

Delitos contra el honor

Aportes para un análisis de la reforma de la ley 26.551 al Código Penal argentino

Por Nicolás Sosa Baccarelli

Palabras previas

El 18 de noviembre de 2009 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.551. Esta norma introdujo al Código Penal argentino profundas reformas en materia de delitos contra el honor que serán objeto de estudio de este trabajo.

No es nuestro propósito hacer un examen pormenorizado de los nuevos tipos penales. Por ello no analizaremos cada uno de los elementos constitutivos de las figuras delictuales sino tan sólo nos limitaremos a analizar las novedades que la ley 26.551 ha introducido a los delitos contra el honor.

Antecedentes de la reforma

Las sociedades cambian, y, con ellas, la valoración de los bienes jurídicos varía. A veces éstos exigen mayor protección. Otras veces, terminan cediendo en la pugna con otros intereses que se vigorizan. Todos estos cambios deben ser atendidos respetuosamente por los operadores del derecho, especialmente el legislador y el juez para no incurrir en la desdichada situación que temía Jossierand al decir que los juristas, por más fieles que sean a la tradición, deben vivir en su época si no quieren que ésta viva sin ellos.

La situación política y social latinoamericana de los últimos años ha dado cuenta de un incremento en la tensión existente entre los diferentes sectores sociales. Las desigualdades económicas, la vertiginosa polarización en el reparto de los ingresos, la opacidad de los Estados a la hora de enfrentar los problemas estructurales de las sociedades, la falta de políticas de estado en materia de educación, salud, vivienda, etc. ha derivado en una carrera sin retorno de lo que comúnmente se ha denominado “inseguridad”. Quienes han conquistado algo de esa huidiza torta que es el ingreso, temen por su estabilidad y por sus vidas al salir a las calles y enfrentar ese mundo gobernado por códigos que desconocen y

por actores sociales que ya no temen caer dentro de las redes del sistema penal, pues en muchos casos, son sus mismísimos productos. Así, se alzan voces confusas y disonantes en medio del caos. Algunas predicán sesudas propuestas, las otras portan la fibra de la impotencia y la desesperación. Así se propone el recrudescimiento irracional de las penas, la creación de nuevos e indescifrables tipos penales, la disminución de la edad de imputabilidad, la sanción de leyes penales de la noche a la mañana, entre otras alternativas. En este conflictivo panorama, se retuerce el pensamiento penal, resiste, muta, renace.

Resulta interesante observar que este escenario se ha visto, de alguna manera, alterado por la sanción de la ley 26.551, que representa, en términos generales, un repliegue del poder punitivo y una conquista del derecho penal de mínima intervención.

Si bien contraria a una tendencia alarmante hacia una revigorización del punitivismo, esta reforma no ha sido sorpresiva. Desde hace tiempo se vienen propugnando cambios en esta materia.

En el año 1994 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “Comisión IDH”) en el caso *Verbitsky contra Belluscio* tuvo oportunidad de expedirse sobre las leyes de desacato y señaló que resultaban incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante “CADH”). En el marco de una solución amistosa el Estado argentino derogó la figura penal de desacato.

Varios proyectos de ley fallidos han postulado la derogación o reforma de los tipos penales que protegen al honor. Especial relevancia tuvo el proyecto elaborado por la Asociación Periodistas y presentado en el Congreso Nacional por los entonces senadores José Genoud y Jorge Yoma.

No obstante los intentos anteriores, la reforma que produjo la sanción de la ley 26.551 tuvo como principal antecedente la condena que la Argentina recibió por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) recaída en el caso Eduardo Kimel, el 2 de mayo de 2008, y que será objeto de análisis en la segunda sección de este trabajo. La reforma que aquí estudiamos ha cambiado definitivamente la fisonomía del título 2 del libro segundo del Código Penal argentino.

Breve análisis de los nuevos tipos penales

A continuación haremos un somero análisis de los nuevos elementos que la ley 26.551 ha introducido a los delitos contra el honor.

Calumnia

El texto del artículo 109 decía:

La calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública, será reprimida con prisión de uno a tres años.

La nueva redacción establece:

La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000) a pesos treinta mil (\$ 30.000). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

Persona física

La reforma ha zanjado una vieja polémica en la doctrina y la jurisprudencia nacional que giraba en torno a la entidad del sujeto pasivo de este tipo penal. Puntualmente se discutía si las personas de existencia ideal tienen capacidad para cometer delitos (que puedan imputárseles falsamente, según lo requiere la acción típica de la calumnia) y en caso afirmativo, si titularizaban el bien jurídico protegido en este título.¹ Desde el ángulo de los derechos personalísimos también se debatió esta problemática bajo argumentos que versaban sobre la indudable existencia de una suerte de honor objetivo que detentan estos entes jurídicos. Sin embargo, en el código penal, la duda se incrementaba con la lectura del

¹ “Revista El Médico Conurbano”, causa n° 25.996, del 25/4/2005, Sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal donde se estuvo por la existencia del honor de las personas jurídicas. Ver en sentido contrario verbi gratia causa n° 22451, del 12/12/2003, caratulada “Lanata, Jorge”. Esta sentencia de la sala IV del tribunal citado se pronuncia por la negativa, en un criterio que ha sido predominante.

antiguo artículo 117, ahora también modificado referido a la retractación. Éste hablaba de “particular o asociación”. Ya es ocioso poner de relieve la notoria inexactitud terminológica que este giro implicaba, pues, esta desafortunada redacción ha quedado derogada y así superada la antigua discusión.

Persona física *determinada*

Tampoco era del todo preciso en la pasada redacción si era posible la comisión de este delito emitiendo, por ejemplo, expresiones confusas, oblicuas, solapadas, respecto del destinatario de la acusación calumniosa. Con la nueva letra del artículo 119 se ha agregado la exigencia de la determinación de este sujeto. Sin embargo creemos que no debe hacerse de esto una interpretación extrema que conduzca a exigir nombre y apellido. La determinación de una persona puede ser precisa y exitosa sin llegar a estos extremos. Creemos que basta con un razonable grado de determinación para dar por satisfecho este requisito.

Adviértase también que este nuevo requerimiento es coherente con la derogación del artículo 112 que receptaba las denominadas calumnias o injurias encubiertas.

Delito concreto y circunstanciado

En este sentido, el legislador de la 26.551 no ha hecho sino darle consagración legal a una vieja exigencia jurisprudencial por demás estimable. El delito imputado falsamente a otro debe ser concreto y circunstanciado. Es decir, deben constar las circunstancias de modo, lugar y tiempo que permitan determinar la conducta delictiva en el caso concreto.²

Pena de multa³

La ley 26.551 eliminó la sanción penal para expresiones sobre temas de interés público, manteniéndola en el resto de los supuestos, pero ya no en la especie de prisión, sino de

² Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de Capital Federal, sala IV, causa n° 27672, “Balbin Claudia” del 16/11/2005; sala VI, causa n° 26166, “Verbitsky Horacio y otros”, del 23/08/2005; sala IV, causa n° 27438, “Ramos Julio Alfredo s/calumnias” del 15/12/2005.

