

PROLOGO

El estimado amigo y colega Abelardo Martín Manzano me ha solicitado escribir algunas palabras a manera de prólogo del libro que el lector tiene ahora a la vista y que él mismo tuvo a su cargo la difícil tarea de coordinar. Pero, tal vez sin proponérselo, me ha puesto en un aprieto, pues no sólo se trata de una obra colectiva de gran envergadura científica, en la que han escrito algunos de los juristas más prestigiosos de Argentina, sino que, en su gran mayoría, además de ser amigos entrañables de gran parte de mi vida personal, familiar y académica –nutrida de inolvidables veladas y encuentros en este país y en otros lugares del mundo–, me han acompañado en la fundación de una organización para el estudio y difusión de las ciencias penales, como ha sido (y es) la Academia Argentina de Ciencias Penales, respecto de la cual han tenido, además, la generosidad de proponerme como presidente de la ella. Entonces, podrá advertir el lector de esta magnífica obra conjunta, para la cual el compilador ha reunido –como dije– a un grupo de autores de enorme reconocimiento intelectual en el campo de la penalística contemporánea, que me es muy difícil hablar de ella porque, como dice el conocido aforismo, “me comprenden las generales de la ley”. No obstante esta dificultad, intentaré ser lo más objetivo posible en las palabras que vierta sobre su contenido, pues nada más que lo dicho habré de decir de sus autores.

La obra contiene varios trabajos sobre uno de los títulos más complicados de ser abordado, sin caer en laberintos gramaticales muchas veces difíciles de resolver, como lo es, ciertamente, el Título II, del Libro II, del Código Penal, en el que se ubican los delitos contra el honor, empezando, desde luego, el arduo camino a recorrer, con el análisis del bien jurídico “honor” que expone su

rúbrica, una de las más polisémicas expresiones que encontramos en el digesto punitivo.

El profesor Dr. Jorge Luis Villada, un preclaro representante de la intelectualidad salteña, inicia este camino introduciéndonos en la enramada espesura del bien jurídico, con referencias históricas y comparadas sobre su conceptualización, dejando ver su afecto por la doctrina carrariana, pero sin dejar de señalar, el mismo tiempo, la importancia que hoy tiene esta problemática desde el prisma de los tratados internacionales sobre DDHH y del nuevo Código Civil y Comercial vigente en Argentina, mostrándonos que no siempre el derecho penal se separa y autonomiza de los confines de los conceptos civiles, sino que muchas veces recurre a ellos para integrar algún tipo de injusto, aunque algunos aun se resistan en reconocerlo.

Luego de un interesante recorrido, el profesor de la UCASAL hace puerto en los tipos de injusto que matizan este título: los delitos de injuria y calumnia, como figuras principales y emergentes para comenzar un nuevo camino de estudio y análisis crítico expositivo a partir de las importantes reformas introducidas por la ley 26.551 de 1999, las que –particularmente las referidas al delito de injuria– han dado toda la impresión (opinión de la que me hago cargo, sin dejar de señalar que es sólo un mera impresión) de que el legislador decidió mantener como delito una figura que más debería acercarse al derecho administrativo sancionador que al derecho penal.

A su turno, el profesor de la Universidad de Mar del Plata, Dr. Alejandro Tazza, se ocupa, en un lúcido y completo trabajo, no sólo de particular interés por la temática seleccionada sino también por lo exhaustivo de su contenido, del estudio de tres figuras específicas que tienen su sitio en los arts. 111 (“*exceptio veritatis* o prueba de la verdad de la imputación”), en el que incorpora, luego de un detenido estudio de esta categoría, un capítulo dedicado a lo que denomina “cuestiones procesales”, que infiero de gran interés para quienes se mantienen activos en el ejercicio de la actividad profesional, por las dificultades probatorias que presenta la prueba de la verdad en un proceso por injurias (cuando el hecho imputado hubiere dado lugar a un pro-

