

**INJURIA Y AFECTACIÓN DEL SOPORTE MATERIAL  
DEL BIEN JURÍDICO-PENAL PROTEGIDO.  
OTRA VEZ SOBRE LAS APORÍAS QUE PRODUCE  
LA “MERA EXÉGESIS” EN LA PARTE ESPECIAL  
DEL DERECHO PENAL**

FABIÁN I. BALCARCE<sup>1</sup>

*A la memoria de  
Daniel Pablo Carrera*

**I. Introito**

Desde hace algún tiempo he pretendido mostrar como el paupérrimo estado metodológico en que se encuentran los procesos investigativos de la Parte Especial conspiran contra la igualdad, la coherencia interna y la justicia en la aplicación del Derecho<sup>2</sup>, como objetivos fundamentales de una dogmática bien entendida en tanto promueve la seguridad jurídica. A la hiriente exégesis –*sit venia verbo*– que la sustenta se le ha agregado en los últimos años –ausentes ya la mayoría de los maestros clásicos del Derecho penal– un excesivo uso del argumento de autoridad, el más débil dentro del elenco de alternativas para dar una respuesta racional.

Los ejemplos del patético estado espiritual<sup>3</sup> de este sector se multiplican por doquier. Resulta imposible llevar adelante una actividad –en este caso la interpretación– sin tener una teoría acerca de ella.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Penal, Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>2</sup> Por todos, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” en Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 140 y ss.

<sup>3</sup> Entendida como expresión de cultura, según la alusión realizada por Thomas Würtemberger en los años cincuenta en Friburgo (Vide SCHÜNEMANN, Bernd, Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 11).

<sup>4</sup> GIBOURG, Ricardo, “Prólogo” en GUARINONI, Ricardo, Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. XI.

Hasta aparece como paradójico que, mientras en la Parte General –a pesar de las profundas lagunas conceptuales que contiene, en razón de su altísimo grado de abstracción– los esfuerzos llegan hasta las más exquisitas filigranas analíticas<sup>5</sup> en pos de un sistema, en la Parte Especial, en donde los preceptos legales, en favor del autor, proporcionan todo el material disponible para la formación del sistema<sup>6</sup>, siga siendo el terreno de la arbitrariedad y el descontrol interpretativo.

Como, “para muestra alcanza un botón”, intentaré a través de la relación entre la injuria y la afectación del soporte material del bien jurídico (delito de lesión, peligro concreto, de aptitud o abstracto) demostrar la tesis que afirmo.

## II. La figura delictiva

Como dije, aquí pretendo adentrarme en la figura de *injuria* prevista por el art. 110 del CP.<sup>7</sup>

Prevé la actual regla: *El que intencionalmente deshonrar o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500) a pesos veinte mil (\$ 20.000). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.*

La manda derogada decía: *El que deshonrar o desacreditare a otro, será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos o prisión de un mes a un año.*

Entre la actual norma y la anterior existen las siguientes diferencias:

1. Se ha agregado un elemento subjetivo de carácter *volitivo* (“intencionalmente”) que, además de exigir, en el tipo subjetivo, el dolo directo para la

<sup>5</sup> Crítico HIRSCH, Hans Hoachim, “El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel” en Derecho Penal. Obras completas, trad. Mariano Bacigalupo, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, I, p. 36.

<sup>6</sup> JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, trad. J. Cuello Contreras – J. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2ª ed., 1995, 4/16, p. 91.

<sup>7</sup> Texto según ley 26.551, art. 2º (B.O.N., 27/11/2009).

figura, plasma definitivamente la teoría del *animus injuriandi*, descartándose por atípicas –en un planteo netamente cultural– las conductas realizadas con *animus iocandi*, *animus corrigendi*, *animus defendendi*, *animus consulendi*, *animus narrandi*, etc. La duda acerca del verdadero significado de lo manifestado (aspecto trivialmente vinculado al dolo eventual) excluye la intencionalidad y, por tanto, la tipicidad. El *error* sobre el carácter deshonorante o desacreditante de lo manifestado impide enrostrarle tipicidad a la conducta. No existiendo figura culposa (sistema de *numerus clausus* vigente en nuestro CP), el comportamiento se torna impune.

2. Para aquellos que estiman al tipo *ratio cognoscendi*<sup>8</sup> de antijuridicidad, se descartan, por atípicas, las expresiones referidas a asuntos de interés público o los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público. También las que no sean asertivas (derogación de las injurias equívocas o encubiertas previstas anteriormente en el art. 112).

3. Se le quita capacidad de sujeto pasivo a la persona jurídica o ente ideal atento la clara referencia, mediante elemento normativo jurídico requerido del presupuesto lógico de una norma de carácter civil, a *persona física*. Se le ha quitado la cobertura penal al crédito de los entes ideales.

