

# **LAS INNOVACIONES DE LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA Y LA TEORÍA DEL DELITO<sup>1</sup>**

**Gonzalo Javier Molina<sup>2</sup>**

## **I. Introducción**

Hace ya más de diez años, la C.S.J.N. ha resuelto un caso de injurias, apelando a la doctrina de la “real malicia”. En el fallo indicado, nuestro máximo tribunal resuelve hacer lugar al recurso extraordinario federal, absolviendo al imputado por el delito de injurias, invocando que según esa doctrina deben exculparse los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que lo eran o con imprudente y notoria despreocupación sobre su veracidad. En otras palabras: la C.S.J.N. estima que, tratándose de periodistas que informan sobre funcionarios públicos existe la obligación de los acusadores de demostrar que el informador conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar.

Es mi intención analizar desde el punto de vista de la dogmática penal, qué consecuencias o innovaciones trae esta doctrina acuñada en el derecho norteamericano.

Adelanto desde ya, que considero que para un sistema de interpretación penal de tipo europeo-continental, como es el que se ha seguido en nuestro país, esta denominada doctrina de la real malicia, no debería implicar ninguna innovación o modificación a las reglas y consecuencias ya trazadas desde hace muchos años por la teoría del delito.

<sup>1</sup> El presente trabajo parte del análisis de la causa “Morales Solá, Joaquín M”. 12/11/96. C.S.J.N., en Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional. Alberto Ricardo Dalla Via. Pág. 732 y sgtes.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Penal. Fac. de Derecho, U.N.N.E.

## II. Antecedentes del caso

En el caso analizado, un periodista había manifestado algunas expresiones que afectaban el honor de un ex-funcionario público. Éste inició querrela criminal, invocando el art. 110 del C.P. (injurias). En primera instancia el periodista (imputado) fue absuelto, por considerarse que no existía en el caso el denominado “animus injuriandi”<sup>3</sup>

Luego, en la Cámara se revocó el fallo del juez de primera instancia, al considerarse que el “animus injuriandi” no forma parte del delito de injuria. En consecuencia, se condenó al autor al tenerse como hecho probado que había actuado con el dolo necesario para configurarse el delito.

Finalmente, llegado el caso a la C.S.J.N., revuelven revocar el fallo de la Cámara, invocando fundamentalmente, que no se había probado que el autor actuara con dolo. Para ello, consideran que el autor de las manifestaciones actuó en el convencimiento de que sus dichos eran verdaderos.

## III. Aclaraciones previas

Previo a entrar en el nudo de la cuestión, creo necesario hacer algunas aclaraciones previas referidas a la dogmática penal —más concretamente a la teoría del delito— que son de aplicación, no solamente para el delito de injurias, sino para todas las figuras de nuestro código y leyes penales especiales.

Existen en nuestro sistema punitivo al menos dos clases de figuras penales, teniendo en consideración el elemento subjetivo del autor: los tipos dolosos y los tipos culposos. En esta materia, nuestra ley sigue lo que se denomina un sistema de “numerus clausus” en referencia a los delitos culposos. Esto significa que los delitos serán punibles de esta forma, solamente cuando estuvieran expresamente tipificados como tales.

En el caso que ahora nos interesa puntualmente —delito de injurias— es sabido que sólo está tipificada la conducta en su forma dolosa. Una conducta imprudente de este tipo, sería impune sin lugar a dudas.

También vale aclarar que a nivel de tipicidad subjetiva, la figura no exige más que cualquier otra figura penal: el dolo. El dolo es, según la posición que se siga: la representación de todos los elementos subjetivos del tipo penal; o

<sup>3</sup> Sobre el animus injuriandi como un elemento subjetivo del delito de injuria, se volverá más adelante.

la representación y asentimiento de los mismos elementos mencionados. En cualquiera de los dos casos –teoría de la representación o del asentimiento, respectivamente– para que la conducta sea dolosa, basta con eso, y no hace falta nada más. Con esto quiero dejar aclarado que – al menos por amplia mayoría en nuestra doctrina penal– el delito de injuria no requiere la existencia de un elemento subjetivo especial distinto del dolo, al que históricamente se le llamaba “animus injuriandi”.<sup>4</sup>

Además, creo necesario también aclarar dos cuestiones más respecto de la figura en análisis y la teoría del delito.

Por una parte, que por ser un delito de la parte especial, le serán aplicables también todas las causas de justificación previstas en la parte general. Dicho en otros términos, puede existir una conducta típica de injurias, pero que al mismo tiempo está justificada por legítima defensa, cumplimiento de un deber, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho. Seguramente, en el ámbito de la figura que estamos analizando, será ésta última la causa de justificación más común. Esto se relaciona precisamente con la otra cuestión a aclarar.