ceso penal), pronunciándose, en definitiva, por la no mantención de preceptos de esta clase; 113 (“publicación o reproducción de injurias y calumnias”), en donde examina con fino y meticuloso análisis, cuestiones relacionadas a los tipos objetivo y subjetivo del injusto penal, poniendo especial énfasis en todo aquello vinculado a la ya centenaria controversia sobre la responsabilidad del editor en estos delitos, estando o no identificada la fuente originaria del dato, impreso o libelo difamatorio; 114 (“injurias o calumnias vertidas por medio de la prensa”), disposición en la que recrea con especiales referencias y detenimiento, las dos cuestiones a las que alude el precepto y que, por la importancia que en un Estado constitucional de derecho tienen la libertad de expresión y de imprenta, han mantenido viva la discusión en el campo de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país: la aplicabilidad del Código Penal en estos casos y la publicación de la sentencia condenatoria, a partir del análisis de los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional en los fallos de la Corte Suprema, desde sus orígenes allá en los primeras décadas del siglo XIX hasta el conocido caso “Batalla” del 21/10/1970, cuya jurisprudencia se ha mantenido, con muy escasas variantes, hasta la actualidad. Concluye el profesor Tazza su valiosa contribución, por un lado, con un estudio sobre la doctrina de la real malicia, destacando la importancia del caso “Campillay”, para luego adentrarse en un análisis meticuloso sobre los límites de la libertad de prensa, enfatizando en el caso “Ponzetti de Balbín” que marcó un hito en la jurisprudencia relativa a los derechos a la intimidad y privacidad individual y, por otro lado, finaliza con un examen de la publicación de la condena, a costa del culpable, contenida en la última parte del art. 114 del Código Penal.

Continúa este estudio monográfico con un prolijo, diáfano e importante trabajo del profesor Horacio Romero Villanueva –un infatigable investigador del derecho penal y procesal penal– centrando su pesquisa en las figuras previstas en los arts. 115 (injurias vertidas en juicio), 116 (injurias recíprocas) y 117 (retractación) del Código Penal. En lo que respecta a las injurias en juicio, se destaca su carácter de eximente de la pena, cuando han sido proferidas en un proceso, precepto que contendría una suerte de excusa absolutoria en pro de mantener a resguardo el

derecho de defensa en juicio ante las posibilidades de aplicación de una pena debido al exceso en el que pudieren incurrir los litigantes durante las vicisitudes que, por lo general, se presentan en un juicio contradictorio. Pero, claro, si el exceso verbal o escrito ha traspasado los límites que están impuestos por el propio derecho de defensa –y las normas reglamentarias–, entonces entra a jugar el derecho administrativo sancionador y el arrogante y poco educado litigante podría sufrir la corrección disciplinaria que las normas locales (o nacionales) prevean. Seguidamente, se ocupa el profesor Romero Villanueva de las injurias recíprocas tipificadas en el art. 116 del Código Penal, dispositivo al que califica, como en la hipótesis anterior, de excusa absolutoria, que resulta ser, al fin de cuentas, la consecuencia de una compensación de ilícitos por decisión legislativa, que otorga al tribunal la facultad de eximir de la pena a una o a ambas de las partes involucradas en el litigio, “según las circunstancias” –dice la norma–, con lo cual y frente a esta amplísima y poco clara expresión, se deja abierta una amplia franja de consideraciones que, en muchos casos, podrían contener veladas y controvertidas decisiones que, por caso, implicarían el favorecimiento de la situación de una de las partes implicadas en la disputa. Todo es posible y nada es definitivo en el mundo del derecho. Por último, enfrenta el autor un tema para nada fácil de explicarlo y encontrarle un fundamento normativo satisfactorio, aun con la reforma introducida por la ley 26.551, la que, en vez de brindar una solución práctica y aprovechable, no ha hecho otra cosa más que generar mayor confusión a una problemática que se presentaba ya muy difícil de esclarecer, pero que Romero Villanueva aborda y analiza críticamente con especial cuidado y envidiable erudición, explicando claramente, inclusive, las características y diferencias entre la retratación y la conciliación como una modalidad más de cancelación del conflicto, no sin antes insistir en que se está frente a una especie de excusa absolutoria, cuyo efecto principal es la paralización del proceso con el dictado del sobreseimiento obligatorio por extinción de la acción penal.

