

IX Encuentro de la Asociación de Profesores de Derecho Penal 26, 27 y 28 de agosto de 2009, Corrientes. "Derechos fundamentales y la ley penal"
Panel "LIBERTAD DE EXPRESIÓN: Criminalización de la protesta social. Calumnias e injurias. Libertad de Prensa – de opinión".

Delitos de Expresión.

Javier Augusto De Luca

1. Introducción.

Cuando hablamos de delito o delitos de expresión asociamos su concepto a conductas simbólicas, juicios de valor criminalizados por ofender derechos de otros de naturaleza abstracta y, paralelamente, pensamos en el derecho a comunicar cosas sobre los demás aunque a ello pueda no gustarles o perturbarlos. Aparece así un conflicto entre los derechos individuales y colectivos y los derechos comprendidos dentro de la libertad de expresión¹.

El primer problema que aparece en este horizonte es que pese a cierto consenso sobre la mayor potestad para criminalizar acciones que expresiones, resulta muy dificultoso definir qué está comprendido en este derecho. Existen infinidad de conductas que van más allá de la escritura, el dibujo y la palabra, y que son consideradas expresión. En muchísimos casos es imposible diferenciar opiniones u emisión de ideas de las acciones o conductas, porque las primeras no se agotan en palabras, sino que comprenden gestos y actitudes. Los gestos como un determinado saludo o el uso de distintivos o ropas que simbolizan ideologías o pertenencia a grupos o asociaciones, también son expresión.

Así en un intento primario John Stuart Mill sostuvo que no se pretende que las acciones sean tan libres como las opiniones, porque aun las opiniones pierden su inmunidad cuando las circunstancias en que ellas son expresadas son tales que su expresión constituye una instigación positiva a algún acto ilegítimo². Se las identifica como estímulos a acciones inmediatas, casi automáticas.

¹ Muchas de las ideas e información aquí volcadas surgen de y pueden ser ampliadas en la obra del autor, "Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor (Delitos contra el Honor cometidos a través de la Prensa)", Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

² Bianchi, Enrique-Gullco, Hernán, *El derecho a la libre expresión*, edit. Platense, La Plata, 1997, p. 69

Hoy se habla de las llamadas “conductas expresivas”. Se recuerda que un asesinato político o un daño a un edificio público como acto de protesta tienen importantes componentes de expresión, porque éstas son realizadas mediante las acciones, pero también, que tradicionalmente no se les ha dado la protección en la cláusula constitucional. La razón de ello, sin embargo, no consiste en que se trata de expresiones no verbales. Para autores como Ely, lo que diferencia aquellos actos (el asesinato, el daño) no es que no sean expresivos, **sino que el daño que causan no emana del mensaje que transmite el acto**, porque un asesinato o daño es perjudicial incluso si nadie ve en ello un elemento expresivo; en cambio, un saludo determinado (levantar el brazo para los nazis) o el uso de específica vestimenta (brazales, capuchas, togas, etc., para el Ku Klux Klan) pueden causar problemas únicamente si la gente conoce su significado³. Existen casos que se ubican en una zona gris: el famoso caso de la quema de una bandera no sería resuelto del mismo modo si se trata de la bandera nacional o la bandera del equipo de fútbol contrario en el medio de un partido de fútbol⁴.

Si esto es así, podría convenirse que mientras las manifestaciones públicas consistan en reuniones de personas que se limitan a gritar o vociferar, a emitir discursos o cánticos, ocupando espacios públicos y entorpeciendo la circulación para hacerse notar, exhibir pancartas o banderas, de una manera pacífica, deberían ser catalogadas como conductas expresivas⁵.

La cuestión no es simple. Existen varios estándares para determinar si una conducta es “expresiva”⁶.

El contexto y significado de esa expresión, necesariamente tendrá incidencia de acuerdo con los parámetros indicados: la acción de cortar una ruta para impedir el paso de un competidor en una licitación pública

³ Ely, John Hart. *Democracia y Desconfianza*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997, pág. 142, nota al pie.

⁴ “Texas v. Johnson” S.C. EE.UU. (1989). Hay comentario de Alberto Bianchi en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1990-II-149, Facultad de Derecho, Abeledo-Perrot.

⁵ Gargarella, Roberto. *Por qué el fallo “Alais” es (jurídicamente) inaceptable*. Jurisprudencia Argentina, 2004-III, fascículo N° 1, del 7/7/04, p. 40. Gargarella, Roberto. *Dar de nuevo: activismo cívico y el derecho a la crítica radical*. Revista “¿Más Derecho?” edición especial sobre Libertad de Expresión, Edit. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2002, p. 61. Ferreyra, Raúl Gustavo, *El derecho de libertad de expresión y la aplicación de la doctrina de los derechos y libertades preferidos a un caso difícil*, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, Buenos Aires, 10 de noviembre de 2000.

⁶ Barron, Jerome y Dienes, C. Tomas, *First Amendment Law*, West Publishing Company, St. Paul, MN, p. 216, describen sintéticamente las opiniones de Emerson, Ely, Henkin, los casos “Spence v. Washington” (1974), “United States v. O’Brien” (1968), “Texas v. Johnson” (1989), “United States v. Eichman” (1990), *Barnes v. Glen Tetarte, Inc.* (1991).

con el fin de que éste no llegue a tiempo a presentar la documentación necesaria, o el de una ambulancia para que no asista al herido grave, evidentemente no estarán comprendidas dentro de las conductas expresivas que constituyen esas libertades constitucionales. Esto lleva al problema de la neutralidad del Estado en las restricciones y al del contenido de las expresiones⁷.

Ahora bien, la razón de considerar si un conjunto de acciones deben ser consideradas expresiones radica en que si la respuesta es afirmativa, le comprenderán los atributos de la libertad de expresión, entre los que se encuentran la prohibición de la censura previa (art. 14 CN; art 13 CADH) que, entre nosotros, es prácticamente absoluta, a diferencia de EEUU y Europa donde admite mayores restricciones (ej. doctrina del peligro claro y actual o inminente)⁸. Ninguna ley ni acto de autoridad infraconstitucionales pueden actuar en contrario⁹, y la autoridad debe contentarse con el sistema de responsabilidades ulteriores.

La incidencia en la teoría del delito es notable: no puede haber legítima defensa contra una expresión en curso de ser comunicada (ej. proceso de edición de un periódico), porque esa expresión no puede ser censurada. Solo se puede actuar a posteriori.

Esta situación jurídica pone en tela de juicio muchos de los actos de autoridad que se pretenden llevar a cabo contra los manifestantes¹⁰, ya que sólo podrían ser censurados aquellos que no sean clasificados como “conductas expresivas” por ser éstas ejercicio de la libertad de expresión, tales como los actos de violencia física o de intimidación, o de daños¹¹.

