

LA REFORMA A LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

GONZALO JAVIER MOLINA¹

I. Aclaración previa

En el presente trabajo se hará un comentario a las modificaciones incorporadas al código penal por la ley 26.551, sin que ello signifique un estudio acabado del tema.

He elegido este tema como mi modesto aporte para la Revista N° 7 de la Facultad de Derecho, porque en una oportunidad anterior, se ha publicado en esta misma revista², un artículo de mi autoría vinculado también con los delitos contra el honor.

La modificación que ha incorporado la ley 26.551 tiene una estrecha relación con lo que se proponía en aquél artículo, y por ello me encuentro comprometido a hacer una actualización del tema, de acuerdo a los alcances de la última reforma.

II. Introducción

La ley 26.551 ha modificado el título II del Código penal que reprime los delitos contra el honor, en sus distintos artículos, aplicando las directivas impuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir del fallo Kimel³ en virtud del cual el tribunal exigió la anulación de la condena contra el periodista, y también obligó al Estado argentino

¹ Profesor de Derecho Penal I y Derecho Penal II.U.N.N.E.

² Ver Molina Gonzalo, "Las innovaciones de la doctrina de la real malicia y la teoría del delito", publicado en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, Año 3, N° 4. Editorial Dunken, Corrientes, 2009.

³ Sentencia del 02 de mayo de 2008. Caso Kimel Vs. Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

a que “en un plazo razonable” reforme la figura penal de los delitos de calumnias e injurias.⁴

En el caso, la aplicación de una sanción penal al periodista Eduardo Gabriel Kimel constituyó una violación de su derecho a la libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a raíz de ello, la Corte Interamericana dispuso la modificación de la legislación penal argentina en materia de delitos contra el honor.

La idea básica de esta reforma es permitir que la investigación de los periodistas y las críticas que se realizan a los funcionarios públicos en el marco de sus actividades de gobierno no sean penalizadas.

En este sentido, podemos observar que con la ley 26.551 se han efectuado importantes modificaciones al régimen establecido con anterioridad en nuestro sistema penal.

Los cambios en el título II del Código penal se pueden resumir básicamente en las siguientes variaciones:

A. En lo referente al delito de calumnia (Art. 109 C.P.)⁵:

1. El código penal se refiere ahora expresamente a una *persona física determinada* como víctima del delito.
2. Se hace expresa indicación de que la imputación falsa debe referirse a un delito *concreto y circunstanciado*.

⁴ En igual forma, en la República Oriental del Uruguay por ley 18515 (26/6/09) se ha reformado el capítulo del Código Penal referido a los delitos contra el honor, por indicaciones de la Comisión IDH.

Ver “La derogación en Uruguay de los delitos que penan la crítica de los actos de gobierno por el periodismo: un paso adelante en el cumplimiento de los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en punto a la libertad de expresión”. Por Alejo Amuchástegui en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Abeledo Perrot, Febrero de 2010, p. 207.

⁵ El texto actual del art. 109 C.P. dice: “La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”.

3. Se modifica la pena de prisión —que correspondía originariamente al delito— por la *pena de multa*.
4. En el mismo artículo 109, que define la calumnia, se indica expresamente que no serán calumnias las expresiones *referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas*.

B. En lo referente al delito de injuria (Art. 110) ⁶

1. Se incorpora expresamente la palabra *intencionalmente*, con lo cual se estaría exigiendo ahora, un elemento subjetivo especial.
2. Al igual que en lo referido al delito de calumnia, se exige que la víctima sea una *persona física determinada*.
3. Se establece *pena de multa* para el autor del delito, en reemplazo de la pena de prisión que preveía el código penal.
4. De la misma forma que en el ámbito del delito de calumnia, se determina que no serán injurias las expresiones que se *refieran al interés público o no sean asertivas*.
5. Se modifica el art. 111 relacionado con la *exceptio veritatis*. Al aclararse expresamente en el art. 110 que los casos de “interés público” directamente no serán injuria, se suprime el inciso referido a las mismas situaciones de interés público, que autorizaba la prueba de la verdad.
6. En consonancia con lo dispuesto por el art. 110 actual, se han derogado las *injurias equívocas o encubiertas* (art. 112 C.P.).
7. Se modifica el art. 113 que se refiere a las reproducciones de las injurias de otro. Ahora sólo se impone pena en casos en que el reproductor de las expresiones haya modificado el contenido fiel de la fuente.