Por su parte, el destacado profesor Rubén Fígari, oriundo de la hermosa Villa Mercedes sanluiseña, encara el estudio del delito de suministro de información falsa a terceros, el que es analizado

con particular esmero y conocimiento de la temática abordada, pues ya en anteriores publicaciones ha dado muestra de su saber en estos temas. Fígari es un investigador nato, que no le huye a las dificultades de la dogmática, con un gran conocimiento no sólo del derecho penal sino también del derecho procesal penal, cuyos frutos hemos visto en numerosos trabajos en publicaciones nacionales y extranjeras. El tema que ha elegido para esta obra colectiva es una muestra fiel de lo que acabo de destacar. Una temática que le brinda al autor una oportunidad para emprender los caminos marcados en la legislación nacional, a través de la ley 25.326 de Protección de Datos Personales (hábeas data), en la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales sobre DDHH, normativas que han regulado, con notoria suficiencia, todo lo relacionado con la honra y la dignidad personal; pero, al mismo tiempo, Fígari hace un repaso, por un lado, de las fuertes críticas que la doctrina ha formulado a estas figuras y de las que también él mismo se hace eco, y por otro lado, lleva adelante un examen de sus elementos típicos, analizando con rigor los tipos objetivo y subjetivo de los ilícitos en cuestión. Finaliza su contribución describiendo el parecer doctrinario sobre una controvertida materia vinculada a la naturaleza de la acción penal, ¿pública o privada?, adhiriendo a quienes entienden que la acción penal por estos delitos es pública, particularmente porque el art. 73 del Código Penal no los contempla en su texto, como sí ha hecho con otros ilícitos, afirmando, en renglón aparte, la competencia provincial para el juzgamiento de los hechos que estén comprendidos en la ley de hábeas data.

Por último, revista en este conjunto monográfico monotemático, una interesante contribución del magistrado Rodolfo Ariza Clerici en coautoría con la abogada Rocío Fernández Folatti, en la que abordan una temática de suma actualidad: principalmente la difusión no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas y la lesión al derecho al honor, la intimididad y la imagen, aunque también se ocupan, con especial atención, de distintas modalidades de ilícitos que se pueden cometer mediante el uso de la informática, aparcándose en las figuras introducidas por la reforma de la ley 26.388 de 2008. Pero, como la modalidad delictiva que ilustra el título de esta comunicación no tiene tipificación

en el Código Penal argentino, los autores se avocan a analizar la figura que se registra en el Código Contravencional de CABA, de similares características al *sexting* que se regula en los códigos penales de algunos países de Europa y de América Latina, sin dejar de destacar, analíticamente, la visión (y comprensión) de estas conductas desde una perspectiva de género. El trabajo no se detiene, ciertamente, en el sexting (primario o secundario) sino que comprende también otras modalidades conductuales que afectan, especialmente, al colectivo de mujeres, que son las que sufren, al parecer por las estadísticas que se mencionan, las mayores manifestaciones de violencia por parte del género opuesto, comentario que se presenta como muy oportuno, particularmente en estos últimos tiempos en los que, pese a la ausencia de criminalización del sexting, algún tribunal se ha pronunciado calificando de violencia de género digital la difusión no consentida de imágenes íntimas (ver Página 12, de 1/8/2022). En esta dirección, los autores centran su estudio en la figura tipificada en el art. 74 del Código Contravencional mencionado, entendiendo que allí se ubica una conducta (o varias de ellas) que denominan porno–venganza o pornografía no consentida, precisamente por la no prestación del consentimiento por parte de la persona ofendida en la difusión de las imágenes íntimas, para concluir proponiendo la regulación penal de estas conductas.

Este repaso por distintas ideas, sugerencias, propuestas y saberes ha sido una experiencia enriquecedora para este modesto prologuista, razón por la cual no he querido dejar pasar la oportunidad para agradecer a Manzano por la invitación que me hizo para acompañar a los autores que, con sus contribuciones, han hecho posible esta obra y, a la vez, expresarles mis felicitaciones por tan interesantes y eruditos trabajos.

Jorge Eduardo Buompadre
Profesor extraordinario de la
Universidad Nacional del Nordeste
En Corrientes, muy cerca de la primavera de 2022.

PRÓLOGO

La tradición constitucional argentina –doblemente centenaria– recogida por nuestra Constitución Nacional de 1853, en su art. 19 consagra el respeto a la autonomía moral del ser humano. Si bien de allí se deriva la vigencia en materia penal del principio de lesividad u ofensividad, lo cierto es que su contenido, lejos de agorarse en esta consecuencia penal, importa una auténtica definición antropológica por parte de nuestra Ley Fundamental que impone también el carácter intrascendente a todo nuestro derecho: todo ser humano es persona con autonomía moral y el derecho debe servirlo y nunca mediatizarlo, poniéndolo al servicio o tratarlo como instrumento de supuestos entes superiores.

