

La tutela penal del honor, algunas ideas desde afuera

Iñigo de la Maza Gazmuri¹

Resumen

Las siguientes líneas corresponden a ciertos aspectos generales que, en mi opinión, deberían considerarse al momento de legislar acerca de la protección de la honra.

(a) Parece necesaria una reflexión acerca de la comprensión de la libertad de expresión que sirve como trasfondo a esta discusión

(b) A la pregunta acerca de *cómo* tipificar los delitos contra el honor la precede analíticamente la pregunta acerca de si *debe* protegerse penalmente el honor.

(c) De optarse por la tutela penal parece necesario considerar explícitamente como causal de justificación el interés público.

(d) Igualmente, resulta necesaria la reflexión acerca del estándar de conducta que configura el legítimo ejercicio de un derecho

(e) La práctica comparada enseña el valor de las distinciones entre juicios de valor y afirmaciones de hecho.

1. En primer lugar, habrá que comenzar advirtiendo que la peculiaridad de la protección del honor se encuentra en una cierta relación de suma cero con la libertad de expresión y, más específicamente, con la libertad de prensa. Por lo mismo, la regulación de la tutela del honor exige alguna reflexión acerca de la concepción de libertad de expresión que sirva de trasfondo a la discusión.

2. Todo parece indicar, tanto en la práctica comparada como en la doctrina nacional más reflexiva, que protegemos la libertad de expresión no solo por la misma razón que protegemos el honor –en definitiva, porque endosamos una cierta idea de dignidad del ser humano que lo exige- sino que, además, porque posee una dimensión colectiva de la cual el honor carece. En otras palabras, la libertad de expresión no sólo posee una dimensión individual –la protección de intereses autoexpresivos-, sino que, además, otra colectiva² –según la versión, la protección

¹ Profesor de Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad Diego Portales

² Espléndidamente expuesta por el juez Cardozo en *Palko v. Connecticut* (302 US 319 [1937]).

de ciertas condiciones de deliberación, la vigilancia del gobierno, la aproximación a la verdad, etc. (Barendt, 2005, 6-22).

3. En la práctica comparada dos parecen ser las características más acentuadas de la protección del honor. La primera de ellas es que la fisonomía de esa protección queda determinada por la relación que se establezca con la libertad de expresión³ y, la segunda, consiste en que cuando se presenta la dimensión colectiva de la libertad de expresión, la protección del honor se adelgaza notablemente.

4. Pues bien, la primera decisión político-criminal que es necesario tomar para organizar la convivencia de la libertad de expresión y la tutela del honor parece ser la adecuación del instrumento penal como mecanismo de tutela del honor.

El supuesto más prominente de despenalización parece ser Estados Unidos.⁴ Dentro de Norteamérica, Canadá mantiene en su Código Penal (art 300 y 301) penas de prisión, aunque éstas rara vez se hacen cumplir (Fiegelson & Bierbauer, 2003, 87).

Tratándose de Europa, en los países del common law (Inglaterra, Irlanda, Escocia) presentan una situación semejante a la de Canadá. Es decir, mantienen tipos penales, sin embargo, al menos en las últimas décadas, prácticamente carecen de aplicación, limitándose la protección del honor a los remedios propios del Derecho Civil (Vick & Macpherson, 1996, 938). Por lo que toca a los países del civil law, en general, algunos comentaristas han señalado que el énfasis se encontraba más bien en la persecución penal, iniciada por las partes agraviadas –no por los fiscales–; que las penas, usualmente eran multas y rara vez prisión; y, en fin, que las penas tenían un carácter más compensatorio que punitivo en cuanto a sus montos (Vick & Macpherson, 1996, 952). Por su parte, en *Castells v. España*, un caso de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que: “[I]t remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity as guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature.”⁵

³ La fisonomía del conflicto puede asumir tres perfiles: (a) la decidida primacía de la libertad de expresión como sucede en la práctica estadounidense; (b) una presunción a favor de la libertad de expresión, como sucede con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y (c) un balance entre dos derechos con jerarquía constitucional como sucede en el ámbito alemán

⁴ Ver *Ashton v Kentucky* (384 US 195 [1996]) que invalida la ley de difamación por ser inconstitucional.

⁵ 236 Eur. Ct. H.R. (ser. A) p. 24 (1992).

En el ámbito latinoamericano la situación parece ser que la mayoría de los países reprime atentados contra el honor con sanciones penales (Fiegelson & Bierbauer, 2003, 79). Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho presente en su Informe de 2002 que: “[S]i se consideran las consecuencias de las sanciones penales y el efecto inevitablemente inhibitorio que tienen para la libertad de expresión, la penalización de cualquier tipo de expresión sólo puede aplicarse en circunstancias excepcionales en las que exista una amenaza evidente y directa de violencia anárquica {...}. La Comisión considera que la obligación del Estado de proteger los derechos de los demás se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales al honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla”.⁶

5. Aún un vistazo tan panorámico como el del número anterior muestra un cierto recelo frente al uso de la herramienta penal para arbitrar los conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Probablemente, la conclusión es que su uso debiese ser marginal, justificándose, únicamente, bajo condiciones particularmente severas. En el resto de los casos, la aproximación frente a la colisión de derechos debería enfrentarse con el instrumental propio de la responsabilidad civil sumando algún otro remedio como la retractación⁷. Por otra parte, aún si se opta por el instrumento penal, la práctica comparada parece mostrar una decidida preferencia por las multas frente a las penas privativas de libertad.