⁶ El texto actual del art. 110 C.P. dice: “El que intencionalmente deshonrar o desacreditar a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos veinte mil. En ningún caso configurarían delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarían delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público”.

8. En el art. 117 se suprime la palabra “*Asociación*” que generaba discusiones sobre las personas jurídicas como sujeto pasivo de estos delitos; y se deja aclarado que la retractación no importará para el acusado la aceptación de culpabilidad.

Previo a considerar cada una de estas modificaciones, debemos decir que —como ya se adelantara— el Congreso de la Nación, ha tratado de dar cumplimiento con lo indicado por la C.I.D.H. en la causa Kimel.

Básicamente la reforma está orientada por ese fallo, y los principios constitucionales aplicables al Derecho penal, que se han resaltado en la resolución mencionada. En este sentido, es de fundamental importancia el principio de Última ratio del Derecho Penal.⁷

Notoriamente, toda la reforma está imbuida de este principio constitucional, y en especial ello se advierte en la modificación de la pena a imponerse.

Se reemplaza la pena de prisión por la de multa, que es considerada como más leve. Además, se descriminaliza —directamente— ciertos casos puntuales referidos a la existencia de un interés público.

III. Las modificaciones en particular

Veamos a continuación, cada una de estas modificaciones y sus alcances.

1. La indicación de persona física determinada como víctima del delito de calumnia e injuria

Ha sido un tema muy discutido en la doctrina y jurisprudencia penal de nuestro país, la cuestión referida a los sujetos pasivos de estos delitos.

⁷ Principio de Mínima intervención o de Última ratio.

“Con esto se quiere decir que el Estado debe recurrir a la reacción penal sólo cuando otra vía no pueda ser efectiva. Sin embargo, a ese respecto se trata de un principio débil, en el sentido de que, como regla, es asunto de la política criminal del legislador el decidir qué tipos penales son sancionados como expresión de las normas fundamentales de la sociedad”. (Sancinetti, M. “Casos de Derecho Penal”. T. 1, p. 84.).

Existían ciertos grupos de sujetos que no eran admitidos como víctimas de estas figuras, al menos no se los aceptaba unánimemente en la doctrina penal. Especialmente problemático eran considerados los casos de las personas jurídicas.

Algunos autores sostenían que las personas jurídicas no podían ser sujetos pasivos de calumnias, ya que ellas como tales no podían delinquir. Sólo podían hacerlo a través de las personas físicas que formaban esa sociedad.

Mientras que otros autores, cada vez más numerosos, sostenían que las personas jurídicas sí podían delinquir, y por lo tanto también podrían ser sujetos pasivos del delito de calumnia, que reprime precisamente la falsa imputación de un delito.

No había mayor acuerdo en cuanto al delito de injuria. Una parte de la doctrina sostenía que sí podían ser sujetos pasivos de esta figura penal, particularmente en las formas de afectación al honor objetivo de la persona jurídica.⁸ Otro sector sostenía que tampoco en los delitos de injurias podían ser sujetos pasivos.

Lo cierto es que actualmente, se exige en forma expresa que el sujeto pasivo de este delito sea una *persona física*, con lo cual se descarta—obviamente— a las personas jurídicas.

Por el principio constitucional de legalidad, y la prohibición de aplicación analógica del Derecho penal, quedan descartadas como sujetos pasivos, las personas jurídicas.

La cuestión no merece —a partir de esta reforma— mayor discusión. Sólo se configura el delito de calumnia o injuria cuando las expresiones injuriantes para el honor se dirijan a una persona física.

⁸ Obviamente no se podía ofender el honor subjetivo de la persona jurídica, ya que ésta no tendría “conciencia” para advertir la afectación a su honra. Sin embargo, se entendía que sí podía afectarse el honor objetivo, como por ejemplo cuando alguien desacreditaba públicamente a una empresa, diciendo que sus productos eran de mala calidad.

Se puede ver sobre este tema: “Empresas de honor. La posibilidad de injuriar a las personas jurídicas”. Comentario a fallo de Adrián Tellas en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, Edit. Lexis Nexis, Noviembre de 2005, p. 1757.

En esto también se advierte la influencia del principio de última ratio. Se trata de dejar al margen de la punición una gran cantidad de conductas que no deberían interesarle al Derecho Penal, y los conflictos que generen, debieran ser solucionados en otro ámbito del Derecho.

Sí podrán seguir siendo discutidos otros casos relacionados con los posibles sujetos pasivos de estos delitos.