4. La persona física tiene que ser *determinada*; susceptible de ser distinguida física o nominalmente.

5. Para quienes el dolo de la omisión carece de elemento volitivo<sup>9</sup>, el delito no podría cometerse a título de comisión por omisión, en razón de la exigencia del “intencionalmente” –determinación de la voluntad en orden a un fin.<sup>10</sup>

6. La pena se limita a la multa (oblación voluntaria de la misma), excluyéndose las penas privativas de la libertad (CP, art. 5º).

7. La *retractación* extingue la acción penal (CP, art. 117).<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Pensamiento clásico y finalismo ortodoxo.

<sup>9</sup> KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. J. Cuello Contreras – J.L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 96.

<sup>10</sup> Diccionario de la Real Academia Española (D.R.A. E.), 1ª acepción.

<sup>11</sup> De acuerdo al art. 6º de la ley 26.551.

8. Estableciéndose, como única pena para el delito la de multa, la extinción de la misma se produce a los dos años (CP, art. 67, inc. 5°).

9. La regla actual por ser más benéfica que la anterior (exigencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, el sujeto pasivo sólo puede ser una persona física; eliminación expresa del contexto de la figura aquellas expresiones referidas a asuntos de interés público, las que no son asertivas y los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público; la posibilidad de retractación como modo de excepcionarse de la pena, sin que ello importe la aceptación de culpabilidad por parte del imputado; la consecuencia jurídico-penal se ha reducido a la pena de multa, excluyendo la alternativa de prisión) es aplicable retroactivamente (CP, art. 2°), por el principio de la ley penal más benigna. Habrá de recordarse que los Tratados Internacionales incorporados a la Carta Magna (CN, art. 75, inc. 22) han dado jerarquía constitucional al principio de retroactividad de la ley penal sustantiva más benigna (CADH, art. 9°; PIDCP, art. 15, inc. 1°). En lo que respecta al principio *lex posterior* se trata de una derogación expresa y, por tanto, se puede hablar en sentido propio de un acto de derogación.<sup>12</sup>

Tanto la injuria como la calumnia son delitos de acción de ejercicio privado (CP, art. 73, inc. 1°). La pretensión que de ellas surgen se impeñan en un juicio especial, en donde el ofendido por el hecho delictuoso, en el carácter de querellante exclusivo (CPP Nación, arts. 415 y ss.; CPP Cba., arts. 424 y ss.), suplanta al órgano público predispuesto para la persecución penal de los delitos de acción pública (Ministerio Público Fiscal). La mencionada acción es disponible. Por tanto, se convierte en un ámbito fértil para soluciones alternativas a la vía penal (CP, art. 117), como manifestaciones del principio de oportunidad.

Los *verbos* típicos, en tanto, se mantienen del mismo modo que en la legislación anterior. Aquí sólo quiero remarcar que ambos verbos —“deshonrar” y “desacreditar”— son elementos *normativos valorativos de carácter cultural*, requiriendo del intérprete un juicio de valor en relación a ello. Son elementos de la figura de conceptualización mixta. Por

<sup>12</sup> GUARINONI, Ricardo V., *Derecho, lenguaje y lógica. Ensayos de filosofía del derecho*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 190.

tanto, el tipo es *abierto*.<sup>13</sup> Como se ve, desde este punto de vista, ningún derecho es jamás íntegramente positivo<sup>14</sup>; requiere complementación normativa del objeto de investigación por parte de los juristas (y de los jueces).<sup>15</sup> *Deshonrar* es un verbo transitivo que, de acuerdo a la primera acepción del D.R.A.E., significa *quitar la honra*. *Desacreditar* también es un verbo transitivo y la Real Academia lo define como *disminuir o quitar la reputación de alguien, o el valor y la estimación de algo*.

El honor *objetivo*, fama o reputación<sup>16</sup>, alude a las calidades que son atribuidas a la persona por terceros.<sup>17</sup> Es la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros.<sup>18</sup> Trátase de la valoración social de la personalidad la cual puede ser atacada a través de la *desacreditación*. La *difamación* es una particular forma de injuriar proveniente de la propalación de la manifestación injuriosa.

El honor *subjetivo*, honor *en sentido restringido*<sup>19</sup>, u *honra consiste en las condiciones que el sujeto se adjudica a sí mismo*.<sup>20</sup> Estamos frente

<sup>13</sup> BALCARCE, Fabián, Introducción a la Parte Especial del Derecho penal. Su vinculación con la Parte General, 2ª ed., Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 169 y 241.

<sup>14</sup> ENGISCH, Karl, Introducción al pensamiento jurídico, trad. Ernesto Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 139 y 140; LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, primera edición castellana traducida por Enrique Gimbernat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966, p. 247; HASSEMER, Winfried, "Hermenéutica y derecho" en Corrientes y problemas en Filosofía del Derecho, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n° 25/1985, Universidad de Granada, p. 66.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi, "La formación y el uso de los conceptos en la Ciencia jurídica y en la aplicación de la ley" en Epistemología jurídica y garantismo, trad. JORDI FERRER, Fontamara, México, 2004, pp. 100 y 101.

