

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LEY PENAL*

Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ

* La versión original de este artículo fue presentada en el VI Seminario Iberoamericano sobre Medios de Comunicación y Sociedad Democrática, Antigua, Guatemala, 14 y 15 de julio de 1999.

Introducción

Las discusiones desatadas en las últimas décadas en torno a la libertad de expresión dan una idea de la importancia señera de este derecho constitucional en la presente Edad Informativa. Las tensiones y los campos de batalla se han movido desde el antiguo baluarte de los derechos subjetivos, hacia el frente de los derechos sociales, exigiendo una interpretación de este derecho ahora como un derecho con vocación social¹, como sustrato de la vivencia democrática y como reflejo de las posibilidades benéficas de alcanzar la transparencia de los asuntos públicos mediante el proceso de facilitar información veraz, completa y amplia a los ciudadanos², todo ello en una sociedad cada vez más marcada por el signo tecnológico.

El derecho a la libertad de expresión ha pasado por diversas etapas, pero sin duda nos encontramos viviendo a finales de este siglo XX una marcada tendencia a visualizar este derecho como requisito para la participación ciudadana, y por ende en la búsqueda de una vivencia verdadera de la democracia. El signo tecnológico trasluce aquí la superación de la necesidad de entender el ejercicio del derecho a la libre expresión únicamente a través de medios escritos, como sucedía con la antigua y tradicional comprensión del derecho a libertad de imprenta o de prensa. Hoy día gana cada vez más terreno la idea de la libertad de expresión como derecho o libertad de información³.

1 Cfr. Jaén Vallejo, Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Colex, Madrid, 1992, p. 22.

2 Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias, Asturias, España, 1994, p. 17.

3 Jaén Vallejo, *op. cit.*, p. 22.

Estamos discutiendo en torno a un derecho constitucional que manifiesta de una manera singular las relaciones de tensión en la sociedad actual. Estas relaciones de tensión no sólo se producen entre los medios de comunicación⁴ y los particulares, sino también frente al Estado, en la medida que dicho derecho constitucional implica la posibilidad de una colectividad mejor informada y, por ende, más preocupada de los diversos acontecimientos sociales, pidiendo y ejerciendo otros derechos constitucionales⁵, lo que se traduce en una preocupación por mayor participación en las decisiones políticas sobre los problemas que aquejan a todo el conglomerado social⁶.

No cabe duda de que se trata de uno de los derechos humanos más importantes, y este detalle le concede ya un papel y un peso específicos en la configuración de la democracia, en la cual implica, sin duda alguna, un elemento constitutivo de dicho régimen político⁷. La democracia vive precisamente del intercambio de informaciones y de la libre discusión de las ideas, tal y como lo expresara correctamente el Tribunal Constitucional Federal Alemán⁸.

Desde el punto de vista interpretativo, este derecho constitucional ofrece una cantera riquísima para la interpretación, no

4 Las referencias amplísimas de Luhmann acerca del papel de los medios de masas en los procesos sociales y en los procesos internos resultan altamente sugerentes, no sólo de la complejidad de dichos procesos sino también de sus consecuencias frente a los individuos. Al respecto cfr. Luhmann, Niklas, *Die Realität der Massenmedien*, Oppladen, Westdeutscher Verlag, 2. erw. Auflage, 1996, pp. 12 y ss.

5 Cfr. Márquez, Marcela, “Aspectos Fundamentales de la Libertad de Prensa en Panamá”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 175 y ss.

6 Villaverde, *op. cit.*, pp. 30-31.

7 Al respecto, correctamente, Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 222, Rn. 1.

8 Cfr. BVerfGE 7, 208 -Caso Lüth-; 61, 10 y ss.

sólo por la amplitud conceptual que ofrece, sino en virtud de que ha venido siendo interpretado como la base de todos los elementos de la libertad⁹. Tal carácter parece desprenderse desde su primera enunciación en la Declaración de los Derechos Humanos y Civiles de 1789 y en otras manifestaciones recientes, como lo fue en la Ley Fundamental de Bonn (Constitución de la República Federal de Alemania), donde el derecho a la libertad de expresión de ideas fue reformulado como una garantía reactiva a los excesos y vicios del régimen nacionalsocialista¹⁰, de tal manera que el ciudadano reciba además una garantía para que pueda acceder a fuentes de información públicas con el fin de informarse¹¹.

De esta manera es que puede comprenderse que no sólo en el plano de la interpretación constitucional, como también en el marco de su operatividad legislativa, el derecho a la libre expresión está cada vez más unido al contexto global de manejo de las informaciones.

La circunstancia que vivimos, marcada profundamente por el desarrollo incesante y vertiginoso de las tecnologías de la información y de la comunicación, señala, sin duda alguna, uno de los futuros posibles del derecho a la libertad de expresión y obliga a observarlo en la perspectiva de su inserción en un contexto social que pone un especial interés en el tráfico de datos e informaciones, las cuales, en muchos casos, buscan la construcción de opinión y convencer también sobre determinadas tendencias, situaciones y peculiaridades. Este contenido de juicios de valor como herramienta para expresar opinión y convencer sobre la propia perspectiva ha sido uno de los ele-

9 Cfr. BVerfGE 5, 134 ss.

10 Villaverde, *op. cit.*, p. 42.

11 Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

mentos que han sido protegidos tradicionalmente mediante el derecho a la libertad de expresión¹².

En la presente investigación pretendemos echar un vistazo a la discusión constitucional acerca de la existencia de un derecho a la libertad de expresión como forma de tutela de la persona, a partir de su dignidad y respeto a la libre autodeterminación, al mismo tiempo pretendemos ubicarlo en su moderno entendimiento como derecho o libertad de información y extraer de allí algunos elementos para la discusión jurídico penal. Las relaciones de tensión entre el derecho penal y la protección constitucional de la libertad de expresión serán estudiadas posteriormente y se extraerá de este análisis algunas consideraciones de *lege ferenda* que quizá podríamos llamar de política criminal.

Fundamento Constitucional del Derecho a la Información

Es interesante que los textos constitucionales de la región no contengan una directa referencia del derecho a la información, y resulta especialmente digno de mención, que las únicas notas hechas por el constituyente acerca del tema de la información lo sean en cuanto al acceso a los departamentos administrativos con el propósito de información¹³, quedando a salvo, por expresa determinación de los textos, los secretos de Estado, y sólo en algunos casos se reconoce el derecho del consumidor a "recibir información adecuada y veraz"¹⁴. Y resulta

12 Para el caso de la República Federal de Alemania cfr., en lugar de muchos otros, Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

13 Por ejemplo, el artículo 30 de la Constitución Política de Costa Rica y el mismo numeral de la Constitución Política del Ecuador.

14 Por ejemplo, en este sentido el artículo 46 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949, reformado en 1996. La tendencia hacia un reconocimiento expreso del derecho a la información, se nota, sobre todo, en las Constituciones provenientes de los movimientos de reforma de la década de los años noventa. Por ejemplo, la Constitución Política de Guatemala, en su artículo 35 parece ir en esta novedosa dirección cuando garantiza el libre acceso a las fuentes de información,

interesante este hecho, porque refleja una tendencia distinta a las Constituciones que se dieron luego de regímenes totalitarios, como ocurrió en el caso de la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹⁵, la cual reaccionó frente a los esquemas y estructuras del nazismo y dio lugar a un amplio reconocimiento del derecho a la información¹⁶.