Por ejemplo: el caso de los menores era muy discutido antes de la reforma que se comenta. Entiendo que en esto no ha habido modificación, por lo cual se pueden reproducir en los mismos términos las discusiones que ya existían en la doctrina y jurisprudencia penal.⁹

El caso de los difuntos como sujetos pasivos, no ha sufrido modificaciones, por lo cual se aplican las conclusiones que ya manejaba la dogmática penal: sujeto debe ser una persona con vida. El difunto no puede ser, por ello, sujeto pasivo de este delito. Una excepción a esta regla la constituían aquéllos casos en los cuales, el autor de la injuria se refería no solamente al difunto, sino también indirectamente a sus familiares sobrevivientes.

⁹ Básicamente, sobre esta cuestión, el tema se discutía desde dos problemas. El primero se relacionaba directamente con lo que estamos analizando: ¿pueden ser los menores de edad, considerados también víctimas de los delitos contra el honor? Un primer obstáculo –tratándose del delito de calumnia– sería que los menores de cierta edad en el sistema penal argentino, no son punibles, en virtud de lo dispuesto por la ley 22.278.

Si no son punibles, se podría decir que tampoco podrían ser víctimas del delito de calumnia. No existiría para ellos, el peligro “extra” que presupone la calumnia en relación a la injuria: la eventual persecución penal injusta. Sin embargo, la cuestión es más compleja, y se seguirá discutiendo seguramente el tema.

En relación a la figura de la injuria, se discute si el menor de cierta edad puede ser sujeto pasivo de este delito. En ciertos casos, por el escaso desarrollo de su personalidad, se discutirá si realmente esa persona se pueda sentir afectada, o si racionalmente se pueda afectar su honor objetivo cuando se pronuncia contra ella una expresión injuriantes. Ejemplo: un adulto le dice a un bebé de pocos meses de vida que es un “atorrante”. Seguramente el niño no entenderá la expresión, y además se podría decir que ni siquiera se debería considerar afectado su honor objetivo, ya que nadie podría tomar en serio esas palabras dirigidas a un bebé.

Por otra parte, existe la imposibilidad de ejercer la acción penal de parte de estos menores. En efecto, tratándose de una acción privada el mismo código penal exige para su ejercicio, la mayoría de edad.

Todos estos problemas seguirán siendo discutidos, ya que la reforma no ha modificado estas cuestiones. Tampoco puedo tomar partido y resolver estos problemas en este trabajo que se limita a las modificaciones de la última reforma de la ley 26.551.

Deberá tenerse en cuenta ahora, que para que sean sujetos pasivos los familiares sobrevivientes, la imputación debe ser además determinada en cuanto a la o las personas.

Persona física determinada

También viene la reforma a traer alguna claridad en cuanto a la determinación de la persona injuriada, cuestión que había generado alguna discusión con el texto anterior de la ley.

Se discutía qué pasaba en los supuestos en que no surgía con precisión la identidad de la persona destinataria de las expresiones injuriantes. Por ello, se consideraban también punibles las injurias y calumnias no manifiestas, que abarcaban las equívocas y las encubiertas.¹⁰

A partir de la reforma de esta ley, la dirección de la ofensa debe surgir claramente sobre una o más personas individualizadas, y las injurias o calumnias equívocas o encubiertas serán impunes.

Nuevamente se manifiesta aquí el principio constitucional de *Ultima ratio*, al tomar la decisión el legislador de quitar del ámbito de lo punible este grupo de casos.

2. La imputación de un delito concreto y circunstanciado

Si bien no surgía expresamente del texto legal anterior, la doctrina y jurisprudencia penal venían exigiendo para la configuración del delito de calumnia, que la falsa imputación fuera de un delito concreto y circunstanciado.¹¹

Por delito *concreto y circunstanciado* se entiende la indicación precisa de una conducta en cuanto a las circunstancias de lugar, tiempo y espacio.

¹⁰ Ver Creus, "Derecho Penal. Parte especial", T. 1, p. 152.

¹¹ Ver Donna, "Derecho Penal. Parte Especial". T. 1, p. 337.

Deben determinarse esas circunstancias fácticas, aunque no se indiquen todas ellas, pero sí es necesario que se indiquen las suficientes para permitir la determinación.

Por ello, no será delito la mera indicación de "...fulano cometió un homicidio", sin indicarse datos o circunstancias fácticas sobre el hecho que se está imputando falsamente.