⁷ Gargarella, Roberto. *El Derecho a la Protesta Social*, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, encara este tema por demás espinoso, porque si el Estado debe ser neutral a la hora de restringir una expresión por razones de tiempo, modo y lugar, no podría justificarse siquiera la incriminación de la instigación verbal a cometer cualquier delito (art. 45 CP). Por eso es que cuando se habla de neutralidad, se refiere a conductas expresivas exteriormente similares, cuyo daño a terceros es producido por su exterioridad y no por su contenido. Ej. un corte de ruta o la ocupación de una plaza, que son similares cualquiera sea el contenido del mensaje que motiva las reuniones o que se pretende transmitir.

⁸ En la Argentina esta doctrina es mencionada en la disidencia del juez Fayt en el caso de Fallos: 312:916 "Verbitsky" del 13-6-89. Vid. también Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la CADH), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de nov. de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 50.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001; De Luca, Javier Augusto, *Delitos contra la libertad de prensa* (comentario al art. 161 del Código Penal Argentino), en *Delitos contra la Libertad*, coordinadores Stella M. Martínez y Luis Niño, edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 445.

¹⁰ Loreti, Damian. *Manifestaciones públicas, protesta y derecho humano a la libre expresión y a la reunión en asamblea ¿Nuevos actores o nuevos acercamientos?*. Contribución que me acercara gentilmente el autor, catedrático en la carrera de Comunicación Social de la UBA, presentada al Proyecto Democracia, comunicación y sujetos de la política en América Latina contemporánea (CONACYT; UAM-X UNC; UBA y U. de G., clave del proyecto 42 715).

¹¹ Ferreyra, R.G. y Gargarella, obras citadas, aceptarían estas restricciones.

Ya se ha observado que muchas veces la forma de expresión está signada por la necesidad de hacerse escuchar, que no se lograría de otro modo, tanto por circunstancias de modo, de tiempo y de lugar¹². Por ello es relativa la capacidad de rendimiento de las reglamentaciones que intentan “ordenar” las protestas.

Aquí se cuele o se deja ver el problema medular de la democracia republicana. La necesidad de mantener espacios vitales para el debate sobre asuntos públicos que no siempre serán realizados de un modo agradable¹³.

Debe tenerse en cuenta que las dificultades para expresarse constituyen un ingrediente extra, que si no logra sortear completamente el estándar de la causa de justificación legítimo ejercicio de un derecho fundamental, haría desaparecer toda posibilidad de efectuar un reproche de culpabilidad.

2. La libertad de expresión

La libertad de expresión es un derecho eminentemente subversivo, que se da de patadas con conceptos formalistas de orden. Si una expresión fuera inofensiva, quedaría dentro del ámbito de reserva de los habitantes, el Estado no podría reglamentarla ni tendría sentido que lo hiciese (art. 19 C.N.), y sería superfluo que nos anuncien nuestro derecho a la libertad de expresión. Las previsiones de la Constitución significan algo más. Están conferidas para interferir en los derechos de los demás, son molestias que pueden incluso constituir ofensas tipificadas penalmente.

De modo que deben rechazarse argumentos tales como que una expresión es legítima cuando mediante ella no se comete un delito. La

¹² Ferreira, Marcelo, *Derecho a la Libre Expresión*, en AA.VV. Derechos Humanos, dirigida por Agustín Gordillo, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, capítulo VII, explica las posibles fuentes de restricciones a la libertad de expresión.

¹³ Presentación como “amicus curiae” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa S. 2682 -XXXVIII- “Schifrin, Marina”, los Dres. Claudia Martín y Diego Rodríguez Pinzón, por la Academia de Derechos Humanos del Washington College of Law de la American University, y Victor Abramovich, por el Centro de Estudios Legales y Sociales, se citan conocidos fallos de la Suprema Corte de los EEUU y de Tribunales Europeos. “Adderley v. State of Florida” (385 U.S. 39); Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, Judgment of 2 October 2001; Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del 13 de noviembre de 1985. Serie A, N° 5, para. 69. CIDH; Informe Anual 1994, Capítulo V; Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

libertad de expresión, precisamente, permite realizar tipicidades penales impunemente.

Veamos algunos conflictos de este derecho con otros.

3. Honor. Antijuridicidad de su lesión.

El honor, como derivación de la dignidad personal, tiene entre nosotros reconocimiento constitucional (arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional¹⁴; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Esta situación no obliga al legislador a criminalizar todas o algunas de las ofensas al honor.

Sin embargo, nuestro legislador así lo hizo. Además de las consecuencias que esa antijuridicidad produce en general (Arts. 1071 bis, 1089, 1090, Código Civil), ha incriminado conductas que lo lesionan (arts. 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117 y 117bis Código Penal).

4. Merecimiento o no de pena.

Se discute en doctrina si las lesiones al honor deben seguir siendo castigadas total o parcialmente por la ley penal porque, se dice, la protección civil sería suficiente. Otros cuestionan la falta de certeza de algunos tipos penales en función del principio de legalidad¹⁵.

La criminalización de las lesiones al honor tiene una larga tradición en el derecho positivo nacional.

La posición más difundida es la intermedia que propicia la impunidad parcial¹⁶, para los asuntos de interés público y mantiene la represión de los casos que involucran solamente asuntos particulares¹⁷.

¹⁴ C.S.J.N., Fallos: 306:1892 "Ponzetti de Balbín" (1984).

¹⁵ De Luca, Javier Augusto. *Crítica y Libertad de Expresión. Casos Kimel (CIDH) y Patitó (CSJN)*. Revista Doxa Penal, de Derecho Penal y Procesal Penal, Editada por la Universidad Nacional de Rosario y EDIAR, Buenos Aires, 2009, pág. 15 y ss.

¹⁶ Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Santiago A. Cantón. Este documento forma parte del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, año 2000, volumen III, OEA/Ser.L/V/II.111. Doc.20 rev. 16 abril 2001. Original: Español. Secretaría General de la OEA, 1889 F St. N.W., Washington, D.C. 20006.

¹⁷ Declaración Conjunta del Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión (Ambeyi Ligabo), del Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa (Freimut Duve) y del Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión (Eduardo Bertoni), Londres, 9 y 10 de

Los argumentos críticos a la represión penal no advierten que no se diferencian de los que podrían dirigirse a las leyes civiles o a todos los delitos en general. Si los delitos contra el honor pueden restringir la libertad de expresión, la misma situación se puede dar con las responsabilidades civiles. De hecho, toda la doctrina constitucional sobre libertad de prensa no distingue entre responsabilidades civiles y penales, se aplica a ambas por igual. Para muestra, basta con leer el *leading case* “New York Times vs. Sullivan” de la Corte de los EEUU¹⁸ donde expresamente se alude a la cantidad de demandas que estaban esperando ese fallo.

