualquier índole, sino, seguramente, de la peor especie. Son los que hacen referencia a *elementos de actitud interna*⁽⁴⁵⁾, es decir, a especiales predisposiciones caracteriológicas del sujeto activo. El *tono moralizante* de estas expresiones legales resulta incasable con un Derecho penal del acto, es decir, que no castigue, de verdad, el fuero interno. Supone, por añadidura, una subjetivización intolerable del Derecho penal, donde, por desconocido, todo está permitido. Supone, en fin, el inicio de la dinamitación del *principio de legalidad*, pues el mandato de *lex certa* salta literalmente por los aires.

De esta suerte, expresiones tales como “con manifiesto desprecio hacia” la verdad (art. 204.I PCP) constituye una cláusula no sólo criticable sino radicalmente inadmisibles. Máxime, cuando, como el Tribunal Constitucional ha venido haciendo desde la STC 6/1988, ya reseñada, la verdad en materia de libertad de expresión no es la verdad objetiva⁽⁴⁶⁾, sino la verdad que *ex ante* conocía o podía conocer el sujeto activo. Es más, la STC 143/1991, dando un lógico más en esa dirección, ha afirmado que basta, para excluir la responsabilidad y no hacer prevalecer el honor sobre la libertad de expresión, con un inicio de averiguación posible de la verdad: no es necesaria una investigación exhaustiva ni, en consecuencia, ofrecer pruebas concluyentes sobre la realidad de los hechos que se imputan⁽⁴⁷⁾.

(44) Para complicar más las aprehensiones del concepto de honor, el art. 208. 1 PCP habla de lesionar “la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia consideración”. Mayor cúmulo de imprecisiones es difícil de imaginar.

(45) Los llamados por la doctrina alemana *Gesinnungsmerkmale*; vid., por todos, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1988, pp. 425, que los define como “comportamiento espiritual contrario a los valores éticos” que se expresa inmediatamente en el tipo (s.o.), siguiendo la definición que en su día ofreció SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 217 y en *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1975, p. 455. En atención a estas características personales del sujeto, se le castiga por lo que es, no por lo que ha hecho. Las críticas recibidas, que han tenido su efecto en la legislación alemana, haciendo desaparecer algunas de las expresiones como las aquí criticadas (vid. JESCHECK, *op. cit.*, p. 426), parece que no han tenido eco en nuestro país.

(46) Verdad objetiva que conceptualmente es muy difícil de determinar.

(47) Por lo tanto, la previsión del art. 211.I PCP debe ser reformada en un sentido mucho menos tajante; no es necesario, contra lo que dice la letra del precepto, que el sujeto activo “quedará exento de pena probando la veracidad del hecho imputado...”. Bastará con el demostrar un inicio de probanza.

Igualmente criticable resulta la redacción de la segunda modalidad de injurias, es decir, el art. 208.2.2.^a PCP: “las referencias a otra persona que se realicen utilizando expresiones o calificativos innecesarios y abiertamente ofensivos o vejatorios...”. Esta redacción pone de relieve una incapacidad del prelegislador para centrar la materia de lo prohibido. Ello comporta difuminar el contorno de lo punible de modo que sólo la perplejidad y la absolución son las respuestas cabales jurídicamente. Confeccionar un tipo penal de tal catadura supone un despilfarro social, salvo que estemos de lleno en el campo de la legislación simbólica y la mera emisión de la norma sea la única finalidad del legislador. Pero ésta es una función igualmente ilegítima, puesto que distorsiona el recurso serio a los medios de control social más graves y formales, dañando al sistema en su conjunto y no sólo su eficacia en esta parcela. Valgan, pues, estos dos botones de muestra en lo tocante a este punto relativo a los desajustes del Proyecto con relación a la doctrina constitucional y a las exigencias de un Derecho penal propio de un Estado social y democrático de Derecho.

D. Por lo que respecta a aspectos que ya eran criticables en la legislación vigente y que perduran en la que se nos propone, aun admitiendo por quien esto escribe la posibilidad de castigo penal de las vulneraciones del honor ⁽⁴⁸⁾, dos son los aspectos que merecen una seria crítica. Y son la ofensa encubierta y el perdón del ofendido.