El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁷ recogió esta reacción, y si se lee junto con

prohibiendo a la autoridad pública el limitar este derecho. Así planteado se constituye en una forma de garantía directa a la libertad de información. La Constitución Política de Nicaragua de 1995, reconoce, en su artículo 26, una forma de *habeas data* para proteger el acceso de los ciudadanos a la información que se haya registrado sobre ellos en bancos de datos en manos de autoridades estatales, así como el derecho a saber por qué y con qué finalidad se tiene esa información, con lo que se constituye en uno de los textos constitucionales más avanzados de la región centroamericana. La Constitución Política del Paraguay, sancionada el 20 de junio de 1992, incorpora expresamente, en el artículo 28, el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, responsable y ecuánime. Al mismo tiempo, en el artículo 26, se reconoce la otra dimensión del derecho a la información cuando garantiza el derecho a generar, procesar o difundir información, como también al uso de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines. La Constitución paraguaya prevé también una forma limitada de *habeas data*, como parece ser la tendencia en las recientes constituciones de América del Sur. La Constitución Peruana del 30 de diciembre de 1993, incorpora abiertamente la tutela del derecho a la información, y recientemente se ha incorporado el artículo 200, inciso 3, el recurso de *habeas data*, como garantía genérica de acceso y rectificación de datos personales que dañen los derechos reconocidos en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2 de la Constitución. Por su parte, México, en la Constitución Política, concretamente en su artículo 6, se menciona expresamente el “derecho a la información” como un derecho que habrá de ser garantizado por el Estado. En las normas constitucionales haitianas sí se consigna expresamente (art. 28.3) el derecho a la libertad de información, garantizando el acceso a los bancos de datos públicos y privados, mencionando expresamente las atribuciones de la prensa en este acceso a los datos, incluso de aquellos que hayan sido consignados de manera informatizada.

15 Artículo 5, 1, ver comentario de von Münch, GG, Rdnr. 5 y ss.

16 La Constitución Política de 1991 de Colombia incorporó en su artículo 20 la garantía de expresar y difundir el pensamiento y opiniones, así como la de informar y recibir información veraz e imparcial, con lo que se pone a la vanguardia de los textos constitucionales que recogen la forma más moderna de reconocimiento del derecho a la libertad de expresión como libertad de información.

17 Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948).

lo dispuesto con el artículo 19, podemos ver que la idea de este Documento era tutelar una libertad a obtener información, es decir, tanto de ser objeto de información, como también sujeto activo de transmisión y envío de la misma, todo en el contexto del libre desarrollo de la personalidad (artículo 22).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 19, recoge este derecho a la información, en cuanto lo define como una libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole por cualquier medio idóneo al efecto. En el mismo sentido se orienta también el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Con Novoa¹⁸ podemos concluir que estas declaraciones de derechos parecen señalar una progresión que se inició con el reconocimiento de la libertad de opinión, cuando la expresión de palabra era la forma por excelencia de comunicación humana, luego el reconocimiento se dirigió a la expresión por medio de la palabra escrita, por lo que se agregó la tutela de la libertad de expresar las ideas por escrito. En esta evolución seguiría la necesidad de tutelar el derecho a recibir y buscar información, que en el estado actual de desarrollo social viene a ocupar un papel trascendental, debido a las necesidades de lograr las posibilidades de desenvolvimiento de la personalidad humana en un contexto donde el control sobre las informaciones y datos circulantes tiene la mayor prioridad.

Constituciones Políticas más recientes han empezado a hacerse eco de los problemas propios del tercer estadio indicado por Novoa, que tienen su fuente en el vertiginoso desarrollo tecnológico. El constituyente de Paraguay de 1993, por ejem-

18 Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información: un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, S.A., Primera Edición, México, 1979, p. 142.

plo, al referirse al espectro electromagnético y sus posibilidades de uso, dejó bien claro que los abusos de ese espectro, que pudieran contribuir a lesionar la intimidad personal o familiar de los ciudadanos serían objeto de una prohibición expresa (artículo 30). Es decir, que el tema del derecho a la información, mediante el uso del espectro electromagnético, debe de ser utilizado, en primera instancia, para abrir posibilidades de desarrollo al país y a los ciudadanos, y que los peligros de abuso en contra de la intimidad deben ser objeto de prohibición.

El constituyente de Perú, también en 1993, estableció a nivel de la Carta Magna, artículo 2, la prohibición de que centros de manejo y tratamiento electrónico de datos suministren informaciones que lesionen la intimidad de los ciudadanos. Siendo este artículo la enunciación total de los derechos fundamentales concebidos por el constituyente, debe entenderse esta prohibición en el contexto general de realización de la persona y de su participación política, convirtiéndose entonces en un límite directo al derecho de la información el que se utilicen datos de las personas, contra su consentimiento, afectando su intimidad personal y familiar.

La Constitución de Colombia de 1991, con reforma de 1997, reconoce también el derecho de informar y recibir información, agregando el requisito de que tal información ha de ser veraz e imparcial.

Estos esfuerzos constitucionales manifiestan el enorme papel que tiene que cumplir el derecho a la información en la época actual, y definen algunos de los caminos que habría que transitar para alcanzar una tutela adecuada de las posibilidades de participación del ciudadano con su ayuda.

En esencia, entonces, el derecho a la información tiende a garantizar, como ya se ha dicho, no sólo el derecho de quienes expresan opiniones, ideas o dan noticia de sucesos que acaecen en el conglomerado social, de brindar estas informaciones al

público, sino también es una garantía de acceso a la información¹⁹.

La información se ha ido convirtiendo, como ya lo hemos subrayado, en el motor de los cambios de la sociedad, cambios que se producen vertiginosamente. Las personas, que son, en definitiva, quienes promueven esos cambios, requieren un gran nivel de conocimientos, los cuales no sólo les permite percibir la magnitud y esencialidad de los elementos necesarios para alcanzar el desarrollo económico y social, sino que también contribuyen a garantizar la operatividad del extenso y complejo sistema de redes de comunicación que surcan el orbe. Este papel fundamental de la información se puede entender plásticamente si se atiende, por ejemplo, al hecho de que hoy en día existe una relación directamente proporcional entre el grado de democracia y el número de informaciones que circulan. Este hecho refleja que la circulación de informaciones en una sociedad democrática es una señal inequívoca de un pueblo soberano, de un pueblo que decide por sí mismo en ejercicio de su autodeterminación, y que hace efectivo el goce del derecho a obtener datos y a controlar las informaciones que sobre sí mismas circulan en el entorno social. En suma, es demostrativo de que el pueblo propugna y promueve las condiciones para su participación política.

Es por lo anterior que es posible afirmar, que la información es algo más que un valor intercambiable en el contexto social, es la base misma de un régimen democrático donde las tensiones se producen ahora en la lucha por el acceso a los datos e informaciones necesarios para el libre desarrollo de la personalidad.

El derecho a la información aunque es un derecho de eminente carácter subjetivo, también es un derecho que interesa

19 Cfr. Saraza, *Libertad de Expresión*, p. 167.

a toda la comunidad, pero no como supuesto de una aceptación social de este derecho fundamental, sino como una demostración de que la participación del individuo en la comunidad depende, en gran medida, del reconocimiento y efectivo ejercicio de este derecho.

Como lo dice un proyecto de Convención de las Naciones Unidas, citado por Novoa, el derecho a la información es un derecho a saber y a buscar libremente la verdad. Esta facultad le pertenece a la persona como aspecto inalienable de su condición, permitiéndole buscar, recibir y difundir informaciones. Los Estados estarían obligados, entonces, a garantizar no sólo la búsqueda y difusión de las informaciones, sino también a amparar la libre circulación de éstas para que el público pueda tomar contacto con estos hechos y formar libremente su opinión²⁰. Esto refleja, sin lugar a dudas, la vocación directamente democrática de este derecho, y su carácter de basamento de todo el contexto de libertades públicas dirigidas a garantizar la participación en la vida política del Estado.

Siendo evidente esta vinculación entre esta garantía y el principio democrático, resulta claro también que en el proceso actual de mundialización resulta indispensable una adecuada tutela del acceso a la información, como presupuesto para alcanzar el nivel de competitividad del país a nivel internacional y las condiciones de desarrollo de la personalidad de los costarricenses, lográndose una mejoría en las condiciones individuales y sociales.

Se trata, entonces, no sólo de garantizar la tradicional libertad de expresión y de opinión, como también de asegurar los requisitos de participación activa en la vida política del país. Una tutela constitucional deseable debe tener en cuenta el entero conjunto de derechos cívicos de participación que puede verse en peligro si existe una manipulación o ejercicio abusivo

20 Cfr. Novoa Monreal, *op. cit.*, p. 146.

del derecho a informar o a utilizar la información para coartar libertades. Esto requiere, por supuesto, de un análisis que tome en cuenta el signo tecnológico que marca nuestra sociedad y el mundo y que obliga a considerar nuevos peligros y retos no previstos, cuando el legislador constituyente producía en 1949 un debate de reacción frente a los hechos que generaron el rompimiento institucional previo al proceso constitucional de aquellos años.