³ SOSA BACCARELLI, Nicolás y PETRA, Santiago. *La respuesta penal en la reforma a los delitos de calumnias e injurias a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en “Anales de Legislación Argentina”, 17/2/2011, n°4, t. LXXI-B, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2011, p. VI.

multa. La pregunta que cabe hacerse es: **¿es esta modificación legislativa lo que exigió el Tribunal de San José a nuestro país en el caso Kimel?** Pensamos que la respuesta es la negativa. Creemos, por el contrario, que esta decisión del legislador argentino responde más a una asimilación de los criterios de la CIDH que de los de la Corte. En efecto, el Tribunal interamericano ordenó “adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal forma que las imprecisiones reconocidas por el Estado (...) se corrijan para satisfacer los requerimientos de seguridad jurídica y, consecuentemente, no afecten el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”⁴ Las imprecisiones mencionadas versan sobre el modo en que se encuentran reguladas las figuras de calumnia e injurias, el cual por falta de precisión da vía libre para que los tribunales argentinos fallen con criterios discrecionales, fomentado el dictado de numerosas sentencias violatorias a la libertad de expresión.⁵ Como se ve, la Corte no ordenó la supresión de la vía penal. Tampoco impugnó la pena privativa de libertad como forma de sanción. Simplemente requirió la subsanación de las vaguedades de los tipos. No obstante la Argentina hizo más de lo pedido, y abrogó la sanción punitiva para las expresiones en temas de interés público, acogiendo así las pretensiones que la CIDH, sin éxito, invocó ante la Corte. Y avanzando aún más todavía, respecto de discursos que no reúnan dicha calidad, degradó la pena de prisión en pena de multa.

La solución punitiva fue notoriamente acotada, mas no suprimida. Más allá de nuestras apreciaciones personales sobre la conveniencia o no de abolir la vía penal en materia de delitos contra el honor, estamos seguros de que ese es el camino que transitamos. Tarde o temprano la protección que la ley penal dispensa a este bien jurídico, va a ceder.

No es ocioso señalar que hay quienes propugnan la abolición absoluta de la respuesta penal, y dudan inclusive de la convencionalidad de la civil.⁶ Incluso la propia Comisión, sin llegar a posiciones tan radicales, desde hace un tiempo viene manifestando preocupación por las

⁴ Ver *Caso Kimel*, párr. 140, punto resolutivo 11.

⁵ *Ibidem*, párr.88, 127 y 128.

⁶ Ver BERTONI, Eduardo A. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Compiladores: Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis. 1º Edición Del Puerto-CELS, 2006, p. 904 y ss. Ver también ABREGÚ, Martín y COURTIS Christian (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto- CELS, Buenos Aires, 1997.

sanciones provenientes del derecho privado.⁷ De hecho, en su Informe Anual de 2009, tras aplaudir las modificaciones de la ley 26.551 (sin hacer objeciones sobre la pena de multa) reconvino a la Argentina por el tratamiento que a este tema se le da en la legislación civil, dada la falta de límites ante el eventual uso desproporcionado de las sanciones pecuniarias que podrían convertirse en un medio indirecto de censura.⁸

Nuevas circunstancias atípicas

Encontrar un razonable punto de equilibrio entre el derecho a decir lo que se quiere y el derecho a mantener incólume la honra y dignidad personales no es para nada sencillo. Más aún cuando ese sujeto que se expresa, hace de ello su profesión y cumple un importante rol social de investigación, información, y fiscalización de los actos públicos, tal como hacen los profesionales del periodismo. El desarrollo de nuevas tecnologías durante las últimas décadas ha transformado radicalmente la prensa. Así vemos cómo se ha desarrollado este actor social de singular relevancia hasta convertirse en un poder que, muchas veces, se encuentra por encima del propio Estado. Sin lugar físico exclusivo y determinado y con una capacidad operativa sustentada por millonarios recursos, la prensa controla, vigila, indaga y, a veces, gobierna.

Estas transformaciones no podían pasar desapercibidas en el derecho penal, quien se ha visto obligado a revisar las estructuras en las que organiza sus fuerzas punitivas en supuestos que involucran estos cambios.

La ley 26.551 ha introducido a los tipos penales de calumnias e injurias dos causales de atipicidad: expresiones referidas a asuntos de interés público y expresiones no asertivas. Analicemos brevemente cada una de ellas.

⁷ Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título IV: Conclusión. En el mismo sentido: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 3, párr. 103; Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 2, párr. 115.

⁸ Ver CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. 2, párr. 9.

1- Expresiones referidas a asuntos de interés público

La nueva normativa ha dejado fuera del tipo penal cualquier imputación ofensiva que esté referida a asuntos de interés público.

Siguiendo la explicación que hace el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) al presentar su propuesta de reforma⁹, seguida textualmente por el Congreso en este artículo, la redacción “*expresiones referidas a asuntos de interés público*” se trata de una reproducción sustancial del giro utilizado por la Corte Suprema en el caso “Patitó c. Diario La Nación” de fecha 24 de junio de 2008, que, a su vez encuentra origen en el fallo Campillay.¹⁰

El derecho, como ciencia humana, aloja una esencia de perfiles sombríos: el lenguaje. Quienes operamos con textos jurídicos estamos -en mayor o menor medida- acostumbrados a lidiar con lo que prestigiosa doctrina especializada ha llamado “la textura abierta del lenguaje”¹¹. Conceptos tales como “orden público”, “buenas costumbres”, “moral”, “rectitud”, se nos presentan al intelecto con toda su carga emotiva y, al mismo tiempo, acompañado de sus naturales e inmensas imprecisiones. “Interés público” es una de estas problemáticas voces.

Para García de Enterría se trata de conceptos con los que las leyes definen supuestos de hecho o áreas de intereses o actuaciones perfectamente identificables, aunque lo hagan en términos indeterminados, que luego tendrán que completarse en el campo de su aplicación.¹² Dicha indeterminación entraña una desventaja y al mismo tiempo un efecto buscado. Su vaguedad y ambigüedad permiten al juzgador (juez o administración pública, según el caso) definir el alcance preciso en el caso concreto.

⁹ Implementación de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Eduardo Kimel c. Argentina, CELS, http://www.cels.org.ar/common/documentos/reforma_calumnias_injurias.pdf

¹⁰ Fallos 308:789

¹¹ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, p.33.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, en “Revista Española de Derecho Administrativo”, enero-marzo de 1996, n° 89, p. 83.