Existen, por el contrario, buenas razones para mantener los delitos contra el honor, pero con la aplicación de los estándares constitucionales de libertad de prensa o de expresión. Ello así porque en materia de honor la selectividad del sistema punitivo no adopta un funcionamiento similar al de los demás delitos¹⁹. La acción penal es privada, sin intervención de las tradicionales agencias de control penal y las personas involucradas en esta clase de conflictos, víctimas y victimarios, no son especialmente vulnerables al sistema del mismo modo que en los delitos tradicionales.

La derogación del delito de desacato bajó a los funcionarios del pedestal donde se encontraban; se han receptado doctrinas que fomentan la libre y robusta discusión sobre asuntos de interés general; se ha comprobado que quienes se expresan a través de los medios de comunicación responden a lógicas y patrones de un mercado complejo y globalizado cuyos objetivos no son los de transmitir noticias, pero tampoco los de agraviar en particular el honor de los involucrados en ellas, sino los de influir de algún modo en los destinatarios de los mensajes.

Hoy preocupan más los casos en que un ciudadano ve afectado injustificadamente su honor por la actividad de una empresa de medios de comunicación constituida por canales de televisión de aire y de cable, radios AM y FM, y distintos productos gráficos, frente a quienes carece de toda defensa y no tiene posibilidad alguna de satisfacción real de los daños

diciembre de 2002, difundida por la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁸ Suprema Corte EEUU: 376 U.S. 255; 1964.

¹⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Monte Avila Editores Latinoamericana., Caracas, 1992.

producidos. La idea del individuo frente al Estado o frente a los gobernantes a quienes critica, no tiene ya casi ninguna relevancia.

Desde un punto de vista más teórico aún, llama la atención que se critique al honor²⁰. Los ataques vienen de la mano de una creciente superficialización y relativización de principios individuales y sociales conseguidos con gran esfuerzo de la humanidad. Se cae en razonamientos o discursos legitimantes de necesidades que, en realidad, han sido inventadas por quienes las producen y comercializan.

Es decir, no tiene sustento la prédica de la banalización del honor a favor de una libertad de prensa ejercida para producir banalidades²¹.

Los delitos contra el honor deben apuntar a los casos donde el ofensor goza del poder real de someter a la víctima, todas las veces que lo desee, a la deshonra y al descrédito público.

La libertad de prensa o expresión, concebida originalmente sobre la base de un rol eminentemente subversivo, para romper barreras y enriquecer el debate democrático, y operar sobre el conflicto social permanente, está siendo controlada de tal modo que los mensajes de los medios no contradigan la ideología hegemónica de la sociedad²².

Luego, la represión de un escaso número de ataques al honor, de ataques dirigidos a sacar del juego del libre intercambio de ideas al destinatario, de ninguna manera cercenan la autonomía moral de quien los profiere. Se trata tan solo de la redignificación de quien los sufriera²³.

5. Lesion y derecho a lesionar.

²⁰ En el estado actual de nuestra cultura no se aprecia como positiva una banalización del honor, un estado de cosas en el que se pudiese decir cualquier cosa del conciudadano sobre asuntos ajenos a su participación pública. ¿Qué beneficios traería para la sociedad que sus miembros no tuviesen un reconocimiento jurídico de su honor? Una comunidad tal sería aquella donde fuese libre imputar infidelidades conyugales, insultar a cualquiera, tachar de ladrón al vecino, falsear informaciones personales, tratar de prostituta a la esposa del amigo, discurrir sobre las inclinaciones sexuales de los padres de otro, denigrar a quien con el fruto de su esfuerzo y trabajo ha logrado una posición laboral o profesional, e infinitas formas de desmerecer al otro, donde todo dé lo mismo, donde el ser humano abandone una de las capacidades que lo distinguen de los demás animales.

²¹ Proliferan las noticias de hechos espantosos y de fácil comprensión por los destinatarios; la exposición pública de las miserias humanas y el recurso al sentimentalismo; la exaltación del hedonismo y mensura del éxito personal por el grado de acumulación de riqueza; los debates sobre problemas económicos, sociales y políticos de un nivel que no supera la grosería (en esos procesos de comunicación se oye mucho “ruido” y pocas ideas) y que jamás se aproximan a las verdaderas causas que los generan terminan desinformando y confundiéndolo todo, con lo cual cambian algunas caras pero el sistema siga funcionando igual; la propaganda desembozada de mercancías bajo el ropaje de productos “científicos”; la aparición de “opinólogos” y calumniadores profesionales cuya única autoridad se basa el hecho de tener a su disposición un micrófono, una cámara o una columna en un periódico.

²² Melossi, Darío. *El estado de Control Social*. Edit. Siglo Veintiuno. México. 1992, pág. 240 y ss.

²³ Malamud Goti, Jaime, *Emma Zunz. Sentimientos y Castigo*. Nueva Doctrina Penal, Edit. Del Puerto, Buenos Aires, T° 2002/A, p. 107, sobre la pena como reequilibrio y redignificación de la víctima.

Deben diferenciarse las lesiones al honor con el derecho a concretar esas lesiones. En materia penal lo primero se refiere a la tipicidad y lo segundo a la justificación, que elimina la antijuridicidad de una conducta.

De ese modo, no es correcto sostener que un calificativo peyorativo no ha lesionado el honor del destinatario porque la expresión se produjo en un debate sobre asuntos de interés público. En esos casos existe lesión, con independencia de que haya derecho a proferirla.

6. Opiniones y hechos, verdaderos y falsos. Animus.

Es difícil distinguir hechos de opiniones, pero debemos hacer un esfuerzo.

Cuando se trata de atribuciones de conductas, imputación de hechos, es posible predicar la verdad o falsedad. Pero para que haya injurias no es necesario que los hechos imputados deban ser falsos, porque en nuestra cultura no existe un derecho general a la verdad. Decir verdades deshonrantes o desacreditantes de los demás, no es ningún valor²⁴. Esto solo se admite cuando los hechos verdaderos revelados o imputados, son de interés público. Si lo dicho es verdadero, y de interés público, la lesión al honor estará justificada en la libertad de expresión.

El único lugar donde la falsedad tiene relevancia a nivel de la tipicidad es en la calumnia donde constituye un elemento del tipo.

Se debe descartar la idea del *animus iniuriandi* porque el honor se lesiona con prescindencia de la presencia de un especial ánimo de ofender y no se descarta por la de un *animus criticandi* o *informandi*. La del *animus iniuriandi* es una teoría no democrática, porque hace depender la licitud de una expresión y, con ello, el derecho de todos nosotros a conocer lo que otro habitante de la Nación tiene para decir, de una especial posición subjetiva del emisor. Es que el *animus iniuriandi* no es incompatible con la presencia de otros ánimos.

