

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

ESCUELA DE DERECHO

**TEMA: (LOS DELITOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS
DE COMUNICACIÓN SOCIAL)**

Tesis de graduación previa a la obtención del título
de Doctora en Jurisprudencia

AUTORA: CARLA DANILA REINOSO QUEZADA

DIRECTOR: Dr. JOSÉ SERRANO GONZÁLEZ

CUENCA, ECUADOR

2007

Dedicatoria:

Con mucho cariño dedico esta Tesis a mis padres siempre han estado conmigo en todo momento, por su comprensión y apoyo incondicional y porque gracias a ellos he llegado a ser lo que soy y cumplir mis metas y objetivos trazados que ha sido culminar mi carrera con éxito.

Agradecimiento

Agradezco en primer lugar a Dios, porque me ha permitido alcanzar un triunfo más en mi vida; a mi familia, maestros, amigos, compañeros y a todas las personas que de una u otra manera, han colaborado para el desarrollo de esta Tesis, pero muy especialmente al Doctor José Serrano González, por su ayuda y Dirección en la misma.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

LOS DELITOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Paginas preliminares

Dedicatoria.....	II
Agradecimiento.....	III
Índice de Contenidos.....	IV
Resumen.....	IX
Abstract.....	X
Introducción.....	1

CAPITULO I

EL HONOR Y LA HONRA

1.1 La Dignidad del Hombre.....	2
1.2 El Honor, El Derecho al Honor, Honor y Patrimonio Moral.....	8
1.2.1 Relaciones entre honor e información.....	10
1.2.2 Formas protegidas del Honor.....	14
1.2.3 Honor y Patrimonio Moral.....	16
1.2.4 Concepto de Daño Moral.....	17
1.2.5 Daño moral resarcible: intereses no patrimoniales susceptibles de daño.....	19
1.2.6 Objeciones y argumentos a favor de la reparación del daño moral.....	20
1.2.7 Naturaleza de la reparación del daño moral	27
1.2.8 Medida de la reparación del daño.....	29
1.2.9 Moral y Derecho.....	31
1.3 La Desprotección del Honor y la Honra.....	33
1.3.1 Vida privada y honor.....	34

1.3.2 Publicación de imágenes	34
1.3.3 Honor y relación entre medios de comunicación.....	36
1.3.4 Periodismo de denuncia, honor y debido.....	37
1.4 El Valor de la Palabra.....	44
1.5 El Valor de la Información Social.....	44

CAPITULO II

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE INFORMACIÓN

2.1 El Derecho a la Información.....	45
2.1.1 Ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia.....	49
2.2 Libertad de Expresión en los Estados Democráticos.....	53
2.3 Libertad de Expresión en el siglo XXI.....	62
2.4 Libertad de Expresión y derecho al honor.....	63
2.5 El Derecho al honor y a la expresión como Derechos Humanos...	65
2.5.1 La Asamblea General Proclama.....	67

CAPITULO III

EL DELITO

3.1 El Delito: Conceptualización.....	73
3.1.1 Especies de delitos.....	74
3.2 El principio de Legalidad.....	81
3.2.1 La Ley Penal, su estructura y especie.....	83
3.2.2 Las leyes penales pueden dividirse y clasificarse: según la fuente, el contenido y la extensión.....	84
3.2.3 La Ley en sentido propio.....	86
3.2.4 Leyes en sentido impropio.....	87
3.2.5 “Control Jurisdiccional sobre la validez de la Ley”.....	88
3.3 El Tipo Penal.....	90
3.3.1 Concepto.....	90
3.3.2 Autor.....	91

3.3.3 Coautor.....	91
3.4 La Antijuridicidad.....	92
3.4.1 Concepto Jurídico.....	92
3.4.2 Antijuridicidad Formal y Material.....	92
3.4.3 El Desvalor de Resultado y el Desvalor de Acción.....	93
3.4.4 En el Derecho Penal tradicional.....	94
3.5 El Bien Jurídico.....	95
3.5.1 Concepto y análisis histórico.....	95
3.5.2 Binding y Von Liszt: aspecto formal y material del bien jurídico.....	96
3.5.3 Bien Jurídico y Constitución.....	97
3.5.4 Teorías sociológicas del bien jurídico.....	98
3.5.5 Bien jurídico penal.....	99
3.6 La Culpabilidad.....	100
3.6.1 El Concepto formal de Culpabilidad	102
3.7 Pena y Estado Democrático.....	105
3.7.1 Carácter Relativo de la Responsabilidad Penal.....	110
3.7.2 La Pena como anulación del Delito y Reintegración del Derecho.....	112
3.7.3 Contenido y Forma de la Pena: Talión Ideal y Venganza Justa.....	114

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA EL HONOR

4.1 Generalidades.....	120
4.1.1 El Bien Jurídico Protegido de los Delitos contra el Honor.....	120
4.1.2 ¿Qué debe entenderse por Honor?.....	121
4.1.3 Características del Honor y su Protección por la Ley.....	124
4.1.4 Diferencias que existen entre el Honor Subjetivo y la Reputación	126
4.1.5 El Derecho al Honor.....	127
4.1.6 Formas protegidas del Honor.....	129
4.2 La Injuria.....	131
4.2.1 Elementos del Delito.....	131
4.2.2 Elemento Subjetivo de la injuria.....	133

4.2.3 Clasificación de las Injurias.....	134
4.2.4 Caracteres Comunes de la Injuria.....	135
4.2.5 La injuria en el nuevo Código Penal.....	135
4.2.6 Principales diferencias entre Injuria Calumniosa y No Calumniosa.....	138
4.2.7 ¿Qué es el dolo en la injuria penal?.....	139
4.2.8 Clases de ánimos de ofender.....	139
4.2.9 Que es la excepto veritatis.....	140
4.2.10 Penalidad del Delito de Injuria.....	141
4.2.11 Legislación Americana.....	141
4.3 El Delito de Calumnia.....	142
4.3.1 ¿Cuándo existe calumnia?.....	142
4.3.2 La Calumnia.....	142
4.3.3 Creación del delito de Calumnia.....	143
4.3.4 Origen Histórico.....	143
4.3.5 Elementos Fundamentales del Delito.....	146
4.3.6 Condiciones de Tipicidad de la Calumnia.....	149
4.3.7 Existencia de una imputación.....	149
4.3.8 Falsedad del Delito	151
4.3.9 Penalidad de la Calumnia.....	152
4.3.10 Desacato.....	153
4.4 La Difamación.....	154
4.4.1 ¿Existe el delito en Nuestra Legislación?.....	154
4.4.2 Proyectos que introduce este delito en Chile.....	156
4.4.3 Elementos del Delito según los Proyectos Nacionales.....	158
4.4.4 Legislación Americana.....	160
4.4.5 Principios que informan la Difamación en la Doctrina.....	163
4.4.6 Prueba de la verdad en el Delito de Difamación	165
4.5 Nuestra Legislación.....	167
4.5.1 Como se protege al Honor en Nuestra Legislación Penal....	167

CAPITULO V
LOS DELITOS EN EL EJERCICIO DEL PERIODISMO

5.1 Garantías Constitucionales y Legales que norman el ejercicio del Periodismo	173
5.2 Delitos contra la honra en el periodismo.....	177
5.3 Indemnizaciones Civiles al Daño Moral.....	177
5.3.1 Daño Moral.....	177
5.3.2 Significación Social.....	178
5.3.3 Indemnizaciones Civiles.....	178
5.4 La Ley de radio y TV.	179
5.5 El juzgamiento de los Delitos cometidos a través de los medios de comunicación social.....	181
5.6 Otros Delitos en el Periodismo.....	183
5.7 Eximentes de los Delitos Periodísticos.....	184

CAPITULO VI
CONCLUSIONES

6.1 Conclusiones Teóricas.....	186
BIBLIOGRAFÍA.....	189

RESUMEN:

Esta tesis analiza los delitos contra la honra, la integridad y el buen nombre de las personas, amenazados a través de los medios de comunicación oral y escrita. Consta de cinco Capítulos: En el primero se describe el honor, la honra, la dignidad propia y la opinión ajena. El segundo se refiere a la libertad de Expresión y de Información. El tercero se define al delito y a los principios que lo rigen. El cuarto trata de los delitos contra el Honor. El Quinto analiza los delitos en el ejercicio del periodismo. Se termina la investigación bibliográfica con conclusiones válidas.

ABSTRACT:

This thesis analyzes different offences committed against dignity, integrity and peoples prestige which are or were threatened through oral or written ways of communication.

This thesis has five chapters or describes five different areas.

Chapter number one talks about honor, dignity, self-esteem and other people points of view.

The second chapter refers to freedom of expressing ideas and information in general.

Third chapter describes crime and offence based on their rules.

The fourth chapter is about crime and offences against honor.

And finally the fifth chapter analyzes different types of journalism crimes.

We end up the investigation with valid bibliography and conclusions.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo es el resultado de un esfuerzo personal a partir de una preocupación por la dignidad del ser humano afectada cuantitativamente y cualitativamente a través del periodismo sensacionalista incorporando numerosas áreas del conocimiento jurídico y social.

He integrado la Doctrina de los derechos humanos, la teoría de la Comunicación, la Ciencia Penal y los cuestionamientos críticos actuales, el análisis de los delitos contra el honor y la dignidad humana en la Doctrina y en la Legislación Ecuatoriana, resultando una fuente de confrontación con las nuevas realidades jurídicas de nuestro siglo.

Los delitos que se pueden cometer en el ejercicio del periodismo y en general en la información y comunicación constituyen un conjunto de elementos nuevos que la sociedad exige y obliga a reflexionar.

El honor como fundamento de la dignidad humana en el capítulo I se descubre como el primero de los derechos esenciales del Ser Humano.

La libertad de Información en el capítulo II pone en riesgo y acelera la agresión que sufre la dignidad humana.

A partir de estos dos precedentes el capítulo III y IV intentan definir el delito y los delitos contra el honor en la doctrina y en la ley positiva.

El análisis de los delitos en el ejercicio del periodismo en el último capítulo ha sido un pretexto para arribar a toda una nueva doctrina de los derechos de la información, del derecho y la libertad de expresión en el mundo moderno y de las nuevas corrientes de la ciencia jurídica que deben acercarse a la realidad tecnológica del mundo global para allí establecer las normas de la justicia y la equidad humana.

Este trabajo es realizado en homenaje al más elemental de los derechos del hombre, el derecho a su buen nombre, a su integridad moral, a su estatura humana sometida a prueba en la era de la información y la economía súper simbólica.

CAPÍTULO I

EL HONOR Y LA HONRA

1.1 La Dignidad del Hombre: Evolución histórica

La dignidad del hombre radica en su valía, cuya toma de conciencia dispone a una actitud que pide respetar ese valer. Vista así, la dignidad adquiere un significado distinto según qué sea lo que el hombre valore de su ser. Y esto está influido fuertemente por la cultura en que se viva.

En la sociedad romana preimperial, la dignitas respondía a méritos en una forma de vida que estaba ligada, por una parte, a la esfera política, por otra, a una recta moral. El romano defendía su dignidad, luchaba por ella, la asentaba y lucía. Ella no tenía un orden rígido: podía aumentarse, rebajarse, perderse, restituirse. La dignitas era un logro personal que, por un lado, daba derecho a un poder y, por otro, por el impulso interior a ser moralmente intachable, exigía un deber. La dignitas obliga, y lo hace más cuanto más alto es su grado. En fin, a esa forma de vida pertenecía la magnanimidad, disciplina, austeridad, moderación, serenidad. La dignitas era elitista. No todos los ciudadanos gozaban de las condiciones para llevar esa forma de vida portadora de la dignitas y esta, además, no se concebía sin libertad; era, por tanto, incompatible con la condición de esclavo.

La dignitas con sus gradaciones fue uno de los rasgos característicos de esa sociedad romana de sello aristocrático, fue lo que Cicerón echó de menos en la sociedad democrática ateniense de la época: le faltaba el ornato de la dignitas.

“<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=Dignidad+del+hombre&meta>”

Cicerón dio los primeros pasos en separar el contenido moral del aspecto político de la dignitas, y también enunció los esbozos del fundamento humano de la dignidad.

Según este autor el concepto romano de vida con dignidad ha de apoyarse en el dominio sobre sí mismo, el abandono de toda liviandad y del actuar impulsivo.

A la idea de esta exigencia interior como raíz de la dignidad, Kant dará mayor fundamento. El hombre, en la concepción kantiana, también lucha por obtener su dignidad interior, pero, a diferencia de la dignitas, todos los hombres son potencialmente iguales para lograrla. Puntualizando, el desarrollo del concepto de dignidad interior muestra, comparado con el de la dignitas, dos diferencias: aquel arranca sólo de una raíz moral y, en principio, es asequible por todos los hombres por igual.

La dignidad humana encontró en Cicerón su fundamento en la delimitación de la naturaleza del ser humano, en la que cada hombre, al reconocerse a sí mismo, verá algo divino, de ahí su semejanza con los dioses y también su dignidad. La idea de la creación divina del hombre estuvo en la mente de Cicerón y de Ovidio, pero fue un atisbo que no hizo doctrina. No hay duda, sin embargo, que Cicerón se adelantó en enunciar elementos del concepto moderno de dignidad.

En la concepción bíblica, la dignidad del hombre tiene el triple fundamento en su origen divino, en su calidad de imagen y semejanza a Dios y en su finalidad en el Creador mismo. La dignidad queda así definida, para todos los hombres por igual, en relación directa con Dios, con independencia de toda otra condición, así, raza, nacionalidad, sexo, edad, creencias, condición social. Esa dignidad dota al hombre de ciertos derechos inalienables y de ella nacen las tareas de protección y respeto.

Hoy no puede prescindirse de este concepto cristiano de la dignidad humana. A través de la Historia de la Creación, de vigencia canónica, y los aportes de los Padres de la Iglesia, esta noción de dignidad ha pasado a fijarse en la conciencia general.

En la época moderna se produjo otro cambio, que ratificó el concepto cristiano de la dignidad humana: el Estado asumió el deber de preservar la dignidad de los hombres. Este papel del Estado apareció enunciado por primera vez en Don Carlos de Schiller, y con la Revolución Francesa la dignidad se hizo fundamento de los derechos del hombre.

Hoy, en la cultura occidental, los conceptos de persona y dignidad van inseparablemente unidos. La dignidad aparece como el predicado esencial de la persona.

Este predicado, después de la Declaración de Los Derechos Humanos, aparece todavía más claro a la razón humana: la dignidad pertenece a todo ser humano, y esta no le viene por su pertenencia a una clase social étnica, color, raza, libre o esclavo, o por el lugar más o menos alto que ocupa en la pirámide del poder político o social, sino por ser quien es: persona. La persona, entonces, es y se realiza. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es considerada como una de las mayores conquistas de la historia. La base de ese documento único está en la persona y su dignidad.

El concepto de persona, en cuanto que, pone el acento sobre el individuo singular y concreto se aleja del pensamiento griego que daba mucha importancia, reconocimiento y valor solamente a lo universal, a lo ideal, a lo abstracto, considerando al individuo solamente como un momento fenomenológico de la especie, un momento transitorio del gran ciclo omnicomprensivo de la historia.

La dignidad humana no puede ser entendida solo como una conquista, pues habría muchos que, conforme al parámetro establecido de dignidad, no la alcanzarían. Da un cierto placer, aunque hay mucho por conquistar todavía en orden a los derechos humanos, el ver que en el orden natural o racional, así llamado laico, se toma conciencia a nivel universal de que todos los seres humanos son personas y por tanto con igual dignidad. Este hecho, escrito con tanta fuerza, en el espíritu de todos, es frecuentemente olvidado e incluso violado.

El tema de la persona es inevitable en antropología. El hombre moderno ha topado consigo mismo y vive obsesionado por alcanzar la comprensión, la expresión y la realización de sí mismo. Todavía estamos inmersos en el horizonte de lo antropológico, entre la admiración y el espanto que nos produce lo humano. Andamos sin reposo por los senderos de los múltiples saberes que se han acumulado en torno al hombre, y perdidos porque aún ignoramos las respuestas decisivas a nuestra insistente pregunta: ¿Qué es el hombre? Esta pregunta la hacía con humildad y sencillez el salmista: Señor Dios nuestro, ¿qué es el hombre para que te acuerdes de él? En esta situación cultural, mientras es bien claro que la pregunta por el hombre sigue suscitando respuestas contradictorias e insuficientes, todos convienen en que el ser humano es un ser personal. Hombre y persona no son conceptos equivalentes, pero son inseparables, se dan la mano, el uno ayuda a la comprensión del otro.

La verdad sobre el ser personal debe tender a ser la verdad integral, en la que tengan cabida todas las dimensiones y aspectos del ser personal humano. La verdad de la persona humana implica la verdad sobre la persona como tal, en la que es preciso integrar lo propio del hombre, ser finito, creado, con un destino trascendente. Si el pensamiento medieval tendía a ponderar la finitud de lo humano, el pensamiento moderno es propenso a la exaltación del sujeto humano como sujeto puro, ignorando su finitud. El origen divino del tema del ser personal le ha dejado una huella imborrable: la de su dignidad.

Si hacemos un recorrido con el concepto de dignidad por las distintas realidades individuales, familiares, sociales y científicas, nos damos cuenta que, aunque el concepto de dignidad parece claro en el espíritu de todos, no son pocos los que se esfuerzan por negarles a otros su dignidad: baste ver la discriminación que las múltiples etnias de color padecen dentro de la cultura occidental, así como, la discriminación de la mujer en la mayoría de las culturas musulmanas.

Si la dignidad le es intrínseca a la persona humana en razón de lo que le es específico: su ser espiritual, entonces la vida tiene fundamento ontológico. Este, su ser espiritual, cuyas características son la trascendencia, la apertura, la libertad, el amor, la fe, la esperanza, su búsqueda incansable de la verdad, la bondad y la hermosura, no es un estatuto que el ser humano pueda darse a sí mismo; todas estas notas indican que el ser humano tiene necesidad de alguien que, depositario de estas vectoriales, le dé razón de su destino.

Esta dignidad ontológica no se la puede dar él a sí mismo, ni se la puede dar el Estado o la sociedad, aunque a estos les corresponda reconocerla y vigilar para que no haya violaciones, pues de ser el Estado o la sociedad las que dan esta dignidad habríamos vuelto a Roma o a Grecia, con la conclusión de que algunos la tendrían y otros no. El hecho de que las Naciones Unidas hayan hecho una declaración sobre los derechos humanos no significa en ningún caso que sean estas naciones las que confieran la dignidad a nadie, simplemente declaran que ya había esa dignidad en cada uno de los seres humanos y en todas las etapas de su vida.

Y así en nuestros días nos encontramos con reflexiones como “morir en forma digna”, “dimensión ética del morir”, “morir con dignidad”, “el derecho al bien morir y el concepto de muerte digna”, “la dignidad del anciano: sentido y valor de la vejez”, “estatuto y dignidad del embrión humano”.

¿Qué sentido tendría, por ejemplo, el esfuerzo que hace la sociedad, la familia, la medicina, etc., por conseguir una muerte digna si paralelamente la misma medicina, familia y sociedad no reconocen la misma dignidad a ese embrión que se acaba de formar como consecuencia de la fusión de los dos núcleos que intervienen en el inicio de la vida? ¿Cómo puede tener fundamento ontológico la muerte si no lo tiene la vida, si no hay fundamento ontológico en el origen cómo puede haberlo al final?

“<http://escuela.med.puc.d/publ/ArsMedica/ArsMedica6/Art01.html>”

La dignidad del hombre puede darse desde un doble punto de vista:

- a) plano ontológico
- b) plano moral

a) Desde el punto de vista ontológico: Corresponde a la persona por su condición universal de especie humana. Es la dignidad natural del hombre que proviene de su constitución del cuerpo y alma dando origen a un todo unitario e individual, la dignidad natural del hombre se sustenta también en su racionalidad y afectividad elementos específicos del ser humano.

b) Desde el punto de vista moral: Es la Capacidad de auto percepción, es entendimiento, asume las ideas que el hombre se propone, que más tarde las realiza o a veces se ve imposibilitado de lograrlas.

En este proceso se forma una personalidad psicológica y moral que tiende hacia el bien, el bien sobre el que se asienta la dignidad humana de la persona es el bien moral. Dentro del punto de vista moral están:

- **Bienes esenciales** (vida, integridad corporal, libertad de la persona humana) Son aquellos que atañen a la existencia física o jurídica del ser humano, tiene también bienes de la personalidad que son más nuestros que los bienes patrimoniales, tanto que sin ellos se ha podido pensar en la antigüedad, sobre todo, que es preferible la MUERTE.

- **Bienes de la personalidad:** No tienen existencia ni razón de ser si no están vinculados a los bienes esenciales especialmente la vida. Los bienes de la personalidad no son consecuencia de la vida sino de la naturaleza humana viviente, es decir de la persona, respecto de la naturaleza humana, sin que se deriven de ella ocupan una posición accidental.

El honor y la honra se presentan en el panorama jurídico como bienes de la Personalidad, como derechos humanos relacionados con la dignidad o perfección de la persona.

La Dignidad de la persona humana es la base del honor y la honra del hombre y la mujer. La dignidad humana se alza sobre los pilares de los derechos humanos. Sin el reconocimiento legal y en la praxis de esos derechos fundamentales, la dignidad del hombre se cuartea y la sociedad se establece en un peligroso orden social que cobija infinidad de situaciones inhumanas: injusticias, marginación, violencia, terrorismo.

Pero la dignidad del hombre no se reduce a sus derechos. El hombre es mucho más que sus derechos. Su verdadera dignidad tiene las raíces en el amor. El hombre es, ante todo y sobre todo, un ser amable, es decir, digno de ser amado. Sólo el amor puede ir desmontando todos esos telos de cebolla con que se camuflan al hombre en un sinfín de roles en la sociedad convencional. Sólo al que ama se le revela la verdadera dignidad del otro.

El que no ama, no ve, le ciega el egoísmo. El que ama, en cambio, ve con buenos ojos. Y no porque el amor haga mirar con buenos ojos, sino porque el amor hace los ojos buenos, es decir, hace que sean verdaderamente ojos humanos y que puedan descubrir el abismo de amabilidad que hay en el otro y en todos los otros. No es que el amor haga pasar por alto o disimular los defectos y fallos del prójimo, que eso sería apasionamiento y en última instancia egoísmo también, sino que, por el contrario, el amor hace que los ojos recobren toda su potencialidad del servicio del hombre. Que si la raíz del órgano de la vista radica en el nervio óptico, la de los ojos humanos radica en el corazón.

Amar al otro, y por tanto amar a todos los otros, es ciertamente respetar sus derechos y libertades. Pero es mucho más, si el respeto y los derechos han de ser algo más que un pretexto para desentendernos de los otros y dedicarnos a nosotros mismos. Amar al otro es caer en la cuenta del otro, tenerlo en cuenta y contar con él. Es darle todas las posibilidades para que realice todas sus capacidades, es contribuir a que sea el otro. Es, en una palabra, hacerle sitio en el corazón, para que tenga su sitio en la sociedad.

La sociedad justa puede crear la igualdad de oportunidades, pero sólo el amor puede hacer que las oportunidades sean realmente iguales para los que, siendo distintos, están igualmente facultados para ser fenomenales. Y si no lo somos, no será porque no podamos, sino porque no nos dejamos, porque no queremos, porque no nos queremos.

1.2 El Honor, El Derecho al Honor, Honor y Patrimonio Moral

El Honor es un concepto muy difícil de precisar en cuanto a los elementos que lo constituyen y en cuanto a su proyección sobre la moral social que sirve de fundamento a la vida de un pueblo.

Para algunos autores el honor es un bien protegido por la ley. Para Garrido el Derecho al Honor es como un complemento del derecho a la vida.

El honor es aquel derecho que tiene toda persona a su buena imagen, nombre y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal cualquiera que sea nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano.

Si por ejemplo una persona comercializa unas fotos personales de la esfera privada, es posible un aprovechamiento económico de su intimidad o de su imagen y este aprovechamiento puede ser consentido o no, de forma que ante la vulneración de este derecho se puede entablar un proceso judicial con el fin de resarcir el daño moral producido por aquel que atenta de forma directa o indirectamente.

Quien demanda es normalmente el lesionado y los demandados suelen ser los profesionales de los medios de comunicación. Además no es lo mismo ser un personaje público, que un personaje de la calle, por eso el primero debe gozar de un amplio margen de defensa que el sujeto que es desconocido, ya que debido a la fama o modo de vida que lleva un sujeto famoso, hace que el titular se vea expuesto al interés general con mucha mas facilidad que otras dedicaciones personales.

De esta protección igualmente gozan las empresas o sociedades, de forma que se puede incidir gravemente sobre personas, directivos u órganos de la misma.

Respecto a las personas fallecidas, a pesar de su muerte, la memoria de aquel debe ser igualmente protegida judicialmente y los familiares del mismo pueden defender un derecho propio en cuanto a la representación íntimamente ligada por el vínculo familiar del fallecido.

Es necesario distinguir diversos conceptos que normalmente caen bajo el nombre genérico de honor, y que corresponden a diferentes puntos de vista para observar el mismo fenómeno.

La dignidad natural del hombre, por el hecho de ser hombre o sustancia individual específicamente racional, requiere un respeto por parte de todos, que llamamos "honor". Desde este punto de vista, y en su significado más profundo, toda persona tiene honor por el solo hecho de ser persona, y este honor es igual para todos. Se atenta contra dicho honor cuando de alguna manera se le niega su dignidad de persona. Una de las formas más extendidas de atentar contra el honor universal es la discriminación.

"Un segundo significado, que podemos llamar existencial, operativo o moral, es el que surge, en varias direcciones, de los actos de cada hombre, repetidos hasta constituir un hábito o, en su acepción más natural, una virtud". La característica de esta segunda acepción es su total desigualdad. "En esta acepción, no es el mismo honor que corresponde al héroe, que el que corresponde al hombre corriente, que el que corresponde a un criminal". Este honor se construye con las acciones propias, de manera que en la medida en que dichas acciones forman parte o expresan su personalidad o su manera de ser, se deben entender incorporadas a su patrimonio moral, y como tal tiene derecho a ser protegido frente a los ataques injustos de los demás.

La dignidad natural, el honor común a todos los hombres es fácilmente determinable en forma objetiva, a partir del concepto que se tenga de la dignidad humana y su contenido. En cambio, el honor personal o subjetivo es apreciado primariamente a partir del propio individuo. Se trata, pues, de la apreciación que él hace de sí mismo, su autoestima, en cuanto considera ciertas virtudes como parte de su patrimonio moral, es la medida con la cual valora su honor.

Pero también la sociedad que rodea al individuo realiza una valoración de las conductas personales, a partir de su exteriorización. La adecuada valoración social de los méritos de una persona es lo que normalmente se denomina “honra”. Por su carácter de adecuada, sólo puede ser una, y a ella tiene derecho todo hombre. “Se habla así del derecho a la honra. Protegido este derecho se protege a la vez el patrimonio moral y la dignidad de la persona”.

En forma más difusa se encuentra la opinión que la gente se forma de una persona, que puede ser unánime o diferente, adecuada o inadecuada, real o prefabricada. A esta forma se conoce en doctrina como “fama o reputación”. Esta última forma de honor, por sus propias características, no merece la misma protección que la honra. “Aquí el derecho a opinar es universal y el derecho a comunicar la opinión –parte del derecho a la información- prevalece sobre el derecho a la fama, no sobre el derecho a la honra, que tiene una referencia objetiva con la cual se ha de ajustar”.

1.2.1 Relaciones entre honor e información

Con estas precisiones, se entiende más fácilmente la relación entre el honor y la información, y deja de ser un “conflicto de derechos”, pues, que por naturaleza, tanto la honra (apreciación adecuada o correcta del honor universal o personal de un individuo) como la información tienen como componente la verdad.

Es decir, si lo que informo atenta contra el honor de una persona, esto quiere decir que estoy negando que sea una persona (dignidad propia de todo ser humano), o que estoy negando que tiene en su patrimonio una virtud moral que efectivamente tiene, lo que significa lisa y llanamente que estoy mintiendo. Si falto a la verdad, no estoy informando, y, por tanto, no estoy ejerciendo el derecho a la información.

Sólo en este sentido se puede decir que el derecho al honor prevalece sobre el derecho a la información, pero, en realidad, el derecho a la información desaparece como tal por carecer de su objeto.

Es importante considerar que el sujeto afectado en su honor no necesita probar la existencia de la virtud atacada en su patrimonio moral; quien ataca es el que debe hacerlo, e incluso, cuando el atentado es genérico y manifiestamente destinado a insultar, no se le admite que pruebe sus afirmaciones.

En cambio, en cuanto al derecho a proteger la fama, como ya se dijo, su valoración es inferior a la del derecho a la información, y por eso en muchos países la “difamación” o atentado injustificado contra la fama no es considerada un delito.

Hay que tener presente que en muchos casos se mezcla el derecho al honor con el derecho a la privacidad y a la intimidad. Es decir, la divulgación determinadas informaciones, que son verdaderas y están relacionadas con el honor de una persona, puede no atentar contra éste, sí contra su privacidad, pues hay virtudes y defectos, físicos o morales de una persona, que, aun siendo verdaderos, pertenecen a su esfera privada o íntima, y por ello deben ser excluidos de la información.

Gran parte de los conflictos o atentados contra el honor de las personas a través de la información se producen también por encontrarse el honor ligado al derecho al “debido proceso legal”. Toda persona tiene derecho a que sus actividades que la legislación considere ilícitas sean determinadas en un procedimiento legalmente establecido, en el que se contemplen las garantías mínimas de defensa, y que se juzgue conforme a pautas objetivas. Si, como decíamos antes, el deber de probar corresponde al informador, en este caso el informador tampoco puede ser autorizado a probar su afirmación usando otros medios que no correspondan al “debido proceso legal”, y, por tanto, debe cuidar el alcance y el lenguaje de su información para evitar afirmaciones condenatorias. En materia penal, el dolo (mala intención) no se presume, y en materia civil se va más allá, ya que se presume la “buena fe”, es decir, la actuación correcta.

En el plano moral, todo individuo tiene derecho a que se le presuma una adecuada conducta moral de acuerdo a la cultura propia de su entorno, y por tanto, si bien no se necesita de un proceso judicial, también esta persona tiene derecho a que su honor sea protegido frente a afirmaciones que le imputen acciones deshonrosas o inmorales, sin que se le de la oportunidad de defenderse de ellas ante los mismos destinatarios de la información.

Dos consideraciones adicionales refuerzan más aun la afirmación de que no existe conflicto real entre el honor y la información.

El honor universal es la consideración a la dignidad de la persona humana. Consecuencia inseparable de esa dignidad son los derechos inherentes a la persona (denominados derechos humanos o derechos naturales, y que son protegidos por las garantías constitucionales), dentro de los cuales está el derecho a la información y la libertad de opinión. Por tanto, el respeto a la honra de una persona incluye el respeto a su derecho a la información (veraz, completa y oportuna) y a la libre expresión de sus opiniones.

Uno de los objetivos fundamentales del derecho a la información es ser salvaguardia de los demás derechos fundamentales. Sin libertad de información resulta prácticamente imposible la defensa de los demás derechos, incluso la honra de las personas.

Pero las posibilidades de conflicto entre el honor y la información no se refieren solamente al contenido de las publicaciones, ya que otro aspecto importante y fuente de problemas es la posibilidad de atentar contra el honor de las personas en el proceso de búsqueda de la información. Aquí nuevamente hay que distinguir entre atentados contra la honra de aquellos contra la privacidad. El uso de engaños, falsas identidades, intimidación, violencia verbal o física u otros subterfugios para obtener información atentan contra la dignidad de la fuente informativa o del protagonista de la información, al igual que involucrar innecesariamente a parientes u otros terceros en un hecho informativo deshonroso para una persona.

El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama. El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismos en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.

En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo.

Concepto Subjetivo: El honor puede ser considerado, como una autovaloración, esto es como el aprecio de la propia dignidad, como el juicio que cada cual tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético-sociales. Se dice que un sujeto tiene o no aprecio de sí mismo; se siente o no se siente honrado o deshonrado.

Un sujeto también puede hacer de sí mismo una valoración totalmente reprobatoria, que no tenga aprecio de su personalidad, que un sujeto se considere deshonrado por un determinado modo de conducta propio.

Se basa en el solo hecho de reconocer que esa acción no era la que personalmente se debió ejecutar; el sujeto se siente dueño de una personalidad honrada a la cual ha sido infiel en una oportunidad, que hasta el más degradado de los hombres tiene algún concepto del propio honor.

Para Von Liszt, el honor, en sentido jurídico no es ese valor interno del hombre, invulnerable por las acciones de terceros, sino la valoración de que el hombre es objeto por parte de otros; es el aprecio en el juicio de los coasociados.

Carrara en cambio clasifica los delitos contra el honor en delitos naturales, porque parten de ese bien connatural a la persona humana, independientemente de la condición de ciudadano.

El honor tiene siempre carácter social, el honor es un sentimiento referido a la persona, ser necesariamente social.

Es importante saber si el honor como sentimiento subjetivo a la propia persona tiene en sí mismo la protección de la ley. El honor subjetivo puede ser herido pero no arrebatado

Si el honor subjetivo es protegido en sí mismo a lo menos en ciertos casos, el fundamento del delito de injurias no residirá en la publicidad, en el conocimiento de otros, en el descrédito ante terceros, sino en la mortificación causada por el hecho al sujeto injuriado, y en consecuencia, para la consumación del delito bastará que la injuria que lleve al injuriado aunque sea en secreto (cartas, llamado telefónico, injuria personal, etc.)

Concepto objetivo: Se refiere a la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto.

La valoración que hacen los hombres del honor de otro, cuando asume forma positiva, constituye propiamente un bien jurídico tutelado, porque es una de las fuentes de mayor satisfacción del hombre él saberse honrado por los demás.

Pero esa valoración social, a diferencia de la valoración subjetiva, puede asumir una forma negativa, es decir un sujeto independientemente de que sea o no sea realmente honorable, puede ser tenido por un sujeto deshonesto.

1.2.2 Formas protegidas del honor: Podría decirse que al concepto objetivo del honor corresponde la figura de la difamación, así como al concepto subjetivo corresponde la injuria. El primero consiste en perjudicar la fama; el segundo en ofender moralmente.

La tutela puede ser tanto subjetiva como objetiva, y en consecuencia tanto la injuria como la calumnia son infracciones que pueden asumir formas independientes del hecho real de vulnerar efectivamente la reputación o la fama. Tanto la injuria como la calumnia pueden presentarse bajo el aspecto de difamación o de ofensa, de descrédito o de ultraje.

El honor objetivo, es la fama o la reputación, sin embargo es lo que da lugar a las limitaciones de que es objeto la protección del honor subjetivo, por medio del régimen de la prueba de la verdad. Una protección ilimitada del honor subjetivo llevaría las cosas demasiado lejos.

La lesión inferida al honor subjetivo, no deja más rastro que un dolor o agravio moral totalmente interno en la persona que lo ha sufrido. Bien está que ese sentimiento de la propia estima sea tutelado; pero socialmente la irreprochabilidad es algo que se conquista con la propia conducta.

En este sentido se puede decir que si bien la ley tutela la forma subjetiva del honor, para el alcance de la tutela de ese bien jurídico, ha trazado un límite sirviéndose de la forma objetiva y debida del honor. Es una manera de dar preferencia a intereses sociales superiores. La tutela del honor subjetivo no es incondicionada.

Pero existe una limitación a la forma de tutela del honor subjetivo, esto ocurre en aquellos casos en los cuales, si bien se ofende a un sujeto mediante una injuria, objetivamente merecida, la ley no admite la prueba de ese merecimiento. En este caso es manifiesta, por encima del honor real, la prevalencia del honor subjetivo.

Los juristas afirman que una ofensa a esta clase de honor debe ser sancionada cause o no lesión ya que no se sabe si la ofensa ha afectado verdaderamente a la víctima, dado que esto tiene que ver con la intimidad de la persona.

No es importante comprobar si se ha deshonrado o no a una persona sino que es suficiente que el autor de la ofensa haya pretendido ofender valiéndose de expresiones o acciones que sirvan para lograr ese objetivo, lo que se sanciona es justo esa conducta.

Según Ramos puede ser herido pero no arrebatado ya que no se puede privar del honor a nadie, solo causarle un dolor moral, lesionar los sentimientos, justo por el carácter subjetivo del honor, la lesión al honor subjetivo podría pasar inadvertido para algunas personas, otras sienten profundamente el daño causado, tanto es así que incluso la persona puede sufrir una falta de autoestima que afecta física y síquicamente a quien la sufre.

El caso de la reputación es diferente, ya que dada por la opinión que tienen los miembros de una sociedad sobre una persona, la reputación no existe en los individuos sino en aquellos que le rodean.

La lesión a la reputación presenta diferencias con la lesión al honor. Un ataque al prestigio puede producir la pérdida de la reputación; siendo un bien jurídico, la difamación puede lograr el objetivo de arrebatar la consideración pública de un individuo, privarlo de su reputación o por lo menos disminuirla. Por consiguiente la reputación es un bien amparado por la ley y un ataque a este aspecto del honor se lo puede considerar como un atentado de orden social que rompe la tranquilidad de una sociedad.

Para Works la ley solo debe velar por el valor moral que el Estado reconoce al individuo. Sin embargo para la mayoría de autores el honor debe ser amparado en su integridad por la ley, pero esta protección no tiene un carácter absoluto sino que se encuentra limitada por el interés social.

En un caso o en otro el delito que lesiona el honor subjetivo o externo produce efectos personales y sociales que en la actualidad han perdido valor relativamente, sin ser partícipe de la pena, esta lesión requiere ser restaurada.

(Anuario de Derecho Constitucional Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yepes)

1.2.3 Honor y Patrimonio Moral

El Honor no es un bien patrimonial, el honor es parte sustancial del patrimonio moral de una persona. El conjunto de actos y hábitos adecuados a los postulados éticos, las acciones humanas dotadas de perfección constituyen parte del patrimonio moral humano. Del honor se deriva una ampliación de poder y de la libertad en el titular del patrimonio moral.

García Val de Casas sostiene que “el honor viene a ser un público otorgamiento de distinción y excelencia que de un modo más o menos directo se traduce en una participación en el poder. Hobbes sostiene en el honor una manifestación reconocida del poder.

El aumento de la libertad que genera la existencia de un patrimonio moral es el mismo aumento del poder ya descrito, la fuerza comunicativa de las acciones radicadas en el honor aumenta una de las dimensiones de la libertad humana que es la contribución al interés general, el servicio a la colectividad rompe el individualismo y confiere así a las acciones honrosas y a su titular una trascendencia social.

La violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la propia imagen constituyen un menoscabo al patrimonio moral, su afectación será sancionada en los términos y condiciones establecidos en el presente ordenamiento.

El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma.

No se considerará que se cause daño al patrimonio moral cuando se emitan opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión.

Las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad, y sean de interés público tampoco podrán ser motivo de afectación al patrimonio moral.

1.2.4 Concepto de daño moral.

Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada,

son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima.

El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

En este sentido podemos decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico». La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y es en base, a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es «todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea que guarda relación a un bien no patrimonial».

1.2.5 Daño moral resarcible: intereses no patrimoniales susceptibles de daño.

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial.

Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado «que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial», si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

Así la doctrina clásica italiana, habla de daño moral «objetivo» y de daño moral «subjetivo». Daño moral objetivo sería aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social.

En cambio, el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.

En la doctrina francesa los MAZEAUD y TUNC distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral «que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración», y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral «que alcanzan al individuo en sus afectos», se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que es querida.

La jurisprudencia española por su parte habla de daño moral «puro» y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrear ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado.

Así la doctrina distingue entre daño moral «directo» y daño moral «indirecto» partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados (no se toma en cuenta la naturaleza que presuponen esos intereses).

En este sentido el daño moral es directo «sí lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial»; el daño moral será indirecto «sí la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial».

Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

1.2.6 Objeciones y argumentos a favor de la reparación del daño moral.

Entrar en el estudio del daño moral, es entrar en el estudio de la grave problemática que en cierra su reparación. Esto es, la admisibilidad de indemnización de daños que como el daño moral son de naturaleza extrapatrimonial. La bibliografía en torno al tema es copiosa y la discusión doctrinal y jurisprudencial no tiene fin.

Pero, hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho privado.

La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otros tiempos eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales.

Paradójicamente, este pensamiento ha tenido gran arraigo en los países anglosajones, tan respetuosos con los valores y la dignidad del individuo. En este sentido nos encontramos con el razonamiento de una sentencia norteamericana de principios de siglo, que, para desestimar la reclamación formulada por una joven por la publicación in consentida de su fotografía en un

folleto publicitario de una empresa, dijo: «Hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección en el derecho moral y en una opinión pública desfavorable».

Así vemos como algunas legislaciones siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales. Ejemplo de ello, es el Código civil alemán, que admite la indemnizabilidad del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social (bien moral), como a la explotación de su negocio (pérdida de clientela, de crédito, etc. en suma, intereses materiales. Estos son los denominados en la doctrina italiana por DE CUPIS. «Daños patrimoniales indirectos», que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo.

La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar in natura o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna, se postula por algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis.

Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

1. El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción GARCÍA LÓPEZ señala, que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales.

Hoy en día, sin embargo, semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho Civil.

GARCÍA LÓPEZ cita a BREBBIA como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del daño moral constituye un enriquecimiento sin causa, argumenta este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc., de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito iusprivatista no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho penal

Sin embargo podemos decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia.

BREBBIA no dice que la admisión de la indemnización del daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto. El autor argentino lejos de proponer lo que dice GARCÍA LÓPEZ, manifiesta que «aun aquí, dentro de este campo, donde, como en muchas otras materias de Derecho privado, predomina el libre arbitrio del juez; éste deberá sujetar un juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del daño moral: la de evitar que la indemnización constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa».

Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y al sentimiento, reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es monetizar el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado un daño patrimonial, cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua *satisfactio*, contribuye a esta finalidad en una noble dirección. Doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales grave.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente.

En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados. Tal es la tesis sostenida en la doctrina española por DE CASTRO Y BRAVO.

Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido.

Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido LASARTE señala que «sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables».

Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendentes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 donde expresa «el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo

gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral».

Tal tesis defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no he sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. BONILINI, a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno.

Tal afirmación la fundamenta señalando que es extraño que las personas dañadas por la muerte de un familiar puedan eliminar el sentimiento de desasosiego obligando al responsable a reconocerse como tal ante ellos, siendo probable que una suma de dinero pueda, en ocasiones, causar placer en quien la recibe. Sin embargo este placer no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto.

En este sentido DE ÁNGEL nos dice, que acoger la tesis que podemos denominar de la «satisfacción» implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes.

Es por esta razón que BONILINI señala, que para alejar el peligro de una extrema subjetivización se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales.

Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa VINEY se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o «techos» en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera indispensable afrontar sin prevención la idea de una «tarificación» de estos daños, sobre bases objetivas que vengan a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un determinado país y en un determinado momento, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, pues el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico.

Por otra parte, es necesario señalar que incluso aquellos autores que se muestran reacios a la admisión de baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

Siguiendo a GIANNINI, se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la entidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima. En el caso de muerte de la persona ofendida, lo estará con la intensidad del vínculo de parentela que unía a la víctima con el supértiste, la edad, la sensibilidad de este último, etc. No teniendo relevancia, en ningún caso, las condiciones socioeconómicas ni el nivel cultural del causante del daño.

1.2.7 Naturaleza de la reparación del daño moral.

En cuanto a la naturaleza de la reparación del daño moral, dos grandes líneas de pensamiento han dividido, aunque cada vez menos, a la doctrina.

Por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor entre los que se ubica DEMOGUE, RIPERT Y SAVATIER en la doctrina francesa. Y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia SANTOS BRIZ en la doctrina española como su principal defensor.

La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto.

Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitoria. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y réplicas al respecto. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca «no tengan precio», no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria.

Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactorio, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Se ha replicado a quienes afirman que la reparación sería punitiva que, si como ellos lo sostienen, constituye una inmoralidad la entrega de una suma de dinero a la víctima en concepto del daño moral sufrido dicha inmoralidad subsistiría cualquiera fuere la finalidad que se atribuyere al pago de dicha suma de dinero. De este modo, constituye en realidad un absurdo afirmar que acordando a la suma de dinero una función penal perdería el carácter inmoral que tendría de otorgársele una finalidad de reparación, desde el punto de vista de la víctima, que ve ingresar a su patrimonio una determinada suma de dinero, el resultado en el mismo, siéndole indiferente, en el fondo, el fundamento teórico que se acuerde a dicho pago¹[20].

Desde otro punto de vista, se ha criticado la tesis de la resarcibilidad replicando al decir de LLAMBIAS que «no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces». Es de advertir que esta objeción parte de un equívoco: la función resarcitoria del daño moral no es compensatoria. No se trata de dolor con dolor se paga, ni de poner precio al dolor. Se observa que paradójicamente, quienes consideran inmoral la indemnización del daño moral acuden al argumento de que la pretensión resarcitoria se apoya en una filosofía materialista de la vida, y quienes propician tal pretensión han aducido que si sólo se consideraran reparables los daños materiales, patrimoniales, el principio de la reparación del daño sería incompleto y rudimentario, como si los seres humanos sólo reaccionaran o se agitaran al impulso de intereses materiales

Por último, es necesario puntualizar como lo hace LARENZ que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor «proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder».

1.2.8 Medida de la reparación del daño.

Pero para establecer la medida de la reparación del daño hay que acudir a las dos tesis enfrentadas.

Por una parte los partidarios de la tesis punitiva, para salvar este aspecto, han complementado las pautas ya establecidas con una tercera, que consiste en vincular el daño moral con el daño patrimonial. De este modo la reparación del daño moral guarda razonable proporción con el monto del daño material es decir, patrimonial, reconocido.

El resarcimiento del daño moral recoge, implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales. En palabra de la doctrina bajo el rubro de daños morales se incluye un plus al resarcimiento de daños materiales que sé «cuela», como de contrabando, disimulando muchas veces la falta de prueba de los daños materiales.

Ante tal apreciación se ha dicho, que hay ilícitos que no producen daño patrimonial alguno, es decir que sólo afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima por ejemplo: una intromisión a la privacidad o intimidad de la persona. En un supuesto tal, el parámetro del daño material como punto de referencia es imposible. Y en otros casos el daño patrimonial puede ser cuantioso y no existir, o apenas inferirse, un daño moral.

De otra parte se entiende, que si se está de acuerdo que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. La tesis que unilateraliza la cuestión de la reparación desde la perspectiva del agente del daño descuida la perspectiva del titular del interés extrapatrimonial afectado.

Es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el quantum indemnizatorio. Pero atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado: sólo la culpa, negligencia o imprudencia o el dolo, es decir el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, pero no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo, como el riesgo creado.

Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico.

La reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. Entonces ¿Por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar el monto de la indemnización? La reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación ínter subjetiva, etc.) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc.).

La reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

1.2.9 Moral y derecho

Por último, debemos dejar claramente establecida la distinción entre moral y Derecho. Distinción que encuentra sus orígenes en las tendencias liberales individualistas. Si bien en la doctrina francesa de los últimos años del denominado *Ansien Droit* se había abierto una vía para la consagración de un principio general de responsabilidad fundado sobre un ilícito, concebido como distinto de la infracción penal, pero vinculado como ella a la infracción moral. Los autores del *Codee civil* formados en la doctrina canonista trataron de vincular la «responsabilidad civil» a la «responsabilidad moral», lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la «culpa» en el centro del sistema de la responsabilidad civil; puesto que la moral, al tener como fundamento las nociones del bien y del mal, no exige la reparación del daño causado sino cuando lo haya sido mediando la culpa del responsable.

Determinar el grado de culpa exigible, es algo que ha recibido diversas respuesta según la concepción moral profesada.

Para algunos, sólo el dolo obligaría, en conciencia, a reparar. Otros, más exigentes, entienden que la simple imprudencia o la negligencia, más o menos grave, crean el sentimiento de responsabilidad moral, desapareciendo ésta exclusivamente cuando no concorra en el evento dañoso culpa alguna o ésta sea extremadamente leve.

De lo que no parece haber duda en la doctrina es que la intención de los legisladores de 1804 era dotar a la responsabilidad civil de raíces morales, entendida como la moral social. Sin embargo, para garantizar una estrecha correspondencia entre los principios jurídicos y los principios morales en el ámbito de la responsabilidad civil, no es suficiente tener en cuenta la culpa o no culpa del autor del daño, sino que es igualmente necesario examinar las necesidades y la situación personal de la víctima. Y, por otra parte, no debe olvidarse que una cosa es la utilización de términos provenientes de la moral,

y otra muy distinta, la subsunción de las conductas cuya valoración se realice sobre juicios morales en el ámbito del ilícito.

Debemos concluir señalando, como la doctrina basándose en estos postulados, han sido reiterativos al puntualizar, que se debe dejar la creencia de que el daño moral es un menoscabo, cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente lesión o menoscabo a bienes materiales. Ya hemos visto que hay supuestos en el que el hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial como por ejemplo, la vida, la salud, y, sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial, así, la incapacidad para el trabajo, los gastos de curación y convalecencia que pueden derivarse de la lesión sufrida.

En tal sentido afirma la doctrina que cuando se distingue entre daño patrimonial y daño o agravio moral, o simplemente daño no patrimonial, el criterio de la distinción no radica en el distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. Sólo así es posible hablar del daño patrimonial indirecto, que es el perjuicio patrimonial o material que ha provocado un ataque a un derecho inmaterial extrapatrimonial, que coexisten o pueden coexistir de este modo, ambos intereses en un mismo derecho.

Así, las lesiones que ha sufrido la víctima de un accidente, obligan al responsable a resarcir el daño patrimonial que esas lesiones provocan, pero también, en su caso el daño extrapatrimonial o daño moral que el ataque a su integridad corporal conlleva, por ejemplo el daño estético. En el ejemplo propuesto un perjuicio de orden patrimonial (o lesión de un interés patrimonial), estaría representado por los gastos - daño emergente- que debió hacer la víctima para su restablecimiento físico y por la incapacidad laboral sufrida -lucro cesante- y simultáneamente, un perjuicio de orden no patrimonial en tanto se ha lesionado el interés a la incolumidad física que el derecho a la integridad corporal presupone y que ha sido menguado por el daño estético.

Por último, para comprender esto hay que tener presente, que el interés esta constituido por facultades de actuar en la esfera propia de la víctima, y que el daño lesiona ese interés que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo la noción de interés es el centro de la tutela jurídica, porque es a través del reconocimiento a un interés humano que la persona legitima su facultad de obrar, tendiente a lograr la satisfacción o el goce de bienes jurídicos.

Quando el interés se considera no patrimonial, es porque los bienes jurídicos que garantiza no están referidos al goce o satisfacción de un bien apreciable en dinero, o como dice DE CUPIS «bienes comprendidos en la riqueza material, sino a la satisfacción o goce de un objeto in susceptible de apreciación pecuniaria».

“<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=HONOR+Y+PATRIMONIO+MORAL&meta=>”

1.3 Desprotección del Honor y la Honra

El honor de las personas en el Ecuador es uno de los bienes jurídicos menos protegidos por el Estado y sus leyes.

Se ha consagrado en nuestro país la imposibilidad de castigar la Calumnia, sin embargo de que existe tipificado el delito se ha hecho imposible castigarlo y más bien se deja pasar inadvertida estas formas de agresión.

Particularmente este hecho se evidencia todos los días en la política y a través de los medios de comunicación social.

Las personas están mal o poco protegidas frente a los ataques y lesiones a la honra que pueden originarse en la vida pública o en el periodismo, las acciones penales de que dispone una persona para protegerse no resultan eficaces e incluso pueden llegar a ser contraproducentes.

El problema se agrava con la imposibilidad de reparar la honra lesionada, son insuficientes las acciones civiles o penales e incluso las instituciones del derecho a la información como son el derecho a la réplica o a la retracción voluntaria.

Otro elemento para la desprotección a la honra es el hecho carga de la prueba corresponde al que afirma algo.

Julián Macías señala que la denuncia sin pruebas, la calumnia pura y simple, la insinuación que produce los mismos efectos sociales están empezando a producir un clima de inquietud y malestar en unos, irritación en otros, repugnancia y desaliento, hay que pedir pruebas al que afirma, mientras no las presente no pedir al acusado lo que hay que pedir al acusador, se viola el derecho humano que es la presunción de inocencia.

1.3.1 Vida privada y honor:

En el mismo contexto del periodismo de investigación, la doctrina emanada de la sentencia 13. 11 del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación es muy clara para expresar lo que se entiende por vida privada de las personas, el espacio de lo publicable dentro del ámbito de lo privado y cómo respetar el honor de los involucrados en la información, cuando éstos son personas públicas. La invasión al espacio de lo privado es en estos casos, excepcional, no puede ampararse en el secreto profesional y debe darse con condiciones claramente establecidas en cuando al cuidado de la honra de las personas:

Finalmente, es admisible desde el punto de vista ético que el periodista investigador publique aspectos de la vida privada de un individuo, en la medida en que el conocimiento público de esas materias pueda modificar el juicio que la ciudadanía requiere tener acerca de personas que ejercen autoridad política, administrativa o judicial o que ostentan responsabilidades en la formación de la juventud o en los medios de comunicación social.

También serán publicables, según los casos, hechos de la vida privada cuando los afectados pertenezcan al mundo del cine, o del espectáculo, u otros similares, y consientan por ello, expresa o tácitamente en convertir su vida privada en pública.

En todo caso, las alusiones a la vida privada no autorizan para atacar la honra de las personas y deben excluir calificativos que conlleven menosprecio o descrédito, así como inculpaciones no demostradas claramente en el texto. También aquí el secreto profesional no ampara ni las violaciones a la vida privada ni los atropellos a la honra que puedan seguir a aquéllas.

En cualquier caso, la publicación de hechos privados de la vida de las personas debe considerarse como excepcional, y aceptable sólo por motivos graves y de estricta calificación.

1.3.2 Publicación de imágenes

Dentro de esta misma relación temática, los principios enunciados anteriormente se aplican para la publicación de fotografías o imágenes cuando éstas puedan atentar contra la fama y la dignidad del que aparece retratado.

La condición para poder hacerlo (publicar) es el permiso expreso del afectado, con la excepción de las personalidades públicas. Expresa la sentencia 17. 2 del Consejo de Ética:

Los medios, en general, no podrán difundir imágenes, ilustraciones o fotografías de personas, que permitan su identificación, y que puedan herir su fama, su dignidad o su privacidad, sin autorización previa y expresa del afectado.

Se excluyen de esta regla los casos de trascendencia social en que las identidades de las personas intervinientes tengan importancia informativa, pero esta excepción no se aplicará en ningún caso a los parientes de dichas personas.

En este mismo sentido, hay que aclarar que se permitirá el trucaje o la alteración de las imágenes para fines exclusivamente humorísticos y siempre que sean notorios sin necesidad de advertencia.

Salvo este caso preciso, deberá advertirse al público cualquier alteración de las imágenes, ilustraciones o fotos, sobre todo cuando éstas afecten el honor y la dignidad de las personas.

En cuanto al uso de imágenes de terceras personas con fines humorísticos, la sentencia 10 advierte:

No es conveniente que un medio de comunicación, en especial si transmite imágenes, haga humor a expensas de ridiculizar a un particular desprevenido, agravándose la falta si para ello se utilizan trucos técnicos que el espectador no puede detectar, y que dan una verosimilitud engañosa a lo transmitido.

El medio incurre en falta a la ética informativa al entrevistar a una persona y después exhibir su respuesta alterando la pregunta, sin que esta alteración haya sido advertida al entrevistado ni a los espectadores, en forma que hiere o puede herir el prestigio o dignidad de la persona.

1.3.3 Honor y relación entre medios de comunicación

Así como en el tratamiento de la información se debe velar por el cuidado de la dignidad de las personas involucradas, cabe el mismo principio ético de la verdad informativa cuando dentro del proceso de información hay envueltos medios de comunicación. Bajo el rótulo de libertad de expresión no caben las expresiones injuriosas, descalificadoras o abiertamente exageradas de un medio hacia otro tal como lo expresa la sentencia 25 del Consejo de Ética de los Medios de Comunicación:

Si bien podrá controvertirse la mayor o menor fidelidad de una crónica periodística, parece impropio que un medio, al comentar la versión de otro, emplee expresiones como “mentirosa invención” e “irresponsabilidad periodística”.

Aunque la versión comentada puede calificarse objetivamente de exagerada, en orden al grado destructivo del fenómeno atmosférico, hay que considerar que su redacción se produjo frente a los efectos del mismo, tal como los apreció la periodista.

Las expresiones empleadas por el diario denunciado utilizan términos deshonorosos para la periodista y el diario criticados, lo cual constituye infracción a la ética informativa.

El honor del propio medio que publica puede verse en tela de juicio al informar sobre otro medio, puesto que puede prestarse para considerar que está obedeciendo a intereses ajenos al proceso informativo:

No es en sí mismo digno de censura que un medio de comunicación investigue e informe sobre otro, sino al contrario, resulta aconsejable para ilustrar al público, cooperando así a una mayor transparencia de las noticias y de los comentarios que se difundan.

Sin embargo, la información de un medio sobre otro no debe, solamente, cumplir con las reglas generales en cuanto a ética de la comunicación, sino que debe hacerlo con particular rigor, por la posibilidad de que existan, directa o indirectamente, intereses contrapuestos entre los dos medios involucrados.

En dictámenes anteriores, este consejo haya establecido repetidamente, como reglas éticas de la información, las que siguen:

Que los medios deben identificar a sus fuentes, salvo excepciones calificadas y que se funden en motivos de peso.

Que el afectado por una información debe ser confrontado con ella, en cuanto las circunstancias lo permitan, para que tenga oportunidad de rectificarla o complementarla. (Sentencia 38)

Si bien resultan aconsejables la independencia y el sentido crítico en las relaciones entre los distintos medios de comunicación, también deben ellos guardarse el respeto mutuo que corresponde a su importante tarea colectiva de bien común. (Sentencia 40)

1.3.4 Periodismo de denuncia, honor y debido

La denuncia periodística envuelve los temas del honor y el debido proceso que ya enunciamos precedentemente. El Consejo de Ética previene al respecto:

El género periodístico denominado de investigación y denuncia, cumple una función a la vez informativa de la opinión pública en una sociedad democrática como la nuestra, y coadyuvante, dentro de sus límites inherentes, del ejercicio de las potestades otorgadas por la Constitución y las leyes a los órganos estatales, principalmente la Magistratura;

Siempre se debe dar oportunidad a los afectados negativamente por la investigación, para que proporcionen su versión de los hechos en que aparecen involucrados;

Es preciso respetar el honor de esas personas y nunca traspasar los límites que impone su intimidad o privacidad; y

Los terceros involucrados, pero sin responsabilidad en los hechos investigados, podrán ser identificados en la información por su nombre o imagen sólo si, expresamente, consienten en ello, siendo imperativo puntualizar, además, que tratándose de niños o adolescentes, el periodista tomará todas las medidas

posibles a fin de impedir la identificación de tales personas, en resguardo del futuro de las mismas.

En esta misma línea la exigencia ética indica que si bien el periodismo de investigación y denuncia es una herramienta que colabora a mantener informada a la opinión pública, su ejercicio no debe nunca traspasar el límite de la denuncia propiamente tal. En otro caso la función coadyuvante se transforma en obstáculo y directa acusación, pervirtiendo su función originaria. Cuando ocurre esto último, las más de las veces, el honor de los involucrados es lesionado. Por eso son muy definitorias las condiciones y prevenciones señaladas en el fallo 30:

En ocasiones, la denuncia como fórmula, en los medios de comunicación, se ha extralimitado; y, al usurpar jurisdicción, el medio se ha comportado como juez y se ha constituido en tribunal público, menoscabando con ello la capacidad de defensa de la persona acusada. Así, el denominado periodismo de denuncia puede convertirse en periodismo de condena.

Al estudiar las exigencias de una información de denuncia este Consejo ha acordado, en sentencias anteriores, que:

Siempre se debe dar oportunidad a las personas afectadas negativamente por la investigación para que proporcionen su versión de los hechos en los que aparecen involucradas.

Es preciso respetar el honor de las personas y no traspasar los límites que impone su intimidad.

El periodista debe presentarse siempre como tal, salvo calificadas excepciones.

Aunque la actividad informativa por su naturaleza, tiene tiempos exigentes, debe procurar entregar a las personas involucradas positiva o negativamente en una información, un espacio de tiempo prudente y la tranquilidad necesaria para reaccionar y hacer sus descargos.

Es interesante mencionar que el Consejo de Ética ha establecido que no le compete dilucidar quién dice la verdad cuando se trata de una denuncia pública efectuada a través de un medio de comunicación:

En su sentencia N° 73 expresa:

El Consejo no interfiere de modo alguno en la labor de los jueces y, por tanto, no le corresponde reconocer o garantizar derechos de quienes acuden a su intervención ni tampoco establecer la verdad de las afirmaciones que formulan los medios asociados, en su quehacer informativo.

El deber de la prensa es buscar explicaciones racionales y satisfactorias ante la inquietud del público por un hecho muy grave y perjudicial, y los funcionarios públicos responsables se encuentran en la necesidad de justificar íntegramente sus actuaciones, o, a lo menos, presentar los motivos para no exhibir las pruebas de que el negocio es inobjetable. Pero este Consejo no es el organismo competente para recibir las pruebas o explicaciones que requiere la opinión pública.

Tanto en el texto del mismo reportaje denunciado como en publicaciones posteriores, el diario ha dado tribuna a los denunciantes para que expresen sus puntos de vista en la forma que ha estimado pertinente.

El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito.

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de esta ley.

Artículo segundo

Uno. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo tercero

Uno. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.

Dos. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez.

Artículo cuarto

Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio a la instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Artículo quinto

Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo sexto

Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

Protección Civil del honor, de la intimidad y de la propia Imagen

De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen

Artículo séptimo

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta Ley:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Artículo octavo

Uno. No se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

Dos. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Artículo noveno

Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo cincuenta y tres, dos, de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Cuatro. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Cinco. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

“(resnum=08ct=result8cd=18q=DESPROTECCIÓN+DEL+HONOR+Y+LA+HONRA8spell=1)”

1.4 El Valor de la Palabra

Algunas constataciones de la vida real nos permite ubicar el problema jurídico en la realidad social, sin embargo hay una utilización indiscriminada de la palabra, de su mal uso, y otros vicios de lenguaje.

La palabra tiene una importancia trascendental de su capacidad de influir sobre el ser humano, es el poder de la comunicación y desde otro punto de vista es la Capacidad para destruir o para hacer daño, es el poder persuasivo en el bien o en el mal de que dispone la palabra.

Su utilización fuera de control afecta a la persona a su valoración subjetiva y social. No es bueno retener las palabras cuando sea oportuno decir las ni esconder la sabiduría por temor a figurar.

Una palabra buena vale más que el regalo, pero es de sabios saber callar hasta el buen momento, las palabras de los sabios son pesadas rigurosamente.

1.5 El Valor de la Información Social

Los seres Humanos se comunican personalmente pero sobre todo a través de los medios de Comunicación masivos, a tal punto que se ha dicho en el campo de las relaciones políticas lo que no está en la Comunicación de masas no existe.

La comunicación Social ha aumentado la cantidad de mensajes escritos, hablados visuales y consecuentemente las posibilidades de lesión del honor de los individuos y han planteado el derecho a la información que podría entrar en conflicto con el derecho al honor.

En la Sociedad Moderna la palabra y el mensaje masivo se ha convertido en un poder incontenible, los medios de Comunicación coordinan, manejan y dirigen el ejercicio de todos los poderes.

La información es el poder y la democratización de la Comunicación, es concomitante a la democratización Social.

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, de opinión, y libertad de recibir o entregar informaciones sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

CAPITULO II

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE INFORMACIÓN

2.1 Derecho a la Información

Una de las decisiones más importantes de la jurisprudencia alemana es el caso Lebach de 1973, en el mencionado fallo, el Tribunal Constitucional alemán enfrentó el siguiente problema: una cadena televisiva pensaba efectuar una emisión de una película en la cual se informaba sobre el crimen de cuatro soldados ocurrido unos cuantos años antes. Una persona que había sido condenado como cómplice en ese crimen, y que iban a salir libre algunos meses después, consideró que esa película, en la cual se mencionaba su nombre y aparecía su fotografía, desconocía su intimidad y afectaba su proceso de resocialización, por lo que interpuso el recurso judicial.

El tribunal prohibió el programa de televisión pues consideró que en este caso primaban los derechos de la persona ya que se trataba de la repetición de una información de un delito grave, sobre el cual ya no existe un interés actual de información y que la emisión efectivamente podría afectar la resocialización del condenado.

En cambio en Estados Unidos los jueces, han llegado a conclusiones opuestas. Para empezar, en este país se presume que es inconstitucional toda intervención estatal, ya sea administrativa o judicial, que impida la publicación de cualquier información u opinión, por lo cual estas restricciones a la libertad de expresión están excluidas, salvo casos excepcionales relacionados con la seguridad nacional. Es imposible que en Estados Unidos un tribunal prohíba en forma previa una publicación para proteger el derecho a la intimidad o al honor de una persona. Estos conflictos se han resueltos entonces cuando la justicia civil o penal ha tenido que determinar con posterioridad a la publicación, si hubo o no calumnias y difamaciones a fin de establecer las correspondientes penas e indemnizaciones, e incluso sanciones posteriores, la jurisprudencia ha tendido a proteger al máximo la libertad de expresión.

Por ejemplo, en el fallo Sidis de 1940, la Corte Suprema de Nueva York estudió el caso de una persona, Sidis que había sido un niño prodigio en 1910, y había adquirido notoriedad pública, pero quiso abandonar esa fama, por lo cual se retiró a un empleo poco conocido, En 1937 un periódico lo volvió a la mirada pública pues sin su consentimiento, narró su historia y los detalles de la vida actual un poco tortuosa, con lo cual Sidis perdió todos sus esfuerzos por volver al anonimato. El afectado demandó entonces al periódico por difamación, pero perdió el caso por que La Corte Suprema de Nueva York consideró que el interés del público en los problemas de los personajes notorios era legítimo, por lo cual no se podía prohibir la publicación de esa información. El supuesto de la argumentación de ese tribunal era entonces de quien había sido un personaje público, quedaba entonces sujeto a que mucho tiempo después se revelaban detalles, incluso deshonrosos, de su vida privada, con lo cual no solo se establecía la imposibilidad de dejar de ser objeto de las miradas ajenas, sino que prácticamente se daba razón al exagerado aforismo según el cual las personas públicas no tienen vida privada, como contrapartida a que las personas privadas no tienen vida pública

Igualmente en el caso New York Times vs Sullivan de 1964, la Corte Suprema Federal negó que un servidor público pudiera obtener una indemnización por afirmaciones que un medio de información hubiera hecho sobre su conducta oficial, incluso si estas eran inexactas, salvo si probaba, con claridad convincente que la publicación se efectuó con dolo o real mala intención esto agrega en la sentencia con pleno conocimiento de que la información era falsa o con imprudente negligencia sobre su veracidad.

La exigencia probatoria establecida por la Corte Suprema equivale, a una cuasi inmunidad de los medios en estos casos. Luego este Tribunal extendió esta protección de la libertad de expresión en relación con todas las figuras públicas y estableció explícitamente que estas personas no podían tampoco obtener ninguna indemnización por burlas o sátiras que se hicieran en contra de ellas, incluso habiendo mala intención de parte de los caricaturistas.

La Corte Suprema incluso extendió las exigencias probatorias de New York Times vs Sullivan de real mala intención a las publicaciones sobre personas privadas, si se trataba de un asunto de interés público o general.

Como vemos si bien los casos alemanes y estadounidenses no son idénticos, son semejantes en aspectos centrales, y a pesar de ello las soluciones son diferentes:

Así el Tribunal alemán prohíbe en forma previa un libro sobre un personaje voluntariamente público o una emisión en televisión sobre alguien que se vio involucrado en asuntos delictivos sobre los cuales en general se admite que la sociedad tiene derecho a estar informada (en el caso Lebach), por cuanto concluye que ya no hay un interés real que justifique una divulgación informativa que lesiona a los afectados.

En Cambio en Estados Unidos no solo se admite publicaciones y emisiones similares, pues toda acción gubernamental destinada a evitar, en forma previa la emisión de una información o una opinión se presume inconstitucional, sino que para una figura pública resulta incluso muy difícil obtener indemnizaciones por difamación con posterioridad a las publicaciones, ya que las exigencias probatorias sobre mala intención son muy difíciles de cumplir.

En Estados Unidos los jueces tienden a conferir una mayor importancia a la libertad de expresión, incluso a riesgo de afectar la intimidad y el honor de las personas. En cambio en Alemania, la práctica del Tribunal Constitucional parece responder a una tendencia contraria, esto es, a una maximización de la protección de la intimidad y la dignidad de las personas, incluso a riesgo de restringir la libertad de expresión y limitar el derecho a la información más allá de lo que un juez estadounidense consideraría admisible.

En Alemania la jurisprudencia confiere primacía una protección preferente a la intimidad frente a la libertad de expresión, pero esta preferencia no es absoluta, a pesar de que establece que la dignidad y la intimidad que le está asociada, siempre predominan cuando entran en conflicto con otros derechos e intereses constitucionales, lo cierto es que el Tribunal Constitucional alemán ha admitido que estos valores pueden ceder en determinados casos, que no son excepcionales. Para ello el Tribunal ha distinguido entre aquellas situaciones en donde se afecta a la intimidad de una persona por desprecio hacia ella, de aquellas otras en donde está ingerencia no es motivada por una desconsideración o subestimación de la persona humana, sino por razones esenciales para la protección de otros derechos y del propio orden constitucional.

Así la sentencia aclara que frente a un crimen actual, existe un legítimo derecho de la opinión a conocer los hechos, por lo cual en general no puede el delincuente invocar su intimidad para impedir una publicación sobre los acontecimientos, ya que en una democracia debe haber una amplia libertad de prensa para que exista una opinión pública informada.

Como vemos la jurisprudencia alemana no anula la libertad informativa en función de la defensa de la dignidad, la intimidad y el honor de las personas, a pesar de que en principio confiere un mayor peso a estos últimos valores, prevalecía que sin embargo disminuye notablemente en el debate político.

En Estados Unidos la protección preferente a la libertad de expresión no ha implicado tampoco la destrucción de la intimidad y del honor de las personas.

Así la Corte Suprema ha señalado que no todas las expresiones gozan de la misma protección constitucional, ya que esta es la máxima en relación con el debate político, menor en el caso del lenguaje comercial, en donde se admiten mayores restricciones, y no opera para determinados tipos de expresiones, como el lenguaje obsceno, en relación con los problemas privados de personas privadas, la jurisprudencia estadounidense ha sido clara en señalar que no goza de protección constitucional una expresión difamatoria, la publicación de hechos relativos a una persona o grupo de personas y que lesione su reputación y dignidad, ya sea porque se trate de hechos falsos, con lo cual se viola el derecho al honor, o siendo verdaderos puedan constituir una intromisión a su intimidad.

Podríamos concluir que a nivel constitucional no es posible establecer una jerarquía absoluta entre la libertad informativa, la intimidad y el buen nombre, cuando estos derechos entran en tensión, sino que es necesario resolver en concreto el conflicto. A lo sumo pueden establecerse prevalencias: el modelo estadounidense que confiere una prelación a la libertad de expresión; la solución alemana que otorga en principio primacía a la dignidad y a la intimidad y una opción intermedia basada en un equilibrio, sin preferencias previas entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, por lo cual se desarrollan criterios de solución para cada caso, sin otorgar prelación a uno de los dos derechos en tensión.

2.1.1 Ponderación, libertad de expresión y concepciones de democracia:

a) Ponderación, consistencia argumentativa y dogmática sobre libertad de información

Evita que exista una supremacía absoluta de un valor que llegue a anular la fuerza normativa de otros valores concurrentes, pretender evitar la tiranía de un valor determinado.

La ponderación aparece como una técnica inevitable para la resolución de conflictos entre derechos constitucionales, pues precisamente elude el absolutismo axiológico y protege el pluralismo, ya que no consagra jerarquías rígidas entre los derechos concurrentes sino prevalencias condicionadas, que dependen de las particularidades del caso concreto.

A fin de promover la aplicación armónica e integral de los valores constitucionales, la mayoría de los derechos fundamentales se consagraron en disposiciones normativas que tienen una estructura lógica que admite ponderaciones, en efecto más que normas que adopten expresamente las condiciones de hecho en las cuales es obligatoria su aplicación, La Carta consagra estándares de actuación que deben ser aplicadas atendiendo a las condiciones que, circunstancialmente, pueden dar un mayor peso relativo a un derecho sobre otro. Ciertamente, al optar por un sistema de pluralismo valorativo, La Carta adoptó un modelo en el cual las normas iusfundamentales tienen una estructura lógica que exige acudir a la metodología de la ponderación para resolver los eventuales conflictos.

b) Alcance de la libertad de información y conceptos de democracia

Las diferencias entre el Tribunal Constitucional alemán y la Corte Suprema de Estados Unidos en la resolución de los conflictos entre libertad de información e intimidad no debe ser atribuida al capricho hermenéutico de los dos tribunales sino a la existencia de distintas concepciones sobre la democracia y el sentido del constitucionalismo en los dos países.

En Estados Unidos la democracia es más una forma de gobierno íntimamente ligada a la libertad de expresión, a tal punto que en ese país la democracia ha sido muchas veces concebida como un gobierno del pueblo y para el pueblo, en donde los asuntos colectivos deben ser debatidos por la opinión pública y ante la opinión pública.

En síntesis en Estados Unidos la democracia es desde el punto de vista constitucional un proceso de gobierno por los ciudadanos y por el pueblo, por lo cual el control constitucional pretende ante todo asegurar la continuidad del proceso democrático.

En cambio en Alemania la democracia es a nivel constitucional un orden político fundado en la dignidad de la persona, a tal punto que el propio tribunal constitucional ha defendido una visión axiológica de la constitución.

La Democracia debe admitir la existencia de un cierto exceso en la libertad de expresión y de prensa, pues cualquier intento por evitar las extralimitaciones se traducirá en una grave restricción al libre flujo de ideas, opiniones y afirmaciones, que es esencial al proceso democrático y a la búsqueda de la verdad. En cambio las nociones de intimidad, privacidad y dignidad humana no han ocupado históricamente un lugar tan importante en el derecho público estadounidense, a tal punto que la constitución ni siquiera las menciona de manera explícita sino que simplemente garantiza que no se podrá privar a una persona de la libertad sin el debido proceso legal.

c) Los límites del “libre mercado de ideas” la equidad en el flujo informativo.

La resistencia de la jurisprudencia a aceptar como único y más valioso derrotero de la libertad de prensa, la defensa de un libre mercado de ideas, si bien es cierto que la defensa plena de la libertad en el flujo informativo es extremadamente útil para mostrar la primera tarea que compete a la justicia constitucional en esta campo, que consiste en reducir al mínimo las restricciones a la circulación de las informaciones a pesar de las evidentes tensiones de la libertad de expresión con otros derechos y valores constitucionales.

En consecuencia, en una sociedad democrática, el derecho Constitucional no solo tiene como tarea minimizar las restricciones estatales a la circulación de las informaciones (modelo del libre mercado de ideas) sino también debe intentar corregir las asimetrías de poder y buscar una mayor equidad en la participación de las distintas informaciones en el debate público.

Algunas de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema parecen tomar en consideración estas críticas al “libre mercado de ideas” y en consecuencia pretenden abrir una vía propia, bastante interesante, según la cual el flujo informativo debe estar perneado e incluso algunas regulado en virtud del valor de la equidad. En estos términos puede explicarse la defensa de algunos derechos personalísimos del sujeto indefenso sometido al poder de los medios o el intento de asegurar condiciones estructurales que permitan la construcción de un mercado equitativo de las ideas.

d) La jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y la equidad informativa.

La tendencia de la Corte Suprema de ese país es que no pueden la ley ni los jueces buscar una mayor equidad en el mercado de las ideas, por cuanto esa intervención implica una inaceptable restricción a la libertad de expresión.

Es cierto que en otras decisiones, La Corte Suprema ha admitido una mayor ingerencia del legislador, en la búsqueda de una mayor equidad informativa, al menos en los casos de radio y televisión, debido a que el espectro electromagnético es un recurso limitado y por ende la ley puede evitar que este sea copado por determinados actores.

La Corte Suprema declaró la constitucionalidad de una ley, que establecía para los candidatos a cargos federales a un derecho a un “acceso equitativo” a estaciones de radio y televisión. La Corte consideró que esta regulación era válida, pues el derecho de acceso que preveía era limitado, por lo cual no afectaba intensamente la libertad editorial de los medios y en cambio perseguía propósitos importantes: que los candidatos presenten sus puntos de vista y la ciudadanía reciba la información necesaria para que se adelante el proceso democrático. Esta sentencia muestra en onces una Corte Suprema más sensible a los problemas de equidad informativa, en cuanto admite una mayor intervención de la ley, al menos el campo electromagnético; sin embargo el alcance de esta decisión no debe ser exagerado, pues no solo este derecho al “acceso equitativo” de los candidatos no es tan igualitario, ya que los candidatos debían pagar por las emisiones, con lo cual siguen discriminadas las voces de los sectores políticos más pobres, sino que además según los analistas, este reconocimiento de un derecho de acceso a los medios es marginal, de suerte que en la jurisprudencia de Estados Unidos sigue predominando una visión

puramente liberal de la protección a la libertad de expresión, esto es que lo esencial es mantener el “libre mercado de ideas”

Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura. Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa.

Se prohíbe la censura a los funcionarios públicos o funcionarias públicas para dar cuenta todo lo expresado. No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los de los asuntos bajo sus responsabilidades (Artículo 57 de la CRBV).

La comunicación es libre y plural, y comporta los deberes y responsabilidades que indique la ley. Toda persona tiene derecho a la información oportuna, veraz e imparcial, sin censura, de acuerdo con los principios de esta Constitución, así como a la réplica y rectificación cuando se vea afectada directamente por informaciones inexactas o agraviantes. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a recibir información adecuada para su desarrollo integral (Artículo 58 de la CRBV)

La libertad de expresión es una condición sine qua non de la sociedad democrática. La ausencia de garantías suficientes para que los periodistas puedan desempeñarse profesionalmente, en libertad y con independencia, debe considerarse un atentado contra la democracia. Una sociedad que no está informada no es plenamente libre. La ausencia de una comunicación libre y plural, de espacios donde puedan expresarse libremente todas las voces -sin distinción de raza, sexo, religión, condición social u opinión política-, representa un serio riesgo para la consolidación de una sociedad democrática.

El derecho a la información es un derecho subjetivo, el derecho a informar y ha estar informado, el derecho a expresar ideas y recibirlas, este derecho ha sufrido una especial transformación con el desarrollo de la Sociedad.

Es considerado un derecho natural de la persona humana que coincide con su libertad y su entidad de derecho básico indiscutible.

Desde sus orígenes este derecho existe como garantía del ser humano por el mero y trascendental hecho de ser hombre.

El Derecho Subjetivo a la información tiene dos caras: derecho a informar y derecho a ser informado. Aunque el derecho a informar ha venido restringiéndose al periodismo, es imprescindible al ser humano, poder decir, poder expresar, poder comunicar, poder hacer llegar a otros sus ideas, opiniones y transmitir hechos, acontecimientos y pensamientos.

La libertad de expresión hace referencia a la exposición libre y responsable del pensamiento porque cada cual está obligado a responder por sus actos; incluso aquellos que puedan dañar a terceros.