No obstante lo dicho, cuando estos términos son empleados por la ley penal, las preocupaciones crecen, por el temor de que se resientan los principios de máxima taxatividad y de legalidad que deben informar el ordenamiento jurídico penal.

Intentemos un primer e insuficiente acercamiento al término “interés público” diciendo que es el aquel que trasciende al interés meramente privado.

Los elementos de este término compuesto son el “interés” y lo “público”. El “interés” se refiere al valor o importancia que reviste una cosa o bien para una persona o grupo de personas. Esto implica una estimación valorativa en abstracto y también la de un provecho, resultado o utilidad, que esas mismas cosas o bienes tienen; un juicio sobre su conveniencia o necesidad, tanto en el orden moral como en el material. Lo “público”, por su parte, está referido a aquello que es, o pertenece a la comunidad, las personas en general, pero que no es de titularidad individual.

El interés público no coincide con el “interés del gobierno” o con un “interés oficial”, sino que va más allá de ese ámbito. Tampoco debe ser identificado con un interés “del público” como las noticias sobre las relaciones sentimentales de personajes de la farándula.¹³

Creemos que este margen de atipicidad consagrado por la reforma se compeadece con la jurisprudencia que los organismos internacionales de Derechos Humanos ha venido consolidando y que se estudiará en la segunda sección de este trabajo.

Nos restaría analizar una última cuestión en la cual no ha reparado la reciente doctrina que ha comentado la reforma. El antiguo artículo 111 describía los supuestos en los que procedía la “prueba de la verdad” por parte del acusado de injuria. En su inciso primero se exigía un “interés público actual” para que esta causa de exclusión de la punibilidad prospere. Por esta razón se consideraba excluido de este beneficio, lo que constituyó un interés público en el pasado y lo que sólo puede constituirlo en el futuro. También se decía

¹³ BOURDIEU, citado por DE LUCA, Javier, *Delitos contra el honor y medios. Comentario a la ley 26.551 modificatoria del código penal*, en “Revista de Derecho Penal y procesal penal”, 2010, n°3, p. 446.

que la actualidad del interés no estaba determinada por la actualidad de la necesidad de su defensa ni por la actualidad de la injuria.¹⁴

La reforma ha excluido del ámbito de la persecución penal las “expresiones referidas a asuntos de interés público”, omitiendo la palabra “actual”. Creemos que no es posible otra interpretación más que la de aceptar que el legislador ha suprimido la exigencia de la actualidad del interés público en cuestión. De esta forma, las expresiones ultrajantes que versen sobre asuntos que fueron considerados en el pasado como de “interés público”, también quedarían fuera del tipo. ¿Y las que podrían ser consideradas de interés público en un futuro? Si la ley no ha agregado ninguna referencia temporal a este término, no vemos razones para añadirla nosotros. La tarea judicial aclarará – esperemos que así suceda- éste, como tantos otros puntos oscuros.

2- Expresiones no asertivas

Asimismo, la reforma ha dejado fuera del tipo penal las “expresiones no asertivas”. Este término ubicado al final del artículo que comentamos tiene origen en el fallo “Granada c. Diarios y Noticias SA”¹⁵ resuelto por la CSJN en octubre de 1993 y en fallos posteriores del mismo tribunal que ratificaron esta expresión como fue la sentencia “Espinosa c. Herrera de Noble”¹⁶ y, años más tarde, en “Bruno c. La Nación”¹⁷ de agosto de 2001, donde la Corte volvió a utilizar el término “asertivo”. Esta voz proviene de “aserto”. Esto es la afirmación de la certeza de algo.¹⁸ A su vez, “certeza” es el conocimiento seguro y claro de algo. Desde un punto de vista estrictamente semántico, vemos que, el término “expresión asertiva” estaría vinculado, como hemos demostrado, a un “conocimiento seguro”. Sin embargo creemos, luego de revisar el origen jurisprudencial de este agregado, que se ha utilizado el giro “expresiones no asertivas” en el sentido de “no afirmativas”. Es decir, cuando no dan por sentado un hecho y, en el caso de las expresiones proferidas por la prensa, cuando el medio de comunicación, se limita a difundir la noticia sin hacerla propia.

¹⁴ NUÑEZ, Ricardo. *Tratado de Derecho Penal*, Parte Especial, t III, vol. II, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1988, p. 104

¹⁵ Fallos 316: 2394

¹⁶ Fallos 317: 1448

¹⁷ Fallos 324:2419

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española. RAE.

http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=aserto

Nuestro máximo tribunal tiene dicho a este respecto en el fallo Campillay, que el emisor de una información u opinión inexacta, e incluso ajustada a la realidad, si es agravante, queda exento de responsabilidad civil y penal si adecua su conducta a alguna de las siguientes variantes:

- 1) Formular la expresión atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente. La fuente debe ser individualizada con precisión, siendo insuficiente una referencia genérica. Además, el emisor debe acreditar la existencia de la fuente invocada.
- 2) Utilizar un tiempo de verbo potencial y no asertivo.
- 3) Dejar en reserva la identidad de los agraviados por la nota periodística. No se deben publicar sus nombres o cualquier otro dato que permita su individualización.¹⁹

De este modo se han excluido las expresiones “sugentes”, por ejemplo las formuladas en forma de pregunta, o de las que pueda inferirse un ataque al honor pero en donde la agresión a ese bien jurídico no sea manifiesta y directa.²⁰

La Corte IDH, siguiendo el famoso precedente sentado en el caso Lingens por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,²¹ ha señalado la diferencia entre afirmación de hechos y juicios de valor estableciendo que en principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a los primeros. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de estos últimos.²² Abundar sobre este arduo tema sería exceder los límites de esta monografía. Sin embargo no dejamos de advertir que en este desarrollo jurisprudencial residen importantes claves para dilucidar, en la situación jurídica actual, algunos de los problemas que el tipo penal de injuria sigue presentando.

Injuria

¹⁹ Fallos 308:789

²⁰ BUTELER, José A. *Cumplimiento por el Estado Argentino de la obligación de adecuación del derecho interno impuesta en la sentencia de la CIDH*, en “Rev. Actualidad Jurídica Penal”, Diciembre de 2009, n°144, p.9922.

²¹ Ver Case Lingens v. Austria, del 8 de Julio de 1986, Series A no. 103, § 46.

²² Ver Caso Kimel, párr.93.

El artículo 110 reprimía las expresiones agraviantes en los siguientes términos:

El que deshonrare o desacreditare a otro, será reprimido con multa de \$ 1.500 a \$ 90.000 o prisión de un mes a un año.