La *ofensa encubierta* es una institución realmente carente de sentido desde una perspectiva del honor como posibilidad moral de participación en la vida social. Sí tiene, en cambio, sentido, desde la nueva perspectiva, censurable como he intentado demostrar, que introduce el Proyecto: la propia estimación del ofendido (art. 208.1 PCP). Desde este punto de vista el más mínimo ataque contra el honor, al quedar subjetivizado, pasa a ser constitutivo de injurias, pues la autoestima es algo que, por lo general, no conoce, ni tiene por qué conocer, límites. Ello supone poner el Derecho penal al servicio del narcisismo y comporta convertir el Sistema penal en el chivo expiatorio o en el diván del psiquiatra antes que en un medio de preservación de auténticos bienes jurídico-penales ⁽⁴⁹⁾.

Conectado con esta privatización del Sistema penal, se encuentra la institución del perdón del ofendido. Una cosa es someter la persecución del delito a la condición de que se formule una querrela por parte del interesado ⁽⁵⁰⁾ y otra

(48) Vid. mi *Derecho penal* cit., 1992, pp. 205 ss.

(49) A este respecto, cfr. la reciente síntesis que efectúa MIR PUIG, *Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991, pp. 206 ss.

(50) Privatización más que discutible y que, a fuerza de radicales en esta materia, debería ser argumento bastante para expulsar estos delitos del CP.

muy distinta que, al no fijarse límite alguno, incluso una vez recaída sentencia en doble instancia y presto al condenado a cumplir sentencia, el ofendido otorgue su perdón. Un caso célebre, relativamente reciente, puso de manifiesto con toda su crudeza que el chalaneo se enseñoorea de una institución pública como es la pena, quedando en manos de particulares, sean blancas o no, la decisión sobre su aplicación. Y ello sin tener en cuenta el gasto social y económico que han supuesto procesos largos y complejos, que finalmente, por puro capricho o por intereses bastardos, quedan en agua de borrajas. Mantener, pues, el perdón del ofendido resulta, de nuevo, incasable con un ordenamiento mínimamente serio.

E. La única ventaja, a mi modo de ver, que contiene la regulación que está por venir, es la supresión de la partícula *en* del actual art. 457, partícula sobre la que se hacía pivotar, de modo sorprendente y artificioso, la existencia de un especial ánimo del injusto, el *animus iniuriandi* ⁽⁵¹⁾. Pero esta aparente virtud queda empequeñecida por el cúmulo de los que, entiendo, son desatinos en la confección de los tipos protectores del honor que, en resumidas cuentas y ésta sería la crítica global, puede suponer en la práctica, al ampliar sin criterio alguno la posibilidad de arbitrio judicial, el ámbito de lo prohibido en este campo.

V

Por haberme impuesto la obligación de ser breve en mi exposición, no quiero correr el riesgo de colmarles la paciencia si prolongo más mi intervención.

Soy de la opinión que lo más interesante está aún por venir y es, precisamente, el coloquio que seguirá a estas intervenciones y en el que estoy seguro van a participar todos ustedes intensamente.

Por tanto, nada más y muchas gracias por su atención.

(51) En contra de esta concepción (cfr., por este sector doctrinal, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal cit.*, '1991, p. 125), vid. BACIGALUPO, *Colisión de Derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria*, en REDC (20), 1987, p., 88; QUERALT, *Animus iniuriandi e injurias*, en *La Ley*, p. 2; el mismo, *Derecho penal cit.*, '1992, pp. 220 s.; CASTIÑEIRA, *La protección penal del honor*, en SALVADOR CODERCH (Dir.), *El mercado de las ideas*, 1991, pp. 476 ss.; ya ante relativizaba el valor que se atribuye a la preposición "en" RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas de Derecho español al Tratado de Derecho penal de E. Mezger*, '1946, I, pp. 337 s. Vid. jurisprudencia, aún minoritaria, en este sentido, SSTS 25-2-1973, 3-6-1985, 2 y 25-6-1986, 17-11-1987, 31-1-1989.