El fundamento de la mayor imputación de la calumnia con respecto a la injuria es precisamente que en la primera, además de afectarse el honor de la persona ofendida, se la coloca en una situación de posibilidad de ser perseguida penalmente por el Estado en forma injusta. De manera que si —como en el ejemplo que dimos anteriormente— no se individualizan los datos fácticos del delito que se pretende imputar falsamente, no existiría tal peligro de persecución penal. Sí sigue existiendo la afectación al honor, y por ello seguramente esa imputación podrá ser considerada sólo una injuria.

3. Modificación de las penas a imponer

Tanto para la injuria como para la calumnia, se ha suprimido la pena de prisión, y actualmente sólo se prevé la pena de multa que indudablemente es una pena menor en cuanto a su gravedad.

Precisamente en el art. 5º C.P. están enumeradas las clases de pena, e incluso surge del mismo artículo una enumeración de más grave a más leve.

Este es seguramente el punto en el cual se advierte con mayor nitidez en la reforma, la influencia del principio de última ratio. Se considera que ya no es necesario que este tipo de conductas traigan como consecuencia la imposición de una pena de prisión, sino sólo la de multa. Reaccionar con la prisión en estos casos, ya resulta una desproporción.

Debe advertirse también que al modificarse las clases de pena para los dos delitos, también se hace más corta la diferencia en las escalas de pena entre ambas figuras, lo que puede tener gran trascendencia en los efectos prácticos.

Nótese que en el régimen anterior la pena de la injuria y la pena de la calumnia no tenían prácticamente ningún sector en común (no eran “secantes”).

En cambio ahora, prácticamente la mayor parte de ambas penas es común (“secante”).¹²

4. No configuran calumnias (ni injurias) las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas

Surge directamente de los artículos 109 y 110 C.P., que a partir de ahora no serán consideradas injurias ni calumnias las expresiones referidas a un asunto de interés público.

En rigor de verdad, aún con el texto de la ley anterior, una injuria o calumnia que se manifestara en defensa de un interés público, podía no ser considerada delito.

En el caso de la calumnia, si se trataba de la imputación verdadera de un delito, la conducta ya era atípica. En estos casos, siempre se podía probar la verdad de la imputación, ya que la *falsedad* era un requisito objetivo de la tipicidad.

En el caso de la injuria, cuando las expresiones se referían a un interés público, se podía decir que esa conducta estaba justificada, por encuadrar en una causa de justificación, como por ejemplo: ejercicio de un derecho (art. 34 inc. 4º C.P.).

Sin embargo, con el texto actual, podemos decir que una conducta que en principio apareciera como injuriosa o calumniosa, no lo será si se la realiza en referencia a asuntos de interés público. No se modifica en nada el concepto de interés público que ya se manejaba con la ley anterior, y que surgía del art. 111 C.P.

Lo que sí se puede considerar modificado con esta reforma en el supuesto de la injuria es el carácter por el cual se excluye el delito en estos casos. Antes se podía decir que la conducta estaba justificada, ahora se

¹² La pena para el delito de calumnia es de tres mil a treinta mil pesos.

La pena para el delito de injurias es de mil quinientos a veinte mil pesos.

La franja que va desde los tres mil hasta los veinte mil pesos es común a ambas penas.

podrá decir que la conducta ni siquiera es típica, ya que parece surgir del texto de la ley —como elemento negativo— que para configurarse la tipicidad no debe existir ese carácter del interés público.

A primera vista, pareciera que las consecuencias prácticas serían las mismas que con el texto de la ley anterior: de todas maneras la conducta no será delito, ni siquiera será un ilícito penal.

Sin embargo, existe una diferencia práctica muy importante que es el caso del error sobre esta circunstancia.

Si consideramos —como aquí se propone— que este elemento “interés público” es un elemento negativo del tipo, entonces todo error sobre esa circunstancia será error de tipo. En cambio, si lo consideramos como un elemento de la antijuricidad, entonces todo error sobre el “interés público” al que se refieran las expresiones, será un error de prohibición.

Lógicamente las reglas del error de tipo son diferentes a las reglas del error de prohibición. Las primeras son más benévolas que las segundas.

Entiendo que en este caso, y para darle un sentido al agregado que hace el legislador, podemos pensar que el elemento “asuntos de interés público” puede ser considerado un elemento negativo del tipo de la injuria y la calumnia. Por consiguiente los errores sobre él, serán considerados errores de tipo.

Expresiones asertivas

La ley exige ahora, para la configuración de la calumnia y de la injuria, además, que las expresiones sean asertivas.