Es cierto que los textos constitucionales latinoamericanos han hecho un especial énfasis en el derecho a la información, estimo yo porque hubo un mayor interés en subrayar la tolerancia frente a la expresión de ideas y pensamientos, basando en ello también el respeto por la libertad de expresión, la cual es por sí misma un pilar básico del Estado de Derecho. Probablemente sea esta ausencia de reconocimiento directo del derecho a la información un síntoma de que la tendencia del constituyente latinoamericano era apuntalar el futuro del desarrollo del derecho a la libertad de expresión tomando como base la tolerancia a las ideas diversas. Sin embargo, se vienen notando las necesidades de tutela del derecho a la información en todos los países, no sólo en cuanto a su aspecto de acceso a la información, sino también, en cuanto a la garantía de control de la circulación de datos personales²¹.

El Contenido de la libertad de expresión desde la perspectiva penal

Uno de los elementos de especial interés para la tutela dentro del contexto de la libertad de expresión lo constituye, sin duda, la protección de la substancia de las manifestaciones de

21 Ver en cuanto al comentario de las iniciativas legislativas en esta materia: Chirino, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. Comisión Nacional para la Administración de la Justicia, San José, Costa Rica, 1997, *passim*.

pensamiento²². La protección penal del honor de las personas se vincula a este contenido de tutela y manifiesta lo que pueden llamarse “fronteras exteriores” a la libertad de expresión, precisamente allí donde la expresión del pensamiento debe hacerse llegar escogiendo aquellas formas de expresión que clarifiquen el contenido del pensamiento pero que no hieran o afecten de manera innecesaria el honor de la persona afectada. En este sentido, la definición del campo de protección de este derecho constitucional suele depender de la determinación del objetivo de la expresión de pensamiento²³. Una expresión de pensamiento sería considerada, entonces, una ofensa, si ella, más allá de una crítica polémica y exagerada, consiste en la desacreditación de la persona²⁴. Esto lleva, con frecuencia, a poner en la balanza de una parte la protección del honor y del otro la protección de la libertad de expresión, para producir un equilibrio que no suele ser fácil de alcanzar. Si un Tribunal Penal debe decidir sobre un especial contenido ofensivo de una expresión de pensamiento, frente a varias otras posibilidades de interpretación, debe dar especiales razones para escoger una de ellas como ofensiva,

22 Schmidt-Bleibtreu, *GG-Kommentar*, Art. 5, p. 223, Rn. 3.

23 En la República Federal de Alemania la discusión en la doctrina dominante tiende a dirigirse hacia la distinción entre declaraciones de hechos y el concepto de opinión, donde este último resulta observado como una contemplación y valorativa de hechos. Así expuesta la problemática, resulta harto complejo llegar a una clara distinción entre ambos conceptos en el trabajo cotidiano de las oficinas de redacción de los medios de prensa. Por esta razón, alguna parte de la doctrina (Herzog) ha llegado a interpretar que la tutela de la libertad de expresión que da el artículo 5.1 de la GG se extiende no sólo a la expresión de opiniones sino también de noticias y reportajes, donde la cobertura de noticias hecha por particulares quedaría también cubierta por el ámbito de protección constitucional. Al respecto de la problemática jurídico-penal, cfr. con más detalles Jaén Vallejo, *op. cit.*, pp. 181 y ss. Acerca del ámbito de protección del Art. 5, párrafo 1, oración 2, 1 de la GG v. Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2. Überarbeitete Auflage, 1986, Rdnr. 646 y ss.; Schmidt-Bleibtreu, *GG-Kommentar*, Art. 5, p. 228, Rn. 8 y ss.

24 Así por ejemplo el Tribunal Constitucional Federal Alemán en BVerfGE, 82, 272 y ss.

toda vez que la escogencia podría afectar y limitar la libertad de expresión²⁵.

Por supuesto, que el fondo del asunto debe traslucir el contenido de una crítica ofensiva, la cual, en todo caso, no debe ser interpretada ampliamente a fin de no afectar indebidamente la libertad de expresión. Se ha establecido en este sentido, muy especialmente, que no cualquier crítica con contenido ofensivo puede contener el carácter de lesividad que requiere la reacción penal, sino sólo aquella que implique la difamación de la persona.

La ofensa al honor de una persona, cuando es observada desde la perspectiva penal, acarrea la necesidad de determinar las características que definen ese bien jurídico. Se suele entender por él no sólo la tutela de la persona como portadora de valores espirituales y sociales, sino como eje de proyección de su persona hacia los demás. Punto de partida indispensable de esta forma de concebir el honor es precisamente entender que el honor interno de la persona se basa en la dignidad de la persona²⁶, aspecto que le acompaña desde el nacimiento²⁷. Este juego de dimensiones entre aspectos subjetivos internos y externos relacionados con el valor personal del honor y su manifestación como “buena fama” frente a los demás puede sufrir diversas interpretaciones, desde aquella que indica que el valor en juego –desde el punto de vista jurídico-penal– es la necesidad de ser

25 Schmidt-Bleibtreu, GG-Kommentar, Art. 5, p. 225, Rn. 3. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán del 14 de julio de 1993, 1 BvR 12/91, Rbeistand 1993, pp. 47 y ss.

26 Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional Español, entre otras en STC 214/91 -Caso de Violeta Friedman y el honor del pueblo judío-, del 11 de noviembre: “...el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’ que reconoce el artículo 10 CE...”.

27 Este sentido de interpretación fue externado por el Gran Senado en Materia Penal del Tribunal Federal Alemán en su famosa sentencia BGHSt 11, 68.

tratado de manera idónea y adecuada a la forma personal y subjetiva con que se observa la propia vivencia de la persona (Lenckner). También se puede interpretar el honor como el “sentimiento de honor” y la apreciación valorativa de la persona, donde ambos aspectos no son más que elementos integrantes del bien jurídico “Honor” (Maurach). Welzel, Hirsch y Herdegen, por su parte, interpretan el “Honor” como bien jurídico observándolo como un derivado de la dignidad de la persona. Para E. A. Wolff, Otto y Engisch constituye el honor la libre autode-terminación de la persona normal dentro de la sociedad, entendiendo esta “autodeterminación” como dimanante de la “relación de reconocimiento”²⁸.

Todas estas interpretaciones provenientes de la dogmática alemana hacen ver claramente la dificultad de encontrar claridad en la definición de lo que significa el “Honor” como bien jurídico tutelado en los tipos penales de injurias, calumnias y difamación²⁹. Más problemático se hace todavía definir qué debe entenderse por “relación de reconocimiento”, “sentimiento de honor” o cuál sentimiento y cuál honra frente a otros realmente está siendo comprendida por el legislador penal al construir los tipos penales correspondientes.

Tal parece que de una lectura a las disposiciones penales vigentes en los países de la región resulta que el legislador le ha puesto una especial atención al “Honor” como una capacidad del ser humano para definir sus comportamientos con un cierto contexto de sentido y de dirigir este comportamiento a valores y normas³⁰. Cuando una persona tiene esta capacidad estaría,

28 Con un análisis de todas estas interpretaciones cfr. Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 1.

29 Idéntica problemática puede detectarse en la discusión española y latinoamericana, cfr. al respecto Llobet/Rivero, *Comentarios al Código Penal*. Juricentro, San José, 1989, pp. 137 y ss.

30 Otra no es la conclusión cuando se leen las regulaciones sobre Injurias y Calumnias contenidas en los Códigos Penales de la región. Los tipos penales

entonces, en capacidad de ser titular de una relación de disponibilidad con su “Honor”³¹. De esta manera sería el “Honor” un valor que se produce dentro del contexto de comportamientos de sentido y de direccionamiento del actuar cotidiano a valores y normas. Por ello sería únicamente un aspecto de la dignidad de la persona, por lo que no puede observarse como una calidad o cualidad cumulativa o alternativa que pueda hacerse de la buena fama³² o del sentimiento de honor de la persona, ya que ambos elementos acarrean muy problemáticas visiones o proyecciones del valor de una persona, que en ocasiones pueden ser justas y otras injustas³³, pero que en todo caso tienden a señalar el objeto de protección precisamente allí donde lo único que es observable es, precisamente, la pretensión de respeto de la persona a partir del valor de prestigio que dimana de ésta³⁴.

reflejan la acción a partir de procesos comunicativos: ofendiendo de palabra o de hecho; o deshonrando mediante la propagación de especies idóneas, con un objeto de protección que va desde la “auto-imagen” hasta el llamado “honor subjetivo” y la “autoestima” pasando por el honor social y la imagen social, como resulta claramente en el caso de la Difamación. Al respecto resultan correctas las conclusiones de Issa El Khoury Jacob, Henry, “El Desacato dentro de un Derecho Penal Republicano”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 66 y ss.