La ley 26.551 ha dado a este artículo la siguiente redacción:

El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

Al igual que en el artículo anterior, el legislador ha suprimido la pena de prisión y ha estrechado el tipo penal en lo referido al sujeto pasivo. De la misma forma ha dejado fuera del campo de acción del tipo las expresiones sobre asuntos de interés público y las que no sean asertivas.²³

El tipo subjetivo: ¿se ha receptado la exigencia del *animus iniuriandi*?

Conocida y antigua es la polémica acerca del tipo subjetivo de los viejos delitos contra el honor. Se discutía si se exigía o no el llamado *animus iniuriandi* entendiendo por éste la especial intención del autor de atacar la autovaloración de una persona o de humillar su sentimiento de honor.

Coinciden Gómez y Ramos en que el origen de esta problemática puede hallarse en una incorrecta aplicación de teorías españolas, donde el tipo penal del viejo art. 471 del Código Penal español decía: expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito, o

²³ Adviértase que el artículo 109 se refiere a “expresiones *referidas* a asuntos de interés público”, mientras que el artículo 110 hace alusión a “calificativos lesivos del honor cuando *guardasen relación* con asuntos de interés público” (el subrayado nos pertenece). Esto podría estar indicando que la relación de vinculación entre la expresión lesiva del honor y el asunto de interés público, debe ser mayor en los supuestos de calumnia. En cambio en los casos de injuria, este vínculo puede ser más leve. Esto si se tiene presente las diferencias ya mencionadas entre afirmación de hechos y juicios de valor señaladas por la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

menosprecio de otra persona. La preposición *en* contenida en el Código español, exigiría la existencia del ánimo de deshonrar, desacreditar o menospreciar.²⁴

Lo cierto es que dicha preposición, no existe ni existió nunca en el Código Penal argentino pues en ésta la ley sólo se refería al acto injurioso o a la calumnia falsamente imputada.²⁵

Así, la doctrina argentina, se inclinaba mayoritariamente hacia la negativa en la dicotomía acerca de si las figuras en cuestión contenían este tipo de elemento específico. De este modo se declara que, subjetivamente, los delitos contra el honor reclaman el conocimiento, por parte del agente, del carácter ofensivo de las expresiones, actos u omisiones. Sea esto porque objetivamente lo tienen o porque pueden asumirlo en las particulares circunstancias en que se lo emplea o realiza. Asimismo se exige la voluntad de ofender así al sujeto pasivo, deshonrándolo o desacreditándolo aunque no haya sido ésta la principal finalidad de la conducta²⁶.

Soler explicaba que para que una figura deba considerarse integrada por un fin especial es necesario que ese fin sea positivamente contenido en la ley como cualquier otro enunciado de la figura. Generalmente, sigue diciendo el insigne jurista, los delitos envuelven un perjuicio pero no es necesario que ese perjuicio sea expresamente perseguido. Si así no fuera, cuando ese fin subjetivo no concurriera, no existiría el delito.²⁷

Para ilustrar esta idea Soler propone un ejemplo: el homicidio. Si el autor busca salvar de sufrimientos insoportables o salvar el alma de la víctima no por eso deja de haber homicidio. Lo que importa es que se proponga desplegar determinadas acciones, que llevan a matar a otro. Cuando esto se hace, además, con el propósito de robar, la ley valora este nuevo dato. Pero resulta absolutamente incorrecto introducir en las figuras como elementos

²⁴ El actual artículo 208 del Código Penal español establece: *Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

²⁵ GÓMEZ, Eusebio; citado por ESTRELLA, Oscar Alberto y GODOY LEMOS, Roberto. *Código Penal comentado*, t. 1, Ed. Hammurabi, p. 283. Ver también RAMOS, Juan. *Los delitos contra el honor*, Buenos Aires, Ed. Jesús Menéndez, 1939, p. 31. donde el autor hace un detallado examen de este tema.

²⁶ CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1997, p. 127.

²⁷ SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, 1992, p.227.

de éstas, formas de ánimo o de intenciones mediatas no consistentes en el querer de la acción misma, tal cual la ley la define.²⁸

Por su parte Núñez, otorgaba al *animus iniuriandi* una función constitutiva del delito de injuria.²⁹ Así señalaba que hay casos en que, frente a conductas que pueden tener más de un significado (uno de los cuales es ofensivo) para decidir si hay o no injuria, se debe acudir a la intención del autor. En estos supuestos la función del ánimo es también simplemente probatoria de la significación objetiva de la conducta que el autor tuvo en cuenta.³⁰

“La culpabilidad propia de la injuria, puede, si se quiere, designarse con el nombre de *animus injuriandi*.” Sin embargo, previene Nuñez, que “resulta inexacto y perturbador de todo el sistema jurídico relativo a la injuria, concebir el *animus injuriandi* como un dolo específico o un elemento subjetivo del tipo”³¹ Poniendo de manifiesto en esta tesitura y con suma claridad su esquema de análisis causalista.

Fontán Balestra intentaba despejar posibles equívocos terminológicos en la concepción de lo que se ha llamado *animus iniuriandi* (que, creemos, han sido varios en la doctrina y la jurisprudencia nacional) aclarando que si al dolo propio de la injuria se lo quiere llamar de ese modo para indicar su contenido, no parece que haya inconveniente en ello, pero sin dar

²⁸ Idem.

²⁹ Ver el desarrollo completo de esta idea en NUÑEZ, Ricardo. *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1943.

³⁰ NUÑEZ, Ricardo. *Tratado*, Op. cit. p. 72. Por su parte Octavio González Roura al analizar el tipo penal de injuria, sentencia “No hay para qué detenerse a demostrar que la condición psicológica del delito de injuria reside en el *animus iniuriandi*. La doctrina es uniforme. No bastan las palabras, las acciones o los hechos, por agraviantes que sean, sin el ánimo de agraviar. El alma del delito está, pues, en la intención de producir el agravio. Pero ánimo de ofender, no precisamente de causar perjuicio” (GONZÁLEZ ROURA, Octavio. *Derecho Penal. Parte especial*, t. III, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1925, p. 75). Empero, el mismo autor ha señalado anteriormente al referirse al elemento psicológico de la figura de calumnia que “es realmente inconcebible que el ánimo de perjudicar en la calumnia divulgada y el de ofender en la privada, no acompañe, deliberada o eventualmente, a la conciencia de la falsedad de la imputación. En todo caso la conciencia de la falsedad probaría por sí sola el *animus nocendi* que es su lógica consecuencia”. (Ibíd. pág. 72) A poco que se medita este razonamiento, se advierte que aquí el autor ha distinguido el *animus iniuriandi* que cierta doctrina veía en el tipo penal de injuria, del ánimo de perjudicar que puede tener el sujeto activo de calumnia, ofendiendo, mediante la expresión de una imputación que sabe falsa. El sólo conocimiento por parte del agente de la falsedad de lo que afirma (conocimiento de un elemento objetivo del tipo) estaría, al decir de González Roura, probando el ánimo de perjudicar. Cuántos parecidos vemos entre este antiguo razonamiento y la posteriormente elaborada y receptada por la jurisprudencia nacional, teoría de la real malicia.