Vásquez de Prada señala que el individuo debe tener una esfera de derechos particulares, imperativamente individuales, lo que no significa que su titular sea señor absoluto de los mismos en contra de la sociedad, es posible reconocer a uno y a otro sus correspondientes derechos. Aquí los derechos sociales lo son también del hombre, los derechos del hombre lo son también de la sociedad.

La finalidad esencial del periodismo es proporcionar organizadamente información al público acerca de los sucesos de la actualidad.

Así el ciudadano podrá conocer mejor las oportunidades, peligros, opciones que pueden determinar su participación en los sucesos de toma de decisión correspondiente y su contacto con otros hombres y en general todo lo que les permite situarse mejor ante sus semejantes y llegar a su más plena realización.

El Derecho a la información es el fundamento que asegura la libre elección de ideas necesarias a una verdadera libertad de pensamiento.

“Anuario de Derecho Constitucional” (Botero Marino Catalina, Jaramillo Juan Fernando, Uprimny Yépez Rodrigo)

2.2 Libertad de Expresión en los Estados Democráticos

La prensa y los medios de comunicación han sido, durante largos decenios, en el marco democrático, un recurso de los ciudadanos contra el abuso de los poderes. En efecto, los tres poderes tradicionales —legislativo, ejecutivo y judicial— pueden fallar, confundirse y cometer errores.

Mucho más frecuentemente, por supuesto, en los Estados autoritarios y dictatoriales, donde el poder político es el principal responsable de todas las violaciones a los derechos humanos y de todas las censuras contra las libertades.

Pero en los países democráticos también pueden cometerse graves abusos, aunque las leyes sean votadas democráticamente, los gobiernos surjan del sufragio universal y la justicia —en teoría— sea independiente del ejecutivo. Puede ocurrir, por ejemplo, que esta condene a un inocente (¡cómo olvidar el caso Dreyfus en Francia!); que el Parlamento vote leyes discriminatorias para ciertos sectores de la población (como ha sucedido en Estados Unidos, durante más de un siglo, respecto de los afro estadounidenses, y sucede actualmente respecto de los oriundos de países musulmanes, en virtud de la «Patriot Act»); que los gobiernos implementen políticas cuyas consecuencias resultarán funestas para todo un sector de la sociedad (como sucede, en la actualidad, en numerosos países europeos, respecto de los inmigrantes «indocumentados»).

En un contexto democrático semejante, los periodistas y los medios de comunicación a menudo han considerado un deber prioritario denunciar dichas violaciones a los derechos. A veces, lo han pagado muy caro: atentados, «desapariciones», asesinatos, como aún ocurre en Colombia, Guatemala, Turquía, Pakistán, Filipinas, y en otros lugares. Por esta razón durante mucho tiempo se ha hablado del «cuarto poder». Ese «cuarto poder» era, en definitiva, gracias al sentido cívico de los medios de comunicación y al coraje de valientes periodistas, aquel del que disponían los ciudadanos para criticar, rechazar, enfrentar, democráticamente, decisiones ilegales que pudieran ser inicuas, injustas, e incluso criminales contra personas inocentes. Era, como se ha dicho a menudo, la voz de los sin-voz.

Desde hace una quincena de años, a medida que se aceleraba la mundialización liberal, este «cuarto poder» fue vaciándose de sentido, perdiendo poco a poco su función esencial de contrapoder. Esta evidencia se impone al estudiar de cerca el funcionamiento de la globalización, al observar cómo llegó a su auge un nuevo tipo de capitalismo, ya no simplemente industrial sino predominantemente financiero, en suma, un capitalismo de la especulación. En esta etapa de la mundialización, asistimos a un brutal enfrentamiento entre el mercado y el Estado, el sector privado y los servicios públicos, el individuo y la sociedad, lo íntimo y lo colectivo, el egoísmo y la solidaridad.

El verdadero poder es actualmente detentado por un conjunto de grupos económicos planetarios y de empresas globales cuyo peso en los negocios del mundo resulta a veces más importante que el de los gobiernos y los Estados. Ellos son los «nuevos amos del mundo» que se reúnen cada año en Davos, en el marco del Foro Económico Mundial, e inspiran las políticas de la gran Trinidad globalizadora: Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio.

Es en este marco geoeconómico donde se ha producido una metamorfosis decisiva en el campo de los medios de comunicación masiva, en el corazón mismo de su textura industrial.

Los medios masivos de comunicación (emisoras de radio, prensa escrita, canales de televisión, Internet) tienden cada vez más a agruparse en el seno de inmensas estructuras para conformar grupos mediáticos con vocación mundial. Empresas gigantes como News Corps, Viacom, AOL Time Warner, General Electric, Microsoft, Bertelsmann, United Global Com, Disney, Telefónica, RTL Group, France Telecom, etcétera, tienen ahora nuevas posibilidades de expansión debido a los cambios tecnológicos. La «revolución digital» ha derribado las fronteras que antes separaban las tres formas tradicionales de la comunicación: sonido, escritura, imagen. Permitted el surgimiento y el auge de Internet, que representa una cuarta manera de comunicar, una nueva forma de expresarse, de informarse, de distraerse.

Desde entonces, las empresas mediáticas se ven tentadas de conformar «grupos» para reunir en su seno a todos los medios de comunicación tradicionales (prensa, radio, televisión), pero además a todas las actividades de lo que podríamos denominar los sectores de la cultura de masas, de la comunicación y la información. Estas tres esferas antes eran autónomas: por un lado, la cultura de masas con su lógica comercial, sus creaciones populares, sus objetivos esencialmente mercantiles; por el otro, la comunicación, en el sentido publicitario, el *marketing*, la propaganda, la retórica de la persuasión; y finalmente, la información con sus agencias de noticias, los boletines de radio o televisión, la prensa, los canales de información continua, en suma, el universo de todos los periodismos.

Estas tres esferas, antes tan diferentes, se imbricaron poco a poco para constituir una sola y única esfera ciclópea en cuyo seno resulta cada vez más difícil distinguir las actividades concernientes a la cultura de masas, la comunicación o la información (1).

Por añadidura, estas empresas mediáticas gigantes, estos productores encadena de símbolos multiplican la difusión de mensajes de todo tipo, donde se entremezclan televisión, dibujos animados, cine, videojuegos, CD musicales, DVD, edición, ciudades temáticas estilo Disneylandia, espectáculos deportivos, etcétera.

En otras palabras, los grupos mediáticos poseen de ahora en adelante dos nuevas características: primeramente, se ocupan de todo lo concerniente a la escritura, de todo lo concerniente a la imagen, de todo lo concerniente al sonido, y difunden esto mediante los canales más diversos (prensa escrita, radio, televisión hertziana, por cable o satelital, vía Internet y a través de todo tipo de redes digitales). Segunda característica: estos grupos son mundiales, planetarios, globales, y no solamente nacionales o locales.

En 1940, en una célebre película, Orson Welles arremetía contra él «superpoder» de Citizen Kane (en realidad, el magnate de la prensa de comienzos del siglo XX, William Randolph Hearst). Sin embargo, comparado con el de los grandes grupos mundiales de hoy, el poder de Kane era insignificante. Propietario de algunos periódicos en un solo país, Kane disponía de un poder ínfimo (sin por ello carecer de eficacia a nivel local o nacional en comparación con los archipoderes de los megagrupos mediáticos de nuestro tiempo).

Estas megas empresas contemporáneas, mediante mecanismos de concentración, se apoderan de los sectores mediáticos más diversos en numerosos países, en todos los continentes, y se convierten de esta manera, por su peso económico y su importancia ideológica, en los principales actores de la mundialización liberal. Al haberse convertido la comunicación (extendida a la informática, la electrónica y la telefonía) en la industria pesada de nuestro tiempo, estos grandes grupos pretenden ampliar su dimensión a través de incesantes adquisiciones y presionan a los gobiernos para que anulen las leyes que limitan las concentraciones o impiden la constitución de monopolios o duopolios.

La mundialización es también la mundialización de los medios de comunicación masiva, de la comunicación y de la información. Preocupados sobre todo por la preservación de su gigantismo, que los obliga a cortejar a los otros poderes, estos grandes grupos ya no se proponen, como objetivo cívico, ser un «cuarto poder» ni denunciar los abusos contra el derecho, ni corregir las disfunciones de la democracia para pulir y perfeccionar el sistema político. Tampoco desean ya erigirse en «cuarto poder» y, menos aún, actuar como un contrapoder.

Si, llegado el caso, constituyeran un «cuarto poder», este se sumaría a los demás poderes existentes —político y económico— para aplastar a su turno, como poder suplementario, como poder mediático, a los ciudadanos.

La cuestión cívica que se nos plantea de ahora en adelante es la siguiente: ¿cómo reaccionar? ¿Cómo defenderse? ¿Cómo resistir a la ofensiva de este nuevo poder que, de alguna manera, ha traicionado a los ciudadanos y se ha pasado con todos sus bártulos al enemigo?

Es necesario, simplemente, crear un «quinto poder». Un «quinto poder» que nos permita oponer una fuerza cívica ciudadana a la nueva coalición dominante. Un «quinto poder» cuya función sería denunciar el superpoder de los medios de comunicación, de los grandes grupos mediáticos, cómplices y difusores de la globalización liberal. Esos medios de comunicación que, en determinadas circunstancias, no solo dejan de defender a los ciudadanos, sino que a veces actúan en contra del pueblo en su conjunto. Tal como lo comprobamos en Venezuela en este país latinoamericano donde la oposición política fue derrotada en 1998 en elecciones libres, plurales y democráticas, los principales grupos de prensa, radio y televisión han desatado una verdadera guerra mediática contra la legitimidad del presidente Hugo Chávez (4). Mientras que este y su gobierno se mantienen respetuosos al marco democrático, los medios de comunicación, en manos de un puñado de privilegiados, continúan utilizando toda la artillería de las manipulaciones, las mentiras y el lavado de cerebro para tratar de intoxicar la mente de la gente (5). En esta guerra ideológica, han abandonado por completo la función de «cuarto poder»; pretenden desesperadamente defender los privilegios de una casta y se oponen a toda reforma social y a toda distribución un poco más justa de la inmensa riqueza nacional.

El caso venezolano es paradigmático de la nueva situación internacional en la cual grupos mediáticos enfurecidos asumen abiertamente su nueva función de perros guardianes del orden económico establecido, y su nuevo estatuto de poder antipopular y anticiudadano.

Estos grandes grupos no solo se asumen como poder mediático, constituyen sobre todo el brazo ideológico de la mundialización, y su función es contener las reivindicaciones populares que tratan de adueñarse del poder político (como logró hacerlo, democráticamente, en Italia, Silvio Berlusconi, dueño del principal grupo de comunicación trasalpino).

La «guerra sucia mediática» librada en Venezuela contra el presidente Hugo Chávez es la réplica exacta de lo que hizo, de 1970 a 1973, el periódico *El Mercurio* (6) en Chile contra el gobierno democrático del presidente Salvador Allende, hasta empujar a los militares al golpe de Estado. Campañas semejantes, donde los medios de comunicación pretenden destruir la democracia, podrían reproducirse mañana en Ecuador, Brasil o Argentina contra toda reforma legal que intente modificar la jerarquía social y la desigualdad de la riqueza. Al poder de la oligarquía tradicional y al de los típicos reaccionarios, se suman actualmente los poderes mediáticos. Juntos — ¡y en nombre de la libertad de expresión!— atacan los programas que defienden los intereses de la mayoría de la población. Tal es la fachada mediática de la globalización. Revela de la forma más clara, más evidente y más caricaturesca la ideología de la mundialización liberal.

Medios de comunicación masiva y mundialización liberal están íntimamente ligados. Por eso, es urgente desarrollar una reflexión sobre la manera en que los ciudadanos pueden exigir a los grandes medios de comunicación mayor ética, verdad, respeto a una deontología que permita a los periodistas actuar en función de su conciencia y no en función de los intereses de los grupos, las empresas y los patrones que los emplean.

En la nueva guerra ideológica que impone la mundialización, los medios de comunicación son utilizados como un arma de combate. La información, debido a su explosión, su multiplicación, su sobreabundancia, se encuentra literalmente contaminada, envenenada por todo tipo de mentiras, por los rumores, las deformaciones, las distorsiones, las manipulaciones.

Se produce en este campo lo ocurrido con la alimentación. Durante mucho tiempo, el alimento fue escaso y aún lo es en numerosos lugares del mundo. Pero cuando gracias a las revoluciones agrícolas los campos comenzaron a producir en sobreabundancia, particularmente en los países de Europa occidental o de América del Norte, se observó que numerosos alimentos estaban contaminados, envenenados por pesticidas, que provocaban enfermedades, causaban infecciones, generaban cánceres y todo tipo de problemas de salud, llegando incluso a producir pánico en las masas como el mal de la «vaca loca». En suma, antes uno podía morir de hambre, ahora uno puede morir por haber comido alimentos contaminados...

Con la información, sucede lo mismo. Históricamente, ha sido muy escasa. Incluso actualmente, en los países dictatoriales, no existe información fiable, completa, de calidad. En cambio, en los Estados democráticos, desborda por todas partes. Nos asfixia. Empédocles decía que el mundo estaba constituido por la combinación de cuatro elementos: aire, agua, tierra, fuego. La información se ha vuelto tan abundante que constituye, de alguna manera, el quinto elemento de nuestro mundo globalizado.

Pero al mismo tiempo, uno comprueba que, al igual que el alimento, la información está contaminada. Nos envenena la mente, nos contamina el cerebro, nos manipula, nos intoxica, intenta instilar en nuestro inconsciente ideas que no son las nuestras. Por eso, es necesario elaborar lo que podría denominarse una «ecología de la información». Con el fin de limpiar, separar la información de la «marea negra» de las mentiras, cuya magnitud ha podido medirse, una vez más, durante la reciente invasión a Iraq (7). Es necesario descontaminar la información. Así como han podido obtenerse alimentos «bio», *a priori* menos contaminados que los demás, debería obtenerse una suerte de información «bio». Los ciudadanos deben movilizarse para exigir que los medios de comunicación pertenecientes a los grandes grupos globales respeten la verdad, porque solo la búsqueda de la verdad constituye en definitiva la legitimidad de la información.

Por eso, hemos propuesto la creación del Observatorio Internacional de Medios de Comunicación (en inglés: Media Watch Global). Para disponer finalmente de un arma cívica, pacífica, que los ciudadanos podrán utilizar con el fin de oponerse al nuevo superpoder de los grandes medios de comunicación masiva.

Este observatorio es una expresión del movimiento social planetario reunido en Porto Alegre (Brasil). En plena ofensiva de la globalización liberal, expresa la preocupación de todos los ciudadanos ante la nueva arrogancia de las industrias gigantes de la comunicación.

Los grandes medios de comunicación privilegian sus intereses particulares en detrimento del interés general y confunden su propia libertad con la libertad de empresa, considerada la primera de las libertades. Pero la libertad de empresa no puede, en ningún caso, prevalecer sobre el derecho de los ciudadanos a una información rigurosa y verificada ni servir de pretexto a la difusión consciente de informaciones falsas o difamaciones.

La libertad de los medios de comunicación es solo la extensión de la libertad colectiva de expresión, fundamento de la democracia. Como tal, no puede ser confiscada por un grupo de poderosos. Implica, por añadidura, una «responsabilidad social» y, en consecuencia, su ejercicio debe estar, en última instancia, bajo el control responsable de la sociedad. Es esta convicción la que nos ha llevado a proponer la creación del Observatorio Internacional de Medios de Comunicación, Media Watch Global. Porque los medios de comunicación son actualmente el único poder sin contrapoder, y se genera así un desequilibrio perjudicial para la democracia.

La fuerza de esta asociación es ante todo moral: reprende basándose en la ética y sanciona las faltas de honestidad mediática a través de informes y estudios que elabora, publica y difunde.

El Observatorio Internacional de Medios de Comunicación constituye un contrapeso indispensable para el exceso de poder de los grandes grupos mediáticos que imponen, en materia de información, una sola lógica —la del mercado— y una única ideología, el pensamiento neoliberal. Esta asociación internacional desea ejercer una responsabilidad colectiva, en nombre del interés superior de la sociedad y del derecho de los ciudadanos a estar bien informados. Al respecto, considera de una importancia primordial los desafíos de la próxima Cumbre Mundial sobre la Información que tendrá lugar en diciembre próximo, en Ginebra (8). Propone además prevenir a la sociedad contra las manipulaciones mediáticas que, como epidemias, se han multiplicado estos últimos años.

El Observatorio reúne tres tipos de miembros, que disponen de idénticos derechos: 1) periodistas profesionales u ocasionales, en actividad o jubilados, de todos los medios de comunicación, centrales o alternativos;

2) universitarios e investigadores de todas las disciplinas, y particularmente especialistas en medios de comunicación, porque la Universidad, en el contexto actual, es uno de los pocos lugares parcialmente protegidos contra las ambiciones totalitarias del mercado; 3) usuarios de los medios de comunicación, ciudadanos comunes y personalidades reconocidas por su estatura moral...

Los sistemas actuales de regulación de los medios de comunicación son en todas partes insatisfactorios. Al ser la información un bien común, su calidad no podría estar garantizada por organizaciones integradas exclusivamente por periodistas, a menudo vinculados a intereses corporativos. Los códigos deontológicos de cada empresa mediática —cuando existen— se revelan a menudo poco aptos para sancionar y corregir los desvíos, los ocultamientos y las censuras. Es indispensable que la deontología y la ética de la información sean definidas y defendidas por una instancia imparcial, creíble, independiente y objetiva, en cuyo seno los universitarios tengan un papel decisivo.

La función de los «ombudsmen» o mediadores, que fue útil en los años 1980 y 1990, está actualmente mercantilizada, desvalorizada y degradada. Es a menudo un instrumento de las empresas, responde a imperativos de imagen y constituye una coartada barata para reforzar artificialmente la credibilidad de los medios.

Uno de los derechos más preciados del ser humano es el de comunicar libremente su pensamiento y sus opiniones. Ninguna ley debe restringir arbitrariamente la libertad de expresión o de prensa. Pero las empresas mediáticas no pueden ejercerla sino bajo la condición de no infringir otros derechos tan sagrados como el de que todo ciudadano pueda acceder a una información no contaminada. Al abrigo de la libertad de expresión, las empresas mediáticas no deben poder difundir informaciones falsas, ni realizar campañas de propaganda ideológica, u otras manipulaciones.

El Observatorio Internacional de Medios de Comunicación considera que la libertad absoluta de los medios de comunicación, reclamada a viva voz por los dueños de los grandes grupos de comunicación mundiales, no podría ejercerse a costa de la libertad de todos los ciudadanos. Estos grandes grupos deben saber de ahora en adelante que acaba de nacer un contrapoder, con la vocación de reunir a todos aquellos que se reconocen en el movimiento social planetario y que luchan contra la confiscación del derecho de expresión.

Periodistas, universitarios, militantes de asociaciones, lectores de diarios, oyentes de radios, telespectadores, usuarios de Internet, todos se unen para forjar un arma colectiva de debate y de acción democrática. Los globalizadores habían declarado que el siglo XXI sería el de las empresas globales; la asociación Media Watch Global afirma que será el siglo en el que la comunicación y la información pertenecerán finalmente a todos los ciudadanos.

“TAD+DE+EXPRESIÓN+EN+LOS+ESTADOS+DEMOCRÁTICOS&hl=es&um=180i=scholart”

“<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/jiribilla/D/2003/n127-01.html>”

2.3 Libertad de Expresión en el siglo XXI

De niños aprendimos que el poder emanaba de la violencia, el banquero a su vez simbolizaba el poder del dinero, un personaje decadente y avaro.

La violencia, el dinero, y la cultura fueron siempre las tres fuentes más importantes del poder.

En nuestros días la riqueza se transformó de material a intangible, lo que cuenta no son los edificios o las maquinas de una compañía sino los contactos y el poder de su equipo de marketing, la capacidad de organización y sus ideas aplicadas.

El capital está pasando a ser súper simbólico, el conocimiento es el recurso más importante de todos, los nuevos conocimientos llevan a la creación de materiales y productos nuevos.

En este contexto vivimos en la era de los medios de comunicación, del bombardeo de imágenes, símbolos y hechos, sin embargo cada vez es más difícil saber lo que sucede en la realidad.

La Democracia se sustenta en las redes de información, la sociedad de la información ha logrado una versión intencionada de la realidad, una censura más o menos camuflada.

En las Crisis políticas las técnicas informativas del poder se vuelven más sofisticadas, la táctica del secreto es quizá la más difundida de todas las infotácticas. Hoy el gobierno estadounidense tiene unos veinte millones de documentos secretos al año.

Algunos se guardan, otros secretos se filtran, la táctica de la necesidad del saber por medio de la cual los datos, las informaciones y el conocimiento se separan por categorías y se guardan celosamente lejos del alcance de todo el mundo, salvo para unos pocos receptores específicos con una comprobada necesidad del saber, infinitas variedades de engaños, la Táctica de la omisión, la táctica de la generalidad, la táctica del momento oportuno, la táctica de la gran mentira, todas estas técnicas que son usadas para adulterar los mensajes que fluyen por las oficinas gubernamentales, convierten la libertad de información en un juego de niños.

La Revolución informática hace posible moderar varios problemas sociales, desde el desempleo hasta crecientes peligros medioambientales y de salud. La política hoy es cuestión de poder, no de verdad. Las decisiones no se basan en hallazgos objetivos o profundos sino en la pugna entre fuerzas, cada una de las cuales persigue lo conveniente a sus intereses.

Todo este cambio tecnológico gira alrededor de los cambios de poder. El control del poder político, el control económico y social, hoy el control informacional se confrontan permanentemente con el derecho y la libertad natural para informar y recibir información, para opinar y recibir la opinión de los demás.

“/www.google.com.ec/search?hl=es&q=libertad+de+expresión+en+el+siglo+XXI&meta=”

2.4 Libertad de Expresión y Derecho al Honor

El Derecho a la información puede entra en conflicto con el derecho a la honra, especialmente cuando se aprovecha de un medio masivo para criticar, para difamar o calumniar, la libertad de expresión entra en conflicto con la honra, la dignidad y el créditos humanos.

Podría ser el abuso en el ejercicio profesional, el que permita la difusión de mensajes atentatorios al buen nombre, o reputación de una persona.

De hecho, varias formas periodísticas permiten estos ataques: la violación de la intimidad, la injuria, la difamación, la crónica roja. El abuso de la función informativa puede darse por objetivos sensacionalistas, subjetivos, intencionales o de conocimiento.

Otro elemento de la información es la veracidad y quien atenta contra elle cruza la línea hacia el abuso profesional. La veracidad es la primera medida de la libertad de expresión.

En la información social prevalece con frecuencia el deseo de descubrir o desenmascarar lo incorrecto. Se entiende que el poder económico o político es fuente de malversación o aprovechamiento particular de los valores o bienes del Estado.

El periodismo investigativo se caracteriza precisamente por esta predisposición a descubrir lo oculto, lo secreto, lo encubierto.

Esto implica que estamos frente a un bien público que es la información, un bien público especial que fundamenta el control social sobre el ejercicio del poder y la transparencia en la administración de la cosa pública.

Entere estos dos derechos confluyen entre sí un principio fundamental de la información se sustenta en que las ideas, hechos, opiniones susceptibles de informarse son aquellos que se adecuan al derecho a la honra. Es el mismo problema de la relación verdad.-información, la información de hechos no verificados no es información en esencia. Igual ocurre con la honra solo la información de ideas, hechos y opiniones en lo que integra el derecho a la honra puede recabar el nombre de información, la verdadera es respetuosa del honor, la honra y la reputación ajenas.

Un derecho como la libertad de información no puede empañarse afectando los derechos inalienables de una persona, de hacerlo promedia un delito

Constituye esto una advertencia a los medios de noticias para que confirmen la verdad de los hechos y los valores que se persiguen en el funcionario o entidad pública, existan también en la información. El derecho al honor constituye un valor humano y social de mucha significación, tanto que se ponen en juego valores subjetivos sociales y aun económicos o profesionales.

“[google.com.ec/search?hl=es&q=libertad+de+expresión+y+derecho+al+honor& meta=](https://www.google.com.ec/search?hl=es&q=libertad+de+expresión+y+derecho+al+honor&meta=)”

2.5 El Derecho al honor y a la expresión como Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art. 12 y 19 establecen estos dos derechos respecto al derecho al honor y a la libertad de expresión y opinión. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, ni de ataques a su honra, ni a su reputación y todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión.

El art. 1 de la ley fundamental de la República Federal Alemana expresa: la dignidad de la persona humana es sagrada, todos los agentes del poder público tienen la obligación absoluta de respetarla y de protegerla.

El pueblo alemán reconoce la existencia de derechos humanos inviolables e inalienables como base de toda comunidad humana de la paz y de la justicia en el mundo.

El ser humano es único, un conjunto de capacidades físicas, intelectuales, racionales, afectivas y axiológicas.

Es un sujeto, su calidad humana debe ser apreciada por todos; el ser humano porta en sí un rango especial que le confiere una dignidad a la cual todos deben respeto.

La protección de las condiciones sociales y humanas que le permitan su desenvolvimiento vital constituye el fundamento de los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos se clasifican: sustantivos e instrumentales.

Sustantivos: derecho al honor, a la vida, derecho a la libertad son considerados derechos sustantivos.

Instrumentales: derecho a la información, el derecho a la vida privada, se incluyen en el campo de los derechos del hombre.

El derecho al honor debe ser cada vez una mayor preocupación de los defensores de los Derechos Humanos.

El derecho al honor violado persistentemente en nombre de la libertad de información nos parece no solo un elemento subjetivo personal ha defender sino el fundamento de una nueva vida en colectividad, esto es causa de desequilibrio social; no solo un atentado al derecho personal.

Una nueva corriente de valores humanos inaugura el siglo XXI los valores tradicionales en crisis dan paso a formas superiores de entender el mundo y la vida. La solidaridad asume mil formas renovadas de expresión en los derechos humanos, en la salud, en el desarrollo, en la educación, en la expresión, en la democracia real, en la cultura, ecología y en los derechos de la mujer.

La fuerza más importante que tiene el mundo es la gente, el desarrollo, el bienestar, y el éxito en la vida, dependen de la relación con los demás, en el centro de la relación humana se halla el respeto y la valoración del honor, la honra, la reputación y el buen nombre de las personas de cuyo respeto nacen otros valores y derechos fundamentales de la sociedad.

Dos valores universales de un solo titular: el hombre del siglo XXI

La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

El desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la Humanidad, y 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;

Es esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

También es esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones;

Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los Derechos Fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad;

Los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los Derechos y Libertades Fundamentales del hombre, y que una concepción común de estos Derechos y Libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso.

2.5.1 La Asamblea General Proclama:

La presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos Derechos y Libertades.

Y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2.1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

–2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónoma o sometida a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3.– Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4.– Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5.– Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6.– Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7.– Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8.– Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.

Artículo 9.– Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, ni preso, ni desterrado.

Artículo 10.– Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11.–1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

–2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12.– Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13.–1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

–2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 14.–1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

–2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15.–1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

–2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16.–1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

–2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

–3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17.–1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.

–2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18.– Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19.– 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 informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20.–1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.

–2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21.–1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

–2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

–3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22.– Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23.–1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

–2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

–3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.

–4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24.– Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25.–1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

–2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26.–1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental.

La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

–2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

–3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

Artículo 27.–1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

–2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28.– Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29.–1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.

–2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

–3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30.– Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

“Fuente Alex, Editorial Jurídico Convención contra la tortura y otros tratados, penas crueles, inhumanas o degradantes.”

CAPITULO III

EL DELITO

3.1 El Delito: Noción Formal Y Noción Real

El delito puede definirse en sentido formal (jurídico-dogmático) y en sentido real (ético-histórico).

En la primera acepción se llama delito toda acción legalmente punible.

En el segundo significado, delito es toda acción que ofende gravemente el orden ético-jurídico y por esto merece aquella grave sanción que es la pena. En otros términos; delito es un mal que debe ser retribuido con otro mal, para la reintegración del orden ético-jurídico ofendido.

Decir que el delito es un hecho castigado equivale a decir: el delito es el delito, sin avanzar un paso. Es la rueda de Ixión, que empujada hacia delante, retrocede rodando por el plano inclinado. Por lo tanto es indispensable saber que caracteres debe tener una acción para ser acriminada. Y esta necesidad urge al legislador cuando crea nuevas figuras del delito o está para abolir acriminaciones antiguas, y se le presenta al jurista cuando tiene que decidir si una trasgresión constituye delito o un ilícito extrapenal. A veces, en efecto, después de haber ensayado en vano todos los diagnósticos (la sanción, la conmutabilidad, la naturaleza del órgano judicial, la forma procesal, etc.) se ve obligado a examinar, como última ratio, la calidad intrínseca del hecho acriminado. Por otra parte, el jurista, si lo es verdaderamente, no puede dejar al legislador sin guía, a merced de su arbitrio, cuando se trata de dictar normas punitivas. Sería ridículo que lo remitiera al profesor de moral o de sociología para que este le enseñara que es una estulticia castigar los sueños o los pecados de pensamiento, los animales o las cosas, y que es una iniquidad declarar responsables al loco y al niño, o llamar a los hijos para que respondan de las culpas de sus padres. Condenar al jurista a semejante agnosticismo, a esta especie de impotencia mental, sería arrebatarse al derecho su misión civilizadora, reducirlo a algo más ridículo que un juego infantil.

Aquí hay dos caminos a remitirse a la historia, o subir hasta la razón abstracta; o contentarse con un criterio relativo, o apoyarse en un principio absoluto.

En el primer sentido, delito es toda acción que la conciencia ética de un pueblo considera merecedora de pena, en determinado momento histórico.

Esta noción, basada en el relativismo histórico, lleva consigo el testimonio de la experiencia. En realidad esta nos enseña que la moral cambia con los tiempos y los lugares, y que es imposible hacer una lista, con valor absoluto de los hechos acriminados y acriminables. Pero el relativismo histórico conduce al escepticismo moral. Quien dice moral, dice necesidad de un sumo criterio de valoración, que sirva para discernir el bien y el mal, lo justo y lo injusto. Al concebir la conciencia ética en términos de transformación absoluta, se cae en la indiferencia absoluta: todo será bueno o todo será malo, según el punto de vista de quien juzga. Este sistema justifica las iniquidades y aberraciones más atroces. Falaris, Nerón, Torquemada, quedan así rehabilitados. Y Así volvemos al punto de partida, sin tener ningún criterio normativo para distinguir lo que es delictuoso y lo que no lo es.

Entonces sin negar la influencia del elemento histórico en la determinación ontológica del delito es preciso buscar un criterio absoluto de valoración. Esto supone salir del campo de lo positivo y de la experiencia, para entrar en el de la idealidad y la razón. En otras palabras en el solo terreno del ser y de las transformaciones históricas, es imposible encontrar un criterio sustancial para identificar el delito; hay que elevarse a la región del deber ser, es decir, a la de los valores ideales.

3.1.1 Especies de delitos:

El delito es un concepto genérico; divisible en especies o categorías subordinadas. Los criterios para clasificar son diversos:

- Según la gravedad, tenemos delitos y contravenciones
- Según la intención, hay delitos con intención o dolosos, más allá de la intención o preterintencionales, y contra la intención o culposos.
- Según el efecto, hay delitos simples y complejos, formales y materiales, de lesión y de peligro.
- Según la duración, hay delitos instantáneos, continuados y permanentes.
- Según el objeto, los delitos son contra la cosa pública o contra las personas privadas, políticos o no políticos.
- Según los sujetos, tenemos delitos individuales y colectivos, comunes y especiales, ocasionales y habituales.
- Según la procedibilidad, los delitos serán de acción pública o de acción privada.

Delitos y Contravenciones: En general sus soluciones obedecen a dos sistemas típicos: el cualitativo, que sitúa el criterio distintivo en la naturaleza jurídica particular de estas dos clases de infracciones, y el cuantitativo, que negando toda diferencia jurídica intrínseca se apoya en el criterio de la gravedad y clases de las penas.

El sistema cuantitativo si por una parte es muy empírico, por otra ofrece un fundamento más sólido y menos equívoco para la distinción. Basta mirar la calidad de la pena, para decidir si nos hallamos frente a un delito o una contravención; así lo hacía el Código sardo, que distinguía las violaciones de la ley en delitos y contravenciones, según importarán penas criminales, correccionales o de policía.

Delitos dolosos, preterintencionados y culposos.

Según las palabras de la ley, según la intención, mas allá de la intención y contra la intención.

Delito tipo y delito circunstanciado

Delito tipo es el que se presenta en su puro modelo legal, sin más característica que los essentialia de licti. Tal es por ejemplo el homicidio descrito en el Art. 575 (homicidio simple).

En cambio delito circunstanciado es el que además de constar de elementos esenciales, se presenta acompañado de circunstancias, es decir, de los accidentalia delicti. Tal es el homicidio en las varias formas descritas en los Art. 576 y 577.

Delitos simples, complejos y progresivos.

Delito simple es aquel que coincide el momento ejecutivo y el momento consumativo (que se realiza en un solo acto). Tales son: la injuria verbal, el falso testimonio, etc.

Delito completo: es aquel cuya acción consta de varios actos en que puede descomponerse (peculado, hurto, estafa, corrupción de menores, etc.).

Delito complejo: es aquel que son varios los hechos y varias las violaciones, de modo que habría varios delitos; pero la ley los considera como elementos constitutivos o circunstancias agravantes de un solo delito (art. 84).

(por ejemplo homicidio con fin de robo, incendio con objeto de homicidio, hurto con daño sobre las cosas, estupro violento, etc.).

En el delito complejo un delito es el elemento constitutivo o circunstancia agravante de otro, mientras en el delito progresivo el delito menor se transforma en un delito mayor, de manera que aquel pueda considerarse como contenido en este, el delito progresivo supone una actividad criminal que se desarrolla pasando de forma menos graves a formas más graves. Caso típico es el paso de las injurias a las amenazas, de las amenazas a las lesiones, de estas al homicidio. Lo mismo debe decirse del paso del hurto al robo con violencia sobre las personas, del desafío al duelo, del abuso de la credulidad popular a la estafa, etc.

Delitos formales y materiales: Delito material es el que no se consuma sino al verificarse el resultado material (por ejemplo la muerte en el homicidio; el apoderarse de una cosa y desapoderarse de ella a su propietario, en el hurto; el acoplamiento en la violencia carnal.

Delito Formal: Es el que se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado así la calumnia, la difamación, la injuria, se consuman independientemente del hecho de que se consiga el efecto calumnioso o difamatorio).

Delito instantáneo, permanente y continuado: Se llama instantáneo cuando la acción se extingue en un solo momento, es decir cuando coincide con la consumación.

El delito es permanente cuando cuyo proceso ejecutivo, y por lo tanto su estado antijurídico, perdura en el tiempo. No es que se prolongue, como erróneamente se dice, más allá de la consumación, sino que continúa consumándose indefinidamente mientras dure el estado de ilicitud.

El delito es continuado cuando hay pluralidad de acciones y de violaciones, cada una de las cuales tiene todas las características de un delito perfecto, y sería un delito distinto, si la ley no la ligase a las otras con el vínculo de la intención común.

Delitos Habituales: No existe un solo hecho antijurídico cuya consumación se prolongue en el tiempo, sino varias acciones u omisiones reiteradas, que por sí solas serían penalmente indiferentes, pero que ligadas por sí solas serían penalmente indiferentes, pero que ligadas por el vínculo de la habitualidad (o profesionalidad), se hacen punibles, como índices de peligrosidad criminal.

Delitos de acción y de omisión: Delitos de acción son los que se consuman haciendo algo; delitos de omisión, los que se consuman no haciendo algo.

En los primeros el elemento querido por el agente se realiza merced a un acto positivo. Uno quiere dar muerte a otro, y lo atraviesa con un puñal.

Los segundos (delitos de omisión) se distinguen en dos categorías: de omisión propia y de omisión impropia llamados también de comisión por omisión.

Los de omisión propiamente dichos son los que consisten en omitir lo que la ley manda a hacer, y por eso se reducen a una verdadera y propia desobediencia legal, independientemente del resultado que la omisión quería producir. Por ejemplo: la omisión de la denuncia de un delito por parte de un funcionario público (art. 361), el rehusar deberes impuestos por la ley (art.366), la omisión de avisar a la autoridad o de asistir a los menores, a los enfermos, a los heridos, etc. (art.593).En estos casos basta la inacción, es decir la simple desobediencia al mandato de la ley, para que haya delito, aunque de esa inacción no se siga ningún resultado dañoso.

En cambio se llaman delitos de comisión por omisión aquellos en que la omisión realiza un resultado prohibido por la ley (por ejemplo la muerte de un hombre). Ejemplo típico es el de la madre que se abstiene de ligar el cordón umbilical, o de lactar a su hijo, ocasionándole la muerte.

Delitos de daño y de peligro: Los primeros son aquellos cuyo elemento constitutivo es la destrucción o disminución de un bien jurídico protegido por la ley penal (homicidio, hurto, plagio, etc.). Los segundos son aquellos que tienen por efecto, no la disminución o destrucción de un bien, sino al exponer a peligro ese mismo bien (por ejemplo, el atentado contra los órganos constitucionales, los atentados contra la seguridad de los trasportes). Hay también delitos de doble resultado, es decir de peligro y daño juntamente, sea que uno de los resultados funcione como elemento constitutivo sea que tenga valor de circunstancia agravante (Arts. 422 a 424, 427, 431, 432, 501, 636, etc.).

Delitos principales y accesorios: Los primeros son los delitos cuyo contenido se manifiesta con plena autonomía, es decir, sin relación con otras formas delictuosas; los delitos accesorios, en cambio, no existen sino en relación con otros delitos principales, que constituyen su presupuesto (por ejemplo, la receptación con relación al hurto, el favorecimiento con relación al delito que es su precedente necesario).

Delitos individuales y colectivos: Los delitos individuales pueden ser cometidos por una sola persona, aunque alguna vez comprometan la actividad de varios, en cuyo caso se tiene concurso de resultado en el delito. Esta posibilidad es más bien jurídica que física: un hurto, no deja de ser delito individual, aunque tenga por objeto un piano, y este no pueda ser transportado por varias personas.

Delitos Colectivos: Son los que por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, agentes en concurso necesario, es decir por una colectividad. Se dividen en delitos de conducta convergente, si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección de modo que se mueven el uno hacia el otro (como el adulterio, la huelga, la asociación para delinquir); de conducta antitética, si la actividad de los sujetos tiende a opuestas direcciones, de modo que se mueven el uno contra el otro (riña, duelo).

Se dividen también en bilaterales, si solo requieren la participación de dos personas, (adulterio, incesto, bigamia); en plurilaterales, si las personas concurrentes son más de dos (conspiración, asociación para delinquir, huelga, abandono colectivo de oficio, etc.).

El Delito, es una acción u omisión penada por la ley. El concepto está sometido por completo al principio de legalidad, de tal forma que el principio acuñado por los juristas romanos *nullum crimen sine lege*, es su regla básica. Por esto resulta irrelevante el intento de averiguar una noción sustancial de delito, como pueda ser en otras épocas el delito natural, pues delito es solo aquello castigado por la ley. Por otro lado, también resulta evidente que la ley penal no puede ser arbitraria y castigar respondiendo al criterio exclusivo de poner a prueba a los ciudadanos, sino que pretende la defensa de bienes jurídicos concretos. Los delitos se clasifican en delitos graves y menos graves, en atención a la pena que se impone, utilizándose por tanto un principio más cuantitativo (gravedad de la pena que señala cada código), que cualitativo.

Desde una perspectiva más técnica se define el delito como acción u omisión típica, antijurídica, culpable y penada por la ley. La acción es un hecho previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana. La acción delictiva puede consistir en un acto en sentido estricto, cuando hay una realización de un movimiento corporal; en una omisión pura o propia si se trata de un no hacer algo, o una combinación de ambas posibilidades, llamada comisión por omisión u omisión impropia. La acción debe depender de la voluntad de una persona, por lo que se excluyen de las tipificaciones delictivas supuestos tales como los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia como el sueño, la narcosis, el sonambulismo, la embriaguez letárgica o los estados hipnóticos, o cuando hay una violencia irresistible que impulsa al actor a ejecutar actos donde la voluntad se halla sometida, anulada o dirigida.