6. Aún cuando la opción sea el instrumento penal, la práctica comparada aconseja cautela. Particularmente tratándose de la actividad de la prensa. En la práctica comparada, esa cautela se ha manifestado en la noción de interés público o intereses colectivos legítimos que, en términos penales toma la forma de una causa de justificación. Así, por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe correspondiente al año 2002 señala que: “La protección al honor, en abstracto, puede considerarse como un fin legítimo. Sin embargo, cuando el aparato represivo del Estado se dirige, por medio de una sanción penal, contra las expresiones sobre asuntos de interés público, la legitimidad de la sanción penal se diluye ya

⁶ CIDH, Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁷ En este sentido, el nuevo artículo 117 que introdujo la ley argentina 26551 al Código Penal de ese país dispone que: “El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad.”

sea porque no existe un interés social imperativo que la justifique, o porque se convierte en una respuesta desproporcionada o, incluso, en una restricción indirecta”.⁸

Aún cuando la expresión “interés público” pueda resultar particularmente amplia y presentar zonas de penumbra muy difusas parece haber un cierto consenso respecto a que ciertos tipos de expresión poseen una protección especial y, por lo tanto, restringen la viabilidad de protección del honor.

Así parece suceder típicamente, con la crítica de carácter político o a personas que ejercen funciones políticas o cargos públicos. La conclusión parece suficientemente asentada, por ejemplo, en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Kozłowski, 2006, 141-146) es que los límites de la crítica tratándose de personas que desarrollan funciones políticas son particularmente delgados. Eso es lo que puede desprenderse de casos como *Lingens*⁹, *Obershlick*¹⁰, y *Colombani*¹¹.

En un sentido similar puede leerse el principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y adoptada en el año 2000 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según el cual: “ (...) La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”. Comentando el principio, se señala en el Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión correspondiente al año 2004¹²: “Introduce este principio, de manera clara, el llamado sistema de protección dual del honor, según el cual los funcionarios públicos y las personas públicas, se han expuesto voluntariamente a un mayor escrutinio por parte de la sociedad, y en aras del control social necesario para un eficiente y adecuado ejercicio de los poderes del Estado, han de ser más tolerantes a la crítica. La protección al honor en estos casos ha de darse en sede civil, en virtud de que la sanción penal podría inhibir el control de la función pública necesario

⁸ CIDH, *Informe Anual 2002*, Capítulo V. Parr. 23.

⁹ 103 Eur. Ct. H.R. (ser A) (1986)

¹⁰ 204 Eur. Ct. H.R. (ser A) (1991)

¹¹ 2002 V. Eur. Ct. H.R. 25

¹² CIDH, *Informe Anual 2004*, Capítulo VI. Parr. 11.

en una sociedad democrática. Este principio adopta, además, el estándar de la doctrina de la real malicia (*actual malice*), que considera que las sanciones a las expresiones sobre funcionarios públicos han de ser civiles, y únicamente en los casos en los que se difunda información falsa a sabiendas de ese carácter, con la intención expresa de causar daño o con un grosero menosprecio por la verdad. De ahí que, a la luz de este principio y de los preceptos que lo sustentan, la imposición de las sanciones penales a las ofensas contra funcionarios públicos relacionadas con el ejercicio de sus funciones sería contraria a los criterios de necesidad y proporcionalidad en el marco de una sociedad democrática.”¹³

7. De regularse penalmente la protección de la honra parece, entonces, necesario considerar que el ámbito de la protección del derecho al honor cuando el ejercicio de la expresión se refiera a cuestiones que tienen que ver con la dimensión colectiva de la libertad de expresión. Aún cuando la forma de hacerlo es algo que compete a personas con mayor formación en derecho penal quizás resulte útil señalar que en el ámbito español se ha procurado realzar esta tarea ya sea a través de la *exceptio veritatis*, de la negación del *animus iniurandi* y por la apreciación del ejercicio legítimo de un derecho (Muñoz Conde, 2001, 274).

8. La siguiente cuestión que convendrá es aquello que el Informe (*vid.*, nº 6) denomina como estándar de la real malicia. Como resulta bien sabido, el antecedente más conspicuo de dicho estándar es *New York Times Co. v. Sullivan*¹⁴, según el cual para obtener una indemnización por lesiones al derecho al honor de un funcionario público (*public official*) resulta necesario probar que la información era falsa y que quien la emitió lo sabía, o que se emitió con una indiferencia temeraria (*reckles disregard*) respecto de si era cierta o no.