Tanto el derecho a la información (brindar o acceder a ella) como el derecho al honor, son derechos consagrados constitucionalmente. En la práctica de la vida democrática, seguramente entrarán en colisión ambos derechos, en muchas oportunidades. El ejemplo más paradigmático es precisamente el caso del fallo que comentamos.

En estos supuestos la cuestión a desentrañar será concretamente: ¿cuál de esos dos derechos que tienen rango constitucional debe prevalecer sobre el otro?

#### **IV. Las novedades de la doctrina de la real malicia**

El tema que creo más interesante para destacar del caso es la relevancia que se la ha dado a la denominada doctrina de la “real malicia”. Según el fallo que analizamos, y una amplia mayoría de la doctrina constitucional, esta doctrina significaría en el ámbito del derecho penal, lo siguiente. Tratándose de

<sup>4</sup> El tribunal que resolvió en primera instancia absolvió al imputado con el argumento de que había actuado sin ese “animus injuriandi”. El tribunal superior revocó la sentencia precisamente criticando esa configuración del delito de injuria con un elemento subjetivo especial. En este punto le asiste razón a la Cámara.

un funcionario público en ejercicio de sus funciones, los requisitos para hacer lugar a una querrela criminal, serían más rigurosos.

A saber: a) debe existir la prueba por parte del accionante de una manifestación difamatoria; b) la prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión; y c) la prueba del accionante de que la emisión de la expresión fue hecha teniendo conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

Este último requisito se marca como la gran “innovación” de la doctrina de la real malicia. Es decir: que el accionante demuestre la representación por parte del autor de la falsedad de la expresión, al momento de actuar.

Sin embargo, si tenemos en cuenta las exigencias mínimas de cualquier figura penal, siguiendo los lineamientos de la teoría del delito, y respetando las garantías constitucionales aplicables al proceso penal, este requisito no debería ser ninguna novedad en un proceso penal.

Según el principio constitucional de inocencia, una persona es inocente hasta que la parte acusadora demuestre lo contrario con pruebas suficientes para concluir en una condena. Con ese objetivo, el acusador en un proceso penal debe demostrar todos los extremos de la imputación, cualquiera sea el delito que esté tratando. Vale decir, que deberá demostrar todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura penal que pretenda aplicar. Es del caso, que la figura penal que estamos analizando es, como ya lo aclaramos, una figura dolosa. Por consiguiente, uno de los elementos que deberá demostrar el acusador, si es que quiere llegar a una sentencia condenatoria para el querrellado, es que la otra parte actuó con dolo. De no demostrarse este elemento<sup>5</sup>, la conducta del acusado será atípica, y por lo tanto, no punible.

Cuando esta denominada doctrina de la “real malicia” nos habla de “el conocimiento de que la imputación era falsa” esto es perfectamente compatible con lo que la teoría del delito denomina **dolo directo**. Luego, cuando exige por lo menos “una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”, nos indica lo que en dogmática penal se denomina **dolo eventual**.

Pero esto, de novedad —o de excepcional— no tiene absolutamente nada para el derecho penal. En cualquier figura dolosa, para dar por probado el hecho delictivo, el principio de inocencia exigirá al acusador que, además de probar los elementos objetivos de la figura, se prueben también los elementos subjetivos. Esto es: que el autor se haya representado todos los elementos

<sup>5</sup> El dolo del autor, que en el delito de injuria puede ser dolo directo o dolo eventual.

objetivos de la figura penal, o que al menos se haya representado como no improbable, su existencia en el caso concreto.

De no probarse este elemento, no se puede condenar por ninguna figura penal dolosa.

Deberíamos preguntarnos entonces, ¿qué es lo que se pretende tratar como novedad con esta doctrina de la real malicia? ¿Qué significa que en casos de delitos contra el honor, el acusador debe probar el conocimiento o la temeraria despreocupación acerca de la verdad de su imputación?

¿Significa esto que en todos los otros delitos no hace falta que el acusador pruebe que el autor del ilícito obró con conocimiento de los hechos, es decir con dolo? Indudablemente, esta respuesta no puede ser afirmativa. En virtud del principio constitucional de inocencia, el elemento subjetivo de las figuras dolosas (el dolo) es un elemento más que la acusación debe probar en el proceso.

¿Qué sentido tienen entonces en el ámbito del derecho penal las supuestas “innovaciones” de la doctrina de la real malicia? Particularmente creo que ninguna, si es que somos respetuosos de los consagrados logros de la dogmática en el ámbito de la teoría del delito.