7. El debate público.

Un amplio debate en asuntos de interés general es fundamental para el sostenimiento de una sociedad de hombres libres y autogobernados, que mantengan la información, el control y la capacidad de censura de sus

²⁴ Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*, Edit. Temis, Bogotá, 1977, § 1745).

representantes.

En consecuencia, la más amplia libertad de discusión y debate está deparada para los asuntos públicos, y ello se traduce, en derecho penal, en la necesaria consideración de otros principios y derechos constitucionales en el plano de la antijuridicidad.

8. Comunicación de hechos, piniones y estándares constitucionales.

Los pensamientos no pueden ser castigados (art. 19 CN). Las expresiones deben ser externas y ofender a los derechos de terceros.

La segunda cuestión muy importante es que nuestra región Latinoamericana rige la prohibición absoluta de la censura previa (art. 14 CN, art. 13 CADH). Ni en los Estados Unidos de América ni en Europa es igual, pues allí se admiten casos de censura.

Esto genera una serie de consecuencias. Así, no puede haber censura, ni siquiera la judicial, porque la Constitución no distingue entre la buena y la mala censura.

Tampoco puede haber legítima defensa contra un ataque inminente al honor en ejercicio de la libertad de expresión, porque esa defensa significaría un acto de censura.

El sistema funciona con la responsabilidad jurídica -civil y penal- ulterior a la expresión. Como pronto se advirtió las sanciones posteriores podían tener un efecto disuasivo de futuras publicaciones y generar autocensura, fue necesario generar una serie de estándares para dotar de seguridades a las personas. Me permito señalarles que no es correcta la idea de que todo aquél que comete una injuria o difama a otro por cualquier medio de comunicación, será automáticamente sancionado a posteriori. El sistema es bastante más complejo que eso.

Como la verdad es un valor a alcanzar muy importante en asuntos públicos, las revelaciones o informaciones sobre hechos que verdaderamente han ocurrido o sobre los que todo indica razonablemente que han ocurrido (veracidad), están totalmente protegidas por la libertad de expresión. Cualquiera sea la entidad de la ofensa al honor que tal imputación o revelación importe para el aludido por la información.

Si la noticia consiste en reproducir o publicar la ofensa al honor que otro ha proferido, en un asunto de interés público, y se ha indicado quien

es el autor de la ofensa (cita fiel de la fuente real), se considera que está diciendo la verdad de un hecho, porque el hecho es que alguien dijo algo de otra persona, con total independencia de si lo que dijo es verdadero o falso y aunque sepa que es falso. El que publica o reproduce, además no tiene ningún deber de comprobar la veracidad del contenido del mensaje de la fuente. Esto torna en inoperante, para casos de interés público, la aplicación del delito previsto en el art. 113 del Código Penal. No existe ningún deber de garantía para el editor, ni la responsabilidad subsidiaria o en cascada, como ocurre en el art. 30 del Código Penal Español y alguna vez rigió entre nosotros para el delito de desacato.

Aunque el hecho relatado sea falso, igualmente se protege la expresión cuando es de interés público, siempre y cuando no se demuestre que el autor de la imputación conocía que ella era falsa o, por lo menos, que obró con temerario desinterés acerca de la verdad o falsedad de la noticia. A esto se lo llama real malicia.

Como se ve, la calumnia de nuestro art. 109 CP no puede ser justificada con la libertad de expresión, porque ese delito reclama el conocimiento y voluntad de realización de una imputación falsa de un hecho que, además, debe ser un delito de acción pública.

De algunas cuestiones dogmáticas se desprende que la real malicia no es dolo del delito de injurias, ni constituye una categoría teórica de injurias culposas (que en nuestro país no son punibles).

Tienen otro estándar las opiniones, los juicios de valor, la comunicación de ideas, de críticas, y de toda forma de expresión del pensamiento, por cualquier modalidad (escrita, gestual o de palabra), de las que no pueda predicarse la verdad o falsedad.

La jurisprudencia constantemente aplica criterios de objetivación de las opiniones para tratar de establecer si los exabruptos, humoradas, agravios personales, insultos y cualquier clase de manifestación agresiva empleada, están conectados con algún fundamento, si son una derivación racional o lógica de ciertos acontecimientos de la realidad y de interés público²⁵.

²⁵ Gimbernat Ordeig, Enrique, *"La Libertad de Expresión está de Enhoramala"*. En Estudios de Derecho Penal, Edit. Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1990, pág. 100 y ss. da ejemplos de expresiones "por sí injuriosas", epítetos, que no están amparadas por la libertad de expresión e información. Supuestos como el de quien afirma de unos agentes de la Policía Municipal que son "unos asesinos y unos hijos de puta" (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1985), el de quien llama al Jefe del Estado

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema ha sido fecunda en materia de protección de las opiniones, por más ofensivas que fuesen, las cuales ha inscripto dentro del *derecho a la crítica*. En 1967 aparecen tres fallos que harán historia, el primero es “García Mutto”²⁶. El segundo es “Calcagno”²⁷, el mismo día que la anterior²⁸, y finalmente, el caso “Moreno y Timerman”²⁹.

A comienzos de los noventa se comienzan a precisar las pautas sobre el derecho a crítica y se destaca que, en principio, *si la crónica debe ser veraz, la opinión es libre*.³⁰

Se pauta el estándar de la más amplia libertad de opinión, pero se admite el reproche de aquellos términos que estén desconectados de la idea crítica y de interés social que se pretende comunicar³¹.

Y tal libertad se extiende a las expresiones vertidas por medio de la televisión y de corte humorístico, incluyendo así a la sátira en estándar constitucional deparado a las opiniones o juicios de valor³².

Aunque con algunos altibajos en este terreno de las expresiones humorísticas, cuya suerte parece depender del sentido del humor de los jueces en lugar de un estándar objetivo. Así, los casos “Cancela”³³ y “Alsogaray”³⁴.

En igual sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “Lingens”³⁵ donde se destaca que expresamente se tiene por afirmada la existencia de lesión al honor o reputación del afectado aunque la expresión esté protegida por la Convención Europea. De esa manera se evita la tautología de considerar que la reputación sólo se ve afectada cuando se viola la libertad de prensa y que la libertad de prensa sólo se ve

"una mierda y un hijo de puta" (sentencia de 16 de junio de 1987), el de quien asegura que el Ejército está formado por "hijos de puta, fascistas, cabrones y asesinos" (sentencia de 27 de abril de 1988), o el de quien califica a otra persona de "ladrón, hijo de puta y cornudo" (sentencia de 8 de abril de 1989).

²⁶ Fallos: 269:189 “García Mutto”, del 30 de octubre de 1967.