31 Al respecto cfr. Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 3.

32 El concepto de buena fama suele presentar serios problemas de interpretación, sobre todo en el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos, donde el derecho al honor no está comprendido en el derecho a la vida privada, por lo que el honor y la reputación parecen dimanar de un análisis diverso del que se ha sostenido hasta aquí. Ejemplificante de esta difícil postura lo es la sentencia Lingens (STEDH Lingens, A 103, núm. 42), donde se enjuiciaron unas declaraciones del periodista Lingens sobre el entonces Canciller austriaco Bruno Kreisky, por las que fue objeto de una condena penal. Al respecto cfr. Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994, pp. 54 y ss.

33 Así, correctamente, Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5.

34 Issa El Khoury Jacob observa, con razón, que algunas legislaciones penales, como la costarricense, tienden hacia una dualidad de ofendidos según criterios funcionales, habiendo entonces ofendidos privilegiados en las ofensas recibidas en razón de su carácter de funcionarios públicos, como ocurre en el caso del delito

La pregunta abierta y palpitante de la discusión penal sigue siendo, todavía, la que plantea el por qué de la tutela penal del Honor. Se discute aún por qué debe el derecho penal proteger la pretensión de un ser humano a ser tratado según el valor de prestigio que de él o ella dimana. Una respuesta a ello, desde el punto de vista antropológico, surge de inmediato cuando se observa, con razón, que una persona en la sociedad tecnológica en la que vivimos solamente puede vivir y desarrollarse a partir de sus posibilidades ínsitas, cuando el resto de los miembros de la colectividad respetan y reconocen su valor como persona³⁵. No en vano se ha venido incluyendo en las Declaraciones Internacionales sobre Derechos Humanos la garantía específica de la tutela a la honra y la dignidad de la persona, tal y como se hace en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, o en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, documentos todos donde se prevé la tutela de este derecho humano fundamental para la vida de convivencia. El reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona lleva a la lógica conclusión de que un desconocimiento de esta dignidad acarrea, directamente, una disminución de las posibilidades de desarrollo de su personalidad y un evidente daño a sus posibilidades de autodeterminación³⁶.

de Desacato. Esto es, en esencia, una duplicación de la tutela del Honor, llevando a la diferenciación antes dicha, con consecuencias jurídico-penales diversas: desde el punto de vista de la coerción se tiene que quien ofende a una persona que no ostenta cargo público recibe, a lo más, una pena de multa, mientras quien ofende a un funcionario público recibe una pena privativa de libertad. Cfr. al respecto de Issa El Khoury Jacob, *op. cit.*, p. 72.

35 Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5. El Tribunal Constitucional Español ha hecho hincapié en el carácter comunicativo del derecho al honor, subrayando su ámbito de funcionamiento frente a los “otros”, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia y rechazo hacia una persona. Para este tribunal, el contenido del derecho al honor, es “...lábil y fluido, cambiante y en definitiva... dependiente de las normas y valores e ideas sociales vigentes en cada momento”. (STC 223/1992 -Caso del arquitecto y el Círculo Católico de Banyoles-, de 14 de diciembre.)

36 Rudolphi, *SK-StGB*, Vor § 185, Rdnr. 5.

Las relaciones de tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho penal

Llegados a este punto, resulta de particular importancia reflexionar sobre los ámbitos de acción tanto del derecho a la libertad de expresión como del derecho penal. Para ello resulta esencial entender que si partimos de un derecho al honor como derivado de la dignidad humana, entonces su ámbito de acción tiende a proteger a la persona titular del “Honor” frente a comportamientos comunicativos de “otros” que van dirigidos a escarnecer o incluso humillar ante uno mismo o los demás³⁷. El derecho a la libertad de expresión no concede un derecho fundamental a humillar o insultar a una persona, tanto en comentarios salidos del contexto de la formulación del pensamiento o de las manifestaciones que se hagan, como también en expresiones con un contenido meramente injurioso o incluso despectivo³⁸.

Interesa entonces investigar el ámbito de acción de los tipos objetivos de injurias, calumnias, difamación y desacato, a los efectos de encontrar ámbitos de compatibilidad y de separación con el interés constitucional de tutela del derecho a la libre expresión.

1. El delito de Injurias

El delito de Injuria es usualmente entendido a partir de la acción típica de ofender de palabra o de hecho en su dignidad o

37 Así lo observó, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en su STC 85/1992 -Caso del concejal liliputiense-, de 8 de junio.

38 STC 85/1992, de 8 de junio. La Suprema Corte de los Estados Unidos también lo ha entendido así, muy concretamente en el famoso Caso Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942). El uso del lenguaje debe potenciar el intercambio de ideas y argumentaciones y en modo alguno el intercambio de insultos que en nada favorece a la libertad de expresión e información. Cfr. acerca de estos criterios Villanueva, Ernesto, “¿La libertad de expresión vs. el honor de las personas? ¿Qué debe prevalecer?: Una Reflexión Documentada”, en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc48/libertad.htm>

decoro a una persona³⁹. Los seguidores de una tesis psicológica sostienen la necesidad de un dolor moral en la persona a la que va dirigida la injuria, lo que llevaría a aceptar la consideración de este delito como un delito de resultado⁴⁰. Sin embargo, el bien jurídico del “Honor” no debe esperar a que haya una manifiesta y significativa reacción de la víctima frente a la injuria, es decir, no hay que esperar a que haya una verificación del daño en el sentimiento de autoestima de la persona afectada. A esta conclusión acertada conduce la llamada tesis normativa, cuando pone el énfasis en la acción de dañar la dignidad y el decoro de la persona con total independencia del sentimiento de valía y aprecio que la persona tenga, ya que si la persona no tiene ningún aprecio por sí misma, es decir, que se menosprecia, o que, por el contrario, se tiene a sí misma en muy alta estima, pondría la protección penal a funcionar únicamente en atención a la sensiblería o a la sensación personal de valía⁴¹. Esto no fue lo buscado por el legislador penal a la hora de construir el tipo penal de injurias.

El bien jurídico tutelado por el tipo penal de injurias no es una relación o ente de convivencia que requiera un cambio material exterior para los efectos de tener por realizada la conducta, basta con que la dignidad o decoro de la persona resulten afectadas⁴².

39 Así, por ejemplo, el Código Penal de Bolivia, art. 287; el artículo 145 del Código o Penal costarricense. El Código Penal chileno, en su artículo 416, tiende a formular el verbo típico a partir tanto de la acción de proferir una expresión como también la de ejecutar una acción que impliquen deshonra, descrédito o menosprecio de una persona. En este último sentido se orienta también el artículo 489 del Código Penal ecuatoriano. El Código Penal salvadoreño en su artículo 179 prefiere también esta fórmula atendiendo a la ofensa de palabra o de hecho que implique daño a la dignidad o decoro de una persona.

40 Al respecto cfr. Llobet/Rivero, *op. cit.*, pp. 144 y ss.

41 Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 145, con más detalles.