<sup>16</sup> RAMOS, Juan P., Los delitos contra el honor, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1939, p. 19.

<sup>17</sup> Véase LAJE ANAYA, Justo – GAVIER, Enrique, Notas al Código Penal argentino, 2ª ed., Lerner, Córdoba, 2000, II, p. 107, nota 1. SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro, "Delitos contra el honor" en Estudios de las figuras delictivas, dir. Daniel P. Carrera, Advocatus, Córdoba, 1994, I, p. 217; CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, Derecho Penal. Parte Especial, 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, I, § 308.

<sup>18</sup> RAMOS, ob. cit., p. 13.

<sup>19</sup> RAMOS, ob. cit., p. 13.

<sup>20</sup> LAJE ANAYA – GAVIER, ob. cit., II, p. 107, nota 1. SÁNCHEZ FREYTES, lug. cit., I, p. 217; CREUS – BUOMPADRE, ob. cit., I, § 308.

a la autovaloración de la persona.<sup>21</sup> La deshonra (o injuria propiamente dicha) y el *ultraje* —vías de hecho— son los medios para su ataque.

Si el honor objetivo (reputación) y el honor subjetivo (honra) son afectados por el descrédito o la deshonra; luego, pues, habrán de ser contextualizados en el plano normativo de análisis del bien jurídico *honor*, más precisamente de su soporte material, como concepto constitucional previo a la interpretación de la ley penal.<sup>22</sup> Si el bien jurídico y sus afectaciones gozan de la textura abierta expuesta, se permeabilizan frente a los cambios sociales y culturales.

La pregunta que se pretende resolver es la siguiente: de acuerdo a la relación que existe entre el comportamiento prohibido y el soporte material del bien jurídico protegido por la regla, ¿La injuria es un delito de mera actividad (peligro abstracto no genuino), de peligro abstracto, de aptitud, de peligro concreto o de lesión?

### III. El bien jurídico protegido

El *honor* es un bien jurídico individual.<sup>23</sup> Por tanto, admite la legítima defensa (CP, art. 34, incs. 6° y 7°). La acción penal que se desprende tanto de la injuria como de la calumnia sólo puede ser ejercitada por el ofendido y después de su muerte —por las afectaciones a su honor sufridas en vida— por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes (CP, art. 75). Por ser un concepto socio-cultural es uno de los más susceptibles de transformación extrajurídica.

Existe cierto consenso en la doctrina acerca de la dificultad de bosquejar la objetividad jurídica<sup>24</sup>; respecto de la sutilidad que lo caracteri-

<sup>21</sup> Similar en FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, 2ª ed., act. Guillermo Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, IV, p. 423.

<sup>22</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, “El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la Parte General y la Parte Especial” trad. Mariana Sacher, en Bernd Schünemann, Obras, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, II, p. 337.

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez E.X., Bien jurídico y función en Derecho penal, trad. Mónica Cuffiaro, Hammurabi, Buenos Aires, p. 48.

<sup>24</sup> RAMOS, Juan P., ob. cit., p. 13; NUÑEZ, Ricardo C., Tratado de Derecho penal, Lerner, Córdoba, 1988, III, vol. II, p. 17; DONNA, Edgardo A., Derecho penal. Parte especial, 3ª

za.<sup>25</sup> Adelantando opinión; lleva en su seno la ambigüedad de los signos (semiótica y semántica) con los cuales se lo puede atacar y la necesidad básica de *comprensión*. No es un concepto empírico perceptible por los sentidos. Aunque cause perplejidad, se trata de un valor social que, receptado por la legislación penal, se transforma en un valor jurídico. La relación entre ese valor y el ciudadano, en tanto forma de participar en el sistema social, es el bien jurídico penal. Resulta indispensable una teoría del significado de las preferencias de los usuarios de una lengua, en el seno de una comunidad o población, una teoría pragmática.<sup>26</sup> Asevera Donna –siguiendo en esto a Maurach– que “el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho penal y por tanto el menos eficazmente protegido”.<sup>27</sup>

Los criterios de sustentabilidad normativa de la objetividad jurídica, entiendo, se producen en una sociedad pluralista y multicultural, conformándose por las diferencias ideológicas, religiosas, culturales, políticas, sociales o étnicas.<sup>28</sup> Escapan tanto al real conjunto de cualidades del sujeto (honor real), como también a las que se autoatribuye (honor individual) o le atribuyen los terceros (honor social). Son, en definitiva, criterios que se adscriben al homúnculo social, por el sólo hecho de serlo, sujetos a consensos espaciales, temporales y culturales.<sup>29</sup> Nunca puede tratarse de un concepto estático.<sup>30</sup>

---

ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, I, p. 437; SÁNCHEZ FREYTES, Alejandro, *lug. cit.*, I, p. 215; BUOMPADRE, Jorge, *Derecho Penal. Parte Especial*, Mave, Corrientes, 2003, I, p. 281; ORTIZ, José Luis, “Delitos contra el honor” en *Derecho Penal. Parte Especial*, dir. Fabián I. Balcarce, Lerner, Córdoba, 2007, I, p. 229. En el Derecho comparado, ALONSO ÁLAMO, Mercedes, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXXVI, fasc. I, enero-abril, 1983, p. 319.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 268.