## V. El concepto de dolo en el delito de injurias

Ahora bien, creo interesante destacar una parte del fallo que se comenta, puntualmente del voto del Dr. Petrachi, del cual surge una cuestión muy interesante.

Me refiero al contenido del dolo de la figura que estamos analizando.

Concretamente la pregunta debe ser: ¿la falsedad de la imputación es un elemento objetivo de la figura de injuria? De la respuesta a esta pregunta, dependerá otra más: ¿forma parte del tipo subjetivo (el dolo) el conocimiento de la falsedad de la imputación? De la respuesta de la primera, dependerá la respuesta de la segunda, pues el concepto de dolo no puede ser modificado: dolo es el conocimiento de los elementos del tipo objetivo.<sup>6</sup>

Si decimos que la falsedad de la imputación es siempre un elemento objetivo del delito de injurias, deberemos afirmar también que forma parte del

<sup>6</sup> Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”. Pág. 316. Edit. Hammurabi. 2ª edición. Bs. As. 1999.

dolo de la figura, el conocimiento por parte del autor de que sus imputaciones eran falsas. Cualquier error sobre la falsedad de la imputación, llevaría a la atipicidad de la conducta por error de tipo.

Esto es algo ya reconocido en el caso del delito de calumnia. En esa figura penal (art. 109 C. P) está muy claro, ya con la redacción de la ley, que la falsedad de la imputación es un elemento objetivo de la tipicidad. Ergo, a nivel de tipicidad subjetiva se exigirá también que el autor conozca que la imputación que realiza es falsa. Todo esto como elementos esenciales de la tipicidad.

Sin embargo, tratándose del delito de injurias, esto no está tan claro. En primer lugar, no surge de la redacción de la ley que la imputación injuriosa deba ser falsa. La gran mayoría de la doctrina interpreta inclusive, que aunque la imputación sea verdadera, el delito se configura.<sup>7</sup>

De manera entonces, que deberíamos cuestionarnos **¿de donde surgiría que la falsedad de la imputación debe ser un elemento objetivo del delito de injuria?** Creo que esto no es correcto. De la construcción del tipo de interpretación de la injuria, según el código penal argentino, no surge que la falsedad sea uno de sus elementos objetivos.

Sin embargo, creo que aquí es donde cobra alguna relevancia la denominada “doctrina de la real malicia”. Efectivamente, uno de los postulados de esta doctrina es que tratándose de críticas a funcionarios públicos, a través de los medios de prensa, con el objetivo de la subsistencia del sistema democrático, se debe ser más flexible con los medios de información, y en consecuencia, se permite hacer prevalecer el interés de informar por sobre el honor de aquellas personas.

El problema es que toda esta cuestión debe ser tratada a nivel de causas de justificación, como ya lo adelantáramos.

Bien puede sostenerse que un periodista que expresa ciertas manifestaciones respecto de algún funcionario público, sobre actos referidos a sus funciones, está actuando con el afán de proteger un interés público (art. 111 C.P.). Es por ello que, si sus manifestaciones fueran verdaderas, aunque hiera

<sup>7</sup> Precisamente por este motivo, es muy acertada la crítica de Enrique Bacigalupo. Ver “Delitos contra el honor” edit. Hammurabi. Pág. 37 y sgtes., donde propone llamarlos “delitos de indiscreción”, antes que delitos contra el honor, por no resultar éste último, el verdadero bien jurídico protegido.

<sup>8</sup> Edgardo Donna “Derecho Penal. Parte especial” Tomo I, pág. 348. Edit. Rubinzal Culzoni.

el honor del funcionario público, por una ponderación de intereses, la conducta estará justificada. El derecho hace prevalecer el interés público sobre el particular al honor en el caso concreto. Esto surge de la última parte del art. 111, que si bien sólo expresa que “quedarán exentos de pena...”, está muy claro que se trata de una causa de justificación que excluye la antijuricidad de la conducta.

## VI. El error sobre la veracidad de los dichos

Ahora viene el problema de los casos en que la imputación sea falsa, aunque el autor de ella haya actuado con el convencimiento de que eran verdaderas. En otras palabras: el periodista realiza una imputación contra el honor de algún funcionario público, en la creencia de que esa imputación era verdadera, cuando en realidad era falsa. ¿Como se resuelve este dilema, si ya afirmamos que no es un problema de falta de dolo? Se resuelve como lo indica la teoría del delito para cualquier figura penal. Esto es: debe tratarse a nivel de culpabilidad, como un error de prohibición, según la teoría que se adopte para resolver los casos de error de prohibición.<sup>8</sup>

Pasamos a explicar: El autor realiza una conducta típica (objetivamente y subjetivamente). Se dan todos los elementos objetivos de la tipicidad: haber realizado una manifestación que afecta el honor de una persona. Se configuran también todos los elementos subjetivos de la figura de injuria: conocer que las manifestaciones que está realizando pueden afectar el honor de una persona. La conducta es típica.