42 Issa El Khoury Jacob plantea que el bien jurídico tutelado por el tipo penal de “Injurias” está referido al honor, pero en tanto que cubre la autoimagen, el honor subjetivo y la autoestima. Sin duda alguna esta postulación del bien jurídico

A nivel de tipicidad objetiva se suele incluir en las descripciones de los tipos penales de Injurias la acción de ofender de palabra o de hecho la dignidad o decoro de una persona. Normalmente no incluyen los tipos penales ninguna alusión a la falsedad de los hechos⁴³, lo que ha llevado a pensar que este elemento no integra los elementos de conocimiento que deben ser abarcados por el dolo de injuriar, el cual, por otra parte, suele calificarse como dolo directo. Este aspecto de las descripciones suele afectar gravemente la aplicación de los tipos penales de Injurias ya que lleva a no considerar las amplias posibilidades del error de tipo o incluso los ámbitos de atipicidad por contener las apreciaciones hechas sobre la persona ofendida un contenido de verdad. Bianchi y Gullco⁴⁴ sostienen que la “falsedad” sí integra los tipos de injurias, sobre todo cuando ellos van referidos a “temas de interés público” que involucran a “personas públicas”. La “falsedad” sería para estos autores un elemento de la tipicidad objetiva que debe ser abarcado por el conocimiento del dolo, de tal manera que una afirmación que es verdadera nunca podría ser constitutiva del delito de injurias. Esto abre la puerta a que se analice si el agente tenía un conocimiento incorrecto o falso sobre la “veracidad” de lo dicho, lo que haría, según el caso y las circunstancias, que desapareciera la tipicidad subjetiva de la conducta. Bianchi y Gullco encuentran que esta consecuencia, buscando respaldo en la opinión de Vives Antón,

tutelado complica el panorama interpretativo al incorporar muchos elementos personalistas par el análisis típico, sin embargo, esto es consecuencia directa del fundamento personal del bien jurídico tutelado. A pesar de utilizar criterios normativos no resulta posible apartar del análisis de la tipicidad penal aspectos referidos a la víctima de las ofensas a fin de determinar el alcance ofensivo, esto último no es consecuencia de la teoría psicológica sino del principio de tutela de bienes jurídicos en un derecho penal republicano. Cfr. al respecto, Issa El Khory, *op. cit.*, 71 y ss.

43 La doctrina dominante en Alemania tiende a aceptar que la falsedad de tales alegaciones integra el tipo objetivo de la injuria. Cfr. al respecto Jaén Vallejo, *op. cit.*, p. 187.

44 Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*. Librería Editora Platense, La Plata, 1997, pp. 196 y ss.

para el análisis de la tipicidad de injurias proviene precisamente de la materialidad del derecho a la libertad de expresión, de tal manera que si la imputación es sobre hechos públicos, la veracidad subjetiva excluye, al igual que en la calumnia, la tipicidad de la conducta.

A nivel de la tipicidad subjetiva de la injuria se suele discutir, igualmente, el tema del famoso *animus injuriandi* que desde Beccaria acompaña a esta figura penal. Los que han querido ver este “ánimo” como integrante de los delitos contra el honor, aceptan también que habría otros “ánimos” que excluyen dicho elemento subjetivo del tipo, tal y como es el caso del *animus defendendi*; el *animus retorquendi* o el ánimo de narrar o criticar. Sin embargo, el tipo legal suele ser muy claro en comprender a nivel de tipicidad subjetiva un dolo que incluya en el elemento cognitivo el conocimiento de que se ofende a una persona en su decoro y dignidad⁴⁵.

2. El delito de calumnia

Los Códigos Penales suelen referir como contenido del tipo objetivo la atribución falsa de que una persona ha cometido un hecho delictivo. Este punto de partida hace que la configuración típica acepte la falsedad como parte integrante del tipo objetivo y también como parte de los elementos cognitivos que han de ser conocidos a nivel del dolo⁴⁶. Siendo así, y demostrada la verdad de los hechos, el hecho deviene atípico.

45 La Sala Tercera de Casación Penal de Costa Rica sostuvo en su fallo No. 18 de las 16:15 hrs. del 30 de enero de 1985, en un caso sobre injurias, que el *animus injuriandi* forma parte de los delitos contra el honor. Al mismo tiempo interpretó que la intención de injuriar se deducía de los actos que se ejecutan y de la significación gramatical de las palabras ofensivas y de la ocasión y forma en que se pronuncian o se escriben. El ánimo de injuriar, de acuerdo a este Voto, podía ser desplazado cuando existía un móvil en el sujeto activo de proteger el interés público mediante el desarrollo de una investigación contenida en una publicación.

46 Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 173.

En general se considera que esta es la forma más grave de afectación al honor, toda vez que la imputación se hace sobre hechos que configuran un hecho delictivo, lo que afecta grandemente al honor de la persona. Siendo la falsedad un aspecto del tipo subjetivo y teniendo en cuenta la gran entidad de la lesión que es posible causar al bien jurídico, es que el legislador penal, en consecuencia, ha permitido una libertad probatoria mayor sobre la falsedad o veracidad de los hechos que integran el delito que se imputa. En cuanto al delito no hay una especificación en la ley penal, por lo que podría ser calumniosa la imputación no sólo de un delito doloso sino también de un culposo. No lo sería la imputación de haber realizado una contravención o el haber cometido un delito putativo o un delito imposible, casos en los cuales podría estarse hablando, más bien, de injurias o de difamación.

3. El Delito de Difamación

La acción típica consiste en deshonrar o en propalar especies idóneas para afectar la reputación de una persona. La diferencia entre la difamación y la injuria no depende del carácter público o privado de la manifestación, sino el hecho formal de que esté o no presente el agraviado lo que produce el elemento diferenciador.

La propalación se alcanza, según lo ha entendido la literatura⁴⁷, con sólo que la ofensa se comunique a un tercero. El tipo penal no exige que la ofensa deba dirigirse a un número indeterminado de personas.

En cuanto a la reputación valen las consideraciones hechas en el numeral dos de la presente investigación. Se trata sin duda alguna de una manifestación o proyección de la personalidad del ser humano hacia los demás y consiste en la valoración que los “otros” hacen de la persona. Por esta razón pueden considerarse

47 Cfr. Llobet/Rivero, *op. cit.*, p. 166.

“especies idóneas” todas aquellas manifestaciones que lesionen la valoración positiva del sujeto por parte de sus semejantes.

Es un delito de mera actividad y no de resultado, y para su configuración resultan idóneas tanto las palabras habladas como escritas, aunque es imaginable también un acto difamatorio por medio de dibujos o caricaturas. En todo caso, el tipo penal contempla la realización de comportamientos activos por parte del autor de la difamación.

Algunas defensas y correctivos a la tipicidad legal y la antijuridicidad en los delitos contra el honor

1. La prueba de la verdad como causal de atipicidad

La prueba de la verdad ha sido admitida de manera diversa por los distintos Códigos Penales de la región. En algunos casos es considerada una defensa absoluta y amplia, con riesgo incluso de terceros, y en otros casos presentan limitaciones en relación a los hechos que pueden ser probados⁴⁸. El Código Penal alemán admite la prueba de la verdad con amplitud, sin embargo, vía jurisprudencial se han ido estableciendo algunos límites que tienen como objetivo una mayor protección de derechos de la persona. La jurisprudencia estadounidense, por su parte, aceptaba una amplia actividad probatoria de los elementos que constituían la ofensa. No obstante, a partir de los importantes casos *New York Times vs. Sullivan** de 1964 y *Gertz vs. Robert Welch* de 1974 se establecieron diferenciaciones en cuanto a los titulares del derecho al honor en el caso de difamaciones que hubieran sido cometidos por medio de la prensa: cuando se trataba de funcionarios públicos o de figuras públicas, o de cuestiones que susciten un razonable interés

48 Tales es el caso del artículo 149 del Código Penal de Costa Rica.

* Nota del editor. Ver en este volumen: Bertoni, Eduardo Andrés, “‘New York Times vs. Sullivan’ o la malicia real de la doctrina”.

público, se producía una desviación de la carga de la prueba del dolo y de la falsedad de lo dicho al demandante. Si no se daban esas circunstancias, entonces imperaba el principio general de que tendría que ser el demandado quien tenía que probar la verdad de los hechos.

En general, incluso en aquellos países donde la prueba de la verdad tiene limitaciones, existe una abierta dificultad para determinar la naturaleza jurídica de la *exceptio veritatis*. En efecto, se discute si ésta es una condición objetiva de punibilidad, una causal de atipicidad o una causa de justificación. De hecho la doctrina latinoamericana tiene representantes que sostienen alguna de éstas. En derecho penal costarricense, por ejemplo, se manifiestan Llobet y Rivero por una naturaleza compleja, toda vez que si la excepción de verdad se sostiene para la salvaguarda de un interés público será una causal de justificación. Si la *exceptio veritatis* es solicitada por el ofendido en el proceso de querella, en tal caso aceptan estos autores la existencia de una condición objetiva de punibilidad, que sólo tiene consecuencias en cuanto a lo punitivo, pero no en cuanto al carácter de típica, antijurídica y culpable de la conducta. Sin embargo, si la excepción de verdad o prueba de la verdad exitosa es presentada en una causa de querella por calumnia, en tal caso sería una causal de atipicidad⁴⁹.