²⁷ Es importante resaltar que en la causa reseñada se juzgaba al periodista por ofensas al honor de los funcionarios que habían juzgado una película cinematográfica, y no a la película en sí misma, lo cual conduciría a otro estándar. de libertad de prensa referido a las publicaciones o expresiones consideradas obscenas. El bien jurídico en conflicto con la libertad de expresión es bien distinto, y el estándar también.

²⁸ Fallos: 269:195 “Calcagno”, sentencia del 30 de octubre de 1967.

²⁹ Fallos: 269:200 “Moreno y Timerman”, sentencia del 30 de octubre de 1967.

³⁰ Fallos: 313:740 “Itzigsohn de Márquez y Cascioli”, del 28 de agosto de 1990, disid. juez Fayt.

³¹ Fallos: 315:1699 “Tavares”, del 19 de agosto de 1992.

³² Fallos: 315:1943 “Servini de Cubría” del 8 de septiembre de 1992.

³³ Fallos: 321:2637 “Cancela”, del 29 de septiembre de 1998.

³⁴ Fallos: 321:3404 “Alsogaray, María Julia”, del 10 de diciembre de 1998.

³⁵ Este caso se encuentra publicado en la Argentina en: *Libertad de Prensa y Derecho Penal*, AAVV, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 329 y ss.. Publicado también en: Serie A, n° 103, sentencia del 8/7/1986; vid. Boletín de Jurisprudencia Constitucional. TEDH. Jurisprudencia 1984-1987, págs. 603 y sgtes.

afectada cuando se lesiona la reputación³⁶. Lo mismo puede verse en el caso “Castells c. España”³⁷.

En "Amarilla"³⁸ se concreta el estándar. El derecho a crítica consiste en la facultad de decir de todo siempre que los adjetivos lesivos del honor estén relacionados con una idea de interés público que se pretende transmitir. Las expresiones de esa clase pero descolgadas no están protegidas. No existe un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada.

9. Los piquetes como forma de expresión.

El piqueteo por sí mismo no es ni debería ser considerado como un asunto jurídico-penal.

En la última década, en la Argentina aparecieron fenómenos novedosos y se intensificaron otros ya conocidos que, en síntesis, consisten en la producción de manifestaciones tumultuosas en lugares públicos, llevadas a cabo con medios bastante precarios o poco sofisticados o al alcance de cualquiera, que no son organizadas desde alguna institución pública o privada, que producen cortes de calles, rutas, puentes, de accesos del más variado tipo y de otras vías de comunicación terrestre, muchas veces seguidas de acciones violentas contra las fuerzas de seguridad, funcionarios y particulares, y/o de daños de todo tipo a la propiedad pública y privada.

El fenómeno, en su origen, tuvo de novedoso el hecho de que esas manifestaciones eran producidas por personas desocupadas y que no pertenecían a ninguna clasificación más o menos conocida. Los comunicadores sociales han intentado marcar una diferencia con otras formas de expresión públicas y numerosas. Se lo llamó “piquete”.

Los medios se cuidan de usar el concepto de “piquete” cuando análogas acciones son realizadas por personas en general que pertenecen a algún grupo identificable. Estos grupos son asociados a actividades virtuosas: los ahorristas estafados, los ambientalistas, los feligreses, los

³⁶ En la revista “Investigaciones”, dirigida por Rolando Gialdino, editada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, n° 2 (1999), Buenos Aires, 1999, Año III, pág. 348 y ss., puede leerse la reseña del caso “Oberschlick c. Austria” (1-7-97) del Tribunal o Corte Europea de Derechos Humanos.

³⁷ También está traducido en la obra citada de AA.VV. de Editores del Puerto, pág. 361., y corresponde a la Serie A, n° 236, sentencia del 23/4/92.

³⁸ Fallos: 321:2558 “Amarilla”, del 29 de septiembre de 1998.

maratonistas, los melómanos, los vecinos que reclaman mayor seguridad, las víctimas de delitos de distinta especie, los estudiantes, los obreros, en fin, la lista es interminable y comprende móviles de protesta social, política, expresiones artísticas, religiosas, deportivas.

A ellos no se los llama piqueteros y nunca son reprimidas pese a la vigencia ininterrumpida de los tipos penales y de generosos códigos de faltas y contravenciones.

En marzo y abril de 2008 apareció un fenómeno que vino a constituir una variante, evolución o “vuelta de tuerca” de este tipo de manifestaciones: los nuevos “piquetes” fueron realizados en las rutas y de manera selectiva por productores rurales, descontentos con la política económica o fiscal que el gobierno había implementado para el sector. Sus actores no eran desclasados o marginales o excluidos sociales, sino titulares de medios de producción de cierta relevancia, que eligieron esa misma forma de protesta. Desde la mirada de los usuarios de las vías de comunicación interrumpidas el fenómeno fue similar, pero desde la visión de otros sectores fue distinto porque no se agotó en las perturbaciones del tránsito, sino que generó el parcial desabastecimiento a la población de productos de la más variada naturaleza y el aumento de los precios de aquellos de mayor demanda³⁹. Las diferencias entre ambos es similar a la que puede existir entre la huelga y el *lockout*⁴⁰.

En cualquier caso, desde el punto de vista de la libertad de expresión, de reunión, de asociación, de protesta y de petición a las autoridades, si somos neutrales respecto del contenido, es difícil establecer distinciones. La pregunta es si es correcto el criterio de los constitucionalistas por el cual el estado debe ser neutral al establecer las regulaciones del espacio y vías públicas, ya que ello significaría la renuncia a la consideración de un elemento que hace a la necesidad y

³⁹ Maier, Julio B. “Precisiones”. Artículo publicado en el diario Página 12, el 6 de abril de 2008.

⁴⁰ Camadro, Jorgelina. *Delitos contra la Libertad de Trabajo y Asociación*. En *Delitos contra la Libertad*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, pág. 385. Ya decía el proyectista del Código Penal Argentino Rodolfo Moreno (h.) (El Código Penal y sus Antecedentes. Edit. Tommasi, Buenos Aires, 1923, Tomo V, pág. 55), al comentar el texto del vigente art. 158 CP: “Los patrones, que disponen de más medios, suelen, cuando la huelga les plantea condiciones que entienden inadmisibles, contestar con el *lock-out*, o sea con el cierre de las fábricas y la imposición del abandono del trabajo. Esta medida tiende a privar de recursos a los obreros con el fin de que cedan y se sometan., abandonando pretensiones y aun aceptando las de los otros”.

proporcionalidad del modo de la protesta, a la determinación del medio menos lesivo en función del fin perseguido con ella⁴¹.

10. Los delitos. Especialmente, la seguridad pública.

Además de innumerables lesiones y puestas en peligro de variados derechos, algunos contemplados en las legislaciones sobre faltas y contravenciones, aparecen involucrados algunos delitos referidos a los bienes jurídicos libertad, orden o tranquilidad públicos y seguridad pública o común, o contra los poderes públicos y el orden constitucional⁴².

