

LOS DELITOS DE OPINIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Por GERARDO NICOLÁS GARCÍA¹

SUMARIO: I. Marco de referencia. La constitución. II. Los delitos de opinión. III. Protección del honor y de la propia opinión. IV. Democracia y libertad de opinión.

I. Marco de referencia. La constitución.

Antes de tratar el problema constitucional concreto que presentan los delitos de opinión en el Estado constitucional de derecho argentino, debemos explicitar nuestro punto de partida, para luego referirnos al problema.

Con la incorporación del llamado *bloque de constitucionalidad federal* –o sea, los pactos, tratados y convenciones con jerarquía constitucional (CN 75.22)- no puede discutirse que hablar del Estado constitucional de derecho *implica* referirse a estos documentos del derecho humanitario internacional.

Antes de que estos tratados obtuvieran una jerarquía igual a la de la Constitución Federal, también obligaban al Estado federal y a los distintos estados provinciales a adecuar su legislación interna a dichos estatutos. Dicha obligación surgía de la Convención de Viena sobre los tratados (la cual impone a los Estados signatarios el deber de adecuar su legislación interna a los tratados que la nación suscribiera) y del principio del derecho internacional de *buena fe contractual*².

Por ello referirse hoy al Estado constitucional de derecho *implica referirse también* al derecho humanitario internacional que ha adquirido rango o jerarquía constitucional. Existe una vinculación muy particular entre el derecho humanitario internacional –con rango constitucional (CN 75.22)- y el derecho penal, entendido como *legislación penal* (y no como *discurso de los juristas*²). El derecho penal –y más concretamente los tipos penales que habilitan poder punitivo- *no pueden ser ampliados por los pactos internacionales, pero sí restringidos o eliminados* por ellos.

El poder punitivo del Estado está normativamente más limitado que antes con la incorporación de los pactos sobre derechos humanos, ya que por su naturaleza éstos confieren derechos a las personas *frente al estado* y nunca al revés. Esto es así por cuanto fueron creados con ese objetivo para poner un límite regional o universal frente al poder y los abusos de los estados. Esta interpretación es la que ha sido dada por el Tribunal Europeo

¹ Abogado, ayudante de primera (i) Derecho Penal I, II y seminario (por casos) Universidad Nacional del Comahue, coordinador (2.000-2.003) del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados y Procuradores del Neuquén, mail nicolasgarcialong@yahoo.com.ar.

² En este punto BIDART CAMPOS, GERMÁN JULIÁN sostiene que "Argentina, al ratificar y prestar recepción a la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, se ha obligado a acatar su art. 27, en el que se define y reafirma que ningún estado parte puede invocar su derecho interno para incumplir un tratado. No es coherente, por eso, que la reforma constitucional de 1994 sólo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con la excepción de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales", (Manual de la constitución reformada, T.I, Buenos Aires, Ediar, 1.998).

sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos³ a sus respectivos pactos regionales.

Por último, debemos tener presente que las normas de los pactos internacionales son aplicables en la medida en que confieran mayores derechos que los que la legislación interna de cada estado –federal o provincial- confiera al ser humano y –también- en la medida en que confieran más derechos que otro pacto o tratado aplicable. Es decir que es aplicable el pacto que más derechos confiera y siempre que no limite derechos del estado federal o provincial (en nuestro país son *expresamente complementarios de la legislación interna*).

Esto último es lo que se ha dado en llamar el *principio pro homine*, “criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”⁴.

“Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna o en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos”⁵. Así lo prevén expresamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.5), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.29), el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art.5), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (art.1.1) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art.41). De esta forma existe un criterio con base legal que posibilita optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación posible de éstas.

II. Los delitos de opinión.

Tradicionalmente se han denominado *delitos de opinión* a aquellos tipos penales que habilitan poder punitivo por la manifestación pública de opiniones políticas. Así sucedió en los regímenes totalitarios, que penaban la manifestación del pensamiento que fuera contrario al Estado totalitario. Manifestación de ello ha sido en Italia el código fascista que divinizó al Estado y también en Alemania el nazismo. La Argentina no ha sido una excepción en cuanto a la persecución de las ideas y opiniones políticas.

³ Diferenciación que hacen -entre otros- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, Derecho Penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2.000.

⁴ Entre otros argumentos, se ha dicho que los pactos confieren derechos al ciudadano frente al estado (y no al revés) para sostener que el estado (representado por el fiscal) no tiene recursos contra la sentencia penal absolutoria (MAIER JULIO B.J., "El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", en ABREGU MARTÍN - COURTIS, CHRISTIAN (coord.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto/CELS, 1997.

⁵ PINTO, MÓNICA, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGU MARTÍN - COURTIS, CHRISTIAN (coord.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto/CELS, 1997.

Esta ha sido la concepción –por llamarla de alguna manera- tradicional de los delitos de opinión. Actualmente esta concepción debe ser ampliada, incluyendo la punición de opiniones distintas de las políticas. Es decir incluyendo todo tipo de opiniones.