El tema, en todo caso, no es pacífico, y no deja de tener interés desde el punto de vista de sus consecuencias para la interpretación con una teoría estratificada del delito. Nos decidimos más bien por un carácter de atipicidad para todos los casos en que la *exceptio veritatis* es ejercida con éxito, sobre todo cuando se interpreta que el elemento “falsedad” integra, en general, los delitos contra el honor.

49 Llobet/Rivero, *op. cit.*, pp. 181 y ss.

2. El principio de insignificancia como herramienta defensiva

En primer lugar, es posible encontrar una posible defensa frente a imputaciones derivadas por lesiones al honor provenientes de la actividad periodística a partir del principio de insignificancia.

La “insignificancia”, a nuestro modo de ver, pertenece a ese grupo de conceptos legales que dejan la sensación, en una primera instancia, de ser “determinables” a partir de ideas o de presunciones propias del “sentido común”, pero que en el fondo contienen tal grado de porosidad que se convierten en una puerta abierta para que, en el ejercicio de poder implícito en la definición, se integren o interpreten con meras “opiniones” de economía procesal o de racionalización administrativa, que darían al mencionado concepto que lo apartaría de la realización de los principios constitucionales que le dan sentido dentro de la interpretación jurídico-penal.

El criterio de “insignificancia del hecho” al que hacen referencia las modernas legislaciones procesales debe ser definido, y esto como reacción a las posibles opiniones “eficientistas”, a partir de dos criterios: a) por una parte debe de buscarse una definición práctica que una las consecuencias de la aplicación de este principio con la realización de los fines del derecho penal material, que son también los fines del derecho procesal, en tanto y en cuanto es derecho constitucional aplicado. Un segundo criterio b) refiere a la necesidad de buscar argumentos que contribuyan a la evitación de la arbitrariedad en el ejercicio del poder definitorio de una determinada tipicidad por delitos contra el honor.

El sistema de los principios y normas del derecho penal material ofrece una veta amplísima de puntos de vista y perspectivas que pueden contribuir a alcanzar definiciones de la “insignificancia”, de acuerdo a los límites y fines antes expuestos. La

sistemática del derecho penal se convierte, de esta forma, en una herramienta metodológica que pone al alcance del intérprete la posibilidad de resolver problemas concretos de la práctica, como lo es en este caso la aplicación de un criterio de defensa frente a imputaciones jurídico-penales por delitos contra el honor.

Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene “poco” desvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene “poco” desvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es “insignificante” aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte “desproporcional”; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es “in-significante” puede averiguararse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la “mínima culpabilidad”).

Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguitabilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación

de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente.

La pregunta sobre cuál hecho es “insignificante” y cuál no, es una cuestión que no puede resolverse con un mero ejercicio interpretativo de las normas procesales. Se trata de una pregunta central que atiende al contenido material del hecho, y, por ende, a su significado acorde con las reglas del derecho penal material. Atender al argumento de que al estar la “insignificancia” como un criterio incluido en la ley procesal debe ser interpretado únicamente de acuerdo con los extremos típicos de estas normas, haría olvidar que esta decisión legislativa en modo alguno excepciona el carácter realizador del derecho procesal de las normas del derecho penal material. Por otra parte una aceptación de este argumento sería defender una supuesta subordinación del derecho sustantivo al procesal que no existe ni desde un punto de vista constitucional, como tampoco desde un punto de vista práctico.

Serían insignificantes, desde este punto de vista, cualquier lesión al honor que desde la visión metodológica estratificada de la teoría del delito no constituya un hecho merecedor de persecución por su ínfimo carácter de injusto o su escasa dañosidad. Tal análisis sólo es posible en la casuística que se pudiera encontrar en las diversas “constelaciones de problemas” que son sometidas a los tribunales, y que suelen ser resueltas no directamente por criterios de insignificancia sino por ponderaciones estratégicas de las partes en conflicto para ahorrarse problemas procesales, gastos profesionales o incluso eventuales condenas utilizando la herramienta de la prescripción. Al margen de estas soluciones, las cuales también son posibles, la aplicación del criterio de insignificancia en los delitos contra el honor es de uso exclusivamente judicial y opera como herramienta de atipicidad de la conducta.

3. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión como causa de justificación

Habiendo analizado en el acápite anterior una de las causales de atipicidad que pueden funcionar dentro del análisis jurídico de los delitos contra el honor, corresponde ahora rastrear posibles herramientas de solución de conflictos que puedan derivarse del nivel de análisis de las causas de justificación.

En el caso del nivel de análisis de la antijuridicidad resulta que casi todos los análisis van dirigidos a comprobar si se ha producido o no una causa de justificación, que es una causal de exclusión de uno de los elementos del injusto, que cuando falta, no permite hablar de injusto en el sentido jurídico-penal del término.

Yo parto, como lo hacen otros autores de nuestro margen cultural, que la labor de interpretación del juez corresponde la misión de excluir lesiones bagatela de bienes jurídicos, que formalmente se ajustan al tenor legal, hablándose aquí del principio de insignificancia como máxima de interpretación restrictiva. Esta función parte de consideraciones constitucionales que la Sala Constitucional de Costa Rica ha venido recapitulando en una cadena de sentencias importantísimas que comenzaron con la 523-93, y han seguido constantes hasta la sentencia 6623-96, donde se ha señalado incluso la necesidad del análisis de antinormatividad como un análisis típico ineludible. Responde esta solución que distingue constitucionalmente entre tipicidad y antijuridicidad también a razones político-criminales no siempre presentes en la discusión nacional, es decir, que si el derecho penal es la forma más intensa de lesión o, si ustedes lo quieren, de desaprobación de una conducta, entonces ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal; se trata, claramente, de la aplicación del principio de proporcionalidad en sede derecho sustantivo, un principio que no vale sólo para el derecho procesal penal

sino para todo el ordenamiento jurídico penal y cuyas prescripciones son para todos nosotros, analistas del derecho penal, ineludibles. Esta línea de interpretación ha sido seguida en dogmática alemana entre otros por Hassemer, Baumann, Krümpelmann, Heribert Ostendorf y Roxin, muy especialmente este último, en su importante obra “Política Criminal y Sistema Jurídico Penal”, ya traducida hace varios años al español⁵⁰.

Acerca de las causas de justificación y su distinción, estos son mis puntos de partida y el de otros autores de la dogmática penal moderna. También es el punto de partida de muchos autores que se han referido a las posibilidades que ofrece el derecho a la libertad de expresión como causa de justificación jurídico-penal, aún cuando se suelen sostener tesis diversas sobre la relevancia del análisis de la antijuridicidad dentro del análisis típico. Sin embargo, podríamos aceptar como tesis común en la doctrina, también, que las causas de justificación tienen una razón de ser que las une a todas ellas y que les da sentido dentro de la función político-criminal que ha sido escogida para ellas. Sin duda alguna, la esencia común a todas ellas es la de ser ejercicios legítimos de un derecho, que concede el ordenamiento jurídico, cuando, en situaciones de necesidad, no puede llegar a tiempo a la tutela de bienes jurídicos y por ello concede la posibilidad de que los defiendan sus titulares, aún aceptando las consecuencias que se puedan producir a la víctima. Esta razón de ser común para todas las causas de justificación permite entender su función y su papel en el desarrollo actual del derecho penal.

Si prescindimos de la tesis de Rudolphi del espacio jurídicamente libre, según la cual una conducta puede o no ser jurídica (conforme a derecho) ni antijurídica, sino jurídicamente neutra, conforme a la opinión que estamos representando todas

50 Roxin, Claus, *Política criminal y estructura del delito*. Barcelona, PPU, 1992.

las causas de justificación son “medidas por el mismo rasero”, son tratadas en forma igual, y se niega que haya diferencias de eficacia en su misión de exclusión de la antijuridicidad. En consecuencia, para la dogmática penal sobre la justificación debe ser indiferente si el ordenamiento jurídico considera la conducta del sujeto deseada y ejemplar o si sólo la llega a tolerar, ya que, para esta posición, las causas de exclusión de la antijuridicidad es una regla permisiva que siempre concede al autor el derecho de intervenir y fundamenta así automáticamente para la víctima un deber de soportar la intervención.