³¹ NUÑEZ, *Tratado*, Op. cit. p. 69.

a tal término otro significado que el de conciencia de la idoneidad ofensiva de la acción.³² En esta línea de pensamiento se afirmaba que, en todo caso, la impunidad en diversas circunstancias no depende del puro subjetivismo del agente, sino de su correspondencia con los requisitos objetivos que son propios de las justificantes. Por ello, dicen Breglia Arias y Gauna, refiriéndose a los otros tipos de motivaciones personales que pueden estar presentes en la conducta del agente, que el cumplimiento del deber de corrección, el ejercicio de la legítima defensa, son situaciones en que se justifican conductas que en otros supuestos podrían considerarse ofensivas.³³ No olvidemos que todos estos autores realizan un análisis de tipo tradicional, previo a la aceptación generalizada del esquema finalista en nuestra doctrina.

Como puede verse, esta situación ha cambiado notablemente pues la reforma ha agregado a las tradicionales conductas típicas de *deshonrar* o *desacreditar*, el adverbio *intencionalmente*. Ahora bien, ¿qué quiso decir el legislador con este agregado?

Si concebimos al dolo como el conocimiento y el querer de la realización del tipo objetivo, ¿otorga algún sentido diferente el adverbio *intencionalmente* precediendo a los verbos *deshonrar* y *descreditar*? Dicho de una vez, ¿se ha receptado con en el nuevo tipo penal de injuria, el tan discutido *animus iniuriandi*? De ser así, la respuesta penal se habría reducido a un campo por demás estrecho, toda vez que, las expresiones injuriantes proferidas con *animus iocandi* (animo de bromear), *animus narrandi* (animo de exponer un hecho), *animus retorquendi* (intención de contestar una injuria), *animus corrigendi* (animo de corregir); y otras intencionalidades descriptas por la doctrina – que conforman la llamada teoría de los animi y que complementan la del *animus iniuriandi*- quedarían fuera del ámbito de aplicación de este delito.

La Exposición de motivos de la ley no dice nada al respecto. Se han perfilado, hasta el momento, por lo menos dos posturas. Se ha sostenido que la expresión *intencionalmente* añadida al tipo, no constituye más que una referencia subjetiva cuya finalidad no es otra

³² FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte especial*, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis, 2004, p. 162.

³³ BREGLIA ARIAS, Omar y GAUNA, Omar R.. *Código Penal y Leyes complementarias*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1985, p. 354.

que la de ratificar por un lado, la naturaleza eminentemente dolosa del delito de injuria y, por otro, subrayar la concurrencia del dolo directo como única forma de realizar el tipo subjetivo. Esto implica dejar fuera de la tipificación penal al dolo eventual y las formas culposas.³⁴

Para esta doctrina, expresada por Buompadre, habría que concebir este adverbio adicionado como “una simple referencia expresa al dolo” y no como un elemento adicional que complementa al dolo propio del delito. Ante esta posición nos asalta una punzante inquietud. Si aún antes de la ley 26.551, doctrina y jurisprudencia coincidían en que se trataba de tipos dolosos, qué sentido tendría añadir un adverbio tan preciso con el solo propósito de “ratificar” una tendencia absolutamente imperante. Más aún, si atendemos a la mencionada polémica que se cernía en torno a la exigencia del dolo específico, confesamos ser más propensos a creer que el legislador ha querido decir algo más que una obviedad.

Según el autor que citamos, se podría hallar otra respuesta a la idea del legislador de incorporar este elemento al tipo de injusto, en la finalidad de remarcar que esta clase de hechos intencionales, mantienen una gravedad suficiente como para justificar y mantener la intervención punitiva³⁵, que, según lo señalado por la Corte IDH en el caso Kimel, debe ser mínima y excepcional.³⁶

Según otra postura, de Buteler y Balcarce, la reforma habría agregado un elemento subjetivo de carácter volitivo (intencionalmente) que, además de exigir el dolo directo, plasma definitivamente la teoría del *animus iniuriandi*.³⁷

Puede resultar interesante buscar algunas pautas para dilucidar este interrogante en el propio fallo Kimel. Fue el juez Diego García Sayán en su voto concurrente, quien hizo alusión a “la conciencia, voluntad de calumniar, difamar o injuriar” que debe existir en la conducta. En ausencia de ellas, sigue diciendo el magistrado, se estaría ante actos

³⁴ BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra el honor*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 85.

³⁵ *Ibidem*, p. 86.

³⁶ Ver Caso Kimel, párr. 76 y ss.

³⁷ BALCARCE, Fabián. *Injuria y afectación del soporte material del bien jurídico-penal protegido. Otra vez sobre las aporías que produce la “mera exégesis” en la parte especial del derecho penal*. (inérito) citado por BUOMPADRE, Op. Cit. p. 86. En el mismo sentido parece pronunciarse BUTELER, José A. en *Actualidad Jurídica Penal*, diciembre de 2009, n°144, p. 9922.

atípicos.³⁸ Creemos que esta exigencia no es otra que la del dolo específico. Este postulado recién fue acogido expresamente por la Corte IDH en el caso Usón Ramírez contra Venezuela al pronunciarse sobre el delito de Injuria a la Fuerza Armada Nacional, consagrada en el Código de Justicia Militar venezolano.³⁹

De la jurisprudencia más reciente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos daría la impresión de que el *animus iniuriandi* constituye una exigencia para los Estados a la hora de construir tipos penales respetuosos de la Convención Americana. Sin embargo, que el legislador argentino de la reforma, lo haya hecho efectivamente, es harina de otro costal.

Enrique Bacigalupo hace un planteo por demás interesante. Él considera que en cierto sentido, la teoría del *animus* no es sino una consecuencia específica en el ámbito del delito de injuria, de la teoría subjetiva de la autoría (*animus auctoritis*) y, consecuentemente las críticas que se formulan contra ésta por las facilidades que otorga para la manipulación de la prueba son perfectamente extensibles a la tradicional interpretación subjetivista del delito de injuria.⁴⁰

Analizando el sentido mismo del *animus iniuriandi* cabe repensar qué relación guarda éste con el dolo. Para algunos, se trata de una intención específica que consiste en un elemento

³⁸ Ver *Caso Kimel*, Voto concurrente del juez Diego García Sayán, párr. 22.