Una forma diversa de proceder –al abrigo del ejercicio legítimo de un derecho o de la *exceptio veritatis* según como se configure- consiste en afirmar que no existe responsabilidad penal cuando, no obstante se trate de una declaración objetivamente falsa, en palabras de Berdugo (1987, 85) “se ha emitido tras cumplimentar el referido «deber de comprobación»”. Esta segunda aproximación exige, por supuesto, algún pronunciamiento –que resulta especialmente importante tratándose de la actividad de la prensa- respecto a la fisonomía del

¹³ Una aproximación más detallada acerca del discurso político y sobre asuntos de interés público y sobre el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos puede encontrarse en Relatoria Especial para la Libertad de Expresión Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el Derecho a la libertad de expresión* (2010), disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_MJIAS.html.

¹⁴ 376 US 254, S. Court. 710, 11 L. Ed.2d 686 (1964).

deber de comprobación. Esta último es, aparentemente, la aproximación que predomina en el derecho europeo continental. Así, por ejemplo, en Alemania, se estima que incluso declaraciones de hechos falsas quedan protegidas en la medida en que el medio de prensa demandado acredite que cumplió con su deber de comprobación (Bruns, 2000, 286).¹⁵ Similarmente, en Francia, se considera que hay culpa (*fault*) del reportero si no ha tomado los pasos adecuados para verificar la precisión de sus declaraciones antes de publicarlas (Vick & Macpherson, 1996, 954) y, en España la sentencia 85/1992 del Tribunal Constitucional consideró que: "...procede señalar que la libertad de información, **ejercida previa comprobación responsable de la verosimilitud de los informado** y en asuntos de interés público, no sólo ampara críticas más o menos inofensivas e indiferentes, sino también aquellas otras que puedan molestar, inquietar, disgustar o desabrir el ánimo de la persona a que se dirigen, siendo más amplios los límites permisibles de la crítica, cuando ésta se refiere a las personas que por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones, que si se tratare de particulares sin proyección pública."¹⁶ Es, también, la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha vinculado este estándar con la labor de vigilancia del poder (*public-watchdog*) que se reconoce a la prensa (Kozlowski, 2006, 169). Por su parte, en el ámbito nacional, Grisolia (2004, 144) con cita a Jaen, ejemplifica supuestos en que no se ha cumplido con el deber de demostración, así la reproducción de simples rumores, la utilización de fuentes no dignas de crédito, una simple invención del periodista o una mera intuición personal.

9. Al margen de las cuestiones de estricta técnica penal como la correcta comprensión de la *exceptio veritatis* a propósito de la antijuridicidad o como causal de justificación, parece adecuado considerar –especialmente respecto de cuestiones de interés público y de la actividad de la prensa- el estándar de cuidado que configura el ejercicio legítimo del derecho y la posición de la *exceptio veritatis* al respecto.

10. Un último aspecto corresponde al tratamiento diferenciado de los juicios de valor de las afirmaciones de hecho. Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Barendt, 2005, 224; Pasqualucci, 2006, 410) ha considerado en *Lingens*¹⁷ que declaraciones como que el canciller de Austria era indigno o inmoral no resultaban defamatorias pues se trataba de simples opiniones que no podían ser demostradas o

¹⁵ Por su parte Berdugo (1987, 112) señala que, a fines de la década de los 80, en la jurisprudencia alemana el deber de comprobación depende de tres factores: del carácter de la noticia, la valoración de la misma y la forma en que se presenta.

¹⁶ Negrilla añadida

¹⁷ 103 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1986).

falseadas. Una idea similar parece haber mantenido el Tribunal Constitucional Alemán (Barendt, 2005, 216; Bruns, 2000, 286). Con todo, el Tribunal Europeo parece exigir una cierta base fáctica en la cual se puedan acomodar las opiniones, en términos tales que, de no existir, se considera que las opiniones fueron vertidas de mala fe (Kozlowski, 2006, 171-172).

Bibliografía

Barendt, E (2005), *Freedom of Speech* (2ª ed), Oxford University Press, Nueva York.

Berdugo Gómez de la Torre, I (1987) *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid.

Fiegelson, J., & Bierbauer, E (2003) “La difamación penal: las reformas internacionales ante un peligro global, en AA.VV *Justicia y Libertad de prensa*, Colonial Press Inc., Miami.

Grisolía Corbatón, F (2004) *Libertad de expresión y derecho a la honra*, LexisNexis, Santiago.

Kozlowski, D (2006) “For the Protection of the Reputation or Rights of Others: The European Court of Human Rights ´ Interpretation of the Defamation Exception in Article 10(2)”, en 11 *Comm. L. & Pol´y* 133

Muñoz Conde, F (2001) *Derecho penal, Parte especial* (13ª ed), Tirant lo Blanch, Valencia

Pasqualucci, J (2006) “Criminal Defamation and the Evolution of the Doctrine of Freedom of Expression in International Law: Comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, en 39 *Vand. J. Transnat´l L.* 379

Vick, D., & Macpherson, L (1996) “Anglicizing Defamation in the European Union, en 36 *Va. J. Int´l L.* 933