<sup>26</sup> ACERO, Juan José – BUSTOS, Eduardo – QUESADA, Daniel, *Introducción a la filosofía del lenguaje*, 5ª ed., Cátedra, Madrid, 2001, p. 232.

<sup>27</sup> DONNA, DP PE, I, p. 438.

<sup>28</sup> GARRIDO PEÑA, Francisco, “Sobre el delito de injurias y los actos semióticos performativos (un análisis de los actos semióticos antijurídicos)” en *Doxa* 21 – I (1998), p. 295.

<sup>29</sup> Sobre su concepto ético, KANT, Immanuel, *La metafísica de las Costumbres*, 4ª ed., trad. Adela Cortina Orts – Jesús Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 2005, § 38, p. 335.

<sup>30</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación social en Welzel” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, fasc. II, mayo-agosto, Madrid, 1993, pp. 699 y 700.

Lo advertía Ramos: “Es que la ley penal se interesa en el elemento interno y el elemento externo de lo que se llama honor, de una manera tan particular, que en el fondo viene a ser una especie de sentido abstracto de lo social y no el sentido concreto de lo individual”.<sup>31</sup>

Habrá que reformular (y así deberá entenderse en adelante): el *honor subjetivo* y el tradicionalmente denominado *honor objetivo* (honor subjetivo social), serán protegidos en la medida en que coincidan en sus pretensiones con los *standars* provenientes del concepto honor *normativo*. A raíz del aserto, no resulta indispensable un sufrimiento particular en el sujeto pasivo (teoría de la mortificación), ni perplejidad alguna en los terceros (teoría del escarnio) a los efectos de la lesión de su soporte material. Alcanza con la tergiversación de las directrices normativas que endilgan un conjunto de cualidades al ciudadano, de acuerdo a los distintos roles que una persona cumple en la sociedad, desde el básico de *ciudadano* a los más específicos (familiares, profesionales, etc.), para que se produzca la afectación.

El *honor*, como entidad abstracta abarcadora, poseída por todos los ciudadanos<sup>32</sup>, sin distinción de sexo (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 1º), raza, religión (Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial, art. 1º), o edad, es la relación entre un sujeto de derechos y el conjunto de datos y descripciones personales y de cualidades valiosas (físicas, morales, jurídicas, sociales y profesionales, familiares, culturales, deportivas, etc.)<sup>33</sup>, de acuerdo a los distintos roles<sup>34</sup> que cumple en la sociedad<sup>35</sup>, que reviste dicha persona en sus relaciones grupales; ora, autoatribuidas, ora, endilgadas por terceros, de

<sup>31</sup> RAMOS, ob. cit., p. 20.

<sup>32</sup> CREUS, Carlos – BUOMPADRE, Jorge, ob. cit., 7ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007,1, § 307, p. 132.

<sup>33</sup> NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal. Part Especial, 3ª ed., Lerner, Córdoba, 2008, p. 95; NUÑEZ, Ricardo C., Manual de Derecho Penal. Part Especial, 4ª ed., Lerner, Córdoba, 2009,113; SÁNCHEZ FREYTES, lug. cit., I, p. 216; CREUS – BUOMPADRE, ob. cit., I, § 305, p. 132.

<sup>34</sup> En sentido semejante, MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 268.

<sup>35</sup> En ciernes, FEUERBACH, Anselm v., Tratado de derecho penal común vigente en Alemania, trad. de la 14ª ed. aleman, trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 2, § 272, p. 169.

acuerdo a un criterio normativo dinámico, y que permiten la realización del ciudadano en un sistema social determinado.<sup>36</sup> Estas relaciones de reconocimiento de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad como presupuestos de la participación en un sistema social, funcionalmente contempladas, constituyen el contenido del bien jurídico *honor*.<sup>37</sup> El contenido material de la dignidad<sup>38</sup> de la persona consiste ante todo en ese libre desarrollo de la personalidad. Se protegen alternativas de acción y se pretende garantizar al titular del honor las posibilidades de comunicación de las que cualquiera puede hacer uso cuando se pone en duda su honorabilidad, entretanto no se refute la falsa imputación.<sup>39</sup>

Es cierto también —como antes expresamos— que, en la actualidad, con el delito de injuria (CP, art. 110), se podría decir que el derecho a la intimidad y a la propia imagen reciben de *facto e indirectamente* una protección individual, particularmente cuando se trata de afirmaciones referentes a la vida privada que afectan de algún modo al honor (honor aparente). El derecho a la intimidad como objetividad jurídica se encuentra encastrado en distintos bienes jurídicos sin la suficiente independización (v. gr., intimidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones con profesionales, etc.).<sup>40</sup> Una mayor individualización del bien jurídico *intimidad* conduciría de *lege ferenda* a la punición, en figura independiente, del denominado *delito de indiscreción*.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, “Revisión del contenido del bien jurídico honor” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Madrid, t. XXXVII, fasc. II, mayo-agosto, 1984, p. 307. Se acerca, BUOMPADRE, ob. cit., I, p. 284.