³⁹ *Caso Usón Ramírez contra Venezuela*, párr. 56, donde la Corte IDH expresa: "En el presente caso, la Corte observa que el tipo penal del artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito. Es decir, dicho artículo responde a una descripción que es vaga y ambigua y que no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que determinadas conductas sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de injuria. La ambigüedad en la formulación de este tipo penal genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionar su conducta con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la libertad. Además, dicho artículo se limita a prever la pena a imponerse, **sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo**. Al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aún cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo" (la negrita nos pertenece)

⁴⁰ Bacigalupo, Enrique; *Delitos contra el honor*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2002. p.70

subjetivo del tipo distinto del dolo y que trasciende a él.⁴¹ Minoritariamente se piensa, sin dar fundamentos que el *animus iniuriandi* no se diferencia del dolo.⁴²

Sigue diciendo Bacigalupo, que, si se define al dolo como el conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo, no cabe dudas de que el *animus iniuriandi* no puede diferenciarse del dolo: el que profiere expresiones que tienen objetivamente un sentido lesivo del honor y sabe que lo hace, queriéndolo, habrá obrado con dolo. Para la supuesta “intención específica de injuriar” no queda por tanto espacio alguno. Consecuentemente el ánimo de injuriar y el dolo se superponen de una manera total y completa. De esta manera, trasladar los problemas de la justificación a la cuestión del *animus* es en realidad desplazarla al dolo.⁴³

Por nuestra parte pensamos que reinan en esta problemática dos obstáculos de cierta gravedad. El primero consiste en un desacuerdo terminológico acerca de qué vamos a entender por dolo específico, por dolo eventual, por elementos subjetivos del tipo diferentes del dolo, y, finalmente, en qué categoría dentro del esquema actual de la dogmática penal, encasillaremos lo que se ha llamado desde un tiempo remoto *animus iniuriandi*. Esto se agrava con las distintas posturas dogmáticas que pueden adoptarse en materia de teoría del delito. También observamos que no siempre es sencillo analizar estas cuestiones a la luz de la doctrina y la jurisprudencia extranjera pues no siempre se comparte la terminología. Estas desinteligencias terminológicas acaban por desatar ardorosas discusiones de dudosa utilidad y de escasa sustancia. Esto se agrava en el mundo actual con la profusa jurisprudencia de tribunales internacionales integrados por magistrados de diferentes nacionalidades que, a la hora de redactar sus votos, se valen – no puede ser de otra manera – de conceptos, desarrollos teóricos, y terminología de la doctrina y la jurisprudencia propia de los Estados a los que pertenecen y que a veces no son compartidos por otras naciones.

⁴¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*, 6ªed, 1986, p. 99.

⁴² QUERALT, Joan Josep. *Derecho Penal. Parte especial*, t. I, p. 232.

⁴³ BACIGALUPO, *Op. Cit.* p. 72.

En la doctrina argentina clásica, hace un razonamiento similar Mario Oderigo al señalar que “se requiere el *animus iniuriandi* al cual no se debe confundir con el *animus nocendi* (voluntad de dañar) ni diferenciar del dolo, o sea la voluntad y conciencia de cometer un hecho injurioso” y remata esta idea remarcando que los demás *animi*, no son más que “motivos”, “y como tales, no excluyen el dolo” pero aclara: “si se trata sustancialmente de un consejo, de una broma, etc. no existiría dolo ni por tanto injuria” (ODERIGO, Mario. *Código Penal Anotado*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 150)

Esto hace que las sentencias de estos tribunales, cuando expresan conceptos referidos al derecho interno, deban ser analizadas con suma prudencia.

El segundo obstáculo que enfrentamos es de índole ideológico. Si bien somos conscientes de que resulta imposible despojarse del todo de naturales e inevitables subjetivismos, creemos que debe desecharse cualquier tipo de interpretación voluntarista enderezada de antemano a alcanzar mayor o menor cobertura de la norma penal. El incremento o la reducción de la respuesta penal no pueden ser nunca un punto de partida, sino únicamente y cuanto más, un punto de llegada.

Por otro lado, creemos que también debemos sospechar de inexactas aquellas interpretaciones que prescinden lisa y llanamente de la letra de la ley. Como se ha dicho con razón: la ley dice lo que dice y por algo lo dice. Claro que no siempre contamos con legisladores que dicen algo y saben por qué. Sin embargo no podemos partir de esta situación patológica para encauzar nuestros esfuerzos interpretativos. De tal forma que si la ley, en el artículo que comentamos, ha introducido un adverbio nuevo, debemos partir de la premisa de que algo ha querido decir.

Tampoco podemos aceptar una interpretación que conduce a resultados que, si bien pueden resultar aceptables y hasta biensonantes desde una óptica estrictamente teórica, sean de imposible realización en la práctica. Tal como resulta en gran medida la prueba del *animus iniuriandi*.

Intentemos algunos acuerdos terminológicos. Siguiendo a Zaffaroni, Alagia y Slokar, el dolo se distingue, según su elemento volitivo en:

- a) Dolo directo o intencional en sentido estricto o dolo directo de primer grado.

Es el caso en que la voluntad abarca la producción del resultado típico como fin en sí.

- b) Dolo directo de segundo grado o mediato. También llamado dolo de consecuencias necesarias.

Aquí el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos, que deben ser abarcados por la voluntad tanto como el fin mismo. Aquí el agente quiere la producción del resultado aunque le resulte desagradable.

c) Dolo indirecto, eventual o condicionado.

Se trata de una de las cuestiones de más difícil solución en el saber penal, especialmente en cuanto a su delimitación de la culpa consciente.⁴⁴

Básicamente aquí el resultado sólo es tomado en cuenta como posible. En palabras de Welzel, habrá dolo eventual cuando según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción.⁴⁵

Por otra parte, los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo son intenciones que exceden del puro querer la realización del tipo objetivo, o particulares ánimos puestos de manifiesto en el modo de obtención de esta realización.

Cuando Zaffaroni analiza dentro de esta árida temática los “elementos de disposición interna”- tales como la crueldad, la malicia y otros- colige que estas referencias por lo general inciden sobre la motivación y su grado de reproche pero que no afectan el injusto. Y que, sólo excepcionalmente pueden fundar el injusto, cuando son necesarias para evitar que el tipo cobre un ánimo prohibido que sería intolerable. El ejemplo que ofrece es el inciso 7 del artículo 3 de la ley 14.346 que reprime a quien matare animales “sólo por espíritu de perversidad” pues sería inconstitucional que el tipo dijese “matar animales”. Sólo en estos excepcionales supuestos, sigue diciendo Zaffaroni, son elementos del tipo.