Por consiguiente, la imputación falsa de un delito que de lugar a la acción pública no debe ser equívoca, encubierta o pronunciada en un margen de dudas. Debe manifestarse en forma de afirmación de la certeza sobre la imputación que se atribuye. Lo mismo vale respecto a las injurias.¹³

¹³ Se había discutido mucho sobre este tema, relacionado con la actividad periodística y la denominada “Doctrina de la real malicia”. En principio, no serían asertivas, las expresiones en potencial o condicional. Existen muchos pronunciamientos de la C.S.J.N. sobre el tema, comenzando con la causa “Campillay” (Fallos 308:789).

5. *La intencionalidad en el delito de injuria*

Una de las modificaciones más importante de la reforma en lo referente a la figura de injurias (art. 110 C.P.) es la incorporación de un elemento subjetivo especial a través de la expresión “intencionalmente”.

Se había discutido mucho en relación al delito de injuria, si éste exigía algún “animo especial”, o si, en cambio, bastaba para su configuración con la existencia del dolo, entendido éste como conocimiento —o conocimiento y voluntad— de que las expresiones podían ser ofensivas al honor de otro.¹⁴

Algunos autores manifestaban que era necesario un elemento subjetivo especial para la configuración del delito: el denominado *animus injuriandi*. Otros —la gran mayoría últimamente— sostenían que no hacía falta ningún ánimo especial, y que era suficiente con el dolo común.

Para esta segunda opinión, podían considerarse delictivas todas las conductas realizadas aún con *animus corrigendi*, *animus narrandi*, *animus iocandi*, etc.

Lo cierto es que actualmente la reforma incorpora la expresión intencionalmente, con lo cual parecería que exige el *animus injuriandi*, es decir la intención directa de injuriar al otro. Con ello, debemos decir que la figura solamente se consumaría ahora, cuando el autor tiene un dolo directo de injuriar.

No se puede hacer otra interpretación con la reforma del art. 110.

Supresión del 1º inciso del art. 111

Como consecuencia de lo indicado previamente, se ha suprimido el primer supuesto previsto anteriormente por el código penal en el artículo 111. Es decir, se suprime como un caso de habilitación de la prueba de la verdad, el supuesto de defensa de interés público actual.

Debe advertirse, que incluso en casos en que se utiliza el potencial o condicional, se considerarán también asertivas, las expresiones que en cierto contexto lleven a la aseveración de la imputación. (Ver causa Spacarstel C.S.J.N. Fallos 325:50).

¹⁴ Ver sobre esta discusión, Fontán Balestra “Tratado de derecho penal”.T. IV, parte especial, p. 467. Ed. Abeledo Perrot, 1996.

Esto se debe a que ya está expresado en la redacción del tipo penal, que no se configurará el delito cuando la expresión se refiera a una cuestión de interés público.

Como ya se señaló, antes podía considerarse la cuestión como una causa de justificación, ahora se podría considerar como motivo de exclusión de la tipicidad.

6. Derogación de las injurias equívocas o encubiertas

Como consecuencia de las exigencias de los arts. 109 y 110, y conforme ya se ha explicado, no son punibles las injurias equívocas o encubiertas, ahora necesariamente las expresiones deben ser asertivas, tanto para configurar injurias, como para configurar calumnias.

Por ello se ha suprimido el anterior art. 112 C.P.¹⁵

7. Publicación o reproducción de injurias o calumnias

Se ha modificado el art. 113¹⁶, de modo que actualmente sólo se configura el delito de publicación o reproducción de injurias o calumnias inferidas por otro, en la medida que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente.

Es decir que se configura el delito sólo si se ha modificado el contenido de las expresiones atribuibles al primer autor, o no fuera fiel a esa primera versión.

Se aclara además que no será delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no fueren asertivas.

¹⁵ El texto anterior en el art. 112 decía: “El reo de calumnia o injuria equívoca o encubierta que rehusare dar en juicio explicaciones satisfactorias sobre ella, sufrirá del minimum a la mitad de la pena correspondiente a la calumnia o injuria manifiesta”.

¹⁶ Actualmente el art. 113 C.P. dice: “El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”.

8. Modificación al art. 117

En el artículo referido a la retractación, se suprime la parte que hacía referencia a las personas físicas o asociaciones.¹⁷

De esta manera, y en concordancia con lo dispuesto por el art. 109 y 110 C.P., sujeto pasivo del delito sólo puede ser una persona física.