<sup>37</sup> BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, lug. cit., p. 310; MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 269. También BUOMPADRE, ob. cit., I, p. 281.

<sup>38</sup> Ya lo reconocía DÍAZ, Emilio C., El Código Penal para la República Argentina. Comentario de sus disposiciones, 5ª ed., La Facultad, Buenos Aires, 1947, p. 247, nota 499.

<sup>39</sup> AMELUNG, Knut, “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos” en Roland Hefendehl ed., La teoría del bien jurídico ¿Fundamento y legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, trad. Ifigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, pp. 244 y 245.

<sup>40</sup> La idea en BACIGALUPO, Enrique, Delitos contra el honor, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 40 y 41. También MUÑOZ CONDE, ob. cit., p. 269.

<sup>41</sup> Propuesto por BACIGALUPO, Delitos contra el honor cit., p. 52,60 y 61,

El bien jurídico queda delimitado por esa relación, para la realización personal, entre sujeto y honor, dignidad<sup>42</sup> e intimidad. La objetividad jurídica es un *concepto relacional*<sup>43</sup> desde dos perspectivas: a. entre el sujeto y el valor; b. entre el sujeto y los demás ciudadanos. El valor otorgado por el derecho a ese conjunto de cualidades es el valor a relacionar con el sujeto, mientras que el valor social abstracto honra o crédito es el objeto material o soporte del mismo. Ambos valores, es fácil advertirlo, se encuentran en diversos planos de análisis.

La aclaración obedece a la necesidad de advertir que la sola afectación del valor social no constituye delito, si ello no ha sido óbice para el desarrollo grupal del sujeto supuestamente afectado. La participación es lo que caracteriza la existencia de un bien jurídico.<sup>44</sup> Es que "...un bien jurídico sólo es tal, en tanto y en cuanto posea valor para el desarrollo de la vida del individuo en sociedad"<sup>45</sup>

No obstante, el honor no debe confundirse con el decoro. Éste último no queda comprendido en el primero.<sup>46</sup>

La elevación de riesgo o la adecuación social de la conducta dependen del contexto cultural en que interaccionan los sujetos y los subgrupos a los que pertenecen.

Es un bien jurídico totalmente *disponible* por el potencial ofendido. Rige, pues, como criterio complementario de imputación normativa<sup>47</sup>,

<sup>42</sup> CARRARA, Francesco, Programa del curso de Derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa, trad. Sebastián Soler – Ernesto Gavier – Ricardo C. Nuñez, Depalma, Buenos Aires, 1944, V, § 1703, p. 4.

<sup>43</sup> KAHLO, Michael, "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal" en Roland Hefendehl, La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación o juego de abalorios dogmático?, trad. Rafael Alcácer Girao, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 55.

<sup>44</sup> Cfse. FERNÁNDEZ, Gonzalo, Culpabilidad y teoría del delito, Bdef, Montevideo – Buenos Aires, 1995, I, p. 56.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ, Gonzalo D., Bien jurídico y sistema del delito cit., p. 118.

<sup>46</sup> CREUS – BUOMPADRE, ob. cit., I, § 306, pp. 131 y 147.

<sup>47</sup> La doctrina comienza a aceptar las objeciones terminológicas que hace casi una década realizamos. Por caso, DÍAZ-ARANDA, Enrique, "Imputación normativa del resultado a la conducta" en Coord. Varios, Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, Edisofer, Madrid, I, p. 800. Expresa el jurista: "Lo que en verdad buscamos son 'criterios normativos' que nos ayuden a fundamentar cuándo podemos imputar un resultado a una conducta de acción o de omisión".

el de autoprotección de la víctima (*rectius*: del ciudadano). Con la introducción de un ámbito de responsabilidad de la víctima se produce la introducción de un elemento interaccionista en la concepción jurídico-penal liberal, abandonando el paradigma de la agresión que caracteriza la dogmática tradicional.<sup>48</sup> El consentimiento anterior o coetáneo del potencial sujeto pasivo torna atípica la conducta *prima facie* injuriosa. Es más: puede ser un modo de realización de la persona en el sistema social (v. gr., las proferidas por los interactuantes en las relaciones sexuales).