En la República Argentina está penada –en algunos casos- la opinión de las personas. Es decir que existen como una categoría jurídica los delitos de opinión. Esto sucede con los delitos de *calumnias*, de *injurias* y con la *apología del crimen* (artículos 109, 110 y 213 del código penal).

El delito de *calumnias* pena la “falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública” (art. 109 CP). Las *injurias* al que “deshonrarse o desacreditarse a otro” (art. 110 CP) y la *apología del crimen* penaliza a quien “hiciera públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito” (art. 213 CP). Todos estos delitos tienen prevista de alguna forma una pena privativa de la libertad (1 a 3 años en la calumnia, 1 mes a 1 año en las injurias y de 1 mes a 1 año en la apología del crimen).

Por aplicación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre⁶ (DUDH, art. 19) son inconstitucionales todos los tipos penales que habiliten poder punitivo por la emisión de *opiniones*. Esta declaración dice que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”. Esta norma está en la misma línea de pensamiento que su preámbulo, que en una parte dice “que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Son opiniones las manifestaciones exteriores de un concepto o parecer. En última instancia la manifestación exterior del pensamiento. Es por ello que allí donde una persona diga algo o escriba algo habrá una opinión.

La manifestación de la opinión de una persona es una de las formas en que se ejerce la libertad de expresión, la que en el ámbito internacional es considerada como uno de los llamados *derechos preferidos*, o sea de mayor importancia (concretamente en la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos -CADH-).

Los delitos de *calumnias*, *injurias* y la *apología del crimen* son inconstitucionales por cuanto penan a quienes expresen sus opiniones, contraviniendo la prohibición expresa de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En esta última el derecho a la libertad de opinión y expresión incluye el de *no ser molestado a causa de sus opiniones*, el de investigar y recibir información y opiniones, y *el de difundirlas*, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión.

Una de las mayores molestias que puede afrontar una persona es la de tener que afrontar un proceso penal a causa de sus opiniones, y el verse sometido a la sola posibilidad de que pueda ser encerrada por ello.

De la interpretación del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos surgen consecuencias muy importantes para las personas, para el progreso del Estado de derecho y el de la democracia.

Diversas cartas regionales o universales se han ocupado de la libertad de opinión y de expresión, así como de la protección del honor de las personas.

Es de aplicación frente a la tipificación penal de estos supuestos (*injurias*, *calumnias* y *apología del crimen*) la Declaración Universal sobre Derechos Humanos y no la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por cuanto estos dos últimos regulan de manera más restrictiva el derecho a la libertad de opinión y expresión. Concretamente estos dos pactos (la Convención Americana y el Pacto Internacional) prohíben a los Estados partes la censura previa pero permiten la previsión de responsabilidades ulteriores (es decir la

⁶ PINTO, op. cit., p.164.

posibilidad de que como consecuencia de una expresión una persona pueda tener responsabilidad posterior, sin hacer distinciones, lo que admitiría la responsabilidad civil, penal y administrativa).

Quienes entienden correcta esta regulación o –si se quiere- limitación, sostienen que si no se admite la previsión de responsabilidades ulteriores todo vale, la deshonra, el descrédito y la afectación al honor.

Es por ello que se ha entendido que esta expresión –responsabilidades ulteriores- del Pacto de San José de Costa Rica (así como la regulación efectuada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) *legítima* la previsión legal de los tipos penales de *injurias* y *calumnias* (lo que se puede hacer extensivo a la *apología del crimen*).

Se dice, no existe censura previa pero sí responsabilidades ulteriores.

Varias son las razones que hacen que estos tipos penales sean inconstitucionales:

a) las *responsabilidades ulteriores* son una forma de *censura previa inversa*⁷ (*puedes decir lo que quieras, nadie te controlará; pero ten cuidado con lo que digas que podrías ir preso, lo que genera la autocensura*) y ello se encuentra prohibido por la Constitución Nacional y el Derecho Internacional. La previsión de sanciones penales por la expresión de ideas y opiniones genera en la persona un control interno previo de lo que se va a decir o escribir (autocensura). Es por ello que se genera la censura previa de forma inversa (o sea prohibiendo penalmente);

b) la incorporación de los dos pactos no puede utilizarse como fundamento legitimador de tal punición de formas de libertad de expresión, ya que su creación y vigencia es posterior al código penal de 1.921. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada en San José, Costa Rica en 1.969 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado en Nueva York, U.S.A. por la ONU en 1.966. Es por ello que no puede sostenerse que en el código penal de 1.921 el fundamento normativo de tal punición se encontraba en los pactos internacionales, ya que todavía estos no existían;

c) los dos pactos (CADH y PIDCP) deben ser aplicados *en la medida* que no restrinjan ni limiten derechos –libertad de expresión sin censura previa regulada por la Constitución Nacional (CN, 14)- por cuanto “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, *no derogan* artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos” (CN, 75.22);

d) a su vez, por aplicación del criterio hermenéutico de interpretación de los tratados, *principio pro homine*, la aplicación de dichos pactos está condicionada a que no haya legislación interna o de otro pacto, tratado o convención que confiera más derechos al ciudadano (en este caso la DUDH, 19);

e) por último, falta la *legitimación externa* (o sea no normativa) de estos tipos penales, siendo imposible o muy difícil responder a la pregunta de ¿por qué prohibir penalmente y no civil o administrativamente estos hechos⁷?, cuestión vinculada con la llamada *ultima ratio* del derecho penal.