La mención a las asociaciones por parte del anterior art. 117, era el principal argumento utilizado por gran parte de la doctrina para sostener que las personas jurídicas también podían ser sujetos pasivos de estos delitos.

Actualmente no quedan dudas de que sólo las personas físicas pueden serlo.

IV. Situación del art. 117 bis.C.P. luego de la reforma de la ley 26551

Por último me referiré a una cuestión que no ha sido objeto de modificación directa de la ley 26.551, sino de una ley anterior (ley 26.338) que ha dejado un vacío en cuanto a la pena a imponer y que no sólo no ha sido cubierto por la ley 26.551, sino que lo ha agravado en cierta manera.

El artículo 117 bis, que había sido incorporado al código penal por la ley 25.326¹⁸, preveía en cuatro incisos distintas conductas delictivas referidas a la manipulación de datos falsos en archivos de datos personales.

¹⁷El art. 117 C.P. actual dice: “El acusado de injuria o calumnia quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querrela o en el acto de hacerlo. La retractación no importará para el acusado la aceptación de su culpabilidad”.

¹⁸El texto del art. 117 bis, incorporado al C.P. por la ley 25.326 decía:

“1º. Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales.

2º La pena será de seis meses a tres años, al que proporcionara a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de dator personales.

3º La escala penal se aumentará en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona.

4º Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble tiempo que el de la condena”.

La reforma de la ley 26.338 (De fecha 25 de junio de 2008), suprimió directamente el primer inciso, que es el que se refería a la conducta concreta de: “insertar o hacer insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales”.

Con esta modificación –poco feliz– no sólo se suprime esa conducta como conducta delictiva, sino que se produce a mi criterio un grave problema de interpretación de la pena aplicable para las conductas que se prevén en los otros incisos.

Está claro que seguirán siendo consideradas delictivas las conductas de proporcionar a un tercero información falsa (inc. 2), y que a su vez prevén un incremento de pena para los casos de perjuicio para alguna persona (inc. 3) y para el caso de tratarse de un funcionario público el autor (inc. 4).

El problema es que en el inciso 1° –actualmente derogado– estaba prevista la clase de pena a la cual se remitían todos los otros incisos.

Por ello, actualmente se puede decir que las conductas previstas como delitos para los incisos 2,3 y 4 no tienen pena. Esta es la consecuencia obligada del principio de legalidad que no sólo obliga al legislador a describir con precisión la conducta punible, sino que también le obliga a describir con precisión cuál es la pena que correspondería por realizar cierta conducta delictiva.

Y esa pena debe indicarse también con suma precisión.

Ahora bien, del art. 117 bis surge actualmente que “2. La pena será de seis meses a tres años, al que...”.

La pregunta obligada es: ¿seis meses a tres años de qué?

Podría decirse que la referencia al “tiempo” de la pena indica que se trataría de una pena de prisión. De hecho, en el inciso 1° (hoy derogado) se hablaba claramente de pena de prisión. El artículo tal como estaba antes tenía sentido.

La cuestión es que hoy –con el inciso 1° derogado– se ha suprimido también la indicación de la clase de pena a la cual los incisos siguientes

El art. 1° fue derogado por ley 26.338, art. 14 (B.O. 25/6/08).

se siguen remitiendo!! Todo esto con la agravante de que ya ahora en ninguna parte del título en que se encuentran estos delitos, se habla de pena de prisión. Actualmente las penas son penas de multa en todo el título de delitos contra el honor.

Entonces, entiendo que aunque uno pueda suponer que se trata de la pena de prisión, como el texto de la ley no lo dice, por aplicación del principio de legalidad, no se puede imponer ninguna pena en estos casos.

La conducta será delictiva, pero el juez no podría sancionar con pena. Para imponer pena de prisión, reitero, es necesario que la ley penal lo disponga expresamente, y como en este caso no lo dice, la conducta no es punible.

Se podrá recurrir a las intenciones del legislador para tratar de suplir el error del legislador de la reforma, pero más que nunca deben tenerse presente las palabras de Zaffaroni: *“La ley puede tener la carga genética del legislador, pero el cordón umbilical lo corta el principio de legalidad”*.

Sino surge expresamente de la ley penal la pena a imponer, la consecuencia es la impunidad.

V. Conclusiones

Como se ha advertido, la reforma ha cumplido con la intención de adecuar la legislación a los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, continuando con la protección penal del honor de las personas sólo en los casos y en la medida de lo indispensable.