La conducta debe ser contraria a lo que el Derecho demanda y encontrarse recogida por la ley. La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad imperante en el Código Penal. El legislador se debe valer de la abstracción y del lenguaje para definir el tipo, por lo que siempre se distingue la tensión entre el casuismo exagerado y la vaguedad que no permite definir los límites de cada supuesto. De entre los elementos del tipo se pueden distinguir: los descriptivos, integrados por los de carácter objetivo (procedentes de la realidad perceptible, como por ejemplo matar) y los subjetivos (integrantes del mundo psíquico, como tener la finalidad de algo o actuar contra la voluntad de alguien); los elementos normativos que exigen valoraciones, como los calificativos: ajeno, inmoral, peligroso... y los elementos negativos del tipo que lo excluyen por implicar la ausencia de los fundamentos de la antijuridicidad. Las causas de exclusión de la antijuridicidad son la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el cumplimiento de un deber (de tal forma que tanto el deber deriva del ordenamiento jurídico, como su cumplimiento se ajusta al mismo) o el ejercicio legítimo de un derecho, el oficio (la profesión médica por ejemplo) o el cargo, y la obediencia debida.

El Derecho Penal está muy lejos de identificarse con la necesidad física o bruta. Permanece claro el carácter espiritual de la reacción, tal y como resulta también de la teoría de la responsabilidad.

Romagnosi como buen hijo del siglo XVIII, afirma la imposibilidad de un contacto inmediato entre las almas, en razón de la maquina que se interpone entre ellas y tenga por una verdad que el comercio que se establece a hombre es siempre físico, no puede por menos, sin embargo que definir al delito como un acto ejecutado con inteligencia y libertad de acción y de observar que cuando faltan al hombre la razón y la libertad las penas son incapaces de alcanzar su fin y se reducen a dolores inútiles. Y ésta es la razón por la cual considera la imputabilidad moral como condición de la responsabilidad penal.

Pero condicionar la responsabilidad penal a la imputabilidad moral no significa equipara la responsabilidad penal con la responsabilidad moral, hay que tener presente la diferencia que hace Romagnosi entre imputabilidad y responsabilidad. Imputar quiere decir atribuir un efecto a su causa. Pero declarar a alguno responsable significa algo más, es establecer que ciertas consecuencias del hecho realizado deben recaer sobre el autor. La imputabilidad es un concepto de hecho; la responsabilidad es un concepto de derecho. La primera puede ser la causa de la segunda, pero no constituirla; o si se quiere la primera es condición necesaria, pero no suficiente, de la segunda. Si una cosa es el concepto de imputabilidad y otra es de responsabilidad, nada impide considerar muy distintas la responsabilidad penal y la moral. La responsabilidad moral se funda exclusivamente sobre la valoración de los motivos internos de obrar y este criterio no podría ser aceptado por el legislador sin un grave peligro para la seguridad común.

Porque la responsabilidad penal, al exigir la certidumbre de los delitos de cada uno, deben fundarse también sobre la verdad extrínseca. De aquí se sigue que no pueda haber delito sin la ejecución de un acto físico o externo. El pensamiento, el deseo, la complacencia de la acción, separados de su ejecución real, física y externa, en una palabra, todos los movimientos criminales internos, no podrían jamás ser castigados justamente.

El derecho de castigar es derecho de defensa y el fin único de la pena es la defensa de la sociedad contra el delito. Pero la necesidad de la defensa social tiene unos límites. Si estos son sobrepasados, la pena resulta injusta. Por otra parte, para que la sanción logre su fin es preciso que su amenaza inspire un temor tal que aleje a los hombres del delito.

El legislador necesita por tanto de una norma segura para establecer, en relación con los diversos casos, Esta norma será proporcionada por la cualidad y la intensidad del impulso criminal.

3.2 El Principio de Legalidad

Hoy es la fuente principal del derecho, podemos decir la fuente por excelencia, es la ley. Antes por el contrario, el derecho tomó en gran parte su positividad, de la jurisprudencia forense, de las respuestas de los doctos, de la costumbre. El proceso de codificación que en la producción del derecho sustituyó la sociedad por el Estado hizo que se proclamara la ley, y solo la ley, como fuente del derecho. Este es el “principio de legalidad”, afirmado en el derecho triunfalmente. Tal principio ha hecho sentir con mayor intensidad su peso en el derecho penal, en el cual, aunque en otros tiempos se dejara a la costumbre la creación de delitos y penas, acabo por imponerse sin excepción la máxima *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Aun cuando los alemanes atribuyen la enunciación de este principio a FEUERBACH, es cierto que ya lo encontramos a BECCARIA: “Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador, que representa a toda la sociedad, unida por un contrato social” Y se remonta también hasta las constituciones revolucionarias de América y de Francia. Fue consagrado en Filadelfia, en la declaración de los derechos del hombre, y de allí pasó a Francia, en tiempos de la Revolución, favorecido por la doctrina de MONTESQUIEU sobre la separación de los poderes. Recibió derecho de ciudadanía, primero en la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (art. 8); después en los códigos del 3 del brumario (año IV) Y del 12 de febrero de 1910. El estatuto Albertino, en homenaje al principio de legalidad, escribió en su art. 26: Nadie podrá ser arrestado o llevado a juicio, sino en los casos previstos por la ley y en la forma por ella prescrita”. El artículo 1 del Código Penal de 1930, al reproducir el artículo correspondiente del Código de 1889, prescribe: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no este expresamente previsto como delito por la ley, ni con penas que no hayan sido establecidas por ella”.

Hoy el principio de legalidad está codificado en el Art. 25, del primer apartado de la nueva constitución democrática del 27 de diciembre de 1947; con esta fórmula:

“Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley, que haya entrado en vigencia antes de cometido el hecho”; y esta como base de todas las disposiciones escritas, para defensa de la libertad del ciudadano, en la parte 1ª del título 1 de la Constitución.

Tiene por tanto un valor absoluto. Para el legislador constituye, no solo un principio directivo, como una especie de programa que se impone a sí mismo, sino una norma vinculante, cuya tutela está confiada a la Corte Constitucional. En efecto, esta tiene el deber de declarar la ilegitimidad (inconstitucionalidad de toda ley que este en contra de este principio (Art. 134 y 136 Const.). Luego para el juez (tanto común como especial, comprendida la Corte Constitucional en los juicios de acusación, según la norma del art. 135 const.) este principio es un imperativo que no admite ni desviaciones ni evasiones.

Con relación a los delitos, el principio de legalidad implica que el juez no pueda condenar ningún hecho, si no verifica prejudicialmente la existencia de una ley que lo incrimine. Respectivamente el súbdito puede desarrollar sus actividades a salvo de toda sanción, mientras se mueva en el terreno que ha dejado libre el ordenamiento penal.

En cuanto a las penas, este principio implica, no solo que nadie podrá ser castigado sin haber cometido un delito previsto por la ley, sino también que no podrá ser castigado sino con aquellas penas establecidas por la ley, en calidad, cantidad y duración. Por “ley” debemos entender la ley en su sentido propio (formal o material).

Esta misma norma vale también aunque se trate de providencias defensivas distintas de la pena para las medidas de seguridad. El art. 199 establece: “Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad, si no están expresamente establecidas por la ley, ni fuera de los casos previstos por la misma ley”.

Esta prohibición es reforzada por la Constitución con estas palabras: “Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad, sino en los casos previstos por la ley” (art. 25).

El principio *nullum crimen sine lege* tiene, como todos los dogmas, valor histórico, es decir, se refiere a un tipo de civilización fundada en el respeto a la persona humana, como lo fue la democrático-liberal, inaugurada en el siglo de las luces. Por eso ha sido llamado el palacio de las libertades políticas y también la magna carta del inocente. No podemos negar que representa una gloriosa conquista de la conciencia jurídica, que obedece a exigencias de absoluta justicia. Anularlo o aminorarlo, indicaría un indiscutible retroceso civil.

Solamente los regimenes tiránicos a influjo de las desacertadas máximas de la “razón de Estado”, de cuando en cuando intentan sacudirlo y desquiciarlo. Ya en el Imperio Romano se permitía al juez, en las *quaestiones*, castigar *ad exemplum legis*. El Código de los soviets rusos del 22 de Noviembre de 1926, abolió también el principio *nullum crimen*, etc; y lo violó el derecho penal nazista, al admitir como punible un hecho condenado por la conciencia ética nacional, sin disposición expresa de la ley. El principio “ningún delito sin ley” debería, según algunos sustituirse por este otro: “ningún delito sin pena”. Síntomas son estos de un inexcusable retroceso del derecho.

Queremos observar a manera de conclusión, que el principio de legalidad se relaciona en nuestro sistema jurídico penal, con cuatro problemas: 1) el de la analogía *iuris*; 2) El de la retroactividad de las leyes; 3) El de la costumbre *praeter* y *contra legem* (fuera de la ley y contra la ley); y 4) el de los reglamentos, no delegados, que prescriben sanciones penales.

3.2.1 La ley Penal, su estructura y especie

La norma Penal como todas las normas, en su estructura es una y doble. La unidad de su imperativo consta de dos partes claramente distintas: El precepto y la sanción (*praeceptum et sanctio legis*). El precepto da un mandato o una prohibición (“no matar”, “no robar”).

La sanción establece las consecuencias jurídicas derivadas de la trasgresión del precepto (el que mata, el que roba será castigado).

El precepto se llama también “precepto primario”; y la sanción se llama “precepto secundario”, por cuanto produce su efecto de modo subordinado a la trasgresión del primero.

La norma penal se identifica en virtud del precepto secundario o sanción, que es distinta de las otras sanciones jurídicas, y se llama pena.

Por consiguiente la norma penal puede definirse así: norma que manda o prohíbe un hecho determinado, conforme a un tipo (precepto) y con la amenaza de alguna pena (sanción).

El Código, en cambio de la expresión "norma penal" que es propia de la ciencia, emplea el término ley penal, ya que en el significado de una sola norma (art.5), ya como conjunto de todas las normas punitivas: el llamado "derecho penal objetivo" (Art. 4, 6, 13, 14, 392, etc.). A uno y a otro sentido se refiere el Art. 1 del Código.

3.2.2 Las leyes penales pueden dividirse y clasificarse, según la fuente, el contenido y la extensión.

1. Según la fuente

- a) Leyes estatales (formales y materiales). Además del Código Penal, se comprenden en ellas las otras leyes penales (algunas de ellas constituidas en cuerpos, como los códigos penales militares para el ejército y la marina, para las colonias), los reglamentos, los decretos, y las ordenanzas que contienen disposiciones penales.
- b) Leyes no estatales, pero reconocidas por las leyes del Estado, que a ellas se remiten. Estas leyes pueden ser de la comunidad internacional de un Estado extranjero, de la Iglesia. (ley núm. 2 del 7 de junio de 1929, art. 3).

El reenvío se llama recepticio si la norma del ordenamiento no estatal recibida por el ordenamiento estatal, haciéndola propia, mediante una norma en blanco que se completa con el contenido de la norma reenviada, presente o futura. Se llama no recepticio, si el ordenamiento estatal concede importancia a las normas de otro ordenamiento sin recibirlas ni incorporarlas en su propio seno.

Conviene observar que las normas del reenvío no deben confundirse con las normas en blanco, pues estas aguardan ser completadas en un tiempo posterior a su enunciación, con la determinación del precepto (o de la sanción) correspondiente, mientras en las primeras existen al mismo tiempo el precepto y la sanción, junto con la disposición a que hace el reenvío con fin integrativo.

2 Según el contenido:

a) Leyes obligatorias o preceptivas, que consisten en un imperativo verdadero y propio (mandato o prohibición), provisto de una sanción. Esta norma que tiene la forma de precepto sancionado es la ley penal típica o primaria.

b) leyes declarativas, explicativas o interpretativas, que determinan el significado de otras normas, aclarando y también modificando su contenido. Con frecuencia contienen definiciones legales.

c) leyes normativas, que contienen principios o criterios que gobiernan todo un ramo del derecho (por ejemplo la norma *nullum crimen sine lege*), o que expresan consejos, instrucciones, preceptos, promesas de carácter general, que aun cuando no sean obligatorias en un caso especial deben tenerlas presentes el legislador, el juez y hasta el administrador.

d) leyes finales, que ha diferencia de las imperativas, no imponen al súbdito una conducta determinada, pero le prescriben que tiene que servirse de formas o medios determinados, si quiere conseguir un fin preciso, por ejemplo, si quiere gozar de un beneficio legal.

e) leyes permisivas, serán las que limitando un mandato o prohibición precedente, hacen lícito (o indiferente) lo que antes era ilícito.

3. En cuanto a la extensión:

a) leyes generales, que valen para todo el territorio del Estado, y locales, que valen para partes determinadas del territorio. (colonias, provincias, municipios).

b) leyes comunes, aplicables a todos cuantos se encuentran en el territorio del Estado, o especiales, si valen solo para algunas clases de personas que se hallan en circunstancias especiales de sujeción (códigos penales, militares de navegación).

c) leyes ordinarias, promulgadas en las ordinarias condiciones de vida del Estado, y excepcionales, si se dictan por contingencias de carácter extraordinario, no conformes a los principios generales del derecho.

d) leyes retroactivas o irretroactivas, según que obren o no sobre relaciones constituidas antes de entrar ellas en vigencia.

e) Leyes perfectas o imperfectas, si constan de precepto y sanción o, en cambio del solo precepto o de la sola sanción. Son llamadas meramente preceptivas, cuando contienen solo el precepto sin la sanción; y meramente sancionatorias, cuando contienen la sanción únicamente.

f) normas penales en blanco, llamadas así por lo incompletas, pues les faltan el precepto o la sanción, destinados a ser formulados, en un tiempo posterior, por una autoridad distinta de la que dio esas normas.

3.2.3 La ley en sentido propio

Es la norma dada por la autoridad del Estado, que según la Constitución ejerce la función legislativa, según la Constitución vigente de Italia que es una república democrática las funciones legislativas corresponden a la Cámara de Diputados y al Senado de la República.

La ley en sustancia es un acto (de naturaleza compleja) del Estado, procedente de los órganos del poder legislativo, según las normas prescritas por la Constitución.

Dicho acto tiene forma y contenido; por esto la ley puede considerarse por su aspecto formal y por su aspecto material

Forma la aprobación y promulgación de la ley, por la autoridad competente; contenido es la nueva norma jurídica que la ley impone. Cuando concurren ambos elementos el formal y el material, se tiene la ley por antonomasia. Puede darse, con todo que falte el elemento formal, como en el caso de normas jurídicas no procedentes del poder legislativo; entonces se habla de leyes materiales, porque el acto tiene la sustancia, no la forma, de ley. Y al contrario puede suceder que falte el elemento material, como en el caso de actos del poder legislativo que no constituyen normas jurídicas; entonces se tiene una ley en sentido puramente formal.

3.2.4 Leyes en Sentido Impropio

La ley que carece del elemento material o del elemento formal a diferencia de la ley propiamente dicha, que es material y formal.

Leyes solamente formales son las que no contienen normas jurídicas, pero regula actos relativos a la vida económica, política y social. Tales son las leyes que expresan máximas morales., o son declaraciones de principios puramente doctrinales, expocisiones de motivos, promesas de leyes futuras, lo son también los actos administrativos del parlamento, que regulan la actividad del Estado (como las leyes de los gastos gubernativos, reclutamiento, variaciones a circunscripciones administrativas, servicios públicos, declaraciones de utilidad, pública, enajenación de los bienes del Estado, y según la ley común la ley sobre el presupuesto; y por ultimo son las leyes formales las que regulan un caso concreto, como la que concede ciudadanía a laguna persona, la que da personalidad jurídica a una asociación o fundación, la que permite una lotería.

Son leyes materiales todos los actos administrativos en general, es decir los actos del poder ejecutivo que son manifestaciones de la actividad legislativa, y que dan normas jurídicas dentro de los límites y las condiciones establecidas por la Constitución.

Estos actos en general son comprendidos en el llamado poder de ordenanzas que compete al ejecutivo.

Llámense ordenanzas todos los actos administrativos de contenido obligatorio, que contienen preceptos generales. Se dividen en jurídicas y administrativas según den normas jurídicas nuevas o solo prescripciones administrativas.

Ordenanzas administrativas son las que se fundan en el poder de supremacía jurídica, que tiene el superior sobre todos los órganos de él dependientes.

Las ordenanzas administrativas que tienen contenido, no forma ley, se subdividen en dos grandes categorías: los reglamentos, que tienen la eficacia jurídico-formal del acto administrativo, y los decretos legislativos y decretos-leyes, que tienen la eficacia jurídico-formal de las leyes.

3.2.5“Control Jurisdiccional sobre la Validez de la Ley”

La ley una vez publicada y puesta en vigencia, tiene valor absoluto. Esto supone que por ella se anula cualquier otro acto anterior de la voluntad del Estado (la ley o reglamento), salvo disposición en contra; que ella puede ser derogada o modificada solo por medio de otra ley; y que le deben absoluta obediencia, tanto los ciudadanos como los jueces llamados a aplicarla.

La primera forma de “control” es la que mira conformidad o inconformidad, de la ley con la Constitución, fuente primigenia del derecho público del Estado.

Parece que no puede existir duda sobre la incompetencia del juez para juzgar la constitucionalidad de una ley.

A decir verdad, esta cuestión no debería siquiera presentarse ante las Constituciones llamadas “de tipo flexible”, y que estas puedan ser modificadas por el poder legislativo ordinario, con el procedimiento acostumbrado para la formación de las demás leyes. De aquí que (y este es el caso del Estatuto Albertino), por no haber un poder constituyente superior al poder legislativo ordinario, este funciona como poder constituyente, y por lo tanto puede modificar hasta la Constitución, la cual según la celebre frase de LABAND, no es una potencia mística superior al Estado. Por eso el juez, que no es llamado a tutelar la integridad de la Constitución, no debe hacer sino aplicar la ley; y debe aplicarla, aun cuando fuera contraria a la Constitución, en fuerza del principio *lex posterior derogat priori* (la ley posterior deroga a la anterior). Precisamente por esto, bajo el Estatuto Albertino, se reconoció por unanimidad, o casi por ella, que las normas constitucionales pueden ser abrogadas o derogadas por la ley ordinaria.

De otra manera sucede en las Constituciones llamadas rígidas, en cuanto no pueden ser modificadas sino por órganos, y con formas especiales, expresamente previstas y establecidas por la Carta Constitucional. Siguiendo este tipo representado por la Carta Federal de los Estados Unidos, se modeló la Constitución Actual que ha confiado el “control” sobre la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos que tengan fuerza de ley, a una Corte Constituyente (art. 134), compuesta de 15 miembros escogidos por procedimiento especial (art.135) y que deciden con fallo que no pueden ser impugnado.

En un sistema como este se halla a fortiori, excluido todo poder del juez para examinar la constitucionalidad de la ley en su contenido, o sea en su fidelidad intrínseca a los principios dictados por la Constitución (legitimidad).

En cambio con distinta opinión debemos mirar la constitucionalidad extrínseca o formal, o sea, en cuanto concierne a la existencia de los requisitos formales de la norma. Entonces puede y debe intervenir siempre el “control” del juez, pero en la medida adecuada a la naturaleza de la norma.

De todo esto se desprende que el “control” del juez sobre la constitucionalidad de la ley mira solamente a su forma, y no puede recaer sobre su contenido. La determinación de este pertenece solo al legislador, salvo la facultad del juez para llenar, las lagunas de la ley, dentro de los límites de su poder de interpretación.

En cuanto a la legislación delegada (y a los decretos legislativos), tiene el juez, en cambio el derecho y el deber de examinar no solo si el decreto es válido en la forma, sino también si en el contenido el ejecutivo se ha mantenido dentro de los límites de la delegación, o si al traspasarlos, ha violado la ley.

En los decretos leyes el juez debe limitarse a comprobar si están todavía vigentes en el momento de aplicarlos, o si se ha verificado un caso de cesación de su validez. Pero le está prohibido el “control” acerca de la necesidad de ellos.

En los edictos militares y en las providencias en general, en caso de peligro público o de guerra civil, se admite el “control” en cuanto a la forma (competencia personal, territorial, etc.), nunca en cuanto al contenido.

El control de legitimidad de la ley, prohibido al juez, es admitido en cambio, para los reglamentos. Aquí vale el principio de que el poder judicial, si no puede anular el acto administrativo, puede desconocer su eficacia cuando lesiona un derecho público o privado y no es “conforme a la ley” (Art. 4 y 5 de la ley contencioso administrativa) del 20 de marzo de 1865). Los reglamentos *praeter* o *contra legem* (fuera de la ley o contra ella) deben, pues ser declarados inconstitucionales y privados de obligatoriedad para los magistrados y ciudadanos.

3.3 El Tipo Penal

3.3.1 Concepto:

Es indudable que a fin de estar en posibilidad de sancionar a una persona por la realización de una conducta nociva a los intereses de la sociedad, es necesaria la existencia de un precepto legal que contemple dicha circunstancia, en este sentido la delimitación de la conducta antijurídica (contraria de derecho) es lo que debemos entender como tipo penal.

En este orden de ideas, podemos decir que no hay delito sin tipo, ya que éste es la descripción de la conducta prohibida por el derecho penal, y en consecuencia únicamente esa conducta va a ser un delito.

Sin embargo no todas las conductas van a constituir un delito, sino únicamente aquellas que se adecuen exactamente a la conducta descrita, ya que hay que recordar que en el derecho penal, no existe la analogía, esto es que no puede tipificarse como delitos una conducta que es parecida a la prevista como delitos, sino que tiene que ser la misma conducta.

En consecuencia, únicamente lo típico, o sea las conductas descritas como tales en los códigos penales serán constitutivas de delitos, ya que lo que no es típico no interesa a la valoración jurídico-penal.

Es necesario señalar que a pesar de que un sujeto cometa aparentemente una conducta típica, no siempre será castigado por la comisión de un delito, ya que existe atipicidad que consiste en la falta de uno de los elementos del tipo.

Es procedente del derecho romano mediante la sentencia: "*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*" ("ningún crimen, ninguna pena sin ley previa"). Los delitos pueden calificarse como acciones u omisiones típicas, antijurídicas, culpables y punibles. También las omisiones pueden ser delictivas; por ejemplo en la omisión del deber de socorro. El delito responde a un tipo descrito en el Código Penal, cuerpo legal que, en la mayoría de los países, contiene la esencia y el grueso de las leyes penales. La antijuridicidad no se da ante supuestos de una causa de justificación —legítima defensa, estado de necesidad. Los actos delictivos han de ser voluntarios y fruto de negligencia o del propósito de conseguir el resultado contemplado por la ley.

Las penas, que pueden ser pecuniarias o privativas de libertad, tienen una función represiva (de compensación del mal causado) y de prevención (intimidación para posibles delincuentes futuros). Preventivas son también las medidas de seguridad: reclusión de locos o dementes, confinamiento, confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores y otras muchas.

3.3.2 Autor

En el campo del Derecho penal, se entiende por autor a quien realiza el tipo penal de delito, con independencia de que hayan intervenido en el mismo y sean así mismo castigadas personas distintas —los partícipes—, cuya responsabilidad es accesoria de la de aquél. Los grados de autoría pueden ser tres: inmediata, mediata y coautoría.

Autoría inmediata, unipersonal, individual o directa se da cuando el sujeto realiza la acción típica de modo completo, por sí sólo y sin servirse de persona alguna a tal efecto, sin resultar relevante que actúen junto a él otras personas como partícipes o también como autores inmediatos. Autoría mediata, en cambio, es la que tiene lugar cuando el hecho punible no se realiza por el agente de modo personal y directo, sino acudiendo a otras personas de las que se sirve y a las que instrumentaliza para su perpetración, lo cual no es posible cuando estemos en presencia de un delito de los llamados de propia mano que, por su misma naturaleza, impiden la autoría mediata. La coautoría supone la realización compartida y la colaboración necesaria entre varios para llevar a efecto la acción delictiva

3.3.3 Coautor

Es aquél que toma parte directa en la ejecución de un delito. Esta tipificación no procede aplicarla cuando varias personas incurren con carácter individual en un mismo tipo penal (aunque participen en el mismo acto delictivo), pues entonces a todos los implicados se les conceptúa en grado de autoría. Por ejemplo, si varias personas violan sucesivamente a otra, todas serán autores de los correspondientes delitos de violación que resultaren y no coautores de un solo delito de violación. Por otro lado, este concepto resulta muy útil cuando varias personas participan en la comisión de un delito pero no se sabe a ciencia cierta quién lo ha consumado.

Así, si varios disparan contra alguien y sólo uno causa la muerte, no acertando en la víctima el resto de los tiradores, consideraremos a todos los implicados coautores, pues de no estimarlo de tal modo, nos encontraríamos con un autor por un lado y con otros que estarían a medio camino entre la autoría y la complicidad.

3.4 La Antijuridicidad

3.4.1 Concepto jurídico: Supone la comparación entre el acto realizado y lo establecido por la ley, y que denota la conducta contraria a Derecho. El término antijuridicidad proviene de la traducción del alemán *Rechtswidrigkeit*, que en su sentido literal significa 'lo que no es Derecho', aunque en realidad la conducta jurídica no está tanto fuera del Derecho, como que éste le asigna una serie de consecuencias jurídicas. La antijuridicidad es uno de los elementos esenciales del delito, de tal forma que para que una conducta se considere delito debe ser antijurídica y estar tipificada como tal en la ley penal.

Por tradición se ha venido distinguiendo entre la antijuridicidad formal, que es aquella que viola lo señalado por la ley, y la material, cuando se trata de una conducta antisocial. En realidad una antijuridicidad material sin antijuridicidad formal no tiene ninguna relevancia para el Derecho. Por otro lado, la antijuridicidad material sirve de fundamento para la formal, de tal modo que aquella conducta prohibida por la ley penal debe serlo porque protege un bien jurídico (antijuridicidad material). Así, aunque no toda conducta que lesione o ponga en peligro un bien jurídico es antijurídica desde una perspectiva formal, en toda conducta antijurídica, en el plano concreto, debe existir esa lesión o puesta en peligro.

3.4.2 Antijuridicidad Formal y Material

Una vez tipificado el caso de la realidad en el supuesto de hecho de una norma penal, es decir, una vez comprobado que el caso de la realidad es subsumible en el tipo de delito previsto en la norma penal, el siguiente paso, el orden a la averiguación de si ese caso puede engendrar responsabilidad penal, es la determinación de la **antijuridicidad**, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a derecho, injusto o ilícito.

a) Antijuridicidad Formal.

Se afirma de un acto que es “formalmente antijurídico”, cuando a su condición de típico une la de **no** estar especialmente justificado por la concurrencia de alguna de eximentes de tal naturaleza (20.4; 20.5 y 20.7 (por ejemplo: defensa propia, etc.)

Por lo tanto, la antijuridicidad formal no es más que la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico positivo, juicio que se constata en el modo expuesto.

b) Antijuridicidad Material

En sentido material se dice que una acción es antijurídica cuando, habiendo transgredido una norma positiva (condición que pone el principio de legalidad), lesiona o pone en peligro un bien jurídico que el derecho quería proteger.

3.4.3.- El Desvalor de Resultado y el Desvalor de Acción

El contenido material de la antijuridicidad no se agota, sin embargo, en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. No toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor de resultado) es antijurídica, sino solo aquella que se deriva de una acción desaprobada por el OJ (desvalor de acción).

El Derecho penal, por imperativo del **principio de intervención mínima**, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables.

Así, por ejemplo, el Código penal sólo sanciona la ocupación de inmuebles (art. 241, 1), cuando se realiza con violencia o intimidación; o castiga el apoderamiento de cosa mueble ajena (art. 234) si se realiza con ánimo de lucro; imputa resultados cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente; castiga más gravemente algunos hechos ya delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable, como el asesinato (art. 139) o el robo (Art. 237 ss.), etc.

Ambos conceptos, **desvalor de acción y desvalor de resultado**, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados. El valor o desvalor de una conducta supone siempre el valor o desvalor de un resultado.

Así, por ejemplo, la prohibición de matar es una consecuencia de la protección a la vida; la prohibición de robar, una consecuencia de la protección a la propiedad, etc. En ambos ejemplos, el desvalor de la acción (matar, robar) se deriva ya del desvalor del resultado (destrucción de la vida, lesión de la propiedad). Lógicamente los mandatos «no matar», «no robar», etc., sólo tienen sentido si previamente se reconocen los valores que los fundamentan: vida, propiedad, etc. Pero igualmente la protección a esos valores, por medio de la norma penal, sólo puede conseguirse sancionando o prohibiendo las acciones humanas que puedan lesionarlos.

Por ello parece superflua la polémica sobre la prioridad entre el desvalor de la acción y el desvalor del resultado. No existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos, ya que ambos contribuyen, al mismo nivel, a constituir la antijuridicidad de un comportamiento.

Lo que sucede es que, por razones político-criminales, el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor.

3.4.4 En el Derecho penal tradicional, por influencia de la idea de la responsabilidad por el resultado, se hacía recaer el centro de la gravedad en el desvalor del resultado, especialmente en la lesión del bien jurídico, castigando más gravemente el delito consumado que la tentativa, admitiendo los delitos calificados por el resultado, etc.

En el moderno Derecho penal, del que es un buen ejemplo el Código penal de 1995, se tiende a dar mayor importancia al desvalor de la acción, haciendo recaer el acento en la peligrosidad de la acción en sí misma considerada, por el mero hecho de infringir determinadas normas o reglamentos de carácter extrapenal, sancionando la simple desobediencia a la norma sin requerir ningún tipo de peligro concreto para el bien jurídico protegido (de ahí la proliferación de los *delitos de peligro abstracto*, de los que son un buen ejemplo los «delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente», algunos delitos socioeconómicos, contra la salud pública, etc.).

Para limitar en la medida de lo posible estos excesos por vía interpretativa debe tenerse en cuenta siempre las ideas anteriormente expuestas del principio de intervención mínima (sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes deben ser objeto de sanción penal) y de la antijuridicidad material (sólo la lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico puede ser sancionada con una pena).

“<http://html.rincondelvago.com/antijuridicidad.html>.”

3.5 El Bien Jurídico

3.5.1 Concepto y análisis histórico

La teoría del bien jurídico se origina, como es conocido, con la obra de Birnbaum en las primeras décadas del siglo XIX. El origen del bien jurídico está por tanto, en la pretensión de *elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador*, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe este como un instrumento que el individuo crea para preservar los "bienes" que la colectividad en su conjunto crea de suma conveniencia proteger.

En otras palabras el bien jurídico es la elevación a la categoría de "bien tutelado o protegido por el derecho", mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico, obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, mas si esta norma no existiera o caducara, este no deja de existir pero si de tener el carácter de "jurídico".

Esta característica proteccionista que brinda la normatividad para con los bienes jurídicos, se hace notar con mayor incidencia en el derecho penal, ya que es en esta rama del derecho en la que la norma se orienta directamente a la supresión de cualquier acto contrario a mantener la protección del bien jurídico, por ejemplo el "delito de homicidio", busca sancionar actos contra la vida de la persona, el "delito de injuria", busca sancionar los actos que lesionen el honor de la misma.

Es importante tener en cuenta que la protección del bien jurídico, si bien se puede observar con mayor fuerza en el derecho penal, lo cierto es que esta protección va de parte de todo el ordenamiento legal, ya que sería totalmente contradictorio que mientras la norma penal sancione el homicidio, una norma civil o de cualquier otra índole, lo permitan o consientan.

En cuanto al origen natural del bien jurídico, un sector de la doctrina entre ellos el maestro BUSTOS, sostiene que este nace desde las entrañas del mismo contrato social, como un derecho a ser respetado y como un deber de respetarlo, y como contraparte apareció el delito como lesión a este derecho pré-existente.

En la actualidad la conceptualización del bien jurídico, no ha variado en su aspecto sustancial de valoración de bien a una categoría superior, la de bien tutelado por la ley, en cuanto a ciertos criterios, como el origen, o como el área del derecho que deba contenerlos, y otros aspectos de los que trataremos a lo largo de este trabajo de análisis.

3.5.2 Binding y Von Liszt: aspecto formal y material del bien Jurídico

Existen dos grandes opciones a la hora de abordar que es y para que sirve el bien jurídico, que arrancan de las perspectivas de Binding y Von Liszt, y que no hacen sino representar las diferentes figuras que tiene una sociedad acerca de cómo proteger sus intereses a favor de una convivencia pacífica, pero para alcanzar este fin se debían establecer ciertos límites, tanto a la conducta de los individuos que componen determinada sociedad, como de quienes redactarían las normas que regularían estas conductas, este punto de encuentro, es el bien jurídico.

En la concepción formal de Binding, estamos ante un bien del derecho, este, el bien jurídico, es inmanente al sistema legal, es una creación representativa del legislador, este planteamiento es coherente con una concepción formalista del Derecho, que identifica delito con contravención de la norma. Desde esta posición se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del contenido del bien jurídico, estamos ante una categoría formal, por ello es importante para cumplir criterios de sistematización y ordenación, pero que ha abandonado la función de potencial límite al legislador con la que fue concebida por Birnbaum.

En otras palabras según la tesis formal, el bien jurídico, es producto del derecho, es una creación del derecho, y que de su no positivización entendemos su "no existencia".

Por otro lado Von Liszt, en cambio, propugnaba una concepción del bien jurídico, como un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho; bien de los hombres que ya es valorado y determinado por su contenido en cada sociedad, en cada grupo o en cada momento histórico; es decir, que es objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador.

Desde esta perspectiva se recuperaba claramente la función del límite del bien jurídico a las decisiones del legislador. Es decir que este autor considera que el bien jurídico son "intereses vitales", intereses de vida en conjunto; la formulación que Von Liszt hace de lo que es el bien jurídico, limita la "plenipotencialidad" que los criterios anteriormente señalados otorgaban al legislador, llevando la consistencia del núcleo originario del bien jurídico a una pre-existencia en el campo de lo social antes que lo positivo.

Otro propulsor de esta teoría es el profesor alemán H. Welzel, quien sostenía que el bien jurídico esta ubicado por sobre la norma y por sobre el Estado. Con este autor y la teoría final de la acción se vuelve a retomar el contenido trascendentalista del bien jurídico, es decir la idea de que este se encuentra en un plano superior a la norma.

3.5.3 Bien Jurídico y Constitución

Las teorías jurídico-constitucionales del bien jurídico apoyadas por el profesor Gonzáles Rus, y por el profesor Rudolphi, tratan de formular criterios capaces de imponerse de manera necesaria al legislador ordinario, limitándolo a la hora de crear el ilícito penal. La búsqueda acabara pronto porque realmente no hay mucho donde escoger; si se persigue una finalidad vinculatoria, es claro que solo puede servir una fuente jurídica que sea jerárquicamente superior y se imponga por su propia naturaleza; tal fuente no podía ser otra que la norma constitucional. La utilización de la misma, sin embargo, puede hacerse de diversas maneras, lo que aconseja distinguir entre las que lo hacen en un sentido genérico, a modo de marco de referencia, y las que, en cambio, se concentran en disposiciones concretas del texto constitucional.

En la actualidad la discusión del concepto de bien jurídico se encuentra fuertemente vinculada al ámbito de la Política Criminal, lo que implica que la doctrina se encuentre sectorizada en cuanto al criterio de selección del origen del bien jurídico, para un sector es la norma constitucional la que debe actuar como ente formalizador de los bienes jurídicos, y para otros es imprescindible acudir a planteamientos sociológicos.

3.5.4 Teorías sociológicas del bien jurídico

Teoría Liberal

Se caracteriza por considerar la lesión al bien jurídico como una lesión de carácter individual, personalísima. De Toledo considera que el derecho penal ha de incidir sobre una realidad que le es previa, de la cual extrae los objetos de protección punitiva, de ahí que el estado no crea mediante el derecho los intereses a tutelar penalmente, sino que los recoge de esa realidad persistente que debe mejorar al servicio de la sociedad.

Teorías referidas al prejuicio Social

Teoría Funcionalista

La sociedad esta pensada como un sistema de interacciones en el que la configuración de los bienes responde a la funcionalidad o disfuncionalidad del comportamiento, Jackobs, sostiene que la violación de una norma es socialmente disfuncional, no debido a la lesión de determinados bienes jurídicos, sino que resulta perturbada la propia vigencia de la norma como orientadora de comportamientos.

Teoría Interaccionista

Callies entiende que en la medida que la regulación penal es una parte de las relaciones sociales de interacción, la tarea del derecho penal ha de verse en los roles de comunicación en el sistema social. Debido a ello, el derecho penal mediante la aceptación de la interacción sanciona formas de comportamiento que cuestionan la técnica de comunicación que es central y estratégica para el sistema de interacción.

Mir Puig, considera que "...los bienes jurídicos son las condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales, según la observación empírica. Sostiene también que no todo interés social de un bien jurídico ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del derecho penal."

3.5.5 Bien jurídico penal

El bien jurídico no es creado por el derecho como hemos establecido de las conceptualizaciones precedentes y de los análisis doctrinales previos, el bien jurídico nace de una necesidad de protección a ciertos y cambiantes bienes inmanentes a las personas como tales, esta protección es catalizada por el legislador al recogerlas en el texto constitucional, de la cual existirían bienes cuya protección será cumplida por otras ramas del derecho, es decir que no todos los bienes jurídicos contenidos en la constitución tienen una protección penal, existen bienes jurídicos de tutela civil, laboral, administrativa, etc.

Aquellos bienes jurídicos cuya tutela solo y únicamente puede ser la tutela penal, son los denominados bienes jurídicos penales; al determinar cuales son los bienes jurídicos que merecen tutela penal, siempre se tendrá en cuenta el principio de tener al derecho penal como *Ultima Ratio* o ultima opción para la protección de un bien jurídico ya que este afecta otros bienes jurídicos a fin de proteger otros de mayor valor social. De otro lado es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir con la función limitadora de la acción punitiva, pues como hemos observado solo los bienes jurídicos de mayor importancia para la convivencia social, y cuya protección por otras ramas del derecho hagan insuficiente la prevención que cualquier trasgresión que los afecten.

Conclusión:

Teniendo como punto de partida el discurso de Von Liszt, el bien jurídico siempre ha sido y será la valoración que se haga de las conductas necesarias para una vida pacífica, recogidas por el legislador en un determinado momento histórico – social; es a razón de que a nuestro entender el bien jurídico en esencia no desaparece, solo cambia en cuanto al ámbito de protección que lo sujeta.

El desarrollo de esta institución jurídica pasa por momentos totalmente distintos ya que los mismos son producto de las necesidades propias del desarrollo de la sociedad, hay que tener en claro que estos no se originan al crear una norma, su existir es previo a la misma; este es, en un primer momento, el primer paso para la protección de un bien de suma importancia para el conjunto social, la selección de estas necesidades valoradas socialmente y luego positivizadas sea en las páginas de una constitución o de algún convenio internacional.

Será el segundo paso de nuestra construcción, para una vez terminado el escalafón de bienes a protegerse, determinar cuales son verdaderamente materia de protección penal.

Esta selección -como propone el profesor GONZÁLES RUS- es temporal, con ello no estamos desapareciendo el bien objeto de protección jurídica, solo será trasladado a otro mecanismo de protección menos severo y todo este proceso de selección y traslado solo obedece a las necesidades sociales, las que varían de acuerdo a la época y contexto social que se encuentre vigente.

“<http://www.monografias.com/trabajos23/bien-juridico/bien-juridico.shtml>”.

3.6 La Culpabilidad

Es otro elemento del delito, de tal forma que se puede afirmar que no hay pena sin culpa (*nullum crimen sine culpa*). Con carácter general, existe culpabilidad cuando existía la opción de haber actuado de forma diferente a como se hizo, lo cual supone situar en el fundamento de la misma a la libertad y exige la imputabilidad, definida en concreto como la capacidad de actuar de forma culpable. Así, una persona es imputable cuando por sus caracteres biopsíquicos y de acuerdo con la legislación vigente es capaz de ser responsable de sus actos. Las formas, que se excluyen a sí mismas, son el dolo y la culpa. El dolo caracteriza a quien actúa sabiendo lo que hace y con intención mientras que la culpa se produce cuando quien actúa omite la diligencia de la culpabilidad.