Yo no distingo entre causas de justificación, en tanto causales de exclusión de la antijuridicidad, y meras formas de actuación que da el ordenamiento jurídico, ya que el cumplimiento de un deber legal es en sí mismo una causal de exclusión de la tipicidad, basado en que el ordenamiento no puede prohibir y permitir lo que a la vez permite en alguna parte del ordenamiento jurídico. El ejercicio legítimo de un derecho, que ya dijimos es para mí la *ratio essendi* de las causas de justificación, es en sí mismo también una situación paradójica desde un punto de vista procesal, ya que si aceptamos que es una causa de justificación y no una forma de actuación que da el ordenamiento jurídico, nos dirá un fiscal que entonces quien ejerce un derecho debe demostrar en juicio que lo ha hecho. Esto llevaría a una sinrazón constante obligando a quien actúa conforme al derecho y a lo que éste le indica a demostrar que no lo ha hecho de manera antijurídica, lo que no puede desprenderse del principio jurídico de que quien cumple el derecho no debe temer consecuencias.

Las causas de justificación excluyen siempre al injusto, y no existen causas de justificación de diversa jerarquía en relación con la antijuridicidad que excluyen. Todas las causas de justificación son reglas permisivas, pero no por ello someten al sujeto actuante a soportar sobre sus hombros un injusto, ya que por su virtud este injusto desaparece. La víctima que sufre los efectos de una causal de justificación debe soportar estos efectos en

virtud de que quien actúa bajo uno de estos supuestos lo hace amparado en un permiso que da el ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico no fomenta la actuación en causales de justificación, simplemente las permite, porque no le queda más salida. Otra respuesta resulta inconsecuente con la misma misión de las causales de justificación en derecho penal. Quien decide ejercerla puede, perfectamente, decidir no ejercerla y no por ello se haría objeto de una persecución penal.

Tomando como punto de partida estas observaciones podemos analizar la problemática del derecho a la libertad de expresión como una fuente de nacimiento de permisos para comportamientos en apariencia típicos de algún delito contra el honor.

En la primera parte de este trabajo sostuvimos la tesis de que el derecho a la libertad de expresión, entendido hoy como una garantía comunicativa de información y de democracia, tiende a manifestar la relevancia de ofrecer una ponderación de bienes jurídicos dentro de la sociedad cuando exista un conflicto entre este ejercicio y el honor y la intimidad de un ciudadano. Se trata, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español, de derechos constitucionales y humanos que se imponen límites recíprocos y deben ponderarse según las circunstancias. Esta interpretación proviene de la aceptación de que la libertad de expresión y de información no es sólo un derecho individual sino que se ha ido convirtiendo en un derecho de vocación social, ya que sirve de sustento a la formación de opinión pública, facilitando la transparencia de los asuntos públicos y generando pluralismo político, elementos todos indispensables para la democracia. Sin embargo, no cualquier ejercicio de la libertad de expresión faculta a considerarla una causal de justificación de una lesión al honor. En la misma jurisprudencia constitucional española se ha exigido que dicho ejercicio contribuya a la formación de opinión pública en asuntos de interés general. La información ha de ser veraz, bastando al menos una veracidad *ex-ante*, donde el deber de diligencia del informador comprueba y contrasta los datos y fuentes, permitiéndole ello

una creencia razonablemente fundada de la veracidad de la información. Junto a estos requisitos, se exige también que las expresiones utilizadas no sean puramente vejatorias e innecesarias para la formación del público⁵¹.

De esta manera, como lo sostienen Bianchi/Gullco, sería una hipótesis de ejercicio legítimo de un derecho, cuya fuente dimanante de permiso proviene de la misma Constitución Política⁵².

4. El error sobre la causa de justificación

En esta materia, como lo sostienen correctamente Bianchi/Gullco, también es posible no sólo acotar el ámbito de acción del error de tipo en los casos de falso conocimiento o ignorancia sobre la falsedad de los hechos ofensivos, sino que también es posible encontrar un error sobre la justificante, la cual tiene la virtud de exculpar de manera total cuando dicho error sobre la prohibición es invencible. Partiendo de una tesis de culpabilidad estricta, el mencionado error opera en el ámbito del conocimiento de la antijuridicidad y por ende es relevante en el análisis del reproche⁵³. En este caso, y partiendo del hecho que el reproche del injusto es graduable, corresponde imponer una penalidad menor en virtud de estas circunstancias, pudiendo llegar, incluso, a una exclusión absoluta del reproche cuando el error sobre las condiciones de la justificante sean absolutamente invencibles.

51 Luzón Peña, Diego, España: “Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 221 y ss.

52 Bianchi/Gullco, *op. cit.*, p. 199.

53 Bianchi/Gullco aceptan la tesis limitada de la culpabilidad y separan un posible error sobre el hecho de la justificante y otro sobre la prohibición, tesis que no sostendremos. Cfr. Bianchi/Gullco, *op. cit.*, p. 204.

Observaciones de *lege ferenda* para un análisis posible político-criminal del castigo de los delitos contra el honor

En la presente coyuntura de los países de América Latina resulta esencial replantear la necesidad de una política criminal de castigo a los delitos contra el honor. Curiosamente no se ha verificado un proceso de construcción de un programa para realizar dicha tarea, ni tampoco se han sugerido respuestas para la angustiosa pregunta sobre los contenidos de esa política criminal, sino que simplemente se ha preguntado sobre la posibilidad de atender a lo indispensable mediante la herramienta del control penal, pregunta que frecuentemente se contesta afirmativamente, atendiendo a la esencialidad como derecho humano que ostenta el honor.

Lo político y lo normativo se enfrentan con enorme frecuencia al reto de intercambiar nexos de comunicación, a entenderse a través de signos que muchas veces no son inteligibles ni para unos ni para otros. Esta problemática se expresa muy especialmente en la dificultad con que el derecho puede realizar las aspiraciones de lo político, muy concretamente cuando lo político tiene expectativas imposibles o al menos inalcanzables para lo jurídico, como cuando se pretende, a través del derecho penal, resolver diversos problemas sociales que, en realidad, deben ser atendidos mediante otros mecanismos, mucho menos violentos, más efectivos y unívocos en relación con los núcleos conflictivos que se pretenden resolver. Esto es particularmente cierto si se observa el tipo de conflictos que suelen resolverse en la sede de las querellas por delitos contra el honor.

En efecto, el derecho penal se ve, ahoramás que nunca, cada vez más enfrentado con la “realidad” que pretende aprehender, entendiendo bajo este concepto no sólo el contexto dentro del cual desarrolla el sistema de justicia penal su función, sino también el contexto de los discursos de legitimación de la persecución de los delitos contra el honor. Esta “realidad” manifiesta para el derecho penal que su funcionamiento más bien

genera más violencia, y que sus “soluciones” al conflicto suelen ser las menos aptas para alcanzar los fines que suelen aparejarse a tal funcionamiento.

El derecho penal se encuentra transitando por una de sus etapas más difíciles, no sólo por los evidentes problemas que enfrenta para “legitimar” su misión dentro del conglomerado social, como también porque hoy más que nunca se tiene conciencia que no se le puede confiar al derecho penal la función de resolver problemas sociales, no sólo porque es la peor vía para hacerlo, sino por la multiplicidad de efectos simbólicos que implica.

En la práctica del proceso penal por querella, y muy concretamente al observar la interacción de sus actores, se pone fácilmente de manifiesto que la mayoría de las veces el interés de la víctima queda eclipsado por el “interés público de la persecución”, provocando esto último una insalvable situación de desconfianza en la “solución” que el sistema penal produce. En otras ocasiones, el fin de tutela de bienes jurídicos queda comprometido por la mera defensa de fines de orden procesal, alcanzando por ese medio que el funcionamiento del sistema traslade la definición práctica del “bien jurídico” al dudoso estatus de una relación de disponibilidad del Estado.