Se recurre generalmente al tipo penal del art. 194 CP que reprime la interrupción o entorpecimiento de cualquier vía de comunicación. Como podemos imaginar aquí, se aplica ése porque a los intérpretes no se les ha ocurrido hacerlo con los otros.

Se puede advertir críticamente que la visión que ofrecen estas previsiones o regulaciones, es que todo está bien cuando las cosas son analizadas en un sentido estático⁴³, pero que son incapaces de resolver casos en que los conflictos se van de las manos. Existen infinidad de problemas con este asunto, como por ejemplo, la omisión de realizar el trámite administrativo de aviso y autorización previa, que puede conducir a castigar la desobediencia a la autoridad en lugar de la lesión a bienes jurídicos de terceros.

Esto conduce al asunto de la falta de legitimación política de la represión, porque plantea una tautología, una autolegitimación: cuando el fundamento de la represión pasa a ser el de refuerzo de un estado de cosas que, precisamente, es contra el que se dirige la protesta. Es fácil predecir

⁴¹ Si un quiosquero, en protesta, porque después de un debido proceso administrativo se le ha quitado la habilitación para la explotación de un quiosco en frente del hospital público, decide instalarse en la calle de ingreso de las ambulancias, pareciera que no es posible declarar la antijuridicidad de tal manifestación sin consideración de su causa, es decir, no podemos ser neutrales en relación a ella.

⁴² Amenazas y coacciones, porque bajo intimidación obligan a otros a no hacer, hacer o tolerar algo contra su voluntad (art. 149 bis CP); interrupción o entorpecimiento de las vías de comunicación (art. 194 CP); instigación pública a cometer delitos contra personas o instituciones determinadas (art. 209 CP); asociaciones ilícitas de personas destinadas a cometer delitos (art. 210 CP); intimidación pública mediante tumultos y el temor público (art. 211 CP); la apología de delitos (art. 213 CP); organización o el formar parte de una agrupación transitoria que tenga por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor (art. 213 bis CP); alzarse públicamente —sin necesidad de armarse— para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de sus funcionarios públicos (art. 230.2.), etcétera, ya que, claro está, no se trata de reuniones a tomar el té o de gente que se junta a filosofar.

⁴³ Por ejemplo, el Ku Klux Klan pidió autorización para realizar una marcha en un pueblo donde el 90 % de la población era afro-descendiente. Éste fue un caso real en los EEUU, donde el trámite de la autorización, incluida su judicialización ante la negativa administrativa, llevó meses. Pero los manifestantes no tenían apuro. Ver Alderman, Ellen y Kennedy, Caroline. *In Our Defense. The Bill of Rights in Action*. Avon Books. New York, EEUU, 1992

que en tales casos la represión genera protesta y ésta, a su turno, más represión. En muchos casos se trata de una potestad punitiva sin legitimación externa⁴⁴.

Una concepción fuerte del bien jurídico con contenido y no como un mero valor formal, evitaría la confusión de las circunstancias que admiten la aplicación de la ley penal con aquellas que no superan los de la defensa de la disciplina vial. Evitaría que el intérprete aplicase su propio concepto de orden y seguridad, sin la verificación de que las figuras penales reclaman la generación de **temor**, de **intranquilidad pública**, y no de mero fastidio porque las cosas y personas no guardan un orden preconcebido.

La protesta social que únicamente se toma el espacio público para dirigir sus reclamos sociales, para hacerse oír por las autoridades que no han recibido y canalizado sus solicitudes, no debería estar sujeta a una medida tan gravosa e intensa como la vía penal, porque ello significaría la criminalización de la protesta social pacífica, en contra de lo dispuesto por el art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵.

11. Las causas de justificación.

Aunque se sorteara el filtro de la tipicidad, subsiste un problema muy serio que es el del ejercicio de derechos constitucionales y sus conflictos con normas penales prohibitivas o imperativas⁴⁶, que puede ser tratado en el ámbito de la tipicidad ampliada o el de antijuridicidad-justificación⁴⁷ y, en este último caso, con distintas consecuencias según la teoría que se siga⁴⁸.

⁴⁴ Rawls, John, Teoría de la Justicia, citado por Gargarella “Por qué el fallo Alais es jurídicamente inaceptable”, ya citado. Argumenta sobre el viejo asunto del empleo del aparato coercitivo del estado para mantener instituciones que pueden ser manifiestamente injustas, y donde aparece el derecho a la resistencia

⁴⁵ Art. 23 CADH, “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;...”

⁴⁶ Según Ferreyra, no existe un método para dirimir controversias axiológicas. Ninguna línea nos indica lo debido, sino lo que se considera preferido (al referirse a los conflictos de derechos constitucionales involucrados de los que participan y los que no participan de la protesta). La protesta callejera puede ser considerada ejercicio regular de un derecho, pero puede pasar a ser un abuso de ese derecho cuando a) no exista vía alternativa de paso para terceros, b) el mitín proporcione o realice actos hostiles o de violencia inaceptables, c) el objeto de la asociación no sea llevar adelante una protesta, sino a cometer delitos indeterminados. Ferreyra, Raúl Gustavo, “*Tensión entre principios constitucionales...*”, Lecciones y Ensayos, 2002-77, Facultad de Derecho UBA - Lexis Nexis.

⁴⁷ Righi, Esteban. *Derecho Penal, parte general*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, pág 254 (Nº 51, IV, autorizaciones garantizadas constitucionalmente).

⁴⁸ Zaffaroni resuelve estos conflictos en la tipicidad, más precisamente en la categoría de su creación “tipicidad conglobante” como conflicto normativo. Yo sigo creyendo que es más “natural” hacerlo en la

El estado de necesidad (art. 34, inc. 3° CP), especialmente en los casos en que los manifestantes se hallan en límites de pobreza absoluta, no existen respuestas institucionales razonables a sus pedidos, los medios no se hacen eco de sus reclamos y están condenados a sufrir males inminentes y graves. Entremezclando la necesidad con la libertad de expresión, o mejor dicho, incorporando a la necesidad como requisito del ejercicio de aquélla, en “Adderley v. Florida”, 385 U.S. 39, 50-51 (1966), en disidencia, el juez Douglas de la Corte estadounidense recordó un criterio material del derecho de petición para reparar agravios⁴⁹.