Según FERRAJOLI no es ni un pensamiento ni un mero aspecto interno de la persona, sino un elemento del hecho (delito), esto es, una *condictio sine qua non* del mismo, fundada más que en razones éticas o utilitaristas, en la estructura lógica de la prohibición. El concepto penal de culpabilidad hoy utilizado, fue desarrollado por la doctrina europea hacia finales del siglo XIX.

Con anterioridad, las cuestiones relacionadas con la imputación subjetiva se solían tratar bajo el epígrafe general de "imputación", si bien también la palabra "culpabilidad" había sido ya utilizada por los autores de aquel tiempo. Sin embargo, este concepto sólo pudo ser tratado con el rigor sistemático actual desde que RUDOLF VON IHERING separara por primera vez en 1867, en su escrito *Das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, el injusto "objetivo" de la culpabilidad "subjetiva" y con ello se pusieran las bases para la moderna teoría del delito".

Se atribuye a BINDING en su obra *Die Normen und ihre Übertretung*, la elaboración del concepto de culpabilidad en su sentido moderno.

El vocablo culpabilidad contiene, al menos, tres significados:

- 1.- "culpabilidad" como elemento dogmático del delito
- 2.- "culpabilidad" como fundamento del principio de culpabilidad enunciado bajo el aforismo latino "*nulla poena sine culpa*".
- 3.- "culpabilidad" como elemento legitimador de la pena y del *ius puniendi*.

El principio de culpabilidad es fruto del pensamiento liberal ilustrado, que lo deriva del de legalidad con la finalidad de excluir la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por hechos de "otros". Es decir, enuncia el principio que garantiza la subjetivización y la individualización de la responsabilidad penal. Pero si bien originariamente el principio de culpabilidad tiene un enunciado autónomo, desde el momento en que la culpabilidad se configura como elemento dogmático del delito el principio de culpabilidad empieza a referirse a éste elemento, originando una situación de confusión de conceptos entre los significados 1 y 2 (culpabilidad como elemento dogmático y como fundamento del principio de culpabilidad).

Como elemento dogmático del delito, la culpabilidad constituye un elemento imprescindible -según la mayoría de la doctrina- para la calificación de una conducta como delictiva. Pero la exigencia de un elemento subjetivo en el delito no es nueva, sino que ya el inicial concepto germinal de delito previo a VON LISZT configuraba el delito como la "acción culpable" o, retro trayéndonos aún más en el tiempo, como, "yerro a sabiendas" en expresión de las Partidas.

Hoy en día, según la concepción del delito que se siga actualmente ocupa el segundo lugar -teoría de los elementos negativos del tipo-, o tercero -teoría tripartita.

Según la tradicional enunciación tripartita que desde VON LISZT/BELING ha imperado en la doctrina hispana, el delito sería la acción u omisión típica antijurídica y culpable.

Pero esta definición, solo sirve para afirmar la culpabilidad como elemento constitutivo del concepto de delito, y no para definir el contenido o fundamento de la misma. Por ello, en la doctrina actual, tanto española como continental - básicamente alemana e italiana- dentro del concepto de culpabilidad

(como elemento dogmático) se suelen diferenciar dos posibles acepciones: culpabilidad en sentido formal y culpabilidad en sentido culpabilidad.

3.6.1 El concepto formal de culpabilidad "abarca los elementos psíquicos del hecho que en un ordenamiento jurídico dado se exigen positivamente como presupuestos de la imputación subjetiva". O dicho de otro modo los presupuestos en los que se fundamenta la culpabilidad. El *concepto material de culpabilidad*, sin embargo, intenta buscar y averiguar los fundamentos de esta categoría del delito, o "bajo qué condiciones resulta justificado fundar la imputación subjetiva".

La distinción entre culpabilidad formal y material la inicia VON LISZT en la edición 20ª de su manual, forzado por las presiones, las críticas y las aportaciones realizadas por la teoría neoclásica al concepto de delito. Para entonces VON LISZT considera que la culpabilidad en sentido formal está constituida por el dolo y la culpa, mientras que en sentido material su fundamento sería la exigibilidad.

En tanto que el concepto formal de culpabilidad cuestiona los "presupuestos o requisitos" (positivos) necesarios para que exista culpabilidad y responde a una trayectoria jurídico-positivista y, al menos aparentemente, neutral o no valorativa, el concepto material de culpabilidad responde a una corriente filosófico jurídica derivada del neokantismo y del idealismo neoclásico que intenta superar tal neutralidad normativa introduciendo criterios valorativos y axiológicos en el Derecho penal y se presenta a sí misma como superadora del "neutralismo

valorativo" de negra leyenda en la cultura germánica reciente. Este idealismo neoclásico recoge como veremos más adelante, la imagen del hombre como individuo racional, responsable y libre, propio de la ilustración.

Con la formulación de un concepto material de culpabilidad se intenta encontrar argumentos que expliquen la intervención penal y, al igual que el concepto de antijuridicidad material, pretende servir como criterio legitimador (y cuando sea posible, además, delimitador) del *ius puniendi* del estado.

Para ello se dota a la culpabilidad de un contenido material desde diversas teorías justificadoras fundamentadas en consideraciones éticas, sociológicas o ideológicas, para, a partir de aquí, legitimar la imposición de una pena.

Con ello estamos cerrando el círculo y uniendo, de las tres posibles acepciones del término culpabilidad con que habíamos iniciado esta exposición, la 1ª y la 3ª, esto es, la culpabilidad como elemento dogmático del delito con la culpabilidad como elemento legitimador y limitador del *ius puniendi* y de la pena.

El concepto material de culpabilidad, como hemos adelantado y según ha puesto de manifiesto JESCHECK, puede basarse en exigencias de la ética, de seguridad pública, en el fin de la pena, o en la conducción de los impulsos del hombre. Todos estos criterios, si se observa bien, son casi prejurídicos y algunos muy cercanos con la moral.

Pero el carácter ético o moral que en ocasiones subyace a tal concepto material de culpabilidad, así como el propio concepto de culpabilidad con reminiscencias históricas de profunda raigambre religiosa, impulsa a los autores a advertir contra la confusión de lo jurídico con lo moral y a distinguir entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral. La culpabilidad penal, se afirma con reiteración, es una culpabilidad jurídica y no moral, lo que implica, de momento las siguientes consecuencias:

1.- Para imponer una sanción basada en la culpabilidad no es necesario que el sujeto se considere "culpable", de la misma forma que tampoco lo es jurídicamente, cuando sin haber infringido una norma penal o no siéndolo desde un punto de vista jurídico, él, sin embargo, se sienta culpable.

2.- No es necesario que el sujeto receptor de la norma considere ésta moralmente obligatoria. Basta con que la conozca y pueda actuar conforme a la pauta de conducta que la norma exige.

Pero con independencia de lo anterior, la principal función asignada al concepto material de culpabilidad es la de servir como argumento legitimador de la imposición de una pena. Ello se puede derivar del reconocimiento del principio de culpabilidad, que si bien no entendido uniformemente por la doctrina, en cualquier caso exige para la imposición de una pena, como mínimo, la concurrencia de responsabilidad subjetiva.

Esto es así porque el principio de culpabilidad no solo proscribiera la responsabilidad objetiva sino que exige positivamente para la imposición de una pena la existencia de una responsabilidad subjetiva. Para una extendida doctrina, según este principio, por tanto, el fundamento de la pena será la culpabilidad. Pero ésta es una fundamentación lógico-formal. Al concepto material de culpabilidad le interesa ir más allá de la mera exigencia formal de culpabilidad y se cuestiona el fundamento material de ésta, intentando responder a la pregunta de por qué el estado puede imponer una pena a determinadas personas calificadas como culpables.

Las respuestas a esta pregunta han estado íntimamente ligadas a la evolución del concepto de delito. En este sentido siguiendo a KUHN podríamos afirmar que la teoría general del delito y, su construcción más característica, el concepto de delito, ha evolucionado y se ha perfeccionado bajo el impulso de razones casi metafísicas y desde luego, no jurídicas. La crisis de la ciencia del derecho penal y el replanteamiento de sus estructuras y de la teoría del delito, han sido momentos excepcionales y han respondido a nuevas representaciones de origen filosófico, ideológico o religioso. Dependiendo de las premisas ideológicas de que se partiera se ha configurado históricamente una concepción u otra del Derecho penal y con ello se han ido produciendo avances o retrocesos en la ciencia del Derecho penal o en los sistemas penales.

“<http://www.gogle.com.ec/search?hl=la+culpabilidad&meta=>”

3.7 Pena y Estado Democrático

La definición de un Derecho penal mínimo como modelo ideal de Derecho penal ha vuelto a traer a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir, esta vez con nuevos interrogantes. En esta línea, SILVA SANCHEZ afirma que "el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales". Con ello, SILVA SANCHEZ convierte en fines de un Derecho penal democrático los tradicionalmente conceptuados como límites al *ius puniendi*.

Puede ser, sin embargo, que esta postura refleje más una necesidad o un deseo que una realidad. En primer lugar porque el contenido concreto y la capacidad punitiva de un Estado no puede predicarse con carácter general para todos los Estados ni para todos los ordenamientos. Sólo el modelo democrático de Estado permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el Derecho penal; pues sólo en los sistemas democráticos, fruto del equilibrio de poderes, el poder está limitado fáctica, política y jurídicamente. Del mismo modo que el auto limitaciones del poder no suelen ser efectivas, los límites internos del Derecho penal históricamente tampoco lo han sido en exceso. Precisamente ha sido la pretensión de otorgar al concepto de bien jurídico una función limitadora del *ius puniendi*, una de las razones por las que esta figura ha sufrido graves críticas de legitimación y de utilidad. Tampoco han sido adecuadas a esta necesidad limitadora del *ius puniendi*, las tradicionales teorías acerca de los "fines de la pena", pues, como ya dijimos, el fin -cualquiera que sea- no tiene límites en sí mismo sino que, más bien al contrario, tiende a autosatisfacerse por cualquier medio.

Por ello, la intervención jurídico-penal del Estado en la vida de los ciudadanos no se puede limitar a partir de una determinada orientación teleológica del Derecho penal, por más que en alguna ocasión, una interpretación teleológica de determinada institución pueda favorecer la restricción de la intervención penal, porque, probablemente, existan otras muchas ocasiones en las que tal orientación favorezca precisamente todo lo contrario y justifique la intervención.

Por tanto, los límites que se impongan al Derecho penal han de ser ajenos a la función y los supuestos fines del mismo y no deben tener finalidad alguna al margen de limitar el poder punitivo. Pero, para que tales límites sean efectivos han de ser externos al Derecho penal. Estos límites externos pueden ser fácticos y normativos o jurídicos. Límites fácticos son los que derivan del equilibrio de grupos de poder en un sistema democrático. Límites normativos o jurídicos son los que derivan del propio sistema jurídico, entre los que destaca en primer lugar la Constitución, seguida por principios acogidos como garantistas y limitadores en un sistema jurídico -tengan o no acogida expresa en Primera Norma o reflejo legal- tales como el principio de intervención mínima, de culpabilidad, etc. Ahora bien, los límites derivados de estos principios son más teóricos que prácticos y sólo serán plenamente eficaces si las circunstancias del caso favorecen su aplicación.

Así pues, los peligros -siempre actuales- de utilización abusiva del Derecho penal han de ser conjurados no tanto desde unos abstractos e inalcanzables fines como desde la fijación de unos límites claros, precisos y, a ser posible, externos al propio Derecho penal. Reconocer el carácter imperativo y represor del Derecho penal no significa invitar a sectores radicales y antidemocráticos de una sociedad a imponer "vía pena" su propia ideología o intereses. Por el contrario, es necesario y útil para la sociedad desvelar las funciones reales de la pena y del Derecho penal y presentarlos desnudos de ideologías justificadoras de carácter metafísico; pues sólo de esta forma podrá la sociedad plural y democrática limitar eficazmente la intervención penal.

Las anteriores consideraciones que intentan una explicación sistémica del Derecho penal como factor actuante en un sistema social no sirven, sin embargo, para explicar la "razón legitimadora" del Derecho penal ni de la intervención estatal por medio de la pena. Sin embargo, cualquiera que sea el modelo de sistema penal imperante en un cuerpo social, los súbditos o ciudadanos exigen una justificación que explique -al menos ideológicamente- la intervención por la fuerza en el ámbito de sus libertades. Esta exigencia cobra especial importancia precisamente en los sistemas democráticos, donde todas y cada una de las limitaciones de las libertades -todos los delitos y todas las penas- han de estar justificadas de forma aceptable, al menos, para los grupos mayoritarios.

En la búsqueda de la "razón legitimadora" habría que distinguir, en primer lugar, una "razón de carácter fáctico", como ejercicio de fuerza de quien "puede" -en el sentido de que tiene el "poder" no sólo jurídico sino, sobre todo, real de imponer pautas de conducta y así es reconocido por la sociedad- y, en segundo lugar, la que podríamos denominar como "razón teórica" o razón legitimadora en sentido estricto. Pero la pretensión de validez de esta razón legitimadora hay que circunscribirla a cada intervención concreta, a cada tipo penal. Esta razón legitimadora deriva o se fundamenta en la "finalidad de mantenimiento del orden" que explica la imposición de una pauta de conducta. Esta finalidad ha sido concretada dogmáticamente a través del expediente del bien jurídico. De esta forma, la cuestión de la legitimación de "cada" intervención penal se traslada al bien jurídico. En este sentido, teóricamente un Derecho penal o sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo esté.

Pero ello no significa que la finalidad del Derecho penal sea la protección de bienes jurídicos, pues, estrictamente, únicamente es la razón que autoriza la intervención penal en cada caso concreto, mientras que la finalidad que persigue el Derecho penal sería el mantenimiento de un orden social determinado.

De lo anterior tampoco puede deducirse que una misma razón legitimadora pueda servir con carácter general para justificar una intervención penal en todos los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, pese a los importantes cambios formales y en el análisis y descripción de los elementos del delito, el fundamento filosófico de dicho concepto es tributario de la tradición escolástica cristiana y responde a la trayectoria histórica del pensamiento en Europa, a sus creencias religiosas e ideologías sociales, a su devenir histórico-económico y a sus estructuras sociales. De esta afirmación pueden extraerse algunas consecuencias de importancia para la comprensión de la actual dogmática penal:

- En primer lugar, cualquier supuesta revisión e innovación en el concepto del delito que pretenda resolver problemas dogmáticos, pasa por una revisión histórica del elemento de que se trate.

- En segundo lugar, si la actual dogmática penal imperante en nuestro país, responde a las estructuras histórico-socio-culturales de Europa occidental, su exportación inalterada a otras realidades (fruto del colonialismo cultural, último reducto de otros tipos de colonialismos históricos a que responde la pretendida "internacionalización de la dogmática penal") será ineficaz y meramente formal.

Las instituciones penales -y el ordenamiento jurídico en general- responden a una determinada trayectoria histórico-cultural y cada institución sólo puede entenderse a partir de sus orígenes y en relación con la sociedad que lo ha creado y el sistema al que pertenece. De ahí que la transposición automática de instituciones, fórmulas o modelos de un ordenamiento a otro, en general, no sea posible pues el sistema penal -como sistema de control social- se basa en otros sistemas de control previos a los que ni se puede ni se debe olvidar.

- En tercer lugar, *a sensu contrario*, estas afirmaciones implican que, en aquellos sistemas sociales con idénticos o muy cercanos orígenes ideológicos o culturales que pueden aceptar y adoptar como propios los presupuestos y consecuencias de la Teoría del delito y que, de hecho, la han asumido pueden -cuando las circunstancias económico-políticas lo permitan- iniciar un acercamiento a fin de unificar conceptos y legislaciones.

En este sentido podría afirmarse que la dogmática penal no sólo es la heredera del pensamiento de la escolástica, sino que los sistemas penales europeos pueden tender a configurarse como un nuevo *ius commune*, y en este sentido, parece que en los últimos veinte años se está configurando una única doctrina con aportaciones de los distintos Estados nacionales, sobre todo en lo que a conceptos generales se refiere. A ello se unen necesidades propias de la sociedad actual, donde la delincuencia y la protección de bienes jurídicos frente a conductas sumamente peligrosas exige la coordinación internacional al más alto nivel, incluso, si fuera posible en algunos casos, con una legislación común. Este, sin duda, es el germen y el fundamento del proyecto de Código Penal europeo.

La pena es una sanción impuesta por la ley a quien, por haber cometido un delito o falta, ha sido condenado en sentencia firme por el órgano jurisdiccional competente

Es forzoso que la pena esté establecida por la ley con anterioridad a la comisión del hecho delictivo (rige el denominado principio de legalidad), y obliga a su ejecución una vez haya recaído sentencia firme dictada por el tribunal competente.

Son varios los criterios clasificatorios de las penas. El que resulta admitido con mayor frecuencia por las legislaciones es el que distingue entre penas graves, que sancionan la comisión de delitos, y penas leves aplicables a las faltas.

Las penas pueden ser privativas de libertad, que suponen el internamiento del reo en un centro penitenciario, y pueden tener diversa duración según lo que establezca la ley para cada delito. A menudo los sistemas dan a estas penas diferentes denominaciones, dada su distinta duración. Se habla así, por ejemplo, de reclusión, prisión y arresto. También es posible la privación de libertad en el propio domicilio del reo, como sucede en el denominado arresto domiciliario.

Asimismo, cabe la posibilidad de que la condena al reo no suponga privación de libertad pero sí su reducción, lo que sucede, por ejemplo, en la denominada pena de extrañamiento, que supone la expulsión del condenado del territorio nacional por el tiempo que dure la condena.

O la pena de destierro, que suponla prohibición del penado de entrar en puntos concretos del territorio nacional detallados en la sentencia.

En ocasiones, la ley puede sancionar la comisión de un determinado delito o falta, restringiendo al reo el ejercicio de determinados derechos, como por ejemplo ocurre con la suspensión de un cargo público, la suspensión del derecho de sufragio o la privación del permiso de conducción de vehículos de motor.

En pocas legislaciones las penas pueden graduarse según criterios legales, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto que se juzga. La ley fija un tope máximo y otro mínimo dentro de los cuales el juez tiene un margen para actuar. Por ejemplo, en un delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, el juez o bien el tribunal, atendiendo a la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes, al grado de participación del autor (autor, cómplice o encubridor), puede graduar la pena dentro de esos márgenes que establece la ley (de 10 a 20 años, por ejemplo). Con ello se trata de acomodar lo máximo posible la sanción impuesta por la ley a las circunstancias del caso concreto que se juzga.

La pena deriva inmediatamente de la transgresión de las leyes, y puede ser definida como el efecto jurídico de la culpa.

Esta regida por el principio exclusivo, simbolizado de la igualdad o del tali3n, por fuerza de ello el mal de la pena debe ser igual al mal del delito. Kant piensa que ha pesar de la desconfianza casi general que lo rodea, el jus taliandi donde sea bien comprendido podr3 egregiamente para determinar la justa calidad y la justa cantidad de las penas. Y demuestra, mediante el ejemplo de la pena capital, el absurdo de aquella opini3n seg3n el cual el principio de la igualdad de los dos males contrastar3a con el que quiere que sean castigados los criminales con penas proporcionadas a su maldad interna. Se observa que siguiendo el criterio del tali3n la pena de muerte resulte aplicada, indistintamente, a todos los culpables del mismo delito, a un hombre de honor, impulsado a la acci3n criminal por pasiones pol3ticas o a un hombre vulgar, inducido a ella por fines ego3stas. Pues bien a pesar de la apariencia en contrario, la misma pena castiga justamente a uno y a otro. Porque el primero preferir3a siempre la muerte a la pena de trabajos forzados y el segundo no ser3a suficientemente castigado con la sanci3n menos grave. La pena capital es siempre una buena compensadora de las culpas de cada uno.

3.7.1 Car3cter Relativo de la Responsabilidad Penal

Seg3n Fichte la responsabilidad penal es la separaci3n entre moral y derecho, constantemente mantenida. El Estado producto de la actividad positiva del yo, bien distinta de aquel impulso que mueve al mismo a librarse infinitamente de la naturaleza y que funda la moralidad es un ente exclusivamente jur3dico. Y lo que es jur3dico no permite intromisiones de elementos extra3os. De modo paralelo, la responsabilidad penal como afirmaci3n del Estado y del Derecho, aun cuando exija que la transgresi3n se realice voluntariamente, no tiene nada de com3n con la responsabilidad moral. Nadie m3s en concreto que Fichte ha afirmado el car3cter real de la libertad, ya como facultad de oponerse a las inclinaciones naturales o de elegir entre las diversas determinaciones. La misma voluntad ha concluido, es por s3 libertad, y la libertad contiene el libre arbitrio.

Pero Fichte no siente la necesidad de hacer de esta doctrina ninguna aplicaci3n en el Derecho Natural, sino para observar que el mecanismo de las penas no suprime la libertad de ser racional.

La valoraci3n moral, por otra parte, no guarda relaci3n con el derecho penal; no solo porque resulta extremadamente dif3cil, dado el car3cter interior de la realidad 3tica, sino tambi3n porque posee una naturaleza diversa.

Las penas legales son diferentes entre sí y graduables, mientras que la responsabilidad moral es única y no admite grados. La ley penal permite e incluso impone, establecer la comparación entre las diversas violaciones, mientras que la ley del deber moral dice al individuo *hic et nunc*: esto se debe y esto no se debe hacer.

El carácter exclusivamente jurídico de la responsabilidad penal se deduce más claramente del fin de la pena. La pena no es un fin por sí misma, no es un fin absoluto, sino que es un simple medio para el desarrollo regular del Estado. Lo posible de la seguridad es el único fin y la única regla de la pena. Así es que el contrato penal se extiende hasta donde llega esta posibilidad y no más; mientras que pasado este límite, el Estado ya no tiene derecho a ejercer la justicia penal. Por tanto, puesto que la pena alcanza su verdadero fin frenando con la amenaza al delincuente, el ideal de la pena sería no deber ser aplicada jamás.

Las penas legales se pueden dividir en dos grandes categorías, según que sean las consecuencias de la violación del contrato social o del contrato penal especial. En la primera hipótesis se tiene la pérdida de todos los derechos; en la segunda la pérdida de los derechos particulares. A la segunda categoría pertenece, en los raros casos en que es aplicable, la pena del Talión. Entendida no como un sufrimiento, deducido de una analogía más o menos vaga con el aspecto exterior del delito, sino como daño a infligir al reo en la medida del doble del ocasionado por él, la pena del Talién es aplicable cuando la voluntad criminal se dirige contra los bienes ajenos, ósea cuando es materialmente mala. No es aplicable, al contrario cuando la voluntad criminal considera la ofensa en sí misma, o sea cuando es formalmente mala. Esto es así porque si la voluntad del reo va dirigida solamente contra los bienes ajenos, la amenaza del talión puede hacer vano el fin que se prefijó el delincuente; pero sí al contrario, el delincuente tiende a la ofensa por la ofensa misma, ciertamente su voluntad no se detendrá ante la amenaza del simple talión.

Entre las otras penas de la segunda categoría se pueden comprender la condena a casa de trabajo, y a casa de corrección. Pero nótese que la corrección no debe entenderse en su significado moral, porque la justicia penal, como se ha observado repetidamente no se refiere a la moralidad del hombre, sino a su intención política, determinada por sus hábitos y por las máximas en que se inspira cuando obra dentro de la realidad.

Puesto que la intención moral es el querer por amor al deber y la intención política es el querer por amor a sí mismo, es decir aquel que tiende a la seguridad de la persona y de cuanto le pertenece, bien puede el Estado hacer suya esta divisa: ámate a ti mismo sobre todo y a tus conciudadanos como a ti mismo.

De la ruptura del contrato social deriva como se ha visto, la pérdida de todos los derechos. Esta solo tiene lugar para los delitos más graves, que atacan al Estado en sí mismo y en la vida de sus componentes. En tales casos, el hombre, privado de todos sus derechos, se convierte en una cosa. Y aquí se detiene la justicia penal propiamente dicha.

La ulterior aplicación al condenado de especiales providencias, como la privación de la vida, es una simple medida de seguridad. De donde resulta que a pesar de la separación neta del derecho penal y de la moral, Fichte no confunde la función penal con la de simple policía.

3.7.2 La Pena como anulación del Delito y Reintegración del Derecho

Cualquiera que sea el valor de esta tripartición lo expuesto consciente exponer la doctrina hegeliana acerca del derecho penal. Hegel no duda en declarar que la teoría de la pena es aquella en que la ciencia moderna deja más que desear. Y esto porque el método del conocimiento abstracto, del que siempre se ha servido, es de hecho insuficiente para resolver las dificultades del problema. Es preciso, ante todo determinar especulativamente la racionalidad del delito en sí y por sí, es decir, el concepto del delito, ya que la teoría general de la pena es irrescindible de la del delito, y se funda sobre la consideración objetiva de la justicia, esto es sobre la naturaleza verdadera del delito, y de lo ilícito. Se verá después que es un juicio superficial el que señala en la pena, un mal que sirve de remedio a otro mal, porque resulta evidentemente absurdo querer un mal sencillamente porque existe otro mal. El mismo error de olvidar lo esencial para afirmarse en lo accidental cometen las doctrinas de la intimidación, de la prevención y de la reforma, que mezclen al punto de vista moral o aspecto subjetivo del delito, "triviales concepciones psicológicas" como la del estímulo de los impulsos sensitivos sobre la facultad representativa del delincuente, lo que hace que se considere

Como un enigma el problema más importante, el de la justicia de castigar en sí y por sí.

Pero para establecer la justicia intrínseca de la pena es preciso ante todo como ya se ha dicho establecer el concepto concreto de delito. El delito es la violencia con la que el ser libre lesiona la existencia de la libertad, en su significado concreto, es decir lesiona el derecho en cuanto derecho, Se nota enseguida que la violación del derecho en cuanto derecho no posee más que una existencia exterior o aparente, que considerada en sí no es nada y que manifiesta la propia nulidad con la anulación de ella misma, ya sea mediante el resarcimiento o mediante la pena. Mediante el resarcimiento es anulada la violación en cuanto daño y mediante la pena es anulada la violación en cuanto voluntad individual del delincuente. Acaece esto porque la realidad del derecho implica la necesidad que tiene de conciliarse consigo mismo mediante la nulidad de la violación.

La pena es por tanto, la lesión de la voluntad del delincuente, la lesión de la lesión del derecho, la anulación del delito y la reintegración del derecho. Como tal no deja de ser justa en sí. Pero hay más: es también justa en relación con el delincuente.

La acción criminal, como obra de un ser racional, contiene siempre en ella un quid de universal, y crea por sí misma una ley que el delincuente reconoce como válida en sí y dentro de la que puede quedar comprendido, como en el propio derecho. Tal derecho, privativo del delincuente, permite que el reo pueda sentirse, en su calidad de ser racional, honrado con la pena, cosa que no podría suceder cuando el concepto y la medida de la pena, en vez de ser deducidos del delito, fuesen detraídos del daño que deriva de él y el fin único de la pena fuese mejorar o inocular al delincuente.

La definición del delito tiene necesidad de algún otro esclarecimiento, que servirá para identificar con mayor exactitud la esfera del derecho penal. No es delito toda violación del derecho, puesto que además de lo ilícito penal, existe también lo ilícito civil. Será pues más exacto decir que al derecho se opone genéricamente lo injusto, como su apariencia o negación, que a su vez debe ser negada por el derecho, con el fin de que aquello que es solo aparente o nulo no llegue a ser real o válido. Lo injusto genérico se divide, pues en tres clases: a) apariencia inmediata del derecho o "simple injusto". b) apariencia por obra del sujeto o "fraude"; c) apariencia absolutamente nula o "delito".

Obsérvese que aquí se entiende por fraude el civil, mientras que la esfera del derecho penal se refiere solamente a la tercera especie del injusto, de la que es característica la violencia.

Pero la violencia, que caracteriza al delito, según Hegel, debe entenderse en su significado más amplio como cualquier lesión dirigida contra el derecho "en cuanto derecho", esto es, no solamente como lesión de lo particular por ejemplo de mi integridad física o de mi propiedad, sino también como lesión de lo universal, es decir, del predicado infinito de lo "mío", de la capacidad jurídica en general.

3.7.3 Contenido y Forma de la Pena: Talión Ideal y Venganza Justa

Con relación a su contenido, ya se ha definido que la pena, generalmente como la negación del delito. El contenido de la pena es el talión, que no debe ser entendido como la igualdad de la pena con la naturaleza especial de la violación, sino como la igualdad referida a la violación en sí, o sea al valor de la violación.

Hegel observa que es muy extraño que las ciencias que para construir sus teorías se valen de los conceptos extraídos de la experiencia psicológica, rehúsen más tarde, en este punto acoger como una verdad el sentimiento común a todos los pueblos, según el cual el delincuente "merece" la pena y le debe acaecer lo mismo que ha hecho. Ciertamente no es nada fácil medir la pena con los delitos, por lo que se recurre frecuentemente en la práctica a principios muy diversos del talión. Pero esto no debe impedir que se tenga presente el carácter propio de la pena, que se expresa mediante el talión, en cuanto igualdad fundamental entre la lesión de la voluntad del delincuente y la lesión del derecho, igualdad entendida como valor, esto es, como identidad interior de las dos lesiones.

En cuanto a su forma, la pena es principalmente venganza. No "simple" venganza, no es un acto de pura voluntad subjetiva, que expresa un juicio contingente y viciado por la contradicción, según el cual la venganza provoca la propia negación y las venganzas se continúan así hasta el infinito; sino el acto de una voluntad que si bien particular, quiere el universal e implica por lo tanto la existencia de una justicia libre de las contingencias de la fuerza o del aspecto abstractamente subjetivo, Justicia que solo puede venir del Estado y que constituye la solución de las contradicciones antes señaladas.

(Costa Fausto, El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía pag 105-114)

La existencia y práctica de la tortura atenta contra los Derechos Humanos establecidos por la ONU y lo estipulado en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por todo ello, la Organización de las Naciones Unidas ratificó en diciembre de 1984 la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyos seis primeros artículos se ofrecen a continuación:

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984

Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1)

Los Estados Partes en la presente Convención,

Considerando que, de conformidad con los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo,

Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana,

Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de la Carta, en particular del Artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

Teniendo en cuenta el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes,

Teniendo en cuenta asimismo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975,

Deseando hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en todo el mundo,

Artículo 1

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido.

O de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

Artículo 2

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Artículo 3

Observación general sobre su aplicación

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

Artículo 4

1. Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Artículo 5

1. Todo Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;

b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;

c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado Parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.

3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Artículo 6

1. Todo Estado Parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.

2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.

3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.

4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

En Cuanto a la pena de muerte, es privación de la vida del condenado por la comisión de un delito grave que la ley sanciona con dicha pena. Es denominada asimismo pena capital.

Escritores y filósofos del siglo XVIII como Montesquieu, Voltaire o Cesare Beccaria abogaron por importantes reformas en los sistemas penales, que fueron llevando poco a poco desde la limitación de los delitos castigados con la pena capital hasta su completa abolición en muchas legislaciones. En la actualidad muchos países admiten la pena de muerte sólo en casos excepcionales como en tiempo de guerra y en situaciones de extrema gravedad. En Estados Unidos existe esta pena en algunos estados. Después de que una sentencia del Tribunal Supremo se pronunciara en contra de la misma, aduciendo su inconstitucionalidad, otra sostuvo en cambio su adecuación a la Constitución de Estados Unidos. En España la pena de muerte fue abolida por la Constitución de 1978.

Los defensores de la pena capital alegan en su favor un carácter ejemplarizante que, según su interpretación, no se alcanza con las penas privativas de libertad. Los que se oponen a la aplicación de la pena de muerte aducen todo lo contrario, y añaden como argumento la posibilidad de error judicial, que siempre sería imposible de remediar, así como la indefensión de aquellos reos que, al no tener recursos económicos, tampoco podrían pagar una defensa eficaz en el juicio. Son sobre todo las consideraciones de orden ético y hasta religioso las que más pesan a la hora de abogar por la abolición de esta pena, al considerar el derecho a la vida como algo incuestionable.

(Fuente Alex, Editorial Jurídico Convención contra la tortura y otros tratados, penas crueles, inhumanas o degradantes)

CAPITULO IV

DELITOS CONTRA EL HONOR

4.1 Generalidades

4.1.1 El Bien Jurídico Protegido de los Delitos Contra el Honor

Es de esencial importancia para estudiar los delitos contra el honor, analizar el bien jurídico tutelado por los mismos. Cada vez que el legislador sanciona un hecho persigue la protección de un bien, que toma el carácter de jurídico precisamente por la consideración que del mismo hace la ley.

Con los delitos que se comprenden bajo la denominación genérica de contra el honor, se ha pretendido proteger uno de los bienes más preciados por nuestra cultura, el honor, entendiendo el concepto en su más amplia expresión y alcance.

Desde luego, no se puede dejarse de reparar la diferente naturaleza del honor al ponerlo en parangón con los demás bienes tutelados por la ley. El legislador se ha preocupado de proteger el patrimonio material, la integridad corporal, y otros bienes de materialidad indudable; el honor no tiene una existencia material, es un producto absolutamente abstracto, si se quiere ideal y por ende, la dictación de normas para los atentados que se cometan en su contra se hace difícil de plasmar en forma racional y práctica. Los estudiosos del derecho han ensayado diferentes teorías y principios con el objeto de resolver el problema en forma eficaz, por ello el estudio de estos delitos ha dado origen a una nutrida doctrina donde se sostienen criterios abiertamente contradictorios.

El origen de estas diferentes opiniones se debe, en gran parte, a la poca determinación del bien jurídico protegido que hasta el instante, se ha considerado que es el honor en todas sus facetas. El profesor Juan Ramos expresa claramente estas ideas al decir: "La necesidad de protegerse contra un ataque al patrimonio o a la salud es común a la casi totalidad de los hombres, sean buenos o malos, sean normales o sean anormales, sean delincuentes o trabajadores, dignos, sean de sentimientos sociales o antisociales.

El honor en cambio es un sentimiento que solo tienen una parte de los seres humanos. Además el honor es un concepto muy difícil de precisar, en cuanto a los elementos que lo constituyen y en cuanto a su proyección sobre la moral social que sirve de fundamento a la vida de un pueblo”.

Lo que el derecho debe tomar en consideración no es el honor en sí, sino otro bien especial y que podríamos denominar como “el derecho al honor”. Toda sociedad organizada, requiere de un orden determinado para poder subsistir como tal; así, en el orden patrimonial, se han establecido derechos, como el de propiedad, que involucra obligaciones al mismo tiempo. El titular del derecho tiene los medios necesarios para obligar que aquellos que lo rodean le respeten este derecho. En las relaciones personales que deben reinar entre los miembros de una grey sucede otro tanto. Todo individuo por el hecho de vivir en sociedad, tiene el derecho de ser respetado, de ser considerado y tiene la obligación de respetar a aquellos que lo rodean. Los componentes de un conglomerado social por circunstancia de vivir en comunidad de intereses, de relacionarse mutuamente, de depender unos de otros y necesitarse, requieren como medio vital, mantener entre sí una consideración, cierto respeto, sea que se tenga o no honor o reputación específicos. En el campo jurídico esta necesidad se traduce en un derecho, que involucra la facultad que tiene cada individuo de pedir se le trate en forma decorosa y la obligación de los demás de responder a este tratamiento. Este derecho es el que hemos denominado “derecho al honor”, y del cual es acreedor todo individuo por el solo hecho de nacer, de existir, como un complemento del derecho a la vida. Nosotros estimamos, en consecuencia, que no es el honor en sí el bien que debe protegerse con los delitos en estudio, sino este bien que denominamos derecho al honor. Ambos son totalmente diferentes, ya que el uno no presupone al otro. Así ocurre en el caso de un recién nacido, que no está en posesión de una reputación, ni menos de un honor interno; sin embargo es titular del derecho al honor y los que los rodean están en la obligación de respetarlo.

4.1.2 ¿Que debe entenderse por Honor?

El Honor es el concepto que tiene una persona de sí misma y aquel que los terceros se han formado acerca de ella, en lo relativo a su conducta y relaciones éticas, y sociales.

La naturaleza del honor, los elementos que lo forman, son difíciles de precisar debido al diferente alcance que a la idea le dan los seres humanos, alcance que varía de una sociedad a otra, como también varía en el transcurso del tiempo. Distintas situaciones que en otra época se consideraban honrosas, hoy en día no lo son. En una nación, según las costumbres e idiosincrasia de sus habitantes, puede un individuo estimar que no se deshonra con determinados actos, lo que no ocurriría en otra.

El Honor encierra tres ideas diferentes, mejor dicho tres aspectos diversos. Estos diversos aspectos fueron señalados por Carrara, quien distingue entre el honor propiamente tal, la reputación, y las ventajas materiales derivadas de una reputación determinada.

a) El Honor propiamente tal: Está formado por el concepto integral que tiene cada individuo de su propio valor, del concepto que tiene de sí mismo como ser humano y social.

Este pensamiento que por naturaleza es esencialmente subjetivo y de elaboración íntima, está formado por un complejo conjunto de atributos físicos, intelectuales, sentimentales, etc.; que un ser se atribuye a sí mismo, sean o no reales, vale decir, esté o no en posesión de ellos. En síntesis es la conciencia de los méritos que se posee o se cree poseer.

La antítesis del honor es el menosprecio que sentimos por nuestras propias acciones cuando estimamos que no se conforman con nuestra conducta ideal, el dolor o vergüenza sufrido por nuestro modo de ser o nuestro pensamiento.

b) Reputación u honor objetivo: Todo individuo provoca la formación de una opinión a su respecto en los demás componentes de la sociedad en que vive. La suma de estas opiniones viene a formar la reputación. Este es otro de los aspectos que encierra el concepto honor en su sentido genérico. El honor objetivo o externo, como también se le denomina, está formado por la opinión de la gente, es la suma de los valores morales, sociales, intelectuales, que se le atribuyen a un individuo.

En la formación del honor objetivo interviene en forma privativa la consideración ajena. Sucede todo lo contrario que con el honor subjetivo, el cual, como su nombre lo indica, es de creación íntima. Como la reputación no es otra cosa que la valoración que la sociedad hace de un individuo, se denomina también honor objetivo o externo.

c) Ventajas materiales derivadas de una reputación: Toda buena reputación va acompañada, como corolario lógico de ciertas ventajas materiales. En nuestra sociedad, el prestigio de una persona, la buena opinión que existe a su respecto, se traduce en beneficios de orden diverso que pueden ser patrimoniales, sociales, etc. Así si un individuo tiene fama de ser estricto en el cumplimiento de sus obligaciones comerciales, tendrá amplio crédito; la buena opinión y seriedad que merezca la obra de un artista hará considerar de manera especial sus opiniones sobre la materia; en fin, los beneficios que acompañan a una reputación son innumerables.

Pero estas ventajas son en realidad un producto de la reputación, y por ello no pueden considerarse integrantes del concepto del honor, como tampoco quedan protegidas por la ley al sancionar los delitos en estudio.

El Honor es la buena reputación de las que goza el individuo. Para algunos autores, el concepto de honor constituye no sólo un valor esencial sino un tópico propio de la antropología de los países mediterráneos.

El honor forma parte de la ética del individuo que se contempla a sí mismo a través de los ojos de los demás. Se relaciona con la reputación, la respetabilidad o la gloria, valores que se obtienen a partir del juicio de terceros frente a los que se quiere ocupar una posición superior, ya que se establece una lucha de poder mientras se cuestiona si los demás disfrutan de la misma integridad. No se goza de gloria ni de buena o mala reputación a menos que haya un tercero que así lo certifique.