La situación normativa antes descripta implica obligaciones internacionales para el Estado argentino, cuales son adecuar su legislación interna (o sea, suprimir en el ámbito del Congreso de la Nación los arts. 109, 110⁸ y 213 CP y a las Provincias o Municipios sus códigos de faltas o contravencionales en cuanto tengan prohibiciones análogas a las descriptas, así como la legislación administrativa que contenga sanciones penales).

⁷ Ver, BERTONI, EDUARDO ANDRÉS, "La Convención Americana sobre derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores", en ABREGU MARTÍN - COURTIS, CHRISTIAN (coord.) La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto/CELS, 1997.

⁸ Sobre este tema puede consultarse a FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, 4ta Edic., Madrid, Trotta, 2.000.

Otra de las consecuencias que se imponen a los jueces de todo el país (en tanto el control de constitucionalidad en la República Argentina es difuso) es la obligación de declarar inconstitucionales dichos tipos penales en cada caso a resolver (CN, 31, 75.22 y Convención de Viena).

III. Protección del honor y de la propia opinión.

No se discute la existencia del honor como algo apreciable o valorable por la persona. Pese a las dificultades que se presentan para definir el concepto de *honor*, podemos acordar con la posición más tradicional que lo entiende comprensivo del concepto que tenga la persona sobre sí misma y el que los demás tengan sobre ella.

Por lo sostenido en los párrafos anteriores (la inconstitucionalidad de los tipos penales que prevén *delitos de opinión*), podría pensarse que aquella persona que es *afectada* por las manifestaciones de otro queda desamparada por el ordenamiento jurídico argentino.

Esto no es así, en tanto existe el llamado *derecho a réplica* como forma de fortalecer la libertad de expresión del *afectado* por expresiones u opiniones de otro (previsto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 14 y reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación) que le permite a la persona afectada por las expresiones de otro, replicar los dichos que lo perjudiquen.

El *derecho de daños* también protege a aquellos que -pese a haber utilizado el derecho de réplica- hayan sido afectados o dañados, permitiendo iniciar acciones indemnizatorias para reclamar los daños causados (CC, 1089, 1090 y 1109, entre otros).

Parece así haber quedado delineado el funcionamiento de la libertad de opinión en un Estado constitucional de derecho: libertad de opinión sin molestias anteriores o posteriores y derecho de cualquiera a replicar los dichos o expresiones en cuanto tenga algún interés en ello. En los casos para los cuales -pese al ejercicio del derecho a réplica- exista un *daño resarcible*, existe la posibilidad de ejercer acciones civiles indemnizatorias.

Podría decirse que la posibilidad de ejercer acciones indemnizatorias civiles por las opiniones o expresiones ajenas vulnera -asimismo- la prohibición expresa de la DUDH, de *molestar* a quien opine o se exprese de cualquier modo, objeción que -pese a los argumentos que podrían esgrimirse a su favor- no parece razonable en el estado actual del pensamiento jurídico.

IV. Democracia y libertad de opinión.

ALFREDO L. PALACIOS comenzaba su comentario a los *delitos de opinión* diciendo que: “la opinión es un *concepto o parecer* que en ningún caso constituye delito, pues las ideas no son punibles. Un estado democrático no puede declarar fuera de la ley a los que preconicen ideas sociales o doctrinas filosóficas contrarias a la democracia”⁹. Y en otra parte sostenía: “el estado democrático dejaría de serlo si persiguiera a las ideas, pues él expresa una relación entre hombres, entre fuerzas, una coordinación que regula esas relaciones. No puede, pues, poner valladares al pensamiento. Al hacerlo destruiría sus propios fundamentos para crear una sociedad abstracta y ficticia que no podría vivir”¹⁰.

La búsqueda de una sociedad *democrática, libre, justa, pacífica e igualitaria* no puede realizarse mediante la intromisión penal del Estado en las expresiones y opiniones de sus ciudadanos. Por medio de la amenaza con sanciones penales no se logrará un pueblo libre y

⁹ El llamado delito de injurias, además, afecta el principio de legalidad penal. Dishonrar y desacreditar a otro son términos vagos e imprecisos, que en última instancia son definidos por el juez.

¹⁰ "Delitos de opinión", en Enciclopedia Jurídica Omeba, TVI Defe-Dere, Buenos Aires, Driskill s.a., 1991, comentado por el Dr. ALFREDO L. PALACIOS.

respetuoso del otro, sino un pueblo disciplinado, temeroso y silenciado, que guardará sus críticas y opiniones por temor a una sanción y no por decisión propia. Al fin y al cabo “las ideas no deben combatirse sino con otras ideas”¹¹.

¹¹ "Delitos de opinión", en Enciclopedia Jurídica Omeba, TVI Defe-Dere, Buenos Aires, Driskill s.a., 1991, comentado por el Dr. ALFREDO L. PALACIOS.