Fuera de estas referencias a la motivación, que deben remitirse a la culpabilidad, en el ánimo del tipo restan dos clases de elementos subjetivos extraños al dolo: ultrafinalidades y elementos de ánimo. Las primeras son particulares direcciones que exceden el tipo objetivo exigidas por el propio tipo. Los segundos, en cambio, son actitudes del agente que

⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2005, p. 523 y ss.

⁴⁵ WELZEL citado por ZAFFARONI y otros, *Ibidem*, p. 524.

acompañan su acción y que se manifiestan objetivamente de alguna manera o que, al menos, son incompatibles con la ausencia de ciertos datos objetivos: la alevosía sería incompatible con la víctima en plena capacidad de defensa, el aprovechamiento del hurto calamitoso sería inconcebible sin la calamidad, etc.

Los autores que seguimos en este punto proponen un criterio distintivo para diferenciar los elementos del tipo de los de la culpabilidad: los primeros responden a un *adónde* y los segundo a un *de dónde*. Y rematan diciendo que, ánimos y ultrafinalidades son direcciones de la voluntad; móviles y motivaciones, son causas de la voluntad. Si bien toda voluntad con cierta dirección tiene una causa o móvil, una misma dirección puede reconocer diferentes móviles y un motivo puede ser móvil de muy diferentes acciones.⁴⁶

Ahora sí, sobre estas premisas tratemos de arribar a una interpretación más razonable. Cuando el legislador de la reforma añadió al tipo consagrado en el artículo 110 el adverbio “intencionalmente”, ¿no habrá querido dejar en claro, ni más ni menos, que esta figura sólo admite el dolo directo, y excluye el dolo eventual? Es decir, pensamos que no se trataría aquí de “ratificar” el dolo directo como se ha señalado, lo cual sería una obviedad, ni tampoco de consagrar un elemento subjetivo extraño o por lo menos excepcional en nuestro ordenamiento jurídico-penal y además, de casi imposible prueba, como lo es el *animus iniuriandi*. Pensamos que la reforma ha venido a reducir el alcance del tipo desde su faz subjetiva, excluyendo un tipo de dolo: el dolo eventual. Ésa fue la intención del legislador, y eso es lo que ha logrado la ley. Se podría alegar en contra de esta interpretación que el adverbio “intencionalmente” no excluye el dolo eventual pues el agente tendría la “intención” de realizar el tipo objetivo y toma la ofensa como un resultado posible o probable pero lo acepta. Pensamos que si el tipo exige una “intención” enderezada a deshonrar o desacreditar a otro, ese co-querer o “cuasi- querer” -si se nos permite la expresión- que implica el dolo eventual, que en este caso sería el conocimiento de la posibilidad de injuriar y el desprecio temerario de dicha posibilidad, no alcanza a llenar de contenido al adverbio “intencionalmente”. Creemos que esta interpretación es la que más se compadece con el reciente agregado, sin desatender a la letra de la ley y, al mismo tiempo, sin dar cabida a elementos de dudosa conveniencia.

⁴⁶ ZAFFARONI y otros, *ibidem*, p. 543.

Sin perjuicio de lo dicho, lo hasta aquí desarrollado sólo tiene razón de ser en el tipo de injuria, pues no se ha agregado nada al tipo subjetivo del delito de calumnia. Por esta razón este último admite tanto el dolo directo como el dolo eventual, y permanece sin exigir el *animus iniuriandi*.

La prueba de la verdad

El artículo 111 anterior rezaba:

El acusado de injurias sólo podrá probar la verdad de la imputación en los casos siguientes:

1º. si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual;

2º. si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal;

3º. si el querellante pidiere la prueba de la imputación dirigida contra él.

En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

El nuevo artículo 111 establece:

El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

1) Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.

2) Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

Recordemos que el inciso primero del viejo artículo 111 receptaba la “prueba de la verdad” “*Si la imputación hubiere tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual*”.

La reforma ha suprimido esta disposición transformándola, de una causa de justificación a una causa de atipicidad. Ya nos hemos referido a la ausencia de la voz “actual” en la nueva redacción y a la posible interpretación que esta omisión puede merecer.

El inciso primero del artículo actual es exactamente el segundo del antiguo artículo 111. Empero debemos reflexionar si, al cambiar el contexto normativo, ha mutado este de sentido. La norma en examen admite la prueba de la verdad “*si el hecho atribuido a la persona ofendida hubiere dado lugar a un proceso penal*”. Por otro lado sabemos que no constituye conducta típica una expresión referida a asuntos de interés público. Cierta doctrina ha señalado que bien podría sostenerse que siempre que exista un proceso penal el interés público está comprometido.⁴⁷ Mantenemos con tan respetables autores nuestra modesta disidencia. Creemos que un proceso penal, no entraña por sí mismo un asunto de interés público y que, en consecuencia, habrá que estar al caso concreto para evaluar sus especiales circunstancias. . Un elemento orientador sería la naturaleza de la acción, en los casos de delitos de acción privada, el interés público parece ausente.

También se ha observado que la ley ha ido más allá de la doctrina de la real malicia, y las imputaciones contra el honor de hechos falsos, con conocimiento de la falsedad o con temeridad sobre la verdad o la falsedad referidas a hechos de interés público, son atípicas. Así puede verse que también se elimina la cuestión acerca de sobre quién pesa la carga de la prueba de la verdad o falsedad de la imputación.⁴⁸

Por último, el inciso segundo repite el tercero del artículo anterior, contemplando la *exceptio veritatis*, cuando es exigida por el querellado.

⁴⁷ GIL LAVEDRA, Ricardo y CANO, Alicia. *Un paso positivo. Comentario a la ley 26.551.*, LL, T 2010- A, p. 631.

⁴⁸ DE LUCA, Javier. *Op. Cit.* p. 447.

Derogación de las calumnias o injurias equívocas o encubiertas

El artículo 112 anterior a la reforma contemplaba el supuesto de de las llamadas “calumnias o injurias equívocas o encubiertas” de esta forma:

El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del mínimo a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta.

La ley 26.551 derogó el artículo 112 poniendo fin de este modo, al viejo y poco utilizado instituto. Como explicaremos más adelante, la Corte IDH condenó a la Argentina en el caso Kimel, entre otras cosas, por la vaguedad y ambigüedad de sus tipos penales. Creemos que no había tipicidad más diluida e imprecisa en materia de delitos contra el honor que la plasmada en este artículo.

Publicación o reproducción de calumnias o injurias vertidas por otro

El viejo artículo 113 se limitaba a decir:

El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate.

La redacción que la ley 26.551 imprimió a este artículo es la siguiente:

El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

En este punto el legislador dio recepción legal de los lineamientos que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha venido trazando.