La literatura y el cine aportan constantemente elementos para dar a conocer los códigos de honor: historias de la mafia o de venganzas premeditadas van haciendo que un concepto, en principio arraigado a una cultura determinada, pase a ser universal aunque adopte diversos sinónimos. A medida que las historias ficticias se van haciendo comunes, desaparecen de forma progresiva las antiguas diferencias entre los códigos de honor rurales y urbanos.

La pérdida del honor implica que el ofensor degrade al ofendido en su valía humana: lo menosprecia, lo embrutece.

La amenaza se relaciona con la fuerza física, la agresión y la disposición para ejercer la violencia, que es la justificación extrema. De ese reto surge la disposición de limpiar la reputación y el nombre del ofendido. El acto de violencia para recuperar el honor coarta la respuesta del ofensor ya que no se persigue ninguna ventaja práctica.

Todo apunta a que la pérdida del honor constituye un conflicto entre lo privado y lo público, en donde, por ejemplo, aún en nuestros días, la mujer forma parte de lo primero y el hombre de lo segundo. En resumen, el honor pertenece al dominio de lo privado, ya sea del interior de la persona, de su casa o de su familia, y se pone en juego en el dominio de lo público.

4.1.3 Características del Honor y su protección por la Ley

El Honor subjetivo, como sabemos, es el concepto de nuestra propia dignidad. La protección que del mismo debe hacer la ley, ha de sujetarse a diversas modalidades derivadas de la naturaleza del bien.

El honor es innato a la naturaleza humana, todos los individuos poseen un honor siempre que tengan capacidad para percibir y comprender su función de seres humanos.

Excepcionalmente carecen de honor los dementes, los infantes y otras personas en situaciones análogas, por cuanto como se ha dicho honor es el concepto que se tiene de sí mismo, y de las personas nombradas, por su condición particular de incapaces, es difícil concebir que posean la madurez suficiente para formar ideas lógicas, para razonar, por ello no pueden tener un concepto de su personalidad inmaterial.

Los juristas afirman que una ofensa a esta clase de honor debe ser sancionada en todo caso cause o no una lesión moral en el ofendido, por cuanto en la realidad no podrá indagarse con éxito, en la mayoría de las veces, si la ofensa verdaderamente ha afectado a la víctima. Es problemático sostener que un individuo ha sufrido una lesión en su honor por un agravio dirigido en su contra, cuando la lesión se produce en lo íntimo del afectado. Puede ocurrir que una expresión de menosprecio no toque el honor subjetivo de una persona, no obstante que con esa intención sea proferida por su autor. En este aspecto no puede entrar a distinguir la ley.

El solo hecho de que se pretenda ofender y se realice un acto que potencialmente pueda lograr el resultado perseguido merece sanción.

Los juristas estiman que no interesa comprobar si se ha deshonrado a una persona o no. Es suficiente afirmar, que el autor de la ofensa haya pretendido ofender y se haya valido de expresiones o acciones que por su naturaleza sirvan para lograr este objetivo. Lo que se sanciona es precisamente esta conducta.

La lesión al honor subjetivo presenta una característica especial. Una ofensa proferida puede provocar un dolor en el individuo, puede dañar sus sentimientos más íntimos; pero el honor en sí por su creación personal del afectado, no puede ser quitado ni disminuido.

La reputación presenta ciertas características diferentes a las señaladas con respecto al honor subjetivo.

La reputación es la opinión que los miembros de una sociedad se han formado con relación a una persona, Presenta en su gestación una característica propia, en ella interviene en forma exclusiva la opinión ajena, sin perjuicio de que se reconozca que el concepto emana de la persona afectada, de su modo de ser, de su comportamiento, de su posición. En todo caso, la reputación se forma fuera de la conciencia del poseedor de dicha reputación. La reputación no existe en el individuo, sino que en aquellos que lo rodean.

La lesión a la reputación presenta diferencias con la lesión al honor. Todo ataque al prestigio, a la fama, lleva la posibilidad de que la reputación se pierda. Como este bien jurídico se encuentra formado por la opinión de los demás, la difamación puede terminar en lograr el objetivo perseguido, en arrebatar la consideración pública de que goza un individuo, privarlo de una reputación determinada o, por lo menos disminuirla. Por ello en toda época se ha estimado que la reputación es un bien que debe ser amparado por la ley, por cuanto un ataque a este aspecto del honor puede considerarse, en cierto modo, como un atentado de orden social. En efecto, en una sociedad, donde la reputación es impunemente herida y blanco de habladurías no puede existir tranquilidad y la ley, como objetivo esencial, persigue el mantenimiento del orden y tranquilidad en la sociedad.

4.1.4 Diferencias que existen entre el Honor Subjetivo y la Reputación

La diferencia entre ambos bienes se desprende de la propia naturaleza de cada una de ellas.

- a) El honor propiamente tal nace en lo íntimo de cada ser, su origen es subjetivo y personal. El individuo, por su propio conocimiento y la auto estimación que de sí hace, llega a una idea determinada de su valor como ser humano, y esto es lo que constituye el honor. Por el contrario la reputación se forma fuera del individuo, en los demás. La reputación u honor objetivo es el concepto que los terceros adquieren respecto de un individuo, en otras palabras es lo que se piensa de una persona.

- b) La diferencia entre ambos bienes queda más en claro si se observa que pueden existir independientemente, vale decir, un hombre de honor puede carecer de reputación, como por otra parte un individuo con buena reputación puede carecer de honor subjetivo. En efecto ambos conceptos no siempre van aparejados, la reputación como producto de la opinión ajena puede favorecer a una persona deshonesta, respondiendo el buen concepto que se tenga a su respecto de una errada apreciación de su persona debido a circunstancias de orden diverso.

- c) El Honor interno, no puede ser arrebatado. El individuo que está en posesión de un honor determinado no lo pierde por lo que los terceros piensen a su respecto, sin perjuicio de que dicho pensamiento pueda afectarle, pueda proporcionarle un sufrimiento; pero en todo caso, su honor quedará intacto, ya que está formado por la propia estimación. Con la reputación es producto del pensamiento ajeno, el ataque a dicha opinión puede hacerla variar. Una reputación puede venirse al suelo por la maledicencia, lo que indica que se puede privar a un individuo de un honor objetivo determinado.

Las legislaciones modernas están tomando cada vez más en consideración la naturaleza de estos bienes inmateriales para determinar una nomenclatura acertada de los delitos contra el honor.

En la actualidad, más que a la naturaleza misma de la imputación, se atiende el bien jurídico lesionado con la ofensa para determinar el delito cometido.

4.1.5 El Derecho al Honor

El honor tiene una naturaleza especial, como hemos expuesto, es de elaboración psíquica, se forma en la consecuencia del sujeto del bien en el caso del honor subjetivo, y en la consecuencia de los demás en el caso de la reputación.

De modo que para que una persona tenga honor debe tener por lo menos conciencia de sí. Para que pueda ser titular de una reputación, debe haberse relacionado con la sociedad donde se encuentra, para que ella pueda formarse un criterio respecto de su persona.

Un enajenado puede tener reputación, pero no honor subjetivo. Un recién nacido no tiene honor subjetivo, ya que es imposible concebir que pueda tener un concepto de su propia dignidad; además generalmente carece de reputación, ya que la misma se forma cuando individuo actúa en un medio determinado, cualquiera que sea el mismo.

Por lo dicho pensamos que existen personas que no están en posesión del mismo, sea por sus condiciones psíquicas, por su edad o por otras circunstancias especiales. Esto no involucra que aceptemos que se puede menospreciar, atentar a la personalidad moral de un ser que carece de honor.

El derecho no puede permitir el desprestigio de un ser humano, aunque se trate de un niño o un enajenado, pero tampoco se debe justificar la sanción expresando que se protege un honor que en la materialidad no existe, y que viene a ser precisamente el fundamento del delito.

Corrientemente no se lesiona una reputación existente, sino que más bien se crea una mala reputación. En efecto, para hablar de que se lesiona la reputación, debe existir previamente el bien que se pretende atacar, puesto que lo que no existe no se puede lesionar. Sucede frecuentemente que se difunden expresiones agraviantes entre personas que no conocen a aquella contra la cual va dirigida la ofensa, que no tiene concepto alguno sobre la honorabilidad del ofendido., precisamente vienen a tener noticia del mismo por los comentarios malévolos, que a su respecto se hagan. En este caso ¿existía una reputación que se pretendió atacar? No, lo que en verdad ocurre es que se ha perseguido crearle una mala reputación.

El caso se presenta con las noticias policiales y en general con ciertas informaciones dadas a la publicidad en los periódicos. Se atribuyen delitos o hechos deshonorosos a individuos determinados, generalmente desconocidos por gran parte de la sociedad que lee el periódico; a los hechos se le dan gran difusión, de manera que toda una población pasa a considerar como delincuente o deshonesto al afectado con la noticia. ¿Puede decirse que se ha atentado a la reputación de dicho individuo, cuando este bien está formado por la opinión que los terceros tienen de una persona, y en el presente caso dichos terceros no tenían formada idea alguna de la personalidad moral del agraviado, sino que por el contrario, precisamente por las publicaciones deshonorosas han venido ha conocerlo? Si no se ha podido perjudicar una reputación existente; ¿Qué es lo que se ha logrado con la perpetración del delito? Lo que sucede es que la ofensa ha creado una reputación negativa del ofendido entre los miembros de la sociedad en que vive, y por este medio se ha pretendido, a su vez, que los mencionados miembros de la sociedad pierdan toda urbanidad y respeto hacia el difamado.

Por otra parte los autores están de acuerdo en que los atentados al honor subjetivo deben ser sancionados sin considerar si efectivamente se lesionó este bien o no. Es suficiente, que las expresiones o acciones puedan potencialmente causar el agravio, pero no se requiere que el honor sea precisamente herido.

Llegamos a la conclusión de que lo castigado es pura y simplemente la conducta del calumniador o difamador sin considerar el honor mismo, o sea se reprime el hecho de que un miembro de la sociedad no guarde la consideración exigida por la costumbre respecto de otro miembro de dicha sociedad, sin considerar si lesionó o no el honor, lo que interesa en consecuencia a la ley, no es el honor, sino el mantenimiento entre los componentes de un conglomerado social de un tratamiento digno.

La ley pretende como objetivo esencial, establecer un orden determinado en la sociedad sobre la cual rige. Este ordenamiento comprende diferentes campos, y entre ellos la protección del ser humano en su aspecto integral, como persona física y moral. La vida en sociedad se debe precisamente a la necesidad inherente a los seres humanos de convivir, necesidad que obliga al hombre de mantener relaciones con los demás hombres, al trato de unos y otros.

Para que este objetivo social se pueda cumplir en forma eficiente se requiere que en estas relaciones se mantenga cierta armonía, cierto equilibrio, que se traduce en la obligación de todo individuo de respetar a los demás, de tratarlo en forma digna.

El derecho debe garantizar el cumplimiento de esta obligación. Cuando los miembros de una colectividad dejan de respetarse, se produce como triste resultado la anarquía, el desorden, y la desorganización, que no es sino un índice de la imposibilidad de la vida en común y el principio de desintegración de la grey.

Por ello es de vital importancia esta obligación que pesa sobre todos los componentes de un conglomerado humano de mantener una consideración mutua en el trato recíproco, sin que se requiera previamente establecer si se está en posesión de un honor o reputación determinada que hagan merecer dicha consideración. En la misma forma como se exige el respeto a la integridad física del individuo, el respeto a su libertad, a su patrimonio, como único medio de que funcione y se desarrolle en forma normal la convivencia, es necesario que se respete como ente moral, sea o no el individuo hacedor de este respeto, vale decir cualquiera sea el concepto que el individuo tenga de sí mismo o los terceros tengan de él.

El solo hecho de que los componentes de una sociedad vivan en comunidad de intereses que los obliga a relacionarse, les impone la necesidad de considerarse y mantener un trato digno. Esta necesidad se traduce en un vínculo jurídico compuesto por el derecho de cada individuo para exigir un comportamiento digno respeto de su persona y en la obligación recíproca de respetar a los que lo rodean. A este vínculo jurídico es lo que hemos denominado "derecho al honor".

4.1.6 Formas protegidas del honor

El Concepto objetivo del honor corresponde la figura de la difamación así como el concepto subjetivo corresponde la injuria. El primero de estos delitos consiste en perjudicar la fama; el segundo en ofender moralmente.

En nuestra ley no se hace esta clasificación sino que, la diferencia entre las figuras se funda en la naturaleza de la imputación y no en la forma de hacerla.

Cuando un sujeto ocultamente ha cometido un desfalco y es imputado en público de este hecho, su padecimiento moral puede ser intensísimo.

Mayor acaso al que pueda experimentar un hombre honesto a quién se diga públicamente y para ofenderlo una cosa que nadie creerá.

Sin embargo la ley no dispensa protección a esa forma puramente subjetiva, el sujeto debe soportar como consecuencia de su conducta los padecimientos morales que tales situaciones le puedan acarrear.

En este sentido se dice que si bien la ley tutela la forma subjetiva del honor, para el alcance de la tutela de ese bien jurídico, ha trazado un límite sirviéndose precisamente de la forma objetiva y debida del honor, es una manera de dar preferencia a intereses sociales superiores, la tutela del honor subjetivo no es incondicionada.

Sujeto Pasivo:

Sucede a veces que no se encuentra en el sujeto pasivo la posibilidad de considerarlo real poseedor del honor en el concepto subjetivo como ocurre con los individuos que no tienen conciencia de sí mismos, en otras veces se encuentra faltar el honor en la acepción objetiva del buen nombre y fama, la ley no limita la protección al honor sino que hay ciertas limitaciones.

- **Los enajenados:** no-solo pueden ser ofendidos en el sentido subjetivo sino que pueden ser injustamente objeto de descrédito social, afirmándose de ellos hechos falsos, injuriosos o calumniosos referentes a su pasado y aun a su valor presente
- **Personas deshonestas:** No hay posibilidad en el derecho moderno de aceptar alguna tesis que excluya la posibilidad de tutela del honor para determinadas personas, para nosotros no existen infames con respecto a los cuales puedan hacerse impunemente cualquier afirmación, el rufián, la prostituta, pueden ser lesionados, sino en su honor objetivo, en el subjetivo.

Es importante negar la existencia de categorías de sujetos privados en principio de protección. Las limitaciones de que esa afirmación pueda ser objeto no provienen de considerar a determinados sujetos como carentes de honor y por ello como incapaces de ser sujetos pasivos posibles de estos delitos; provienen de las distintas formas en que la ley traza sus figuras delictivas y de la relevancia acordada, en ciertos casos, a la prueba de la verdad de la imputación.

Anuario de Derecho Constitucional (Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo, Rodrigo Uprimny Yépez)

4.2 La Injuria

Es Deshonrar esto quiere decir ofender a una persona mediante una ofensa hiriente, consiste en la provocación de un dolor moral, en la ofensa efectiva y existente y que resulta inmediatamente para la víctima del solo acto del menosprecio.

Es un delito lesivo de auto valoración del honor con independencia de que se trate o no de la imputación de algo verdadero.

Es Desacreditar, Es decir tratar de restar crédito y reputación., el delito consiste en una acción de peligro y no de daño, la acción tiende ha desacreditar, pero no que efectivamente la gente haya creído y aceptado el descrédito lo cual sería imposible y absurdo de probar pues siempre quedaría la posibilidad de que alguien no hubiese creído la especie. Tratase de una infracción en la cual el peligro y el daño potencial en cierto sentido se superponen.

4.2.1 Elementos del Delito:

Es necesaria para la existencia del caso legal de injuria la concurrencia de dos elementos subjetivos y objetivos o materiales. El primero está constituido por el dolo que estaría conformado por una malignidad particular, un propósito especial de causar deshonra, descrédito o menosprecio.

El elemento material consiste en la actividad humana exteriorizada, que en este caso debe plasmarse en una expresión o en una acción con actitud de provocar un desmedro en el patrimonio moral de un individuo. El artículo 416 del Código Penal define la injuria en la siguiente forma: “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”.

Es necesario para que exista injuria, un acto material del hombre que la ley ha traducido como una expresión o una acción en el artículo 416. Las dos locuciones proferidas por el legislador: “expresión proferida o acción ejecutada”, nos señalan el ámbito de la injuria en su aspecto formal.

La otra forma de materializar una injuria es mediante la “acción”. El legislador contrapuso el término expresión al de acción para dejar en claro que también se puede cometer agravio constitutivo de delito por medio de gestos, movimientos y aun por hechos que importan aparentemente el carácter de agresiones, como el palmazo, la bofetada, el escupo, etc.

Las injurias que se traducen en acciones, en ciertas ocasiones y según el medio en que se emplee, pueden ser más efectivas que las expresiones, por cuanto las primeras son de más fácil comprensión y quedan grabadas con mayor facilidad en el pensamiento de quienes las han presenciado.

También se puede cometer injuria por medio del dibujo de la caricatura, ya que son medios de exponer con énfasis el pensamiento. La caricatura es una de las formas más temibles de la injuria, por cuanto la misma trata de que se comprenda su alcance con una sola mirada, que queda grabada con facilidad en la retina por tiempo indefinido.

Con respecto a los medios de perpetración de la injuria se presenta un problema que dice relación con la omisión. ¿Puede el hecho de que no se haga algo ser considerado en ciertos casos como un medio apto para perpetrar el delito de injurias? Los ejemplos que se dan son numerosos y huelgan, como dejar a una persona con la mano estirada, no responder al saludo, etc.

Además en el delito de injuria la ley se ha preocupado con precisión de señalar cuales son los medios aptos para perfeccionarla: la acción ejecutada y la expresión proferida. La ley emplea estos términos perfectamente claros en su alcance y que se contraponen a la “omisión” como lo reconoce el mismo legislador al definir el delito en el artículo primero del Código Penal cuando habla de que el delito es “toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Si el artículo 416 restringió los medios de comisión de la injuria solamente a dos: la acción y la expresión, quiere decir que descartó totalmente la omisión.

Se concluye con este delito que no solo se pretende dar protección al honor subjetivo o interno, sino que también a la reputación, la palabra desacreditar lo deja en evidencia.

De modo que la expresión o acción para que pueda ser injuriosa debe ser deshonorosa, sea para el honor propiamente tal, o para la reputación de una persona, vale decir debe tener la potencialidad suficiente para causar uno de estos tres objetivos: el descrédito, la deshonra o el menosprecio.

Debe tenerse en cuenta de que lo agravante de la expresión o acción no solo puede desprenderse de un análisis aislado de ellas, mejor dicho de su significado intrínseco; también puede ser agravante la expresión o acción cuando tenga este alcance considerando su valor presente, histórico, como bien dice Soler.

4.2.2 Elemento Subjetivo de la Injuria:

Se dice que no es suficiente para configurar el delito de injuria la expresión de una palabra o la ejecución de un hecho, sino que se requiere además de un elemento psíquico esencial: el ánimo de injuriar; condición que verdaderamente de carácter de ilicitud a la conducta exteriorizada. Se afirma que es de tal importancia este elemento que muchas palabras o acciones cuyo significado intrínseco es afrentoso por naturaleza, si no han sido acompañadas de la intención de injuriar, no constituye delito.

Se estima que el "*ánimus injuriandi*", que constituye el dolo específico de la injuria, se encuentra integrado de dos circunstancias: a) el conocimiento de que las expresiones usadas o las acciones ejecutadas son medios que sirven y son comúnmente empleados para deshonrar u ofender; b) que hayan sido proferidas o ejecutadas en su carácter agravante; circunstancias que deben concurrir copulativamente.

Se estima que el artículo 416 del Código Penal se refiere expresamente al *ánimus injuriandi*, considerándolo como el elemento a través del cual debe analizarse el hecho considerado delito para determinar si es susceptible o no de sanción.

Las expresiones "en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona" se refieren a la intención de agravar, de modo que las acciones o palabras no son en sí constitutivas de delito de no mediar el ánimo de inferir una lesión al patrimonio moral.

4.2.3 Clasificación de las Injurias:

a) Injuria explícita e implícita: La primera existe cuando la acción es claramente, sin lugar a dudas, injuriosa. La segunda consiste en una acción o expresión que realizada o dicha al ofendido hace presumir que éste puede haber cometido un acto que la sociedad tiene como atentatorio a la moral.

b) Injuria directa e indirecta u oblicua: Es directa una injuria cuando se le dirige a la persona misma afectada, sin usar rodeos, mientras que la indirecta u oblicua, también llamada larvada es aquella en que sin sindicarse en forma precisa a una persona como en posesión de una cualidad criticable, se le deja sentir por la forma de expresión, que a ella se le dirige la ofensa. Tal sería el caso de decir “yo no he estafado nunca a nadie”, dando a entender que aquella con quién se habla si lo ha hecho.

c) Injuria contra una persona que recae sobre un tercero o injuria mediata

Hay frases deshonrosas que dirigidas a una persona, menosprecian también a un tercero ajeno a la relación creada por la imputación. Así sucede por ejemplo si se dice a una mujer casada y con hijos que su marido es invertido e impotente, ya que fuera de que se ofende al marido, también se le ofende a ella, puesto que indirectamente se le atribuye adulterio.

No ha de confundirse esta situación con aquella en que la injuria a una persona viene a producir solamente un dolor a un tercero, como sucedería en el caso de que a uno de dos hermanos que se estiman se le dijera “ladrón”, indudablemente se va a causar un dolor moral con esta atribución al otro, pero en ningún caso se le injuria, ya que la invectiva no recae en lo más mínimo sobre el.

d) Injurias graves, leves y livianas

Son injurias graves: 1.- La imputación de un crimen o simple delito de los que no dan lugar a procedimiento de oficio; 2.- La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito; 3.- La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado; 4.- Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público como afrentosas; 5.- Las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendidos al estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor.

Se debe entender por injuria leve aquella que no siendo grave se ha realizado por escrito y con publicidad. Cuando la ofensa no puede reputarse grave y no ha mediado escrituración y publicidad nos encontramos con una injuria liviana, que no es delito propiamente tal, sino que es falta.

El artículo 419 dice “que las injurias leves se castigarán con las penas. . . cuando fueren hechas por escrito y con publicidad. No concurriendo estas circunstancias se penarán con faltas.

La circunstancia de la escrituración y la publicidad es el límite que viene a separar y diferenciar ambas clases de injurias. De manera que cualquiera que sea la importancia de la ofensa proferida, si no puede quedar comprendida entre las que el Código denomina como graves, cuando se haya realizado solo verbalmente para nuestra ley es injuria liviana y la sanciona como falta; a la inversa, por ínfima que sea la injuria, cuando se ha hecho por escrito y con publicidad, es considerada para su sanción como leve.

“No existe pues un elemento jurídico que permita diferenciar con precisión una injuria leve de una liviana atendiendo a su naturaleza intrínseca, tal como lo hizo al tratar de las injurias graves, sino que lo hace (el Código) atendiendo a esta otra circunstancia agregada: la de ser o no por escrito y con publicidad”.

4.2.4 Caracteres Comunes de la Injuria:

Consiste en un pensamiento lesivo para el honor de otro, debe tratarse de algo atinente a la persona misma; no basta la simple apreciación acerca de la obra de esa persona, si la calificación de esa obra no envuelve o implica ese juicio moral, esto coloca al delito de injurias en un plano de relatividad en el cual es necesario tomar en cuenta la situación de la persona aludida.

No se desacredita a un particular diciendo que no sabe medicina; pero si se desacredita a un médico no porque sea un defecto moral no saber medicina; sino en cuanto aquel juicio importe afirmar que no sabiendo medicina simula saberla y engaña con ello a la clientela.

4.2.5 La injuria en el nuevo código penal

Artículo 208.

Es **injuria** la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las **injurias** que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las **injurias** que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 209.

Las **injurias** graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de **tres a siete meses**.

Artículo 210.

El acusado de **injuria** quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

Artículo 211.

La calumnia y la **injuria** se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Artículo 212.

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o **injuria**.

Artículo 213.

Si la calumnia o **injuria** fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los artículos 42 ó 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años.

Artículo 214.

Si el acusado de calumnia o **injuria** reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o **falta de certeza** de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior. El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o **injuria**, en espacio idéntico o similar a aquél en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador.

Artículo 215.

1. Nadie será penado por calumnia o **injuria** sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o **injuria** vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. El culpable de calumnia o **injuria** quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4º. del artículo 130 de este Código.

Artículo 216.

En los delitos de calumnia o **injuria** se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

Comentarios

Para que haya realmente delito de injurias debe existir él "animo de injuriar", sabiendo que estás diciendo algo que realmente va a afectar a la dignidad de la otra persona.

Antes de interponer una querrela, se llama a un acto de conciliación, donde la policía cita a las personas que han cometido injuria para que se detracten de lo dicho.

EL ART. 489 DEL CÓDIGO PENAL tipifica este delito y dice lo siguiente: La injuria es:

- a) Calumniosa.-** cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y,
- b) No calumniosa.-** Cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.

Como es de conocimiento de los amables lectores de la Sección Judicial del Diario LA HORA, delitos de acción privada son aquellos cuya acción penal persecutoria pertenece sólo al ofendido y exige la actividad del querellante, en la que manifiesta que delito es el que acusa. El catálogo de los delitos de acción privada se encuentran establecidos en el Art. 428 del Código de Procedimiento Penal, la injuria en nuestro sistema penal puede ser: calumniosa y no calumniosa

4.2.6 Principales diferencias entre Injuria Calumniosa y No calumniosa

Podría señalar las siguientes:

- a)** Para que exista injuria calumniosa debe mediar necesariamente la falsa imputación de un delito y para que haya injuria no calumniosa basta cualquier expresión que importe deshonra o descrédito para el agraviado.
- b)** Para que exista delito de injuria calumniosa, es necesario que la imputación que forma su objeto sea falsa, mientras que la injuria no calumniosa se perfeccione aunque el hecho, vicio o defecto o falta de moralidad atribuidos sean verdaderos, pues a la Sociedad no le interesa la revelación de las fallas

morales de que un individuo pueda adolecer, ni nadie tiene la facultad de erigirse en censor de la conducta de sus semejantes.

c) La conciencia de la facultad de la imputación es exigida, cuando se trata de injuria calumniosa como elemento integrante del dolo; no ocurre esto con la injuria no calumniosa, ya que aquí nada importa que la imputación constitutiva de aquella sea verdadera o falsa.

d) Es diferente la pena que se impone

4.2.7 ¿Qué es el dolo en la injuria penal?

El dolo se constituye con la conciencia de la entidad injuriosa de la imputación, por lo que quien obra para atacar la honra o el crédito ajeno sabiendo que con su acción ha de atacarlo, o conociendo la posibilidad de esa ofensa llena subjetivamente la que existe en este delito.

4.2.8 Clases de ánimos de ofender

La doctrina establece varios y entre ellos en resumen tenemos los siguientes:

1.- Animus injuriandi, que en breves palabras no es nada mas ni menos que es el propósito de injuriar, de calumniar y este elemento debe probarse en el proceso por este delito.

2.- Animus Jocandi, que consiste en la intención de hacer una broma que las circunstancias y las relaciones entre las partes lo justifiquen.

3.- Animus Corrigendi, esto es la intención de corregir, que implica las actitudes de los padres para con sus hijos, los maestros con sus discípulos o sea que en estos casos se persigue fines de corrección o de educación, para que esto proceda debe comprobarse la preexistencia de las relaciones de las que pueda nacer un derecho de corrección.

4- Animus Consulandi, es el que impulsa a querer dar un consejo.

5.- Animus Defendi, esto es quien se defiende obra conforme a la ley, siempre que su acción no exceda los límites impuestos por la necesidad, pues aquí son aplicables los principios generales que rigen la legítima defensa.

6.- Animus Retorquendi, es el que mueve a quien devuelve injuria por injuria, esto es el caso típico de la reciprocidad de injurias y que según lo dispone el Art., 496 del Código Penal: " Cuando las injurias fueren recíprocas en el mismo acto, ninguna de las personas ofendidas podrá intentar acción por las que se hubieran inferido en dicho acto, sea cual fuere la gravedad de las injurias no calumniosas que se hubiesen recíprocamente dirigido; pero no hay compensación entre las injurias calumniosas y las no calumniosas.

7.- Animus Anarrandi, esto se muestra en el relato o descripción de conductas atribuidas a personas determinadas, sus manifestaciones más características constituyen las publicaciones periodísticas y las obras literarias o históricas, así el hecho se encuentra cubierto por la licitud que le otorga el ejercicio legítimo de un derecho.

4.2.9 Qué es la excepto veritatis

La principal diferencia entre injuria calumniosa y no calumniosa, es la Excepto Veritatis, de tal manera que si el querellado prueba el delito cometido por el querellante desaparece el delito y este excepto veritatis no se trata de una excusa absolutoria, sino que en este caso, falta la antijuridicidad, falta el delito mismo, por falta de uno de los elementos esenciales, pues tratándose de calumnia nuestra ley no pone restricción alguna a la prueba de la verdad, pero la prueba le corresponde al acusado o querellado; y, esta excepto veritatis en cambio no procede en el caso de injuria no calumniosa, pues aquí lo que se protege es el honor, la reputación aunque el ofendido no sienta lesión alguna a su honra, por cuanto en la injuria calumniosa se protege a la defensa del honor real del sujeto pasivo. En próximos artículos tratare sobre estos puntos de derecho, pues existe confusión a veces entre ellos.

4.2.10 Penalidad del Delito de Injuria:

Las injurias por escrito y con publicidad, debemos clasificarlas en dos grupos para conocer la sanción que les corresponde, vale decir, en ofensas graves y leves. Cuando según lo prevenido en el artículo 417, se puede reputar grave, se reprimirá la ofensa con reclusión menor en su grado mínimo a medio y multa de cien mil a doscientos mil pesos; si la injuria es leve, se condenará al culpable con reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte mil a sesenta mil pesos.

Si no ha mediado escrituración y publicidad, la represión varía en una escala descendente de importancia; cuando la injuria es grave se reprime con reclusión menor en su grado mínimo o sea, con igual sanción privativa de libertad que la aplicable a la leve cuando ha sido realizada por escrito y con publicidad, pero en este caso se aumenta la pecuniaria, que fluctúa entre veinte mil a cien mil pesos (artículo 418).

La injuria liviana se castiga como falta en conformidad a los artículos 419 y 496 No 11; según la última disposición citada se reprime con prisión en su grado mínimo, conmutable en multa de mil a veinte mil pesos. En este caso no podemos hablar de injuria leve por las razones expresadas en el párrafo anterior.

4.2.11 Legislación Americana:

No hay un criterio uniforme para sancionar este delito en los sistemas positivos de los países iberoamericanos que definen el atentado en forma semejante al nuestro. Pero nuestro Código es uno de los más acertados en establecer su escala de sanciones.

Merece críticas nuestro Código por la falta de proporcionalidad que revela al establecer las sanciones. Así en las injurias no perpetradas por escrito y con publicidad, la variación de los castigos es muy amplia, pero discordante.

Cuando son graves se reprimen con reclusión de 61 a 540 días y multa, pero en caso de no serlo todas las ofensas restantes tendrán la calidad de livianas, y deben sancionarse con prisión de 1 a 20 días conmutable en multa. Lo injusto de la situación salta a la vista.

4.3 El Delito de Calumnia:

4.3.1 ¿Cuándo existe calumnia?

La calumnia surge cuando se imputa falsamente a alguien un determinado delito, desde que tal imputación conlleva al señalamiento de circunstancias tácticas en las que este ilícito fue cometido. El tratadista argentino Ricardo Núñez dice: "La calumnia exige la imputación de un delito, vale decir una atribución delictiva singularizada. La particularización que requiere la imputación calumniosa se satisface con la determinación del autor del hecho. La primera se logra señalando al autor, la segunda nombrando al ofendido por el delito y señalando la materialidad de éste y las circunstancias de modo, tiempo y lugar, etc. De este modo amable lector, para que haya calumnia es necesario que el hecho que se imputa falsamente a una persona debe tener requisitos que lo definan por si mismo, necesita ser un hecho concreto y determinado, de carácter delictuoso y para ello debe precisarse el modo de ejecutarse, tiempo, lugar, etc. o sea que no basta decirle a una persona natural Usted es un asesino, un ladrón, un estafador etc.", es necesario precisarle como ejecutó el hecho, donde y cuando; de todo lo cual se desprende claramente que nuestro legislador quiso que para que exista el delito de Calumnia exista una falsa imputación, que debe consistir en un hecho concreto y determinado, pero obviamente que la imputación debe ser hecha con conocimiento de su falsedad, esto es requisito esencial.

4.3.2 La Calumnia: Es la imputación de un delito hecha con el conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. No existe delito de calumnias cuando se imputa un delito a una persona jurídica (pues no los puede cometer) o a una persona que está muerta cuando se realiza, pero sí es posible si la imputación se realiza cuando estaba viva. Se requiere que en la falsa imputación exista el dolo y el ánimo difamandi (deseo de difamar) lo cual es común a todos los delitos contra el honor. El delito de calumnia se agrava si la imputación se hace por escrito o se propaga con publicidad. Dentro de las sanciones a la calumnia suelen estar entre otras la publicación de la sentencia en los diarios oficiales o en los mismos medios de comunicación en que se realizó la imputación para lograr una mejor defensa del honor del ofendido. El acusado por el delito de calumnia queda exento de toda pena si prueba el hecho criminal que había imputado.

Asimismo suele considerarse una agravación de la calumnia si se imputa un delito a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o si las realiza un funcionario público, refiriéndose a un superior jerárquico y desde luego si el delito se imputa al jefe de Estado o sus ascendientes, descendientes o consorte, así como cuando se realiza contra otras instituciones importantes del Estado, como el gobierno de la nación, el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo o Corte Suprema de Justicia.

Vulgarmente se le asimila a la falsedad, vale decir imputar cualquier hecho o acción que se encuentra al margen de la verdad, excluyendo todo distingo con respecto a la naturaleza del hecho imputado y exigiéndose únicamente, como *conditio sine qua non*, la no veracidad del hecho que comprende.

En cuanto al origen etimológico de la palabra del latín "*calumtum*", forma verbal (supino) del verbo "calvo", que significa engañar, de manera que calumnia equivaldría a engaño.

El Diccionario de Escriche sustenta el mismo principio, aunque no tiene la precisión del de la Real Academia: "El delito que uno comete atacando o hiriendo maliciosamente el honor y la reputación de otro con mentiras o imputaciones falsas.

4.3.3 Creación del Delito de Calumnia:

El hecho de que dolosamente se impute un delito falso trae como consecuencia el desmedro y daño en el patrimonio moral del individuo a quien se hace la atribución, que viene a materializarse en un abuso ilícito de la facultad de opinar. El derecho se creyó en la obligación de crear, dentro de la nomenclatura penal, un nuevo delito que protegiera al honor en este sentido. Como protección de este bien jurídico existía ya en las legislaciones la injuria, que primitivamente tenía un alcance amplio y comprendía en sí lo que actualmente se entiende por calumnia.

4.3.4 Origen Histórico:

La creación de este delito en los sistemas jurídicos tuvo como origen la acusación o denuncia calumniosa o falsa. La calumnia propiamente dicha no tenía una vida independiente, constituía una simple condición de la infracción que primero se nombró.

En esta forma se conservó durante largo tiempo en las legislaciones. Actualmente la doctrina tiende a revivir este principio que ha sido defendido por los juristas más modernos de nuestra época.

En el Derecho Romano hay diferentes formas para castigar las imputaciones deshonorosas; pero no la calumnia, que en su contenido actual quedaba comprendida en el concepto de injuria o en el de la "convicium". Esta última consistía en mistificar o injuriar a una persona delante de su propia casa y en tumulto. La calumnia no era otra cosa que una condición del delito que hoy conocemos como acusación o denuncia falsa, pero que los romanos llamaron simplemente calumnia.

En Francia ignoramos la razón, fue donde el legislador la expuso como un delito con tipicidad independiente en la Ley de tres de Brumario del año IV de la República, incorporada en el Código de 1810 en el artículo 367, que expresaba lo siguiente: quien sea en sitios o reuniones públicas, sea en un instrumento auténtico o público, sea en un escrito impreso o no, haya imputado a un individuo hechos que de ser ciertos expondrían a aquel contra quien son dirigidos o persecuciones criminales o correccionales, o lo expondrían solamente al desprecio o al odio de sus conciudadanos, será castigado con la pena correspondiente a la calumnia.

No obstante este fue también el país que más prontamente corrigió su error e hizo desaparecer esta infracción en la ley de Prensa de 1819. Dicha ley acoge de nuevo los antiguos principios: sanciona solo dos delitos, la injuria y la difamación, y en el concepto amplio del segundo se protegió lo que se pretendió defender con la calumnia. Con esta modificación se consagró el principio de "*veritas convicci non excusat*".

La calumnia en el sentido que la establece nuestro Código, no existió en las leyes pasadas. Como se ha visto, había dos delitos, la injuria y la difamación, que castigaban en general toda ofensa al honor de una persona. La calumnia no era otra cosa que el delito denominado acusación calumniosa por nuestra ley.

En Roma así sucedía e igualmente en España hasta antes de la dictación del Código de 1822. El fuero Juzgo no distinguió entre imputaciones ofensivas consistentes en delitos y las que no lo, eran, todas eran castigadas como injurias, sancionaba si la denuncia falsa de un hecho ilícito con la Pena del Talión, en la misma forma que lo hacía el derecho romano.

El individuo que imputaba a otro dolosamente un delito, sufría la pena correspondiente al hecho atribuido si no probaba la realidad de su afirmación ante la autoridad competente.

El Fuero Real introdujo modificaciones de importancia; más bien aumento la gama de los hechos sancionados por la injuria con el objeto de proteger la religión católica predominante; así castigaba al que llamase “tornadizo” a un individuo que habiendo pertenecido a otra religión se convirtiera al cristianismo.

Las Siete Partidas tratan de estos delitos en el título IX de la Partida Séptima, bajo la denominación “De las deshonras que sean hechas o dichas a los viudos o contra los muertos el de los famosos libelos”. Igual que los otros textos citados, no sanciona como delito específico la calumnia.

En cuanto al Código Ecuatoriano contempla la calumnia; pero los elementos que señala para darle tipicidad son semejantes a los que el Código Italiano de 1889 daba para determinar el delito de difamación; en otras palabras, es la precisión del hecho imputado lo que da tipicidad al delito. El artículo 478 define la calumnia como la imputación que se hiciere a una persona de un hecho determinado de tal “naturaleza que la exponga a un enjuiciamiento por crimen o delito, o que le cause alguna deshonra, odio o desconcepto

En la opinión pública o cualquier otro perjuicio”. Siempre que se impute un hecho determinado, sea o no delito, se comete calumnia; en caso contrario la atribución se castiga como injuria.

El Código Penal en el artículo 412 define: “Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”.

Elementos del Delito:

4.3.5 Elementos Fundamentales del Delito:

a) Elemento Subjetivo: El elemento subjetivo en el delito de calumnia está constituido como en toda figura penal, por el dolo. En la calumnia no se requiere de un elemento intencional especial, salvo el determinado por la propia infracción. El dolo está constituido por la conciencia de que se atribuye un delito falso. La falsedad puede radicar en la conciencia de la no existencia del hecho atribuido o en el conocimiento de que habiéndose perpetrado el mismo, la persona a la cual se sindicaba como autor no ha participado en su comisión. De modo que en este atentado no se requiere de elementos intencionales que vayan más allá del conocimiento que tiene el sujeto activo de la naturaleza de la atribución que hace, no es necesaria una intención específica de causar daño, de deshonar o difamar. La culpabilidad queda delineada por el saber la naturaleza e identidad de lo que se imputa.

Pero no es fundamental de que el conocimiento de la falsedad del delito que se atribuye sea asertivo. El calumniador para ser tal, no requiere poseer el convencimiento de que su atribución se encuentra en contradicción con la realidad, basta la duda para configurar el dolo requerido por la ley. En este caso se asimila para los efectos de la imputabilidad tanto la persona que tiene la seguridad de lo erróneo de su afirmación, como aquella que basa su afirmación en razonamientos imprecisos, en lo que redijeron o meramente supone. De no ser así se daría margen a que por sospechas remotas o por simple intuición se sindicara a una persona como autora de un hecho ilícito en el cual no ha tenido participación alguna.