La discusión sobre una posible definición para la política criminal de los delitos contra el honor sugiere más bien que el camino para la construcción o renovación de un derecho penal no debe atender sólo al fenómeno del honor como derecho humano esencial, sino también al más amplio componente de problemas de una sociedad organizada: la necesidad de información, de su intercambio y de la generación de más conocimiento, en un momento histórico de la humanidad donde el potenciamiento de estos intercambios generará el desarrollo futuro de la forma de vida y de gobierno que hemos escogido.

Resulta casi una verdad de perogrullo el decir que el problema de los delitos contra el honor tiene un gran componente social, que en muchos casos resulta ser un detonante de muchos tipos de acercamiento discursivo y en otros casos es el marco de referencia indispensable para entender o discutir sobre otros tipos de delincuencia (como los delitos cometidos en el seno del hogar o contra bienes jurídicos interindividuales). Pero resulta también irrefutable que no puede creerse que el problema de delitos contra el honor puede reducirse o entenderse exclusivamente dentro del esquema del Derecho Penal y sus instituciones. Esta creencia es la que lleva a pensar que simples enmiendas al Código Penal acabarán con la criminalidad o la mitigarán, olvidando la larga historia de atrocidades y violencia que ha provocado la confianza del legislador en esta tradición.

Reconocemos que una buena parte de la orquestación de estos esfuerzos del Estado para atacar el problema de la delincuencia pueden consistir también en una atención a la legislación penal y a las agencias encargadas de su aplicación e interpretación, pero en modo alguno como factor único y esencial. Así se postula, por ejemplo, en el No. 21 de los “Principios Rectores en materia de Prevención del Delito y Justicia Penal en el contexto del desarrollo y de un nuevo orden económico internacional”, cuando se dice que “...el sistema de justicia penal , además de ser un instrumento de control y disuasión, debe contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo...”⁵⁴.

Dentro de esta última idea es que sugerimos que, si bien la reforma penal es un paso dentro del camino hacia la consecución

54 Aprobados por el VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delinquiente. Documento A/Conf. 121/22, Milán, 26 de agosto al 6 de setiembre de 1985.

de un ideal de justicia social y de una adecuada distribución de la riqueza, como lo establecen muchas constituciones políticas de nuestra región, también es cierto que tal reforma no es en forma alguna un factor que ha de desarrollarse aislado de otras políticas del Estado para incentivar la paz, el respeto por los derechos fundamentales y el desarrollo equitativo de todos los ciudadanos.

El problema que un crítico atento encontraría hasta aquí es que hemos eludido una definición específica de la política criminal deseable en materia de delitos contra el honor, y que también hemos eludido discutir sobre sus contenidos, y es que precisamente ambos problemas refieren a un problema ideológico que rima también con el Estado de Derecho: la definición de ambos aspectos debe encontrarse en estabilidad y concordancia con los fines de Estado de Derecho y no al revés: que el Estado de Derecho deba someterse a los fines y objetivos de una determinada política criminal.

La llamada política criminal tampoco es de resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, sino que debe ser aportada en un debate nacional en todos los niveles, donde todos los grupos afectados (también el de los criminalizados o en peligro de criminalización) puedan decir lo que piensan, proponer opciones y escuchar sus posibles sugerencias. La democracia no es un diálogo de grupos sordos y ajenos a las ideologías, sino un debate constante y cotidiano por la realización de fines comunes, fines que quizás se estandarizan en el cumplimiento de una determinada ideología constitucional, lo que al final de cuentas es una consecuencia del consenso.

Esta política criminal, surgida en ese debate amplio, tiene, por supuesto, la posibilidad de generar una reforma penal. En tal caso hemos de esperar que esta reforma coincida con el objetivo que sustenta ese entorno social y ese acomodo político que hemos llamado Estado de Derecho, es decir, precisamente la atención de los intereses de todos, muy especialmente de

aquellos que debido a su silencio social y a su papel altamente problemático dentro del entorno exigen y necesitan de un mayor apoyo y atención a sus problemas.

En esencia, resulta fundamental para el punto de vista que estamos exponiendo que los Estados de la región formulen, en primera instancia, un conjunto de metas a alcanzar, y las líneas generales de una política integral que englobe los principales problemas detectados en relación con la delincuencia, y que de allí se formulen entonces grandes temas para una discusión nacional. Esta discusión no retardará el problema, pero sí permitirá producir posibilidades de solución que gocen de una amplia conciencia e interés de la colectividad.

En esta tesis es donde conviene dar una especial reflexión a las posibilidades de solución que ofrecen tanto las salidas alternativas al conflicto (formalizadas dentro del mismo proceso penal) como las que ofrecen otras sedes, como la civil, que han demostrado en otras latitudes sus virtudes y evidentes ventajas.

El camino queda abierto para la reflexión, pero sin duda será la ponderación necesaria de los bienes jurídicos en juego, en el marco del Estado de Derecho, quien dará la guía para la interpretación del camino posible para hermanar dos graves necesidades: la tutela de la persona y su dignidad como herramientas de autodeterminación y la libertad de información como herramienta de democratización y transparencia. La pregunta es ahora para ustedes y hemos de iniciar ya el camino hacia una solución posible.

Bibliografía

Arzt, Gunther y Ulrich Weber, *Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Heften*, LH-1: Delikte gegen die Person, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1981.

Bertoni, Eduardo; Bovino, Alberto; Guariglia, Fabrizio, Gullco, Hernán, *Libertad de Prensa y Derecho Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.

Bianchi, Enrique Tomás y Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*. Librería Editora Platense, La Plata, 1997.

Chirino Sánchez, Alfredo, *Autodeterminación Informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. Comisión Nacional para la Administración de la Justicia, San José, Costa Rica, 1997.

Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad de Expresión y Delitos contra el Honor*. Editorial COLEX, Madrid, 1992.

Issa El Khoury Jacob, Henry, “El Desacato dentro de un Derecho Penal Republicano”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 66 y ss.

Llobet, Javier y Rivero, Juan Marcos, *Comentarios al Código Penal (Análisis de la tutela de los valores de la Personalidad)*. Juricentro, San José, Costa Rica, 1989.

Luhmann, Niklas, *Die Realität der Massenmedien*. Oppladen, Westdeutscher Verlag, 2. erw. Auflage, 1996.

Luzón Peña, Diego, “Delitos contra el Honor, Desacatos y Libertad de Expresión en Derecho Penal Español”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 209 y ss.

Madlener, Kurt, “El ejercicio legítimo del deber de información del periodista, como causa de justificación en el proceso penal por injurias y difamación”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 192 y ss.

Márquez, Marcela, “Aspectos Fundamentales de la Libertad de Prensa en Panamá”, en: AAVV, *Justicia Penal y Libertad de Prensa*. ILANUD, San José, Costa Rica, 1992, pp. 171 y ss.

Novoa Monreal, Eduardo, *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, S.A., Primera Edición, México, 1979.

Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 2. Überarbeitete Auflage, 1986.

Rudolphi, Hans-Joachim, Horn, Eckhard, Samson, Erich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Neuwied/Kriftel, Alfred Metzner Verlag, 4. Nuebearbeitete Auflage (Stand: 29. Lieferung (Junio de 1991), (citado como Autor de la Sección, en: *SK-StGB*, parágrafo, Rn. –número de párrafo-).

Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Madrid, 1994.

Sarazá Jimena, Rafael, *Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

Schmidt-Bleibtreu/Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, Neuwied; Kriftel; Berlin, Luchterhand, 8. Auflage, Luchterhand, 1995. (Citado como Schmidt-Bleibtreu/ Klein, GG)

Sociedad Interamericana de Prensa, Proyecto Chapultepec, “Informes Legales Hemisferio Occidental”, documento mimeografiado, 1998.

Villanueva, Ernesto, “¿La libertad de expresión vs. el honor de las personas? ¿Qué debe prevalecer?: Una Reflexión Documentada”, en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/buendia/rmc/rmc48/libertad.htm>

Villaverde Menéndez, Ignacio, *Estado Democrático e información: el derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*. Junta General del Principado de Asturias, Asturias, España, 1994.

von Münch, Ingo (Edit.), *Grundgesetz-Kommentar*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, Tomo I (del Preámbulo hasta el Artículo 20), 1974.