Advierte Buompadre que no obstante estar previsto en el tipo penal la publicación o reproducción de injurias y calumnias inferidas por otro, la situación de atipicidad alcanza sólo a estas últimas (pues es la única referencia explícita en la ley) todo lo cual demuestra la apresurada y poco reflexiva decisión del legislador respecto de esta cuestión.⁴⁹

No debe olvidarse que el delito de publicación o reproducción de injurias o calumnias se trata de un tipo penal autónomo, distinto del cometido por el autor originario de la ofensa y, a fin de evitar errores de interpretación, la situación de atipicidad penal impuesta por la normativa debió hacer referencia -como antes se dijo- al tipo penal previsto en el mismo art. 113 (calumnias e injurias) y no sólo al descrito en el art. 109 (calumnia). El error del legislador ha sido más que evidente pero el texto deberá interpretarse en el sentido de que la publicación o reproducción de injurias o calumnias proferidas por un tercero serán atípicas cuando estén referidas a asuntos de interés público, no sean asertivas, o sea citada la fuente originaria que generó la información.⁵⁰ De este modo la doctrina citada interpreta que, pese a la omisión legislativa en este aspecto, la atipicidad alcanza también a las injurias.

En rigor de verdad, creemos que la oración final del art. 113 que se comenta, ha sido innecesaria y desacertada. Innecesaria, porque de los propios artículos 109 y 110 se deduce claramente que si lo que se publican son expresiones referidas a asuntos de interés público o no asertivas, por más que estemos frente a un delito autónomo en el supuesto del artículo 113, no estaremos ante una publicación típica ya que no se están publicando calumnias ni injurias porque, debido a sus características, las expresiones del tercero no configuran dichos delitos. Desacertada, porque creemos que no es de buena técnica legislativa, consagrar – o repetir, en este caso- elementos objetivos de una figura, en otra. Por las razones dadas, pensamos que esta última oración debió omitirse.

Retractación

El instituto de la retractación hunde sus raíces en una antigua tradición jurídica española en la cual recibía el nombre de palinodia o palidonia, y consistía en la retractación pública de las ofensas contra el honor. Al hecho de desdecirse de las ofensas proferidas, se lo llamaba

⁴⁹ BUOMPADRE, *Op. cit.* p. 122.

⁵⁰ DE LUCA. *Op. cit.* p. 448.

“cantar la palinodia”. Estuvo contemplada en el Fuero Real y, muchos años después, pasó con ese simpático nombre al Proyecto Tejedor.⁵¹

El viejo artículo 117 decía:

El culpable de injuria o calumnia contra un particular o asociación, quedará exento de pena, si se retractare públicamente, antes de contestar la querella, o en el acto de hacerlo.

La nueva redacción de este artículo establece:

El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.

La primera modificación que se pone de manifiesto de la sola lectura del nuevo artículo es la sustitución del término “culpable” por el de “acusado”. Si se observa, de la lectura de la última oración, la oportunidad para retractarse es antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo, y, no hace falta advertir que, en ninguno de esos momentos, existe un “culpable” sino tan solo un acusado. En este sentido la reforma ha depurado esta terminología.

En segundo lugar puede comprobarse que la reforma ha suprimido la confusa referencia al sujeto pasivo del delito. La frase “contra un particular o asociación”, además de haber sido técnicamente imprecisa, enardecía la discusión acerca de si las personas jurídicas podían o no ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Esta supresión se compadece con la redacción de los nuevos artículos 109 y 110 según la cual la imputación calumniosa o injuriosa sólo puede ser dirigida contra una persona física determinada.

La tercera modificación que la ley ha introducido a este artículo se refiere a los efectos de la retractación: *no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad*. Tal es la redacción de la ley.

⁵¹ Para una compulsa más completa de las fuentes de este instituto puede consultarse con provecho CASTRO, Julio César y FREILE, Guillermo Enrique en *Código Penal Comentado*, Directores: David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni; coordinación: Marco A Terragni, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2008, p. 345.

Según De Luca, esa sustitución cambia la naturaleza jurídica de excusa absolutoria que tenía el instituto por la de un modo alternativo no penal de resolución del conflicto.⁵² Cita en apoyo de su posición el fallo Locche de nuestro máximo tribunal.⁵³ Sin embargo acepta que “la modificación crea cierta complejidad y no está para nada clara”. Buompadre hace la misma advertencia señalando que la inclusión de este párrafo ha sido totalmente innecesaria pues producirá más problemas que soluciones en la interpretación y aplicación en la praxis. Sin perjuicio de lo dicho el profesor correntino sostiene que no ha operado la pretendida mutación en la naturaleza jurídica de este instituto y que continúa siendo una excusa absolutoria toda vez que, es la propia ley la que lo prescribe al decir “quedará exento de pena”.⁵⁴

Por nuestra parte creemos que no resulta tan sencillo establecer la naturaleza jurídica de la retractación luego de la reforma. Nos preguntamos si puede seguir viéndose aquí una excusa absolutoria, como sostiene Boumpadre, teniendo en cuenta que este beneficio supone una acción típica, antijurídica y culpable. En otro sentido se han pronunciado Gil Lavedra y Cano al señalar que parecería tratarse de una causal de extinción de la acción penal, similar a la prescripción.⁵⁵

Conclusiones generales

La ley 26.551 tuvo como principal antecedente la condena que recayó sobre la Argentina en el fallo Kimel emanado de la Corte IDH. Asimismo, la reforma dio recepción legal a importantes parámetros que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia ha venido señalando desde hace tiempo.

Creemos que, más allá de los puntos oscuros y de ciertas imperfecciones en la redacción de los nuevos tipos penales - sobre lo cual ya hemos dado nuestra opinión en la sección primera- la reforma ha mejorado considerablemente el articulado referido a la protección del honor.

⁵² DE LUCA, *Op. cit.* p. 448.

⁵³ Fallos 321: 2250

⁵⁴ BUOMPADRE, *Op. cit.* p. 150.

⁵⁵ GIL LAVEDRA y CANO. *Op. cit.* p. 632. En su momento opinaron en el mismo sentido Molinario, Clariá Olmedo, entre otros.

No dudamos en afirmar que la correcta aplicación de estas figuras, como de la ley penal en su totalidad, depende de operadores del derecho versados en el estudio de los Derechos Humanos y en el conocimiento cabal de la doctrina y la jurisprudencia que ha producido el Sistema Interamericano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya influencia en nuestro continente es notoria.

La libertad de expresión, en su justo ejercicio, constituye sin dudas un precioso tesoro de las sociedades libres que cuestionan, debaten y se piensan a sí mismas.