#### **IV. Delito de lesión, peligro o mera actividad. A su vez, sobre la vieja distinción italiana entre delito de simple conducta – formal – material**

Como ya expresé, los juristas dedicados a la Parte Especial son por demás afectos al *argumento de autoridad* aunque, dentro de una teoría de la justificación racional, sea el más débil de todos los argumentos. Relevada como aceptada por la mayoría de la doctrina una posición se promueve su aceptación sin otros argumentos que la sustenten. Los problemas insalvables se les plantean en dos frentes: 1. En el caso de figuras novedosas, en donde la masa experta no se ha expedido; 2. Cuando la doctrina no ha llegado a consensos mayoritarios sobre temas particulares. No existe a mano una artillería de buenos argumentos para justificar lo que se propone como nuda tesis.

En el problema aquí propuesto se advierte la conflictividad prevista en el segundo ítem. La doctrina carece de mayorías acerca de la relación entre injuria y grado de ataque a la objetividad jurídica. “En el desordenado gremio de los juristas esto es bastante común”.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> WITTIG, Petra, “Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en Roland Hefendehl ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. Ifigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 346 y 347. Las pautas básicas del principio imputativo en CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 284.

<sup>49</sup> GUARINONI, ob. cit., p. 166.

Por cierto, y adelantando opinión, una máxima interpretativa basada en el *principio de lesividad*, en caso de duda respecto al grado de afectación del bien jurídico, debería imponer la inclinación hacia la existencia de una conducta lesiva del mismo en detrimento de las peligrosas en cualquiera de sus estadios (concreto, concreto-abstracto, abstracto).

Según algunos la deshonra (en forma genérica) es un delito de daño (*lesión*)<sup>50</sup>, mientras que el descrédito (en forma genérica) es un delito de *peligro concreto*.<sup>51</sup> La primera requeriría un sentimiento penoso de carácter moral en el destinatario (contumelia). La segunda, se funda en la posibilidad cierta de perjudicar la reputación del ofendido (difamación).<sup>52</sup>

Para otros, en cambio, el delito contra el honor sería un delito formal<sup>53</sup> y de peligro abstracto.<sup>54</sup> Se afirma que se trata de delitos formales, por oposición a los delitos de mera conducta y los materiales. Dentro de aquella clasificación que distingue según el grado de afectación del bien jurídico, serían delitos de peligro abstracto<sup>55</sup>, por oposición a los delitos de peligro concreto.<sup>56</sup>

Pero, dentro del ámbito de la clasificación de los delitos como formales, existen incluso otras tesis.

No faltan, en el Derecho comparado, quienes los consideran delitos de peligro hipotético, fundamentalmente a la injuria.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> Basados en la teoría de la mortificación (sobre el particular, en el Derecho comparado, BELING, Ernst, Esquema del Derecho penal, trad. Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 143).

<sup>51</sup> SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, act. Manuel Bayala Basombrío, 11ª reimp., 1999-2000, III, p. 236.

<sup>52</sup> Por la distinción tajante, SOLER, ob. cit., III, p. 238.

<sup>53</sup> Cfr. GONZALEZ ROURA, Octavio, Derecho Penal, Abeledo, Buenos Aires, 1922, III, p. 55; RAMOS, ob. cit., pp. 143 y 158; Parma, II, p. 150. En el Derecho comparado, CARRARA, Programa cit., V, § 1829, p. 174.

<sup>54</sup> NUÑEZ, Manual DP PE, pp. 98 y 102; NUÑEZ, Tratado, III, vol. II, p. 72. También ODERIGO, Mario O., Código Penal anotado, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1957, pp. 147 y 149, notas 450-d y 453. En el Derecho comparado, Carrara, V, § 1829, p. 175.

<sup>55</sup> Por todos, NUÑEZ, Tratado, I, pp. 247 a 252. Lo sigue, SÁNCHEZ FREYTES, lug. cit., I, p. 230.

<sup>56</sup> Sin discriminar, RAMOS los estima de peligro (ob. cit., p. 77).

<sup>57</sup> ALONSO ÁLAMO, lug. cit., p. 143, nota 63. Sobre el concepto de este tipo de delitos, TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Los delitos de peligro hipotético" en Anuario de Derecho Penal y

Incluso, existen autores que estiman tanto a la injuria como a la calumnia delitos de peligro concreto.<sup>58</sup>

Existen posiciones de menor calado a nivel doctrinario.

Las dos posiciones expuestas prioritariamente<sup>59</sup> han sido las más promocionadas en nuestro país. Mientras que la primera equivoca el soporte material del bien jurídico con la subjetividad del sujeto activo (mortificación) o de los terceros receptores acerca de lo que es el honor (escarnio); la segunda, confunde el objeto material —que se encuentra en el ámbito significativo e ideal— con el bien jurídico, como relación valorativa insusceptible de ser afectada (lo que en verdad pasa con todos los bienes jurídicos).

Existen, por otra, otros argumentos de peso para rechazar la segunda tesis.