A nivel de antijuricidad el análisis debe ser el mismo que para cualquier delito.

Como no hay ninguna causa de justificación que excluya la antijuricidad, la conducta es antijurídica. Aclaración: se podría pensar que existe en el caso la excepción del art. 111 como causa de justificación.<sup>9</sup> Sin embargo, vale re-

<sup>8</sup> Sobre el error de prohibición, en el ámbito de la teoría del delito existen al menos diez teorías diferentes para resolver el problema. Al respecto puede verse: Santiago Mir Puig. “Derecho Penal. P. General. P.559, Barcelona; Enrique Bagigalupo “La distinción entre error de tipo y error de prohibición...”. En La Ley, (España), 16 de enero de 1981. Eugenio Zaffaroni, “Derecho Penal. Parte General”. Pág. 691. Edit. Ediar.

<sup>9</sup> Esta configuración se daría para todos los casos en que el periodista actúe con el convencimiento de que está divulgando una noticia saludable para el interés público, aunque lesione el honor de un particular. Todo ello se justificaría por el interés superior del sistema democrático. Se trataría del ejercicio de un derecho: el derecho informar.

cordar que, para que una conducta esté justificada, deben darse los elementos de la justificación a nivel objetivo y a nivel subjetivo. Dicho en otras palabras para nuestro caso concreto: no basta con que el autor haya creído que estaba justificado (por creer que sus expresiones eran verdaderas), sino que **es necesario que además, esas expresiones hayan sido verdaderas**. Si faltara alguno de estos dos elementos, no habrá justificación.<sup>10</sup>

El problema queda entonces para resolver a nivel de culpabilidad. Y en este punto debemos decir lo siguiente: es necesario que el autor haya tenido la posibilidad de comprender la antijuricidad del acto que realizó. Si este requisito no se diera, su conducta no será reprochable, y por lo tanto, no será culpable.

En verdad, para resolver el problema del error de prohibición, debería aclararse de antemano, cuál es la teoría que se sigue en esta materia.

Suponiendo que se siga la teoría de la **culpabilidad limitada** en materia de error de prohibición, la consecuencia para el caso sería: que aunque se trate de un error vencible la conducta no será punible.<sup>11</sup> El sujeto cree estar actuando justificadamente, aunque de hecho esté faltando a la verdad. Como no se representa la antijuricidad de su conducta, su ilícito no es reprochable. Es un claro ejemplo de error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, y según la teoría de la culpabilidad limitada en materia de error, la solución es la impunidad por exclusión de la culpabilidad.

Al mismo resultado (impunidad) llegarían quienes sostienen la teoría de los elementos negativos del tipo, aunque por otro camino: el error de tipo. Para esta construcción teórica, el tipo estaría conformado no solamente por elementos positivos, sino también por elementos negativos. El error sobre la no existencia de alguno de esos elementos negativos, llevaría a la consecuencia del error de tipo, y la exclusión de la tipicidad.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Para un análisis más detallado de la cuestión referente a la falta de alguno de los elementos de un "tipo permisivo", ver "Reflexiones sobre la perspectiva de análisis de los elementos objetivos en la legítima defensa", Gonzalo J. Molina en "Revista de Derecho Penal" 2006-2 Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 361, diciembre de 2006.

<sup>11</sup> Ver: Enrique Bacigalupo. Manual de Derecho Penal. Pág. 137. Edit. Temis.

<sup>12</sup> Distinta sería la solución para los seguidores de la teoría de la culpabilidad estricta, si se trata de un error vencible sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación. Para ellos, ésta clase de error no es suficiente para excluir la culpabilidad, en todo caso sólo serviría para atenuar la pena dentro de la escala penal aplicable.



## **VII. Conclusión**

En resumen, las supuestas innovaciones que en el ámbito del derecho penal trae la denominada “doctrina de la real malicia”, no implica ninguna modificación a los principios elaborados desde hace ya muchos años por la dogmática penal, particularmente en el ámbito de la teoría del delito. La primera proviene del derecho angloamericano, la segunda de la rigurosísima construcción de la dogmática alemana.

Quienes le atribuyen características innovadoras a esa doctrina en el ámbito del derecho penal, no han tenido en cuenta los postulados básicos de la teoría del delito.

Tal vez la única innovación de esta doctrina de la real malicia haya sido los efectos que pueda provocar en el ámbito del derecho civil.