El que atribuye algo por ligereza, tiene el pleno conocimiento de que no posee fundamentos lógicos para hacer una imputación tan delicada como lo que da origen a la calumnia.

Diferente es la situación que se presenta con una imputación falsa objetivamente, que tiene como fundamento antecedentes verosímiles que indujeron a afirmar que el ofendido había participado en la ejecución de un delito.

La falsedad material de la imputación ofensiva, no puede ser considerada causal suficiente para que el presunto calumniador sea castigado, ya que en su conciencia tenía la seguridad de que su afirmación era verdadera, había buena fe. Su razonamiento, en la generalidad de los casos, tendría como base un error de hecho y excepcionalmente un error de apreciación.

De modo que la persona que imputa un delito determinado con la convicción íntima de la verdad de su aseveración, no comete delito de calumnia, mejor dicho no obra con dolo. Pero esta conciencia que excluye el dolo debe tener fundamento en conocimientos inferidos de circunstancias reales y verosímiles, y las consecuencias que se deriven de los mismos han de ser producto de procesos lógicos.

No debe confundirse esta falsedad “subjetiva” integrante del dolo, con la falsedad objetiva integrante de la tipicidad. Corrientemente se sostiene que nuestro Código Penal alude al elemento subjetivo analizado en el artículo 412, cuando se refiere a “un delito determinado pero falso”, en realidad no hay tal; la afirmación indicada tiene su origen en una confusión de los elementos que integran la culpabilidad con los que integran la tipicidad de la figura penal. La falsedad a que se refiere el artículo 412 citado no es una falsedad subjetiva, sino objetiva. La falsedad en cuestión es un elemento normativo del tipo descrito por el legislador, y como tal debe ser apreciado por medio de una valoración objetiva de los hechos analizados a través de la norma penal. Estos elementos no integran la culpabilidad en forma inmediata, sino que integran la tipicidad. En otras palabras y generalizando, para determinar la falsedad mencionada en el artículo 412, ha de compararse el delito atribuido con lo que sucedió en la realidad, si coinciden no hay calumnia por cuanto faltaría un elemento de la tipicidad de esta figura penal: la falsedad; si no hay correspondencia entre lo que se dijo y lo que ocurrió, lo atribuido es falso y por ende hay calumnia. En este caso no debe entrarse a investigar la conciencia del autor de la imputación, ya que no se trata de saber si existe acuerdo entre lo que pensaba y lo que dijo, sino entre lo que expreso y ocurrió materialmente.

El elemento falsedad integrante de la descripción de la figura calumnia según lo dispuesto por el artículo 412, tiene íntima relación con el artículo 415 del Código Penal, que confiere el derecho a la persona acusada de calumnia para probar la veracidad de su afirmación y liberarse de este modo de sanción.

En el proceso correspondiente de calumnia, el inculpaado puede rendir la prueba indicada y la ley no libera de pena, pero no porque falte dolo, sino porque no hay tipicidad. La prueba señalada tiene por objeto demostrar que falta un elemento descrito por la ley para que el hecho de que se trate se encuadre en el tipo de calumnia, y se reduce a acreditar un hecho objetivo: que aquello que se dijo ocurrió en la realidad. Esta situación es muy diversa a la falsedad subjetiva integrante del dolo. En efecto, en este caso el acusado de calumnia puede liberarse de la pena demostrando que su imputación fue hecha de buena fe, con plena conciencia de que decía la verdad, o sea que había identidad entre lo que se dijo y lo que se pensaba; acreditada esta circunstancia, no obstante que el hecho sea objetivamente falso no habrá calumnia imputable. En esta situación el hecho es típico, se encuadra en la descripción legal, pero no es imputable a dolo, y por ello no se sanciona.

No debe confundirse la falsedad integrante del dolo y la falsedad integrante del tipo. Cuando falta la primera el hecho es típico pero no culpable; cuando falta la segunda pura y simplemente no hay tipicidad y por ello es inoficioso analizar la culpabilidad. La falsedad en el primer caso es subjetiva, en el segundo es objetiva.

Fácil es comprender que para el ofendido de calumnia sería materialmente imposible acreditar por medios legales que la atribución que profirió en su contra el ofensor no se identificaba con el pensamiento íntimo del mismo, en otras palabras, que el ofensor sabía que no era cierto lo que decía. Será de cargo del presunto calumniador, como medio de defensa, probar no solo la circunstancia de que su atribución coincidía con la realidad de los sucesos (*exceptio veritatis*), sino también aquella de que al efectuar la imputación tenía la convicción íntima, derivada de circunstancias lógicas, de que lo que decía era efectivo, de que obró de buena fe.

b) Elemento objetivo: Consiste en la manifestación de una conducta humana típica junto a una valoración de condición jurídica, en otras palabras, una actividad humana encasillada en una figura delictiva de creación legal.

En el delito de calumnia, el elemento objetivo está formado por la imputación ofensiva que reúne las circunstancias contempladas por el Código Penal.

4.3.6 Condiciones de Tipicidad de la Calumnia:

Para determinar cuales son estas condiciones debemos basarnos en el texto del artículo 412 del Código Penal que define la calumnia, podemos señalar como condición que debe concurrir para encontrarnos ante el caso típico de la calumnia una esencial: La existencia de una imputación. Pero no se trata de cualquier imputación, sino de una especialísima que debe reunir un conjunto de cualidades tanto en su contenido como también en relación con la persona contra la cual se dirige. El contenido de la imputación debe ser un delito determinado, falso y actualmente pesquisadle de oficio; además el delito debe ser atribuido con las condiciones típicas necesarias para su clara individualización. En cuanto a la persona, la imputación debe dirigirse a una determinada, precisada sin lugar a dudas.

Debemos notar que al hablar de condiciones de tipicidad de la calumnia, nos estamos refiriendo exclusivamente a los elementos descriptivos que el artículo 412 del Código Penal establece para que un determinado hecho se encuadre en la figura que sanciona. Es indudable que luego de determinado de un hecho en la figura legal, será necesario entrar a analizar la culpabilidad o sea, si es imputable a dolo dicho hecho, dolo que se encuentra conformado en forma preponderante con la conciencia del calumniador de la falsedad de lo que imputa.

4.3.7 Existencia de una Imputación:

No puede haber calumnia sin que medie una imputación. La atribución de un hecho es un requisito esencial para la existencia del delito.

Imputar según el Diccionario de la Real Academia es “atribuir a otro una culpa”, delito o acción”. Por nuestra parte con el objeto de precisar el término “imputación” usado por el artículo 412 del Código Penal, podríamos decir que consiste en “poner a cargo a alguien de una manera aparentemente presumible, un acto delictuoso determinado que se ha producido por su causa y con su intervención”.

De lo dicho se concluye que la imputación debe ser clara y directa, de modo que manifieste sin lugar a dudas la intención de relacionar a una persona con un delito. Si es vaga o imprecisa no cumpliría las condiciones exigidas por la ley para dar vida al delito en estudio; igual cosa sucedería con una imputación que en sí misma tuviera circunstancias que la hagan inverosímil, como en el caso de atribuirse un delito imposible. Estas atribuciones, según su naturaleza, podrán sancionarse como injurias, pero en ningún caso como calumnia.

El artículo 423 del Código Penal acepta que una imputación velada sea constitutiva de calumnia, ya que el artículo expresa que pueden cometerse estos delitos en forma equívoca o encubierta. La disposición citada establece que el acusado de una ofensa encubierta debe dar explicaciones satisfactorias de ellas y que en caso contrario se le aplicará la sanción que corresponda a la ofensa manifiesta. Si el acusado como calumniador da explicaciones evasivas o pura y simplemente rehúsa darlas, quedará de manifiesto su intención de atribuir un delito contra la persona de que se trate; si sus explicaciones son satisfactorias, se comprobará que sus expresiones no tenían un alcance ofensivo y encerraban conceptos inocentes o no dirigidos contra la persona afectada.

En consecuencia, en la calumnia la imputación siempre debe ser clara, ya que en el caso de la ofensa equívoca se procede en forma especial con el objeto de determinar su alcance.

El medio común de exteriorizar una imputación será la palabra, oral o escrita; pero existen también otros medios, tales como los dibujos, los emblemas, etc. Al respecto, un autor sindicado como calumniador a la persona que, ante la pregunta que se formula de quien es el autor de un hurto, señala, con un simple gesto, a un individuo determinado.

Finalmente se debe notar que la atribución debe contener en todo caso un hecho y no una mera cualidad. Para comprobar lo dicho es suficiente que se tenga en cuenta que solo es constitutiva de calumnia la imputación de delitos, y los delitos son siempre hechos y nunca cualidades.

4.3.8 Falsedad del Delito:

Nuestro Código Penal no ha abandonado el concepto primitivo del delito de calumnia en el cual se comprendía toda atribución falsa. El Legislador exigió como condición de tipicidad de la calumnia que el delito objeto de la imputación fuera falso. En este punto nuestro Código Penal se separó del Código Español que lo inspiró. En su texto la definición se refería a la falsa imputación; la Comisión Redactora, con mejor criterio, cambio la redacción al considerar que la imputación propiamente no es la falsa, lo falso es el delito atribuido; por ello en el artículo 412 del texto nacional se dice “de un delito determinado pero falso”.

La falsedad del hecho punible debe ser objetiva, material, vale decir que la persona sindicada como autor del delito no haya participado en su comisión, o que el hecho ilícito mismo no se haya realizado nunca. En consecuencia, cuando se atribuye un delito que realmente se cometió por la persona señalada como su autor, el que se crea calumniado no podrá exigir que se castigue al presunto ofensor.

No siempre donde haya falsedad va a existir calumnia; la imputación debe además reunir otras condiciones. Así si se atribuye un delito de acción privada falso, un delito prescrito, etc.; no se puede hablar de calumnia. Las condiciones de tipicidad del delito han ido evolucionando conjuntamente con la ley, y han detenido el alcance de la calumnia al restringir su aplicación a límites demasiado estrechos.

Con la falsedad nos enfrentamos a un problema: ¿en que forma se procederá a verificar si una imputación es cierta o no, en otras palabras, en conformidad a que se va a procesar a una persona acusada de calumnia cuando no se ha comprobado la falsedad del hecho atribuido? La ley ha tratado de resolver el problema por dos medios: presume falso el hecho atribuido desde que se entable la querrela de calumnia y acepta, por otra parte, la prueba de la verdad de la atribución en el proceso correspondiente. El delito de calumnia es de acción privada, de modo que si el ofendido pretende que se castigue al que lo ha calumniado, debe querrellarse. Desde el momento en que se interponga la acción ante los Tribunales, la ley presume que el delito en que consiste la ofensa es falso. Por medio de esta presunción, se ha tratado de resolver el problema que recién señalamos.

El legislador reconoce el peligro de plasmar esta presunción con caracteres absolutos, y por ello faculta también al querellado para probar la veracidad de las expresiones en la secuela del proceso. Si se comprueba que los hechos atribuidos fueron realmente perpetrados, desaparece uno de los elementos del delito, la falsedad y como lógica consecuencia, desaparece también el carácter criminal de la imputación. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en numerosos fallos.

Actualmente hay tendencia a trastocar este principio, en atención a que el Decreto Ley No 425 limita la exceptio veritatis en materia de calumnia; medida que estimamos acertada bajo ciertos aspectos, ya que en nuestro país a menudo se calumnia con fines equívocos. El que desea desenmascarar a un delincuente tiene el derecho de denunciar el delito que haya cometido y no valerse del insulto para hacerlo.

4.3.9 Penalidad de la Calumnia:

La ley sanciona el delito de calumnia con pena más o menos grave en atención a la forma como se perpetró. El legislador consideró que merecía una mayor penalidad la calumnia hecha por escrito y con publicidad que aquella en la cual no mediaba esta circunstancia. En cada uno de los casos mencionados determina castigos diferentes cuando lo imputado es un crimen o un simple delito. En otras palabras, la sanción depende de un elemento externo, la forma y de un elemento interno, la imputación misma.

Nuestro Código establece la norma a seguir en los artículos 413 y 414. La primera disposición citada expresa: La calumnia propagada por escrito y con publicidad será castigada con las penas de reclusión menor en su grado medio y multa de cien mil a doscientos mil pesos, cuando se imputare un crimen. Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte mil a cien mil pesos, si se imputare un simple delito.

El artículo 413 establece la sanción que corresponde a la ofensa perpetrada por escrito y con publicidad. Para determinarla hace distinción en cuanto a la naturaleza del hecho imputado, si se imputa un crimen o un simple delito: en el primer caso establece que la pena comprenderá dos órdenes de sanciones, una

privativa de libertad, reclusión menor en su grado medio, y otra pecuniaria, multa de cien mil a doscientos mil pesos.

Cuando consiste en un simple delito, la sanción será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte a cien mil pesos.

El artículo 414 sanciona la calumnia en que no ha mediado publicidad y escrituración: No propagándose la calumnia con publicidad y por escrito será castigada:

Y con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte a cien mil pesos, cuando se imputare un crimen.

Con las de reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte mil a sesenta mil pesos, si se imputare un simple delito.

En este artículo se hace el mismo distingo que se realizó en el artículo 413 para las calumnias propagadas por escrito y con publicidad, pero se atenúa la cuantía de las sanciones.

En el caso de imputarse un crimen se impone castigo equivalente al establecido en el número dos del artículo 413.

Cuando se imputa un simple delito sin publicidad, la pena privativa de libertad es igual a la del primer caso, pero se disminuye el monto de la multa, la cual es de veinte a cien mil pesos.

De lo expuesto se concluye que la penalidad de la calumnia fluctúa entre reclusión menor en su grado mínimo y multa de veinte mil a sesenta mil pesos, hasta reclusión menor en su grado medio y multa de cien mil a doscientos mil pesos como sanción máxima.

4.3.10 Desacato: delito que consiste en calumniar, injuriar, amenazar o insultar de palabra o por escrito a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. El desacato entraña una ofensa moral al principio de autoridad, encarnado por las personas que lo ostentan, un desconocimiento de la dignidad entrañada en el ejercicio de la función pública, bien jurídico atacado.

Es este bien el que transfunde toda la estructura dinámica de este delito hasta configurar su autonomía conceptual y ubicarlo dentro de los delitos que atacan la seguridad interior del Estado.

Todo ello en cuanto que éste actúa a través de órganos autoritarios, emancipándolo así de la consideración de mero delito privado contra el honor — que es un bien jurídico personal— para convertirse en un delito público con todas las consecuencias que ello comporta.

Al tener el desacato características diferentes a los delitos contra el honor no actúa como excluyente de la responsabilidad la *exceptio veritatis* (prueba de la veracidad de lo declarado, como a propósito de la calumnia); por otro lado, la crítica política ejercida en el marco de la libertad de expresión puede excluir que esta conducta sea constitutiva de delito. Así, no es extraño que la *exceptio veritatis* se utilice de forma indirecta para eludir la sanción que este delito entraña por la vía de alegar y reivindicar un derecho como puede ser el derecho a la información o a la libertad de expresión. Para que se produzca un delito de desacato es preciso que el insulto, amenaza, injuria o calumnia se dirija a la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos que obran en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, no bastando desde luego que la persona sea funcionario de profesión, por la razón indicada de que se trata de un delito contra la autoridad y no contra el honor de las personas privadas.

4.4 La Difamación:

4.4.1 ¿Existe el delito en Nuestra Legislación?

¿Es necesaria su incorporación en la escala de lo Delictivo?

Según el Código Penal, la calumnia y la injuria tienen la amplitud suficiente para comprender el atentado que en doctrina se denomina difamación.

El legislador no ha considerado en ninguna ley vigente en la actualidad, la condición de encontrarse ausente el ofendido por un atentado al honor para graduar la pena que corresponde al culpable. La publicidad de la ofensa, la mayor o menor gravedad de la misma, han sido circunstancias que se han tenido en vista para considerar la mayor o menor cuantía de la sanción, pero en ningún caso la recién anotada.

En el Decreto Ley No 425, según se ha expresado con anterioridad, se ha venido a modificar el criterio de lo que se entiende por publicidad, pero este texto no consideró precisamente la presencia o ausencia del ofendido para castigar los delitos contra el honor. No obstante, estimamos que esta circunstancia es de trascendencia para establecer la penalidad, porque desde luego son diferentes los bienes jurídicos que según los casos, se lesiona, ya que puede ser el honor propiamente tal o la reputación lo dañado. Igualmente es importante la diferenciación porque no es igual la peligrosidad del delincuente que perpetra uno a otro hecho; y porque son diferentes y especiales los medios empleados para el perfeccionamiento de cada uno.

Se afirma que el Decreto Ley recién citado, aunque sin decirlo con palabras explícitas, ha querido consagrar una imitación del delito de difamación. Si bien reconocen que se hizo en forma muy imperfecta, se piensa que es el primer paso dado dentro nuestra legislación para incorporar a su nomenclatura el delito en estudio. El artículo 21 del Decreto Ley 425 sancionó lo que podría considerarse según opiniones de algunos juristas, como una especie de difamación, con las siguientes palabras: Los que por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación divulguen maliciosamente hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos o calumniosos, puedan producir perjuicios o graves disgustos a la familia a que la noticia se refiera, serán penados con multa de ciento a mil pesos. El delito transcrito ha sido denominado por la doctrina como "divulgación maliciosa de hechos relativos a la vida privada". No se ha querido llamarlo "difamación", por existir amplio acuerdo en que no reúne los caracteres de esta infracción.

No sería aventurado sostener que en el Decreto tantas veces citado, gran número de los delitos que consagra como atentatorios al honor, poseen los caracteres de la difamación; ya que esta tiene por objeto proteger una parte precisa de nuestro patrimonio moral: la reputación y el bien perjudicado por la publicidad es justamente el recién nombrado. Los medios enumerados por el Decreto Ley No 425 en los artículos 12 y 18, para la divulgación de la calumnia y la injuria, son los más adecuados para la obtención del descrédito de una persona y en consecuencia, el que los emplea tiene que perseguir justamente esta finalidad. De manera que puede concluirse que con la mayoría de las infracciones que reglamenta el Decreto se está sancionando indirectamente la difamación.

Pero dejamos en claro que el delito en su alcance jurídico real no existe en nuestro derecho escrito; el mismo queda comprendido en las figuras genéricas castigadas en el Código Penal, en cuanto a la semejanza que se le atribuye con el atentado sancionado en el artículo 21 del Decreto en referencia, a nuestro concepto es totalmente errónea, pues ambas figuras no tiene vínculos comunes de ninguna especie.

No sería aventurado sostener que en el Decreto tantas veces citado, gran número de los delitos que consagra como atentatorios al honor, poseen los caracteres de la difamación; ya que esta tiene por objeto proteger una parte precisa de nuestro patrimonio moral: la reputación y el bien perjudicado por la publicidad es justamente el recién nombrado. Los medios enumerados por el Decreto Ley No 425 en los artículos 12 y 18, para la divulgación de la calumnia y la injuria, son los más adecuados para la obtención del descrédito de una persona y en consecuencia, el que los emplea tiene que perseguir justamente esta finalidad. De manera que puede concluirse que con la mayoría de las infracciones que reglamenta el Decreto se está sancionando indirectamente la difamación.

Pero dejamos en claro que el delito en su alcance jurídico real no existe en nuestro derecho escrito; el mismo queda comprendido en las figuras genéricas castigadas en el Código Penal, en cuanto a la semejanza que se le atribuye con el atentado sancionado en el artículo 21 del Decreto en referencia, a nuestro concepto es totalmente errónea, pues ambas figuras no tiene vínculos comunes de ninguna especie.

4.4.2 Proyectos que introduce este delito en Chile

En nuestra legislación se han hecho en sayos de introducir esta nueva infracción en el campo de lo delictuoso. El proyecto del Código Penal de los señores Silva y Labatut, al reglamentar los delitos contra el honor, ha seguido ampliamente lo sostenido por Altavilla que define la difamación en el artículo 132: "El que comunica de palabra o por escrito con varias personas reunidas o separadas y con el propósito de difamar, atribuye a una persona ausente o a una corporación, un hecho o una cualidad que compromete la reputación del ausente, de la corporación o de las personas que la componen o representan será reprimido con reclusión.

En el proyecto de ley sobre calumnia, difamación e injuria, aprobado por el Instituto de Ciencias Penales el año 1942 se consagra la difamación; pero restringe su órbita al reconocer también el delito de calumnia. Esta posición se justifica por el objeto del proyecto, que solo pretende armonizar las disposiciones existentes y llenar los vacíos que tengan en lo que sea de extrema necesidad. El artículo 416 dice: Difamación es todo ataque al honor, crédito o reputación de una persona natural o jurídica cometido ante varias personas reunidas o separadas.

Si se compara este artículo con el que define la injuria, que habla de personas presentes, se concluye que únicamente comprende las ausentes. En este proyecto se distinguen tres delitos, la calumnia, la injuria y la difamación. La calumnia siempre conserva sus características típicas, en la forma que actualmente las determina el artículo 412 del Código Penal. Las demás ofensas no constitutivas de este atentado, se clasifican como difamación e injuria, según esta presente o ausente el ofendido. Se sigue un doble criterio para clasificar las ofensas que constituyen cada delito; primero se atiende a la naturaleza de la expresión o acción: si el delito da origen a la calumnia, no importa que la imputación se realice en presencia o ausencia del ofendido o que haya mediado o no publicidad, en todo caso hay calumnia.

Si lo imputado no es delito, nos encontramos ante una injuria o difamación y para precisar de qué infracción se trata debe atenderse a la forma de divulgación, o sea a un elemento externo y no a la naturaleza íntima del vilipendio; cometido en presencia del ofendido es injuria, en caso contrario difamación.

Tanto en uno como en otro de los proyectos citados se sigue el criterio de que no puede injuriarse a una persona jurídica; solo se le puede difamar. En la definición que dan del delito, cada proyecto las nombra expresamente como sujetos pasivos; de este modo zanján una de las controversias doctrinarias más amplias, vale decir si una persona ficticia puede o no ser sujeto pasivo de un atentado al honor. Debemos notar que el criterio seguido por los juristas chilenos es el más acertado al respecto y por el cual se inclinan la mayor parte de los tratadistas.

4.4.3 Elementos del Delito según los proyectos Nacionales

De los dos proyectos mencionados se puede deducir que los juristas del país están más o menos de acuerdo en cuanto a la tipicidad del delito en estudio.

En cuanto a las condiciones genéricas requeridas para su existencia son las siguientes:

- 1) Que se atenta al crédito o reputación por cualquier medio
- 2) Que haya propósito de difamar en el sujeto activo
- 3) Que a la ofensa se le dé divulgación en ausencia del ofendido
- 4) Se puede atentar a la reputación tanto de una persona natural como de una ficticia

1) El honor tiene una doble significación en su sentido lato

El concepto de la propia dignidad llamado honor subjetivo u honor propiamente tal, y la opinión que los demás tienen de nosotros, honor objetivo o reputación. En virtud de esta diferencia es como se pretende crear una nomenclatura de las infracciones que protegen el bien jurídico honor: que la injuria proteja al honor subjetivo, y la difamación al objetivo o reputación.

En cuanto al significado de reputación el Diccionario de la Real Academia alude a dos acepciones: fama, o sea “opinión que la gente tiene de una persona”, y “opinión que el común de la gente tiene de un sujeto”. De modo que el concepto reputación no dice relación con el pensamiento íntimo del individuo en cuanto a su propio valor, sino con un hecho exterior a él mismo, el criterio que los que lo rodean se ha formado a su respecto.

En definitiva este concepto es la estima y buena opinión que los demás tienen de nosotros, desde un punto de vista objetivo, su importancia material es superior a la del honor subjetivo, pues de la reputación va a emanar aquella otra circunstancia señalada por Carrara, como la virtud inherente a toda buena reputación de proporcionar ciertas ventajas materiales, circunstancia que en nuestra época es de una importancia tal, que sobre su trascendencia no es necesario insistir.

2) Que la intención del ofensor sea menoscabar la reputación:

Se sostiene por todos los tratadistas del derecho de que la difamación, como todos los delitos contra el honor, requiere de una intención especial dirigida a lograr el efecto a que tiende naturalmente la conducta del difamador, o sea el menoscabo a la reputación.

Los autores consideran que este elemento subjetivo requerido en la difamación, podría revestir diferentes modalidades. Puede presentarse simplemente como el deseo del sujeto activo de menoscabar la fama de la víctima, como puede presentarse también bajo el propósito de obtener un menoscabo de las circunstancias inherentes a la buena reputación que tiene el ofendido con el fin de aprovecharse materialmente del efecto que se obtenga. Siempre que se atente al buen nombre de una persona, va envuelta la posibilidad de menoscabar los beneficios que de este nombre derivan. Esta mera posibilidad puede llegarse a plasmar en una realidad a causa de la difusión de la ofensa y este detrimento puede ser precisamente lo que en forma oculta movió al difamador a la perpetración del delito. En este caso no solo se habría atentado a la reputación, sino que además se habría pretendido causar un perjuicio material.

El artículo 132 del Proyecto de Código Penal establece que para que haya difamación debe mediar en el agente el propósito específico de atentar a la reputación de la víctima.

El delito de difamación en su aspecto objetivo, queda determinado por las acciones o expresiones que tengan un carácter agravante para la reputación de la persona afectada y por el hecho de haberse exteriorizado las mismas en ausencia de él. El elemento subjetivo necesario para la difamación es el mismo que el requerido en la injuria o sea, que el difamador tenga conciencia del significado de las expresiones o acciones que emplea y del alcance agravante que tendrán ha ser proferidas o ejecutadas; los propósitos que guíen al difamador no tienen trascendencia para el derecho.

En cuanto al artículo 416 sanciona como difamación “todo ataque al honor, crédito o reputación de una persona” sin aludir a intenciones particulares.

3) Que a la ofensa se le de divulgación en ausencia del ofendido

El atentado debe ser cometido en ausencia del ofendido, debe desprestigiársele solapadamente a sus espaldas. Pero el hecho de que el delito sea cometido en ausencia de la víctima no es lo único requerido, ya que debe además darse cierta divulgación a la ofensa.

El Proyecto de Ley sobre Calumnia, Injuria y Difamación expresa que es difamación todo ataque al honor, crédito o reputación de una persona natural o jurídica cometido ante “**varias personas reunidas o separadas**”; al comparar este concepto con el de la injuria se deduce que la afrenta debe ser perpetrada en ausencia del ofendido, pues con la injuria se sancionan los atentados al honor de toda persona presente.

El texto requiere que la ofensa se cometa ante varios individuos, sea que estén reunidos o separados, de no ser así no concurrirán los requisitos necesarios para dar vida al delito de difamación.

4) La víctima puede ser una persona natural o jurídica

Esta regla constituye una innovación de los proyectos mencionados si se comparan con los textos penales vigentes, ya que consagran de manera categórica que pueden ser sujetos pasivos del atentado en cuestión las personas jurídicas. Con esta inclusión expresa entre los posibles ofendidos en su reputación por el hecho ilícito de esta naturaleza se reconoce, indirectamente, que carecen de honor propiamente tal y por tanto que no pueden ser sujetos pasivos de calumnia o injuria. El principio en que se inspira este criterio tiene amplia justificación en la doctrina. Son numerosos los autores que sostienen que estas personas no pueden tener un concepto acerca de su propia dignidad y que solo gozan de la opinión que los demás se han formado de ellas; en otras palabras, que tienen reputación exclusivamente. Lo expuesto viene a justificar las normas de los proyectos mencionados, que se inspiran en principios que en nuestro criterio son del todo acertados.

4.4.4 Legislación Americana

En América hay numerosos países que consagran como delito específico la difamación, pero no todos los sistemas jurídicos que los rigen están de acuerdo para determinar los elementos característicos que le dan vida; así algunas legislaciones siguen el criterio del: Código Italiano de 1889, y otras se han inspirado en las doctrinas de Carrara.

De manera que existe cierta anarquía en cuanto a su concepto, circunstancia que se explica por la ausencia de principios definidos que determinen la naturaleza de la difamación

Hay Códigos que definen acertadamente el delito, conforme a las ideas expuestas con anterioridad, entre ellos podemos citar el de Brasil, México, Paraguay y Perú.

Brasil, en su sistema represivo reconoce la existencia de tres delitos: la calumnia, que solo comprende la imputación de hechos definidos como crimen; la injuria que abarca toda ofensa a la dignidad y al decoro; y finalmente, la difamación que consiste en la imputación de hechos atentatorios a la reputación.

México. El Código Penal de 1831, en el artículo 350, considera exclusivamente la forma de divulgación de la ofensa para definir los atentados al honor. Limita la calumnia a la imputación de delitos falsos; la injuria sanciona cualquier expresión ofensiva o que manifieste desprecio; y define la difamación como el hecho de comunicar dolosamente a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, en los casos prescritos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio o exponerlo al desprecio de alguien.

En consecuencia es suficiente para que sea objeto de castigo el ofensor, el solo hecho de exponer a un individuo al desprecio de otro. Quedan protegidas por la difamación tanto las personas naturales como las jurídicas.

Paraguay. Su derecho escrito, (Código de 1910, modificado en 1914) sanciona cuatro delitos contra el honor: la calumnia que define en el artículo 369 en la forma como en la mayoría de las legislaciones lo hacen; los ultrajes, artículo 371, que castiga las afrentas cometidas por vía de hecho y en público; la injuria artículo 372, que sanciona todas las ofensas no constitutivas de ultraje ni de difamación; y la difamación cuyo concepto señala en el artículo 370: "Comete el delito de difamación el que ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público o por medio de impresos, caricaturas, divulgados o expuestos al público, atribuye a una persona delitos de acción pública sin precisarlos o de acción penal privada aunque fuesen concretos o hechos que podrían exponerlas a un procedimiento

disciplinario o al desprecio o al odio público, o vicio o falta de moralidad que pudieran perjudicar considerablemente la fama, el crédito o los intereses del agraviado.

Perú. El Código de este país reglamenta tres delitos que protegen al honor: la calumnia, que tiene los caracteres del delito que en doctrina se llama acusación o denuncia falsa, artículo 186; la injuria forma genérica que sanciona todo ultraje que no sea difamación, artículo 188; y la difamación, cuyo alcance se determina en el artículo 187: El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público, o por medio de impresos que no sean diarios o periódicos, o con escritos, caricaturas o con dibujos de cualquier género divulgados o expuestos al público, atribuyere a una persona o a una corporación un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan la segunda, será culpable de difamación y reprimido a arbitrio del juez, con... Para darle tipicidad al delito, el legislador peruano atendió a la forma de perpetración del hecho, o sea hay difamación cuando ha mediado cierta publicidad de la ofensa a la reputación.

Encontramos legislaciones americanas que se han informado en principio diferente para dar tipicidad al delito en estudio; no atienden a la forma como se perpetró, ni a la publicidad del atentado, sino a la circunstancia del ser o no un hecho lo atribuido. Si la ofensa contiene un hecho, se sanciona al responsable como difamador; en caso contrario las palabras proferidas constituyen otro delito, la injuria.

República Dominicana. Su Código se dejó influenciar manifiestamente por la legislación francesa de la época. Trata en su libro II dos clases de delitos: la difamación y la injuria. Esta última es comprensiva de todo hecho afrentoso que no encierra la imputación de hecho preciso alguno, artículo 367. La difamación está consagrada en el artículo 367 como “la alegación o imputación de un hecho, que ataca al honor o a la consideración de la persona o del cuerpo al cual se imputa”.

Venezuela. Define a la difamación en el artículo 444 de su Código Penal de 1926, en los siguientes términos: “El que comunicándose con varias personas reunidas o separadas, hubiere imputado a algún individuo un hecho determinado capaz de exponerlo al desprecio o al odio público, u ofensivo a su honor o reputación, será castigado con...”. Fuera de la circunstancia de que la ofensa debe consistir en un hecho preciso, exige cierta difusión de la misma para reprimirla como difamación.

Uruguay. El Código Penal de 1934, en el artículo 333, da el concepto de difamación: “El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión, le atribuyere a una persona un hecho determinado, que si fuera cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerlo al odio o al desprecio público, será castigado.

Bolivia. En el artículo 581, del Código de 1834, expresa que cuando la calumnia se cometa en discurso, sermón, pasquín, cartel, “será considerado el calumniador como reo de “libelo infamatorio” y calumnioso, y sufrirá además de las penas prescritas en el artículo precedente, una multa...”.

La definición no da el concepto exacto de lo que en doctrina se denomina libelo famoso, ya que este exige en todo caso que medie escrituración, mientras que en la norma se consideran ciertos medios orales, como el sermón y el discurso. El artículo más bien parece consagrar una regla especial en la calumnia que reviste los caracteres de la difamación simple.

4.4.5 Principios que informan la Difamación en la Doctrina

Son numerosos los autores que pretenden dar una estructura definida al delito que estudiamos y para ellos realizan nuevas clasificaciones de los atentados al honor, con el objeto de crear una mayor coordinación entre las sanciones y comprender, dentro de una nomenclatura proporcional, todas las ofensas que vayan en detrimento del patrimonio moral de un individuo.

Jiménez de Asúa, penalista que ha hecho blanco de nutridas críticas al Código Español de 1928, basado en la doctrina del criminalista Johan C. W. Tryren, sostiene que las expresiones y acciones lesivas al honor en su concepto lato deben ser castigadas bajo una triple forma: la calumnia, la difamación y la injuria.

Las dos infracciones primeras reprimirían los atentados a la reputación o fama y la tercera al honor propiamente tal. La calumnia sancionará las ofensas ocasionadas en ausencia del ofendido por comunicación a terceros, siempre que consistan en un hecho cuya falsedad es conocida por el culpable. La difamación se perpetra en la misma forma pero la naturaleza intencional de la ofensa es otra. Aquí se ofende a la ligera, sin otro ánimo preconcebido que causar daño a la víctima, y no se exige que el responsable conozca la falsedad del hecho ofensivo. La injuria queda circunscrita a las ofensas de cualquiera naturaleza, siempre que sean perpetradas en presencia del ofendido. Según estos principios, el que difama o calumnia, atenta a la reputación de un tercero, y debe hacerlo a espaldas de la víctima; el que injuria atenta al honor y actúa en presencia del sujeto pasivo.

Otro penalista, Rodolfo Rivarola, expresa con respecto a estos delitos que si bien han de mantenerse en la práctica tres infracciones fundamentales: calumnia, difamación, y ultraje, debe reconocerse otra que él denomina injuria, en la cual se engloba toda clase de ofensas que no queden sancionadas por las figuras especiales recién nombradas. Con ello pretende proteger el honor en su amplio concepto y castigar cualquier hecho que persiga atacarlo. Tanto la calumnia como la difamación y ultraje no son otra cosa que injurias especiales; en este punto el autor adhiere en parte a lo sostenido por Carrara. Entiende por difamación cualquier ofensa divulgada, sin distinción en cuanto a su naturaleza misma, basta la difusión para que el delito exista. Con la calumnia se castigan las imputaciones falsas sin atender al hecho de que se trate, siempre que la ley autorice la prueba de la verdad, y ella no se rinda en forma satisfactoria. El ultraje es comprensivo de toda ofensa realizada por vía de hecho.

Johan C. W. Thyren, penalista sueco, expone un criterio particular sobre estas ofensas, criterio que ha influido en la ley positiva de su país de origen. Clasifica los atentados al honor en dos figuras delictivas, la injuria y la difamación.

Considera como elemento para separar a ambas la mayor o menor determinación de la expresión o acción deshonrosa en que consiste la ofensa. Si ella carece de precisión en cuanto a lo atribuido, si se trata de un simple vilipendio impreciso, se sanciona como injuria; si reviste caracteres de determinación y engloba una conducta más o menos específica, constituye difamación.

“La injuria propiamente dicha se diferencia de la difamación, en que aquella se encierra en un acto, en cierto modo simbólico, palabra o gesto que encierra una desconsideración vaga e indeterminada. Si el símbolo deja, sin embargo aparecer ideas de algún modo determinadas, el delito se aproxima a la difamación.

El criterio es diferente al de los autores anteriormente mencionados y aunque de interés, ofrece inconvenientes.

Ofrece con los sistemas consagrados en la Ley de Prensa Francesa y en el Código Italiano de 1889 cierta similitud, ya hemos visto que el principio seguido por este último texto ha sido abrogado por el Código de 1931, clara manifestación de no ser conveniente el principio que consagraba. Pues si es indudable que la precisión del hecho atentatorio constitutivo de la ofensa es un elemento que debe tenerse presente para el castigo de un atentado al honor, mayor importancia ofrece, a nuestro modo de ver, la forma de divulgación del mismo; en otras palabras, estimamos más recomendable el criterio de Carrara, que tiene un doble fundamento: la naturaleza del bien jurídico protegido y la forma de exteriorización de la ofensa. Con la difamación se protege la fama, y solo puede perfeccionarse el delito a espaldas de la víctima.

4.4.6 Prueba de la verdad en el Delito de Difamación:

Con respecto de la difamación existe un criterio general en no aceptar la prueba de la verdad del hecho objeto de la ofensa. No existen en realidad doctrinas particulares a su respecto. Los autores tratan de la *exceptio veritatis* en conjunto, sin distinguir su procedencia o improcedencia para el caso específico de cada atentado contra el honor, salvo cuando se trata del delito de calumnia, respecto del cual aconsejan su amplia aceptación.

Las legislaciones siguen el criterio general en materia de difamación y prohíben en principio la prueba. Ello ocurre tanto en la europea como en la americana.

En Francia, país cuya legislación consagra la difamación en forma diferente a lo que según nuestro criterio ha de entenderse por tal, prohíbe la prueba cuando los ofendidos son simples particulares y la autoriza cuando son funcionarios públicos, directores y administradores de empresas industriales o financieras.

El Código Español de 1928, actualmente derogado, no resolvía expresamente sobre la aceptación o rechazo de la probanza del hecho imputado, guarda silencio al respecto; pero justamente por ello, como por el carácter que el delito tiene en este texto, estimamos que no se permite acreditar la verdad, pues sí así hubiera sido, habría mediado disposición expresa, como sucede con el delito de injuria, donde se rechaza su admisión, con las excepciones que especialmente establece.

En Italia el Código de 1931, tanto en la injuria como en la difamación, no autoriza prueba alguna tendiente a probar la verdad del hecho imputado.

En América se sigue el criterio de la prohibición de la prueba de la verdad

Solo nos referimos a aquellas legislaciones del continente que consagran la difamación con caracteres de tipicidad análogos a los que en doctrina se le otorga, pues como explicamos son numerosos los Códigos americanos que consideran como tal, erradamente, las ofensas que consisten en la imputación de un hecho.

Los Códigos de Costa Rica y de Brasil, artículos 281 y 139, respectivamente, prohíben la prueba; pero señalan excepciones: ambos Códigos establecen que procede la *exceptio veritatis* cuando el vilipendio afecta a un funcionario público sobre actos atinentes al ejercicio de sus funciones; además el primer Código citado la autoriza cuando la víctima es una persona privada y la ofensa se refiere en cualquier concepto a un interés que no sea de carácter particular.

México, en el artículo 351 de su Código Penal, prohíbe la prueba de la verdad, salvo los casos excepcionales que enumera: a) Cuando el ofendido es un depositario o agente de la autoridad y la ofensa se refiera a hechos relativos al ejercicio de sus funciones, b) Cuando el hecho está declarado cierto por sentencia irrevocable y el acusado haya obrado por interés público o privado, siempre que sea legítimo.

El Código del Paraguay, en el artículo 377, tampoco acepta la *exceptio veritatis*, pero consagra cuatro excepciones: a) cuando la difamación se refiera a funcionarios públicos y diga relación con sus funciones, siempre que sea de gravedad suficiente para exponerlo a un procedimiento disciplinario o criminal;

b) cuando por los hechos estuviere abierto o acabara de iniciarse un procedimiento criminal en contra de la persona ofendida; c) cuando fuere indudable que el autor ha obrado en intereses de la causa pública; y d) cuando el querellante solicita que el juicio se extienda a la prueba de la verdad de la imputación ultrajante.