El problema es dificultoso porque como hace notar Ferreyra, en estas situaciones debe ponderarse un mal transitorio con uno permanente, lo cual desequilibra cualquier intento de jerarquización de bienes y males⁵⁰

Sin embargo, esta visión tiene el problema de su estrechez. El legítimo o regular ejercicio de un derecho (p.ej. art. 20, inc. 7°, CP español; art. 23, III, CP brasileño; art. 34, inc. 4°, CP argentino) es mucho más generoso que el estado de necesidad justificante, aunque ha tenido poco tratamiento por la doctrina penalista porque no aborda nuestros temas sino que remite al análisis de los de todo el ordenamiento jurídico. Su ingreso a la teoría del delito, con la que debería convivir, es generalmente traumática. Por ejemplo, el ejercicio de la medicina es tratado con tantas diferencias como autores existen.

El argumento forense tradicional para descartar el ejercicio de un derecho es que “...los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución están sujetos a las leyes que reglamentan razonablemente su ejercicio” (art. 14 CN). Pero esa oración no dice nada sobre el contenido, especialmente de la libertad de expresión, y hace prevalecer a las leyes

etapa de antijuridicidad-justificación. De todas formas se llegaría a la misma solución porque (siguiendo la teoría estricta de la culpabilidad) aun en los casos de errores sobre presupuestos fácticos, él llega a un error de prohibición, al igual que si se tratase de los que operan en la justificación. Está claro que para la teoría de los elementos negativos del tipo esto no es así, sino que deberían ser como errores de tipo.

⁴⁹ El juez Douglas recordaba que el derecho de petición tiene una antigua historia y no se limita a la redacción de una carta o al envío de un telegrama a un miembro del Congreso; no está confinado a la comparecencia ante el Consejo del municipio local o a la redacción de cartas al Presidente o el gobernador o el alcalde. Los métodos convencionales de petición pueden ser y a menudo han sido imposibles para nutridos grupos de ciudadanos. Los legisladores pueden hacer oídos sordos; las quejas formales pueden ser desviadas interminablemente a través de un laberinto burocrático; los tribunales pueden permitir que las ruedas de la justicia giren muy lentamente. Los que no controlan la televisión y la radio, los que no pueden pagar la publicidad en los periódicos o difundir folletos completos, quizá dispongan a lo sumo de un tipo más limitado de acceso a los oficiales públicos. Sus métodos no deben ser condenados como tácticas de obstrucción y presión mientras la asamblea y la petición sean pacíficas.

⁵⁰ Ferreyra, Raúl Gustavo, “Tensión...” ob. cit.. Zaffaroni, ob. loc. cit., parece inclinarse por esta solución sólo de manera alternativa, si fracasa el filtro de tipicidad ya mencionado.

cuando, por su inferior jerarquía, son éstas las que deberían depender de los derechos constitucionales.

En muchas interpretaciones toda conducta descrita en un tipo penal, es considerada “reglamentaria” de los derechos constitucionales, esto es, una restricción legítima al ejercicio de cualquier derecho. En otras palabras, se trata de un argumento, tautológico, que no dice nada.

12. La libertad de expresión y la doctrina del foro público⁵¹.

El derecho a la libertad de expresión tiene una triple dimensión. El que emite el mensaje, el destinatario de la expresión y los terceros observadores de la situación. Al censurarse al primero, también se priva a los otros dos del acceso al mensaje. Como se ve, la cuestión no involucra solamente a los conductores de automóviles atascados en un piquete. En cuanto quienes lo hacen de manera activa, como emisores de mensajes, el derecho generalmente confluye con una lista de derechos políticos: es el de expresarse, protestar, peticionar, reunirse, criticar, exigir respuestas fundadas de nuestros empleados públicos, etc.

Debe recordarse que las expresiones históricamente se han regulado por los mensajes (*aquello* que se expresa), en función de *quién* las comunica (personas proscriptas, o no libres totalmente, ej. extranjeros en muchos países), en razón de a quien *están dirigidas* (p. ej. pornografía-menores), o de *cómo* se las expresa (medios y modos)⁵².

En los Estados Unidos de América la del foro público es una doctrina con cierta autonomía y se parte de una tendencia a reconocer la existencia de libertad para reunirse y manifestarse en lugares tradicionalmente concebidos para ello, como calles, parques, plazas, pero también es cierto que se admiten las regulaciones y restricciones según razones de tiempo, espacio y modo que las hagan razonables, y que el contenido neutral de las reglamentaciones deben estar fundadas en un

⁵¹ Agradezco a Susana Chaves y a Augusto Moreno, Derecho, UBA, la investigación y traducción de mucha de la información referida al tratamiento de esta doctrina en los Estados Unidos que aquí se sintetiza. Ver también: Lively - Araiza -Haddon - Knechtle - Roberts, *First Amendment Law*. Anderson Publishing Co., Ohio, 2003, ps. 287 y ss.; Barron - Dienes, *First Amendment Law*. West Publishing Company, St. Paul, MN, 1991, ps. 191 y ss.; Shiffrin - Choper. *The First Amendment*, West Publishing Company, St. Paul, MN, 1991, p. 369 y ss.; Van Alstyne, William. *First Amendment*. The Foundation Press, Inc. N.York, 1995, pág. 420 y ss.; Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, Second Edition, The Foundation Press, Inc. N.York, 1988, p. 986

⁵² Ferreira, Marcelo. *Derecho a la Libre Expresión*. en Derechos Humanos. AAVV coordinado por Agustín Gordillo. Edit. Fundación de Derecho Administrativo, 5ta. Edic., Buenos Aires, Cap. VII.

interés significativo del gobierno aunque dejar abiertos canales alternativos de comunicación⁵³

Bien, se dice que los gobiernos deben ser neutrales en cuanto al contenido de la expresión, las restricciones lo más estrechas posibles, orientadas a satisfacer intereses gubernamentales fundamentales y dejar abiertos amplios espacios o canales de comunicación alternativos (“*United States vs. Grace*”, 461 U.S. 171, 1983, citado por Gargarella), pero lo cierto es que, como dice Owen Fiss, el estado nunca será neutral porque se protesta contra él, o porque no será neutral si interviene o si no lo hace. Por eso lo que se busca es neutralidad de base, que el estado no favorezca o acalle a una parte porque coincide o disiente con su posición⁵⁴.

13. El exceso en el ejercicio de las causas de justificación.

En nuestros Códigos Penales existen disposiciones que se refieren al exceso en las causas de justificación. La doctrina oscila entre quienes se inclinan por considerar que el instituto prevé un supuesto de menor gravedad del injusto o de menor culpabilidad⁵⁵

Ya sea se considere que el exceso tiene una naturaleza reductora de la culpabilidad y que por razones preventivas no es punible (Roxin), o que es un problema de antijuridicidad (Muñoz Conde), la cuestión conduce al mismo resultado⁵⁶. La pregunta es por qué los aplicadores de la ley no verifican si se dan estos extremos en los participantes de diversas manifestaciones en los casos concretos.