El peligro abstracto requiere un riesgo estadístico de que se produzca la lesión al bien jurídico protegido. Si no sé cuándo se produce efectivamente la lesión, cómo saber que existe un riesgo estadístico de que se produzca la última. Ahora no avizoro cómo, a ciencia cierta, se prevé un peligro estadístico (abstracto) sin conocer específicamente cuándo se lesiona el bien. Cómo puedo establecer la medida (peligro) de un pleno (lesión) que no conozco. Consecuentemente, lo mismo se podría decir de quienes lo estiman un delito de peligro concreto: ¿peligro concreto de qué, si no puedo determinar cómo se configura la lesión?

Así como la incolumidad física, como soporte material del bien jurídico, se lesiona con una minúscula magulladura en un dedo de un solo sujeto, sin que por ello, por supuesto, haya quedado lesionado el bien jurídico como valor; el honor, aun cuando la agresión recaiga en un minúsculo sector de su amplio espectro, disminuye el valor social de las cualidades de la persona, a pesar de que se trata de un solo ciudadano y sin que ello signifique la caída de la objetividad jurídica honor.<sup>60</sup>

Ciencias Penales, t. XXXV, fasc. II y III, mayo-diciembre, Ministerio de Justicia, Madrid, 1981, p. 840.

<sup>58</sup> BUOMPADRE, ob. cit., I, p. 298.

<sup>59</sup> Ver notas 49 a 53.

<sup>60</sup> Nos ha sorprendido gratamente la utilización de un argumento semejante, aunque pretendiendo justificar una situación distinta, por HEFENDEHL, Roland, "De largo aliento: el

La aporía transcurre por una inestable utilización de los términos *deshonrar* y *desacreditar*. Ambas palabras se pueden utilizar en un sentido abarcador (toda la honra o todo el crédito) o en un sentido parcializado (algún sector de la honra o del crédito). Cuando la ley hace mención a las mismas alude a una afectación parcial de dichos extremos. Sin embargo, para excluirlos de los delitos de lesión, se afirma que nunca se puede producir una afectación total a la honra o el crédito de la persona. Por otro lado, se pone en cabeza del receptor (ofendido o tercero) la percepción como ofensa o descrédito, sin tener en cuenta que el vínculo entre el sujeto activo y el valor honor, en su realización dentro del sistema social, escapa a tan estrechos márgenes.

Si tuvieran razón quienes afirma que el bien jurídico no puede ser lesionado (en su soporte), la pregunta del millón sería: ¿Para qué entonces castigar supuestas conductas de peligro (abstracto) que sabemos en definitiva inocuas?

Pero, además, si se trata de un delito de peligro abstracto, último resquicio donde puede llegar la legislación represiva sin afectar el principio de lesividad, cómo puede ser que la mayoría de los autores que aseguran esta característica del delito al mismo tiempo afirmen la posibilidad de tentativa, por ejemplo, de la injuria.<sup>61</sup>

Una interpretación conceptual y sistemática de los términos *desacreditar* o *deshonrar* nos lleva ineluctablemente al delito de lesión.<sup>62</sup> Son verbos causales que exigen el resultado material y, al mismo tiempo, el tipo es resultativo, puesto que no establece los medios sino la relación entre el comportamiento realizado y el resultado material producido. A la ley no le alcanza con un peligro estadístico, hipotético o concreto, sino que exige, aunque sea en un sector de infinita gama de matices, la afectación del soporte de la objetividad jurídica.

---

concepto de bien jurídico” en Roland Hefendehl ed., *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, trad. Gonzalo Medina Schulz, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2007, p. 473.

<sup>61</sup> Cfr. NUÑEZ<sup>3</sup>, *Manual DP PE*, p. 99.

<sup>62</sup> Supo advertirlo, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco, “La reforma penal y los delitos contra el honor” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n° 1, enero/marzo, 1969, pp. 14 y ss.

La *falacia procesalista* aquí se manifiesta por doquier. En las discusiones coloquiales la tesis aquí apuntada se redarguye afirmando que, de ser así, habría que demostrar la efectiva afectación del soporte material de la objetividad jurídica. Esto es una cuestión de acreditación y prueba (premisa menor del silogismo práctico) que, para nada, puede empañar las conclusiones interpretativas de la figura delictiva (premisa mayor).

Ahora si se pretende buscar el nacimiento del erróneo acceso al precepto por parte de la doctrina mayoritaria, se podrá ver claramente como el débil argumento de autoridad se transforma en una falacia de autoridad. Por tanto, habría que agregar como dato por demás importante, para determinar el error de ruta de la doctrina nacional, la existencia de una aporía histórico-importadora: los códigos españoles en los cuales abrevó nuestro legislador afirmaban: “Es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada, en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”.<sup>63</sup> Se asemeja por ejemplo a la redacción dada al art. 174, inc. 2º, del CP (circunvención de menores). La preposición *en* denota, en la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia Española, situación de tránsito. Se puede entender dentro de la dogmática como un elemento ultraintencional de tendencia, de carácter, por supuesto, subjetivo. En la actualidad se trataría de un delito de tendencia interna trascendente, de resultado cortado. La interpretación dada a ese artículo en España fue trasladada a nuestra doctrina sin percatarse de que los verbos utilizados en nuestra legislación son, como dije, causales y resultativos. Se concluyó interpretando una figura —la española— no prevista en el Código Penal argentino.