De todas formas, queda claro que en todo nuestro derecho, el Estado está privado de la posibilidad de sancionar cualquier comportamiento que no afecte uno o más bienes jurídicos ajenos y, con mayor razón, esta prohibición debe relevarse en el derecho penal en la forma del citado principio de lesividad.

Nuestra legislación penal –acorde con este requerimiento– exige en cada tipo la afectación de uno o más bienes jurídicos, dando lugar a tipos uniofensivos y pluriofensivos. Esto es conforme al plano normativo, por más que en la realidad social conflictiva que cada delito genera, casi todos son pluriofensivos, sólo que las lesiones a bienes jurídicos cuya afectación no demanda el tipo carecen de relevancia respecto de la tipicidad, aunque pueden dar lugar a diferentes intensidades con contenido injusto del hecho, relevantes a los efectos de la cuantificación penal (“la extensión del daño y del peligro causados”, inciso 1 del artículo 41 del Código Penal).

El título de los delitos contra el honor de nuestro Código Penal señala a este bien jurídico como el dominante, aunque en la realidad social sabemos que también estas conductas típicas suelen afectar otros bienes jurídicos. La discusión acerca de los bienes jurídicos que son requeridos y de los que no lo son, pero que suelen resultar afectados, genera frecuentes dudas. Se trata de un orden de tipos con problemas bastante particulares, como los que analizan los trabajos aquí reunidos.

Al igual que en todo el derecho penal, el banco de prueba de la parte general es siempre al análisis de los tipos en particular y, en este caso, las complejidades que plantean a los conceptos de la parte general son varias y de diversa naturaleza.

Para aumentar las confusiones, nuestra doctrina y más nuestra jurisprudencia incorporó alguna idea proveniente del derecho anglosajón como la “real malicia”, que llevada a nuestra tradición no pareciera ser nada diferente que la exclusión del dolo eventual.

De cualquier manera –y por si fuese poco mezclar conceptos de diversa tradición jurídica- el dolo eventual es de muy dudosa supervivencia en nuestro derecho positivo a partir de la incorporación de la culpa “temeraria” a los tipos de homicidio y lesiones culposas en el tránsito vehicular. De pretender que el dolo eventual desapareció únicamente para los homicidios y lesiones culposas de tránsito, debiendo considerarse los casos en que anteriormente se discutía su existencia como supuestos de culpa temeraria, pero que se mantiene en los restantes homicidios y lesiones culposas y en cualquier otro delito de esa naturaleza, llegaríamos a la insólita e inadmisibles conclusión de que los cometidos en tránsito serían objeto de tipos atenuados o privilegiados.

No menores son los problemas que estos delitos generan al derecho procesal penal, como bien se destaca en el meticoloso análisis de los autores.

Se añade a todas estas dificultades la reiterada opinión político criminal que pone en duda la continuidad de algunos de estos tipos –en particular de la injuria– en la ley penal, postulando su descriminalización para degradarlo a un injusto de naturaleza civil.

Es perfectamente válida la opinión en sentido contrario fundada en la importancia del honor para la dignidad de la persona, lo que está fuera de toda discusión, pero la importancia o jerarquía de un bien jurídico –e incluso el alto grado de daño o lesión de una conducta– no implica en modo alguno que la vía penal sea la idónea para su adecuada protección o prevención.

Es obvio que el honor hace a la dignidad de la persona y, por ende, de todos los habitantes de la República en función del principio de igualdad constitucional, pero el complejo procedimiento de la acción privada y de la correspondiente querrela es también evidente que, en la realidad y práctica de los tribunales, es únicamente accesible para determinado sector medio y alto de la sociedad argentina.

Esto establece una selectividad de hecho que, más allá de la igualdad normativa formal, se traduce en que el aparato penal en esta materia se limita a la sanción de las conductas que afectan el honor de un determinado sector de la población, quedando impunes todas las afectaciones que al mismo bien jurídico puede soportar el resto de los habitantes.

En rigor, todas estas dificultades permiten concluir que este título de nuestro Código Penal es “débil” doctrinariamente hablando y, por ende, los problemas concretos planeados en nuestros tribunales y en particular con la creciente multiplicación de noticias falsas y el consiguiente reparto indiscriminado e impune de imputaciones gratuitas como lamentable táctica política, hacen sentir sobradamente la necesidad de profundizar su investigación, de la que se hacen cargo los autores de los trabajos contenidos en el presente libro.

E. Raúl Zaffaroni

Profesor Emérito de la UBA