14. Culpabilidad

⁵³ El valor de su jurisprudencia radica en que se desarrolló a partir de la interpretación de la Primera Enmienda de la Constitución Federal, de la cual el artículo 32 de nuestra Constitución Nacional (incorporado en 1860) es una copia. Aquella dice: “El congreso no sancionara ley alguna por la que se oficialice una religión del Estado o que prohíba su libre ejercicio, o que coarte la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo de reunirse pacíficamente y de peticionar a las autoridades la reparación de agravios”. Casos de la Corte de EEUU: “*Davis vs. Massachusetts*” (1897); “*Hague v. C.I.O*” (1939); “*Schneider v. New Jersey*” (1939); “*Edwards v. South Carolina*” (1963); “*Adderley v. Florida*” (1966); “*Brown v. Louisiana*” (1966); “*Grayned v. Rockford*” (1972); “*Perry Educ, Ass’n. v. Pery Local Educators’ Ass’n*” (1983); “*Frisby v. Schultz*”, (1988); “*Ward v. Rock against racism*” (1989); “*Renton*” (1986); “*Internacional Society for Krishna Conciousness, Inc. V. Lee*” (1992); “*Madsen v. Women’s Health Center, Inc.*” (1994);

⁵⁴ Gargarella, Roberto, “*Por qué el fallo...*”, ya citado.

⁵⁵ Donna, Edgardo. *El exceso en las causas de justificación*. Astrea. Buenos Aires, 1985. Bacigalupo, Enrique, *Delito y Punibilidad*. Madrid. Civitas. 1983; Bacigalupo, Enrique, *Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (art. 35 del Código Penal) y la conciencia de antijuridicidad*. Nuevo Pensamiento Penal, Edit. Depalma, Buenos Aries, 1975, nº 47.

⁵⁶ Righi, *Derecho Penal...* .cit., págs. 290 a 300

Finalmente, algunos tribunales y la Procuración General de la Nación han advertido que aunque todos los filtros de la teoría del delito analizados hasta aquí fueran satisfechos, puede existir aun un error invencible de prohibición o una falta de conciencia total de antijuridicidad que elimina la culpabilidad. Si los tipos penales son vagos, si no es posible saber de antemano dónde termina el legítimo ejercicio de un derecho y si además existen todo tipo de manifestaciones públicas, no sólo de protesta, cuyas consecuencias son idénticas, pero nadie las reprime sino que, por el contrario, las fomentan, los autores de los piquetes pueden sentirse legitimados a participar y no será posible formular un juicio de reproche por ausencia de sus presupuestos⁵⁷.

Si, además, se comprobase en el caso una seria reducción del ámbito de autodeterminación, aún cabría estudiar la presencia de un estado de necesidad exculpante.

15. Conclusión

Pareciera ser que los esfuerzos predicados por todos los penalistas de emplear la ley penal como *ultima ratio* o de diseñar la ley y su interpretación teniendo como guía ese principio y el mandato de certeza, es un asunto de los profesores pero no de los magistrados. Cuando se pasa a la práctica, los aplicadores de la ley rápidamente se olvidan de esos postulados.

Ha sido superada la visión de los medios de comunicación como controladores del poder público en pos de las libertades individuales, adalides de la libertad de prensa como garantía. Esto subyace y debe ser preservado, pero ya no es el centro de la escena y debemos generar sistemas para que se priorice esa idea por sobre la concepción mercantilista.

Ningún valor para el debate público puede tener el decir falsedades evidentes, porque no está en juego la información que permita la participación ciudadana en las cosas públicas, controlar a sus gobernantes, elegir mejor, autorrealizarse. En tales casos, lo único que aparece es la

⁵⁷ Caso “Schifrin”, ya citado.

necesidad de publicidad del emisor como recurso comunicacional⁵⁸ o la de someter al destinatario de esa falsedad. No hay fundamento constitucional alguno que ampare a quien en lugar de prevalecer por sus mejores razones, convencer, persuadir, esclarecer con la denuncia o la crítica, en inclusive con sus errores, simplemente se dedique a descalificar y expulsar a otro del mismo juego.

Está claro que si bien la actividad de los medios modernos genera todo tipo de argumentos encontrados, estos son necesarios en las sociedades democráticas porque a través de ellos se generaliza la comunicación de ideas. Pero cuidado, porque también existen medios de comunicación en sociedades no democráticas y medios no democráticos en sociedades que pretenden serlo. En este sentido, los medios son una institución necesaria de nuestra organización jurídica, no habría República Argentina sin prensa, según reza la Constitución varias veces. No son un mero servicio público. Pero cuando los medios funcionan de una manera incompatible los postulados de la democracia, la Constitución misma no los ampara.

El terreno de los cortes de vías de comunicación y de ocupación de los espacios públicos, aparece como de imposible regulación. Siempre podrá discutirse la regulación misma como restrictiva de la libertad de expresión⁵⁹. Deberíamos evitar legitimar los recortes a las vías de expresión de los sectores más vulnerables de la sociedad y, en consecuencia, facilitar que puedan hacer llegar al gobierno sus reclamos y puntos de vista.

Otras son las ramas del derecho que deben ocuparse del asunto: me refiero a la coacción directa administrativa. No se trata de considerar que los “piqueteros” tienen la libertad absoluta de hacer lo que quieren por cualquier tiempo, de cualquier modo y en cualquier lugar, sino de no criminalizar estos hechos una vez finiquitados. Sus actos podrán ser antijurídicos cuando excedan los estándares de ejercicio de los derechos de jerarquía constitucional a la libertad de expresión, de reunión, de

⁵⁸ Ser es ser visto,... en televisión (Bourdieu). .

⁵⁹ Art. 32 de la Constitución Nacional: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. Recuérdese que “imprenta” y “prensa” son sinónimos de libertad de expresión.

asociación y de petición a las autoridades, pero ello no los transforma automáticamente en delictivos.

Y esto aparece como fácil en la teoría, pero la experiencia indica que en gran cantidad de ocasiones, la protesta desde la vereda o en la banquina o mediante la entrega de panfletos al paso de una casilla de peaje, no alcanza para lograr el objetivo de ser escuchados por las autoridades competentes. Cuando grupos de personas vienen haciendo eso durante varias jornadas sin respuesta alguna, generalmente se ven seducidas a generar molestias mayores para que terceros ajenos al problema se quejen, tomen conciencia de que otra parte de la población tiene un problema serio y las autoridades requeridas les lleven el apunte.

Desde nuestra atalaya penalista, la mirada debe ser prudente. Aplicar estrictamente las categorías del delito y tener en cuenta que la libertad de expresión no versa sobre la libertad de decir o hacer lo que nosotros consideramos que es correcto o podemos llegar a tolerar, sino en la protección de aquél que expresa lo que se le ocurre de una manera que, precisamente, consiste en ofender los derechos de los demás.

Javier Augusto De Luca