En síntesis: la ley no castiga al que ponga en peligro (abstracto, hipotético o concreto) el honor o el crédito, sino al que *deshonrar* o *desacreditare!*

En mi ver se trata de una figura de lesión consistente en la incardinación de un discurso adscriptivo incompatible con los *stándars* básicos de lo que debe entenderse como conjunto de cualidades básicas de un sujeto, en determinado tiempo y lugar, y según las circunstancias de

<sup>63</sup> Códigos Penales españoles de 1848 (art. 375); 1870 (art. 467); 1932 (art. 447); 1944 (art. 453). Sobre el tema, NUÑEZ, Tratado cit., III, vol. II, p. 52, nota 149.

modo, lugar, etc. Existe, como contenido fáctico, una realidad lesionadora del concepto honor como merma de la comunicación<sup>64</sup>, sin que deba acudir a otros bienes jurídicos para constatar el daño.<sup>65</sup>

Las figuras estelares del título (injuria y calumnia como especie de la primera) son delitos de lesión. La afectación al soporte del bien jurídico preponderante se produce por la incardinación de una tesis sobre el ciudadano incompatible con el discurso sobre sus cualidades sociales; ora, autoatribuidas; ora, atribuidas por terceros, siempre que la adscripción sea subsumible en los *standars* normativos existentes que obstaculizan un desarrollo pleno del ciudadano.

La injuria es un delito de acción, con apertura típica, de resultado, resultativo, que no exige más de un acto y de consumación instantánea.

En cuanto al *sujeto activo* es un delito *de propia mano*. La figura presupone la ejecución de un acto personal que aquél debe llevar a cabo por sí mismo.<sup>66</sup> Es unisubjetivo.

*Sujeto pasivo* puede ser cualquier ciudadano en condiciones presentes o futuras de ejercer la acción penal en relación a la prescripción penal (CP, arts. 62, inc. 5º, 73, inc. 1º y 75). El receptor tiene que ser una persona capaz mentalmente de comprender, conocer el idioma o en general el sistema de comunicación en que se realiza la injuria, compartir el argot, advertir la gesticulación o entender el acto.

Siendo un delito de resultado material y de lesión, admite tentativa. El delito se consuma cuando la palabra, gesto o acto socio-culturalmente peyorativo de las cualidades del sujeto pasivo (elevación del riesgo) llega a un receptor (injuriado o tercero) susceptible de comprender el significado de la misma (realización del riesgo) desarrollado en el plano de afectación al honor (ámbito de protección del tipo). El riesgo no realizado, se transforma en tentativa inacabada o acabada.

Como contracara de la consunción (*lex consumens derogat legi consumptae*) existen figuras penales que prevén expresamente la atracción de otras figuras delictivas, incorporándolas totalmente como parte de su

<sup>64</sup> Sobre el tema, AMELUNG, *lug. cit.*, p. 18 y ss.

<sup>65</sup> Ya en CARRARA, *Programa cit.*, V, § 1706, p. 9.

<sup>66</sup> MAURACH, Reinhart – ZIPE, Heinz, *Derecho Penal. Parte General*, trad. J. Bofill Genzch y E. Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, I, p. 368.

estructura. En este caso, la injuria es consumida por los delitos sexuales (CP, art. 119) <sup>67</sup> o por la calumnia (CP, art. 109), cuando es inseparable de ésta por acompañarla como accesorio.<sup>68</sup>

Cuando las manifestaciones injuriosas, realizadas en forma dividida en relación a una persona física determinada, se encuentran en un mismo contexto de conducta, estamos frente a un delito continuado.

La pluralidad de ofendidos genera un concurso real.

## V. Conclusión

Por una interpretación histórica errónea, la cual abrevó en la letra de las leyes españolas anteriores y vigentes a la época de promulgación de nuestro CP y cuyo texto difería palmariamente del nuestro, se torció el rumbo de los verbos típicos, construyendo interpretaciones que eludían tratar el sentido propio de las mandas nacionales. En lugar de atender a la “prerrogativa del legislador nacional”, se hizo primar la idea del legislador del Derecho comparado.

Es hora de volver a nuestras fuentes y reanalizar las tesis que justificaron las antiguas interpretaciones.

<sup>67</sup>BALCARCE, *Introducción cit.*, p. 248.

<sup>68</sup>NUÑEZ, *Tratado cit.*, III, vol. II, p. 141.