Los Códigos de Perú y Uruguay, en los artículos 180 y 336, respectivamente no autorizan la prueba de la verdad en la difamación como regla general; solo le permiten en ciertos casos excepcionales, que son los mismos establecidos por el Código de Paraguay.

Los proyectos redactados en Chile no están completamente de acuerdo sobre este punto. El Código Silva-Lavatut, en el artículo 138, sigue el criterio anteriormente mencionado, o sea no permite la prueba como principio general. Considera casos especiales en que procede, muy semejante a los mencionados por los Códigos Peruano, Paraguayo, Uruguayo y la legislación italiana ellos son los siguientes: a) cuando se dirige la ofensa a un empleado público por razón de su cargo; b) cuando esté en actual tramitación un procedimiento criminal en contra de la persona ofendida por los mismos hechos; c) cuando el ofendido exija la prueba de la imputación.

El proyecto de ley sobre calumnia, injuria y difamación establece otra cosa. Sencillamente prohíbe la prueba en todo caso tratándose de la difamación y la injuria, puesto que expresa en el artículo 424: "Al acusado de difamación o injuria no se admitirá prueba alguna sobre la verdad de sus imputaciones". Estamos de acuerdo con la norma consagrada en este proyecto, porque su aplicación práctica reportaría mayor beneficio en la defensa del bien jurídico de que se trata, y haría menos engorrosa la tramitación judicial.

4.5 Nuestra Legislación

4.5.1 Como se protege al Honor en Nuestra Legislación Penal

El Código Penal se ocupa de los delitos contra el honor al sancionar los delitos contra las personas, en el libro II, título VII. En el título mencionado a continuación de los delitos de homicidio, infanticidio, lesiones corporales y duelo, reglamenta la calumnia y las injurias.

Las dos figuras recién nombradas son las que reprimen los atentados al patrimonio moral en nuestra ley. De la calumnia se ocupa el párrafo 6, de las injurias el párrafo 7, y en el párrafo 8 se trata de las disposiciones comunes a ambos delitos.

Nuestro Código siguió el criterio de reglamentar los delitos contra el honor entre los delitos contra las personas. Como puede notarse el legislador, ubicó a la calumnia y a las injurias a continuación de los delitos que reprimen los atentados contra la persona física; y no adhirió a la doctrina de ciertos autores que estiman debe sancionarse en un título independiente.

La ubicación que se dio a los delitos es atinada, puesto que al colocarlos entre los delitos contra las personas, nuestro legislador ha reconocido el principio de que el individuo, mejor dicho la persona, no está integrada solamente por el aspecto objetivo, físico; si no que también se encuentra integrada por elementos subjetivos o morales. Estas dos partes o aspectos no son susceptibles de división, ambas en conjunto vienen a constituir la persona que interesa al derecho. Por ello nuestro Código Penal, partiendo de la protección de la integridad física, termina con la defensa a la integridad moral, todo en un título destinado a velar por la personalidad.

Nuestro Código a diferencia de otros como el de Argentina, no considera el ser físico en forma exclusiva cuando habla de "persona"; sino que al individuo en su integridad.

Este mismo criterio es el consagrado en algunos Códigos de reciente creación; como el de Italia del año 1930, que entre los delitos contra las personas comprende, además de aquellos que atentan contra la salud y la vida, los que atentan contra el honor y la libertad.

No obstante lo expuesto, consideramos que como sistemática jurídica nuestra ley debería considerar un grupo de delitos denominados contra las personas, divididos en diversos sub-grupos donde se reprimirían los atentados a la vida, a la salud, al honor, a la libertad, etc.; comprendiendo en ellos todos los que velan por la personalidad.

Vale decir, los delitos de injurias y calumnia deberían siempre considerarse como delitos contra las personas; pero por su naturaleza especial, reunirlos en un acápite que los separe de los restantes que velan por las personas.

El artículo 412 del Código Penal define el delito de calumnia en la siguiente forma: “Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”.

El artículo 416 expresa que “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona”.

De los conceptos establecidos en los dos artículos transcritos se desprende que nuestro legislador consideró exclusivamente la naturaleza de la imputación ofensiva para tipificar los delitos contra el honor. Dejo totalmente de lado para estos efectos el bien jurídico lesionado, los medios de perpetración, etc.

Nuestra ley hace los siguientes distinguos para reprimir las ofensas al honor: si lo atribuido es un delito actualmente perseguible de oficio, la ofensa se sanciona como calumnia; las demás ofensas se reprimen como injurias, cualquiera sea su naturaleza.

De modo que con ambos delitos se puede atentar contra el honor o la reputación, ello no tiene importancia alguna como elemento diferenciador de las figuras penales ni para regular la sanción. Los medios de perpetración los considera la ley como circunstancias secundarias que determinan en parte la penalidad.

En el Código Penal, como hemos dicho, existen solo dos figuras que reprimen los atentados al honor. No obstante el Decreto Ley No 425 sobre abuso de la Publicidad establece otro delito, al cual siempre se ha relacionado con los delitos contra el honor. En efecto en el artículo 21 se consagra la siguiente norma: Lo que por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación divulgaren maliciosamente hechos relativos a la vida privada que sin ser injuriosos, o calumniosos, pueden producir perjuicios o graves disgustos en la familia a que la noticia se refiera, serán penados con multa de ciento a mil pesos.

Este delito creado por la Ley de Publicidad, de características tan especiales y cuya aplicación se reduce a casos particularísimos, viene a alterar la estructura de los delitos contra el honor según estima la mayoría de los penalistas por cuanto con su creación han venido a existir tres delitos contra el patrimonio moral: la calumnia, las injurias y la divulgación maliciosa de hechos relativos a la familia, denominación que la doctrina ha dado al atentado consagrado en el artículo 21 del Decreto Ley No 425.

Por nuestra parte consideramos que la divulgación maliciosa de hechos relativos a la familia no ha venido a alterar la construcción existente en nuestro sistema jurídico respecto de los delitos contra el honor. El artículo 21 del Decreto Ley No 425 no sanciona un atentado al honor. Estimamos que en la disposición aludida se ha consagrado exclusivamente un abuso de publicidad. La norma se refiere a hechos relativos a la vida privada "que sin ser injuriosos o calumniosos puedan" producir perjuicios a la familia.

En el artículo 21 de la Ley de Publicidad se han sancionado la divulgación por medio de la imprenta y demás medios que consagra de hechos relativos a la vida privada que provoquen molestias en la familia, pero que no sean atentatorios al honor o a la reputación. Imaginemos el caso de que una hija de familia se encuentra comprometida en matrimonio, con posterioridad, por una u otra razón se rompe el compromiso en forma totalmente privada. Si al hecho con fines maliciosos, o sea en conocimiento de que ello traerá molestias a la familia, se le da publicidad, se incurre en la comisión del delito. O cuando se divulga una seria disparidad de opiniones entre padres e hijo o mujer y marido, etc. Estos hechos en sí no pueden en general reputarse ofensivos, pero son atingentes a la vida privada de una familia y su divulgación puede ocasionar mil molestias a la misma.

El análisis de nuestro sistema penal en cuanto a los delitos en estudio, nos lleva a la conclusión obligada de que no ha existido un criterio unitario de parte del legislador para reglamentar y sancionar los atentados en estudio. En nuestra legislación no hay armonía ni concordancia; por el contrario hay preceptos que establecen principios manifiestamente contradictorios.

En nuestro Código Penal se establece el principio de que en el delito de calumnia se puede probar el hecho imputado, o sea es posible liberar la sanción al autor de calumnia cuando este acredita la efectividad de la atribución reputada calumniosa (artículo 415 del Código Penal); el Decreto Ley 425 consagra criterio diferente, se restringe la prueba de la verdad a casos excepcionales. Con la injuria también sucede lo mismo.

El Código Penal prohíbe por regla general probar la verdad de la imputación en el caso de la injuria; en el Decreto Ley se amplía esta facultad, mejor dicho, se conserva el principio de la prohibición, pero aumenta los casos de excepción en que se permite la prueba con valor liberatorio de la sanción.

En el Decreto Ley No 425 se reglamentó de manera especial la indemnización de perjuicios proveniente de los delitos en estudio, cosa que nuestro Código Penal no consideró, como es lógico por lo demás. Pero de esta consecuencia dimanar consecuencias diferentes. Como el Código Penal no consideró la situación para determinar si se tiene derecho a indemnización por los perjuicios sufridos con los atentados al patrimonio moral, debe recurrirse a las reglas consagradas en el Código Civil, que en forma expresa priva de derecho a indemnización al ofendido en su honor, a menos que haya sufrido daño emergente o lucro cesante susceptible de apreciación pecuniaria. En otras palabras el daño moral sufrido no puede ser objeto de una determinada indemnización. El Decreto Ley de Publicidad establece una regla totalmente diferente. El artículo 35 de este texto legal permite cobrar indemnización aun por el daño meramente moral que sufre el ofendido como consecuencia del agravio de que haya sido víctima.

Desde un punto de vista Doctrinario nos encontramos atinada la nomenclatura penal de los delitos en estudio o sea la sanción de dos clases de atentados: la calumnia y la injuria. Más cuando ambas figuras se han creado tomando en cuenta en forma casi exclusiva la naturaleza de la imputación agravante. No es adecuado el hecho de que se sancionen como calumnia las ofensas que consistan en la atribución de un delito pesquisable de oficio y todas las demás ofensas sean reprimidas como injuria. Se estima que debería considerarse la naturaleza de la expresión ofensiva, pero solo para dos efectos, graduar la penalidad considerando el mayor o menor poder ofensivo de la expresión y determinar la procedencia de la *exceptio veritatis*.

Mirada nuestra legislación en su aplicación práctica, parece indiscutible que no hay armonía entre las leyes que se ocupan de los delitos contra el honor, al ser aplicadas en los casos particulares se evidencian anomalías y contradicciones. Ello tiene su raíz en que no ha existido un criterio uniforme para consagrar las diversas normas que se preocupan de los atentados al honor. Las disposiciones inspiradas en principios totalmente diversos y que se ocupan de una misma materia son perjudiciales a la postre. La sociedad que ve el fruto de su aplicación no podrá comprender porque en casos semejantes se aplican sanciones diferentes y en unos se conceden determinados derechos y en otros no. Estimamos que se impone, como necesidad urgente modificar los textos legales referentes a los atentados al patrimonio moral, uniformándolos con un solo criterio rector.

(Garrido Mont Mario, Delitos Contra el Honor pag 119-172)

CAPITULO V

DELITOS EN EL EJERCICIO DEL PERIODISMO

5.1 Garantías Constitucionales y Legales que norman el ejercicio del periodismo

En la Constitución Política del Estado se garantizan un sinnúmero de derechos que son inherentes a la condición del ser humano, los mismos que internacionalmente se los conoce como garantías constitucionales, que pretenden precautelar los derechos de los ciudadanos de cualquier intromisión, ya sea por parte del ente estatal, de sus instituciones, como la Policía Nacional, etc.

Por lo señalado dentro de la Legislación Ecuatoriana y la Constitución Política aprobada en 1998 se hace constar dos elementos básicos como son: El derecho a la opinión. Es de destacar que esta prerrogativa alcanza única y exclusivamente a los editorialistas de los diferentes medios de comunicación social, es decir la opinión es un derecho que consagra la posibilidad de ser interlocutor válido del pensamiento de la sociedad y traducirlo en forma particularizada a través de la opinión.

Bajo este criterio podrá decirse entonces que la opinión no está limitada, no es así la opinión tiene también límites, que se encuadran generalmente en la ética, y en el manejo de la información.

La libertad de opinión, y la expresión del pensamiento constituyen la piedra angular de todos los derechos y garantías contempladas en la Constitución Política del Estado.

La libertad de opinión tiene su base en la libertad de información, y ésta a través de los diferentes medios de comunicación. Este derecho es inalienable, por lo que los periodistas profesionales, aplican para satisfacer el anhelo comunitario y una oportuna y veraz información, en los diferentes campos NECESARIAMENTE debe estar presente la objetividad.

Es necesario que el periodista profesional a más de ofrecer distracción constructiva y útil, debe ser sumamente objetivo para interpretar los acontecimientos hechos y sucesos que suceden en la vida diaria, tratando a la opinión y a la información como una categoría con la importancia que realmente merece.

El periodista en su ejercicio, está obligado a respetar los derechos de los demás y la integridad moral de las personas, especialmente su vida privada una vida ejemplar, lo que le dará una autoridad para informar, exigir, orientar, a través de los medios de comunicación social.

Se dice que la comunidad tiene derecho a ser correctamente informada y por otro lado se señala que el periodista está obligado a evitar la deformación y tergiversación de las informaciones. Los periodistas no deben ni pueden utilizar su profesión para denigrar, humillar la dignidad humana está obligado a respetar la convivencia humana. Se dice también que el periodista tiene que defender el derecho a la información con una expresión de todos los sectores de la comunidad.

A continuación detallo lo que dice la Constitución Política del Estado:

Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1. El derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en todas sus formas, a través de cualquier medio de comunicación, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la ley.

La persona afectada por afirmaciones sin pruebas o inexactas, o agraviada en su honra por informaciones o publicaciones no pagadas hechas por la prensa u otros medios de comunicación social, tendrá derecho a que estos hagan la rectificación correspondiente en forma obligatoria, inmediata y gratuita, y en el mismo espacio o tiempo de la información o publicación que se rectifica.

2. El derecho a la comunicación y a fundar medios de comunicación social y a acceder, en igualdad de condiciones, a frecuencias de radio y televisión.

Se ha especulado en forma constante si la libertad de opinión y de expresión son derechos únicos, que no pueden ser contrapuestos, con los derechos humanos de otra naturaleza, como el derecho a la honra, a la buena fama, a la intimidad, etc.

Para podernos explicar lo dicho anteriormente tenemos que indicar que el derecho a la información y a la opinión, no están en relaciones de confrontación con los derechos antes citados, peor aún en una secuencia de subordinación. El derecho a la comunicación y a la información necesariamente tiene que adecuarse al marco jurídico determinado por las leyes nacionales, por leyes internacionales y los tratados suscritos y adheridos por parte del Ecuador.

Cuando en el ejercicio periodístico se ha vulnerado cualquiera de los derechos de los integrantes de la colectividad, tiene el periodista que ha sido inexacto en la proporción de la información a rectificar en el propio medio la verdad de los acontecimientos sin perjuicio de que sufra demandas de carácter civil, penal e incluso de que la colectividad haga uso del daño moral. Generalmente las indemnizaciones de carácter civil se tramitan en forma especial como veremos posteriormente.

Artículo 81.- El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales.

Asimismo, garantizará la cláusula de conciencia y el derecho al secreto profesional de los periodistas y comunicadores sociales o de quienes emiten opiniones formales como colaboradores de los medios de comunicación.

No existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional y por otras causas expresamente establecidas en la ley.

Los medios de comunicación social deberán participar en los procesos educativos, de promoción cultural y preservación de valores éticos. La ley establecerá los alcances y limitaciones de su participación.

Se prohíbe la publicidad que por cualquier medio o modo promueva la violencia, el racismo, el sexismo, la intolerancia religiosa o política y cuanto afecte a la dignidad del ser humano.

Los periodistas por cierto están rodeados de una serie de derechos, que hacen que se proteja la fuente de la información de esta manera se logra la independencia informativa. Dentro del ejercicio periodístico debe exigirse la plena vigencia de la libertad de expresión, el libre acceso a las fuentes de información y el derecho del pueblo a una información libre, veraz y oportuna.

La ley de ejercicio periodístico fue dictada el 18 de septiembre de 1875 siendo Ministro de Educación y Cultura Galo García Feraud.

El Artículo 34 de la Ley del ejercicio profesional del periodista dice: Salvo los casos expresamente determinados en la Ley y en el Código Penal ningún periodista profesional será obligado a revelar la fuente de información y hace extensivo este derecho a los cargos de: Editor, Director, Editorialista, Comentarista, o Redactor que representa el medio de comunicación colectiva, y señala que ciertas áreas dentro del periodismo como las ciencias, las artes, letras, religión, que representen la opinión del autor, no son de exclusivo desempeño de los periodistas.

El Artículo 39 de la Ley del ejercicio profesional del periodista dice.- Con las limitaciones establecidas en esta Ley los periodistas profesionales tendrán libre acceso a las fuentes autorizadas de información, para lo cual todos los organismos del Estado, las entidades privadas con finalidad social o pública y las personas privadas, les prestaran la ayuda legal que fuere necesaria. De lo enunciado podemos señalar tres características básicas:

- 1.- La utilización de la información en forma veraz, oportuna y objetiva
- 2.- A proteger la fuente como un derecho inalienable de la información
- 3.- Acceder a las fuentes ya sean públicas o privadas para cumplir en forma satisfactoria su obligación.

5.2 Delitos contra la honra en el periodismo

Según el Artículo 498, 499, 499.1 del Código Penal, vemos que son susceptibles de juzgamiento, por injurias publicadas inclusive en el extranjero, podrán ser perseguidas las injurias calumniosas o no calumniosas en contra de las personas que hubiesen enviado los artículos o la orden de insertarlos en los órganos de comunicación en la República del Ecuador.

Al tenor de lo señalado son responsables de **injurias** los reproductores de artículos, imágenes o emblemas injuriosos, que se hayan publicado. No podrá alegarse que ya se han publicado en otros medios, con anticipación, así sean en el extranjero.

Art. 499.1.-Difamación:

Constituye difamación la divulgación, por cualquier medio de comunicación social u otro de carácter público, excepto la autorizada por la Ley, de los nombres y de los apellidos de los deudores ya sea para requerirles el pago o ya empleando cualquier forma que indique que la persona nombrada tiene aquella calidad. Los responsables serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años.

A más de lo señalado los medios de comunicación tienen la obligación de rectificar las inexactitudes.

5.3 Indemnizaciones civiles al daño moral:

5.3.1 Daño Moral

Consiste en el agravio, menoscabo o lesión a los intereses no patrimoniales de una persona. En el dolor, la humillación, la angustia, la aflicción que se causa en una víctima. Se lo aprecia por los resultados o repercusiones anímicas del hecho o acto ilícito, también por el menosprecio al derecho, a la integridad individual y existencial, a sus atributos, a su intimidad, su imagen, su buena reputación profesional, familiar, política, etc.

Son estos valores inseparables de todo sujeto y de trascendental repercusión social. Es decir el daño moral implica lesión a la persona en su consideración social, e infringe al mismo tiempo angustia, dolor, por una ofensa, por una acción, u omisión.

5.3.2 Significación Social:

La sociedad requiere para sus más altas consecuencias proteger a sus miembros e instituciones que desenvolviéndose dentro de los más altos valores la llevan a trascender.

No sancionar los hechos o actos dañosos sería atentar contra esa misma sociedad.

Ilícitos que causan daños:

Sin perjuicio de las acciones civiles sobrevivientes, la ley 171 reformativa del Código Civil R Oficial No 779 DE Julio de 1984, establece cuales son los ataques que producen daño moral y exigen reparación e indemnización. Son indemnizables:

- a) Los daños que afectan la reputación profesional, la credibilidad, la confiabilidad, Aquellos producidos por ataques al honor, a ese sentimiento propio de dignidad, de conciencia, de méritos y virtudes apreciados por uno mismo y reconocidos por los demás.
- b) Los estados de aflicción consecuencia de la violación, el estupro y por ofensas al honor conyugal, ofensas a la memoria de difuntos, (a su buen nombre en vida), por el ultraje o menosprecio a los restos mortales, por ataques a la privacidad e intimidad de las personas, por ataques disimulados a la libertad de conciencia y de culto, el derecho de imagen. Nadie puede jugar con nuestra apariencia física o mediante el uso de fotografías o caricaturas que no sean consentidas.
- c) La ofensa o burla al nombre, seudónimo, o retrato de una persona, los comentarios difundidos en los medios de comunicación social, sin la debida fuente o fundamento, la privación de la libertad, arrestos ilegales, o arbitrarios, los procedimientos injuriosos, formulación de denuncias, inicio de investigaciones, etc, que por injustos y ligeros causen daño moral.

5.3.3 Indemnizaciones Civiles:

La ley 171 considerando que innumerables actos ilícitos lesionan bienes morales jurídicamente protegidos que quedaban sin reparación, establece que se podrá demandar indemnización pecuniaria a título de reparación quién ha sufrido daños meramente morales.

Están obligados a esta reparación quien manche la reputación mediante cualquier forma de difamación a quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentado contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, procesamientos injustificados y en general sufrimientos físicos o psíquicos, como angustia, ansiedad, humillación u ofensas semejantes.

El juez será quién fije el valor de las indemnizaciones de acuerdo a la gravedad del perjuicio sufrido, la misma acción asiste a las instituciones o persona jurídicas que pueden ser afectadas por ilícitos que les produzcan un daño moral.

La Demanda de indemnización pecuniaria al daño moral en Nuestro Código Civil merece una explicación, se trata de establecer una sanción para el ofensor y el resarcimiento para la víctima. No es que se remplace el daño moral por un equivalente en dinero ni se trata de poner precio al dolor humano. La indemnización cumple una función satisfactoria ante la aflicción y ofensas causadas injustamente. Aunque muchas veces no es posible borrar los efectos negativos de una lesión, conlleva un carácter ejemplificador.

Algunos ilícitos solo afectan la esfera extramatrimonial como en la intromisión a la privacidad. El juez considerando estas circunstancias condenará al demandado a la reparación prudente y equitativa, aunque valdrá la pena que nuestra ley contemple la posibilidad de repararlo, además con la publicación de la sentencia condenatoria a costa del ofensor como prevé legislaciones de otros países.

5.4 La ley de radio y televisión

Rige en el país la ley de radiodifusión y TV publicada en el Registro Oficial 785 de 18 de Abril de 1975 y la ley reformativa a la ley de radio difusión y TV. del 9 de mayo de 1995.

El artículo 4 de la nueva ley clasifica las infracciones en que pueden incurrir los concesionarios y/o las estaciones de radio y TV. en delitos y faltas técnicas o administrativas.

a) Los Delitos:

El artículo 41 de la nueva ley señala que la responsabilidad por los actos o programas, o las expresiones vertidas por o a través de las estaciones de radiodifusión y TV tipificadas como infracciones penales, será juzgada por un juez de lo penal previa acusación particular.

Es decir en primer lugar los concesionarios de estaciones de radio y TV., son sujetos de responsabilidad penal y administrativa.

Ni la concesión, ni el funcionamiento de la estación podrán ser afectadas por las sanciones que los jueces o tribunales impongan a las personas responsables. Se trata de una garantía o protección para las instituciones periodísticas y una responsabilización personal para estos casos.

Cada medio de comunicación deberá guardar durante 30 días la grabación o filmación de un programa. Si el juez o tribunal requieren de ellas, serán obligatoriamente presentados por la estación al Juez de lo penal. De esta manera se podrá determinar las responsabilidades a que hubiere lugar.

El artículo 58 de la ley original prohíbe a las emisoras de radio y TV.:

- a) Emitir mensajes que son propios de las telecomunicaciones, salvo en emergencias, los destinados a áreas rurales, las invitaciones, partes mortuorios, citaciones o informaciones de organizaciones sociales.
- b) Difundir actos o programas contrarios a la seguridad interna o externa del Estado en los términos previstos en el Código Penal, y el Código de Procedimiento Penal, sin perjuicio de las libertades de información y expresión constitucional.
- c) Transmitir remitidos injuriosos o contrarios a la moral y a las buenas costumbres.
- d) Transmitir artículos, cartas, notas o comentarios que no estén debidamente respaldados con la firma o identificación de sus autores.
- e) Trasmistir noticias basadas en supuestos que puedan producir perjuicios o conmociones sociales o públicas.
- f) Hacer apología de los delitos, de las malas costumbres o revelar hechos y documentos no permitidos por las leyes, en la información o comentario de actos delictuosos.
- g) Omitir la procedencia de la noticia o comentario o el carácter ficticio fantástico de actos o programas así concebidos.
- h) Realizar publicidad de productos o actividades prohibido por la ley o los reglamentos.

b) Penalización de la clandestinidad:

Las estaciones clandestinas de radio y TV. serán clausuradas y requisadas sus equipos en forma inmediata por el superintendente de telecomunicaciones quien denunciará tal hecho a un juez penal, de comprobarse esta infracción los responsables tendrán una pena de 2 a 4 años de prisión con arreglo al Código Penal y de Procedimiento Penal.

c) Infracciones Técnicas o Administrativas

Son juzgados por el Superintendente de telecomunicaciones de acuerdo a la ley y previa ubicación de su competencia.

El artículo 71 de la ley establece las sanciones administrativas que pueden dictarse por parte de las instancias legales correspondientes, las mismas que solo pueden ser revocadas por resolución del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o por la Sala de lo Contenciosos de la Corte Suprema en el caso de que cualquiera de las partes hubiera interpuesto el recurso de casación.

5.5 El Juzgamiento y procedimiento para los delitos cometidos mediante los medios de comunicación social

El procedimiento se encuentra regulado a partir del Artículo 383 hasta el 389 del Código de Procedimiento Penal y si cabe la expresión es un trámite especialísimo.

Tenemos que hacer una distinción en lo que se refiere a los delitos de acción privada, a la misma que presentará su acusación particular y el juicio se tramitará bajo el procedimiento establecido.

Se da inicio a la instrucción o del juicio a través de la exhibición del original de la cinta o de la grabación, si se tratare de un delito de acción pública el Fiscal iniciará de acuerdo a las normas del Código Adjetivo Penal.

Para cualquier trámite que se pretenda instaurar en contra de los periodistas profesionales antes del ejercicio de la acción penal el Fiscal solicitará al Director editor o responsable del medio de comunicación una copia del escrito considerado punible, y solicitará el nombre del autor o responsable.

En la Ley se señala la responsabilidad del Director, Editor, dueño o responsable de un medio de comunicación, si es que no respondiera a la petición del Fiscal en el término de tres días para la remisión de la pieza periodística que se considere infamante. La infracción penal se seguirá en contra del Director, en caso de que no informe el nombre del autor, reproductor o responsable de la publicación.

El Director del medio de comunicación o el responsable del mismo cuenta con tres días para la remisión solicitada por el Señor Fiscal.

Son responsables de la Infracción:

- a) El director, dueño o administrador del medio, si no pusiere de manifiesto el original, el mismo que deberá llevar la firma autógrafa del autor, reproductor, o quien se responsabilice.
- b) Serán responsables cuando el autor, editor o reproductor resultaren personas supuestas o desconocidas, menores, vagos, insolventes, es decir inimputables.

Las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito, por esencia lo son solo las personas naturales, en cambio la persona jurídica si puede ser ofendida o injuriada porque una institución puede ser ofendida o lastimada y quien puede ejercer la acción es su representante legal, una persona jurídica no puede ser sindicada ni condenada, entonces la acusación debe dirigirse contra el representante, el periodista, o los colaboradores.

En conclusión los medios de comunicación social tienen una alta responsabilidad en la emisión de mensajes, tanto que se habla de los delitos cometidos por los medios, sabiendo que la radio, el periódico y la TV. son medios, es decir transportadores de mensajes y que es siempre una persona perfectamente identificable el emisor de este mensaje, y por tanto responsable de dicho delito en caso de existir.

5.6 Otros delitos en el periodismo

1.- Los escritos inmorales, los que atacan a las buenas costumbres, ya traten de asuntos obscenos o deshonestos, ya publiquen hechos deshonorosos pertenecientes a la vida íntima de las personas, ya provoquen la comisión de un delito.

2.- Los escritos subversivos, son aquellos que abierta e inequívocamente inciten a la rebelión contra los encargados de las funciones públicas y contra la constitución y otras leyes del Estado; se entiende que la literatura de oposición está garantizada por la libertad de expresión, pero las publicaciones de organizaciones guerrilleras o las publicaciones portadoras de un mensaje de rebelión están castigadas por esta norma.

3.- La publicación o distribución de escritos anónimos, quien contribuya a la publicación o distribución de un impreso o mecanografiado o escritos a mano que no lleven el nombre del autor o la identidad de la imprenta, también reprimidos por nuestra ley penal. Quedan exentos de culpa los que en este caso dieren a conocer al autor de la persona de quien hubiere recibido dicho escrito.

4.- A los propagadores de noticias o rumores falsos que digan relación al orden público, a la seguridad del Estado o al honor Nacional, así como a los que propagaren noticias o rumores falsos contra la honra y la dignidad de las familias, que se preocupen de la vida íntima de estos, sin perjuicio de la acción de injuria, así como a los que dirigieren a otros injuria no calumniosa leve.

5.- La apología del Delito, Nuestra ley pena a quien hiciere por cualquier medio la apología del delito o de un condenado por un delito por razón del acto realizado, también se pena la apología del suicidio.

6.- Imputación de hechos deshonorosos que afecten a la vida íntima de las personas.

7.- También es penada por la ley la interrupción de la comunicación postal, telegráfica, telefónica, o a quienes se resistieren a su restablecimiento.

5.7 Eximentes de los delitos periodísticos

a) **Animus Narrandi:** Como excluyente del delito se ha considerado que la intención de narrar los hechos excluye la intención de ofender, que constituirá el dolo específico de los delitos contra el honor.

Consiste en el propósito de una persona de hacer una relación de los hechos o sucesos, en el caso del periodismo o de la historia. El periodismo cumple la función de informar, lo que resulta un verdadero derecho social garantizado como un texto constitucional.

Pero esta necesidad social debe ser bien encausada. Esta garantizada su amplia libertad pero al mismo tiempo debe impedirse el abuso de ella.

Garrido Mont disiente totalmente de la doctrina que estima que mediante el **ánimus narrandi** se excluye el delito contra el honor.

El *ánimus narrandi* no se opone al delito, en la narración periodística no puede solo atenderse al *ánimus narrandi* para determinar si hay delito contra el honor, es necesario analizar la situación del hecho y valorar la misma a través de los principios de la colisión de intereses. El interés particular de la persona deberá ligarse con el interés público de la sociedad en conocer el hecho relatado y considerar si para la satisfacción del interés público era absolutamente necesario sacrificar el interés privado de defender su patrimonio moral.

b) **Animus Jocandi:** La presentación humorística de los hechos, algunos autores sostienen que el *ánimus jocandi* excluye el *ánimus injuriandi*, quien presenta el hecho en forma jocosa no pretende ofender.

El chiste, la caricatura, la alegría, la sátira, la burla, la dramatización humorística, la comedia, son medios aptos para ofender y es muy común a través de la prensa la expresión de ideas ofensivas, el humor, se dice en periodismo que produce resultados excelentes, pero es un riesgo por el daño que puede causar.

El hecho de que se expresen ideas ofensivas y otros rían por ello no resta en nada la esencia del delito. En estos casos no debe estarse a los ánimos que medien sino que debe considerarse el hecho, la forma, la presentación, la ocasión y las circunstancias en que ocurrieron, no para determinar los propósitos, sino para determinar si es agravante y concluir si hay o no injuria.

Se podría concluir que el *ánimus jocandi* no excluye radicalmente el delito contra el honor.

c) El *ánimus consulendi* es entendido como aquel cometido con el propósito de evacuar una consulta como quien solicita informes de un tercero.

d) *Animus corrigendi*: El propósito de corregir o enmendar a una persona aunque con expresiones agraviantes excluye el dolo que requiere el delito de injuria.

Según Garrido Mont: la doctrina actual señala que no obstante que el autor de una expresión agravante haya obrado con el propósito de corregir, absolver una consulta, criticar, narrar o cualquier otro justificativo puede y de hecho se comete un delito contra el honor, porque frente a una posibilidad o un derecho se enfrenta otro bien: el derecho al honor.

Se sostiene que el *ánimus defendendi*, el ánimo de defenderse incluye de hecho la intención dolosa.

En estos casos según Garrido Mont, es la legítima defensa lo que evitaría el dolo. En los casos de la ofensa causada en juicio, la ley establece un tratamiento especial. Podría entenderse como atenuante.

Igualmente el *ánimus retorquendi*, del que responde ofendiendo cuando ha sido provocado, podría eximir el delito, aunque autores como el que mencionamos no lo justifica; incluso el *ánimus retorquendi* confirmaría la existencia del dolo.

Un importante criterio doctrinario en cambio aboga por la tesis de la exclusión del delito por estos "*ánimus*". Jiménez de Azua considera que cuando media algún *ánimus* de estos, no hay delito pero no porque no haya dolo sino porque la conducta del presunto ofensor no es antijurídica. Falta el elemento subjetivo de lo injusto, la conducta no está en situación de contradicción con el derecho y por lo tanto no hay delito.

(Garrido Mont Mario Carlos. Delitos contra el honor, Editor. Chile. 1973) "y"
(Jiménez de Azua Luis: La ley y el Delito, Publicación de la Universidad del Azuay, C.P.P, C.P).

CAPITULO VI

6.1 CONCLUSIONES TEÓRICAS

1.- El Derecho a la información y el derecho a la honra son pilares fundamentales del ordenamiento jurídico, por lo que no pueden estar en pugna, sino, en relaciones de complementación.

2.- El derecho a la información, y de expresión no puede prevalecer encima del derecho a la honra, so-pretexito del interés ciudadano, ya que dentro de la escala jurídica los dos derechos el de información y la honra ocupan el mismo nivel.

3.- Así mismo el derecho a la honra generalmente cubre a las personas que no cumplen actividades de carácter público, sino generalmente a las personas que realizan actividades de carácter privado. Al ser un personaje público la persona y sus actos se convierten en un hecho público, pero sin embargo siempre tendrá la información el avance hasta que no lesione la honra.

4.- Generalmente en el ejercicio periodístico so-pretexito de informar se vulneran los derechos a través de los medios de comunicación, se violentan las leyes y los derechos humanos, desconociendo la responsabilidad del periodismo.

5.- Dentro del derecho los delitos en contra de la honra a través de los medios de comunicación tiene un tratamiento especial, un trámite especial para precautelar justamente la intimidad, la honra, el buen nombre, el prestigio y frenar la (información) malintencionada de los informadores.

6.- El derecho a informar es tal cuando es parte de un hecho verdadero, de un acto o de una circunstancia que refleja la verdad del acontecimiento, pero no puede ser información un hecho inventado, manipulado, acomodado, ya que esto entonces no es información sino es una injuria en contra de la persona o institución a la que se le nombre.

7.- El ser periodista no le da la capacidad a la persona de trastocar los hechos, de distorsionar la verdad, que el ejercicio periodístico tiene sus límites cuando existen situaciones íntimas de las personas que no necesariamente constituyen hecho noticioso.

8.-El código de ética profesional, limita el ejercicio del periodismo para precautelar los derechos de la colectividad y de los seres humanos, por lo que al desconocer los códigos de ética de cualquier profesión estaríamos cayendo en la comisión de un delito o cuando menos en una inobservancia de la moral y de la ética.

9.-Si la información entregada a la comunidad no es objetiva, veraz y oportuna caerá necesariamente en el campo del delito.

10.- La comunidad tiene derecho a ser correctamente informada, y el periodista está obligado a evitar la desinformación y tergiversación de las informaciones.

11.-Jamás el periodista valiéndose de su condición puede denigrar, humillar, la dignidad humana, caso contrario cometería delito.

12.-So pretexto de defender el derecho y el ejercicio de la libertad de expresión el periodista no puede lesionar la honra, y la dignidad de las personas.

13.- El periodista profesional tiene derechos y garantías pero así mismo está obligado a respetar los derechos de los demás y la integridad moral de las personas, especialmente su vida privada.

14.- La libertad de expresión, del pensamiento es un derecho fundamental del hombre. Su ejercicio pleno es por lo tanto una necesidad vital del pueblo, un derecho irrenunciable del periodista profesional y una obligación ineludible de los medios de comunicación social en el Estado.

15.-El periodista sino es objetivo, veraz, sino es capaz de interpretar los acontecimientos de la vida diaria y darle a la información la categoría, el volumen, la importancia que realmente se merece, fácilmente caerá en el campo de la injuria.

16.-El periodista antes de emitir la información tiene que verificar las mismas, recurriendo a las fuentes que le garantice la verdad de los hechos.

17.- Dentro del Código de Ética del ejercicio del periodismo, el periodista está prohibido comunicar de mala fe informaciones que atenten contra la dignidad, el honor o prestigio de instituciones o agrupaciones.

18.-A más de lo señalado anteriormente el periodista y el medio tienen la obligación de rectificar las informaciones como falsas, los rumores y las noticias no confirmadas, y en caso de que constituyan las dos últimas deberán darse un tratamiento especial para tratar como lo señalado anteriormente, es decir como rumor, como noticia no confirmada.

BIBLIOGRAFÍA:

- × Introducción al Derecho Penal. Temis. Bogota – Colombia. 1975. MUÑOZ CONDE
- × Citado en: Lecciones de Derecho Penal. Julio Mazuelos Coello. Lima – Perú. 1995. – TERRADILLOS
- × Diccionario Jurídico Penal y de Ciencias Auxiliares. Marcone Morillo Juan T.III. A.F.A Editores. 1995. – MARCONE MORELLO
- × Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría). Fundación J MarchJuaSerie Universitaria. Madrid. 1983. – GONZALES RUS
- × Derecho Penal Alemán. Trad. J. Bustos y S. Yañez. 2 da Ed. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1976. – WELZEL
- × Tratado de Derecho Penal. Trad. De la 20 ed. Alemana por Luis Jiménez de Asúa. adiciones de Quintanillo Saldaña. T.II. Madrid. 1927. – VON LISZT
- × Manual de Derecho Penal. P.G. 3 ra. Ed. Ariel. Barcelona. 1989. BUSTOS
- × Die Normen und ihre Ubertretung. T.I 18va Ed. Liepzig, 1980. – BINDING
- × Revisión del contenido del bien jurídico honor, en: "A.D.P.C.P". 1984. – BERDUGO.
- × Biblioteca de Consulta Microsoft encarta 2005 1993-2004 Microsoft Corporation
- × Fuente Alex. Editorial Jurídico Convención contra la tortura y otros tratados, penas crueles, inhumanas o degradantes
- × SOLER Sebastián Derecho Penal Argentino
- × Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

- × ESCRICHE Joaquín, Diccionario Jurídico de Legislación y Jurisprudencia
- × CARRARA, Diccionario Jurídico Elemental
- × CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario Jurídico
- × MENDOZA A Luis Y CARRILLO Rigoberto, Diccionario Jurídico
- × CÓDIGO PENAL
- × CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
- × RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO
- × GARRIDO MONT Mario, Delitos Contra el Honor
- × COSTA Fausto, Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía
- × BAYTELMAN Andrés Y DUCE Mauricio, Litigación Penal
- × JIMENEZ DE AZUA Luis, La Ley y el Delito- (Principios del Derecho Penal)
- × VASQUEZ DE PRADA Valentín, OP. CIT. p25
- × PIERCE Robert, Libertad de Expresión en América Latina. Ed Mitre. España. 1982
- × FERNÁNDEZ AREAL Manuel, Introducción al derecho de la Información. editorial A.T.E España. 1977
- × CARNELUTTI, EL DELITO LECCIONES DE DERECHO PENAL
- × PRIETO Daniel, DIAGNÓSTICO DE LA COMUNICACIÓN, EDICIONES CIESPAL. QUITO. 1990

- × TAUFIC Camilo, PERIODISMO Y LUCHA DE CLASES, ED, NUEVA IMAGEN. MÉXICO. 1974
- × “<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=Dignidad+del+dombre&meta=>”
- × “<http://escuela.med.puc.d/publ/ArsMedica/ArsMedica6/Art01.html>”
- × “.google.com.ec/search?hl=es&q=libertad+de+expresión+y+derecho+al+honor&meta=”
- × “/www.google.com.ec/search?hl=es&q=libertad+reexpresión+en+el+siglo+XXI&meta=”
- × “TAD+DE+EXPRESIÓN+EN+LOS+ESTADOS+DEMOCRÁTICOS&hl=es&um=18oi=scholart”
- × “<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/cuba/jiribilla/D/2003/n127-10/127-01.html>”
- × “<http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=HONOR+Y+PATRIMONIO+MORAL&meta=>”
- × “Resnum=08ct=result&cd=18q=DESPROTECCIÓN+DEL+HONOR+Y+LA+HONRA&spell=1”