



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Navarro Dolmestch, Roberto
PROPUESTA PARA UNA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DEL HONOR COMO MÉTODO DE
REDUCCIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN
(primera parte)

Ius et Praxis, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 217-259

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19780208>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PROPUESTA PARA UNA CONSTRUCCIÓN 'JURÍDICA' DEL HONOR COMO MÉTODO DE REDUCCIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE CONFLICTO CON LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN (Primera Parte)

Roberto Navarro Dolmestch (*)

RESUMEN

Este artículo pretende demostrar que las relaciones entre los derechos al honor y la libertad de información y opinión (hipótesis relacionales conflictuales) son, conceptualmente, mucho más reducidas que lo tradicionalmente la doctrina ha entendido. Ello, en la medida en que se haga una redefinición del contenido esencial del derecho al honor en clave jurídica, superando las concepciones que hasta el momento han dominado en la doctrina chilena.

ABSTRACT

This article pretends to show that the relationships between rights to honor and rights of freedom of information and opinion (conflicting relational hypothesis) are conceptually, much more reduced than the doctrine has traditionally given to be understood. This, in the measure that a redefinition of the essential content of the rights to honor in the legal code is done, overcoming the ideas that have predominated in the Chilean doctrine.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca. Alumno del Programa de Magíster en Instituciones de Derecho Público y Privado chileno y comparado, Universidad de Talca.

1. INTRODUCCIÓN

En una sociedad cada vez más mediática como la nuestra, el tema de la actividad de los medios de comunicación cobra una importancia creciente. Y me refiero a los medios de comunicación, porque son éstos unos titulares muy especiales de la faz activa de la libertad de comunicación; aunque lo anterior no debe entenderse en el sentido que las libertades de opinión e información sólo son derechos que corresponden a los periodistas o a los medios. Por el contrario, en tanto derechos fundamentales, su titularidad corresponde a todas las personas –asunto pacífico–. Pero la realidad cotidiana muestra que es a través de la actividad de los medios de comunicación que el asunto de las relaciones entre las libertades de opinión e información y el derecho al honor genera problemas jurídicos, que constituyen permanentemente centro de decisiones jurisdiccionales y de política legislativa.

En este artículo trataré de demostrar que las relaciones entre la libertad de comunicación y el honor no son tan problemáticas como suele plantearse, en la medida que se proceda con una adecuada comprensión de cuál es el contenido esencial de los derechos que se tratan de relacionar y una comprensión de dichos contenidos en una perspectiva jurídica.

La preocupación por el establecimiento dogmático de las relaciones entre el honor y la libertad de comunicación, en tanto derechos fundamentales y su proyección al orden jurídico, constituye un área que sólo recientemente ha despertado interés en la doctrina nacional¹, lo cual contrasta fuertemente con la evolución que se puede observar en la doctrina del Derecho comparado. Aunque no es éste el lugar para establecer cuáles son las causas de tal despreocupación, lo que queda fuera de dudas es que ésta no se debe a que en la práctica no se produzcan conflictos reales entre intereses que son divergentes. Estos antecedentes obligan a concluir en la necesidad de abordar esta problemática e intentar la proposición de ciertas bases de solución frente a los posibles conflictos que puedan producirse.

Si la tarea de este trabajo es determinar las posibles relaciones entre la libertad de comunicación y el honor y cuál su naturaleza –si las hubiera–, lo primero es abocarse a precisar el contenido de cada uno de los elementos a relacionar. Ello obliga a determinar el contenido de la libertad de comunicación, por un lado, y del honor, por otro.

¹ Baste revisar los textos de estudio y obras generales de Derecho constitucional para confirmar esta aseveración. Asimismo, en otras áreas del Derecho en que el asunto tiene una incidencia directa, en los más recientes manuales de Derecho penal sólo es posible encontrar –como el mismo autor lo pone de relieve– una referencia tangencial al tema en la obra de Garrido Montt (Garrido Montt, t. III, 1998: 198–201).

Una vez que se hayan delimitado conceptualmente ambos derechos que pudieran verse enfrentados, es menester determinar cuál es la ubicación jurídica formal –desde una perspectiva de jerarquía normativa– del conflicto que pudiera plantearse entre la libertad de comunicación y el honor, ya que debe recordarse que la protección de ambos derechos no sólo es constitucional, sino que también hay otros órdenes normativos que los tutelan, como el civil o el penal, de modo que frente a un conflicto determinado éste puede hacer operar uno o varios sistemas de protección jurídica.

El aporte que los penalistas han hecho en la determinación del contenido del honor² se ha producido como obligada consecuencia de la búsqueda de criterios de legitimación del orden penal existente (en la medida que el *honor* constituye un bien jurídicopenal protegido) porque la definición del bien jurídicopenal constituye un importante mecanismo de limitación del rango de protección penal de las figuras típicas que protegen el honor (los llamados delitos contra el honor: en nuestro sistema, a saber la injuria y la calumnia).

Mis reflexiones iniciales sobre este tema se produjeron a propósito de la elaboración de mi Memoria de Grado³, por lo que éstas se encuentran inspiradas en buena parte desde esa perspectiva. Pero aún así muchas de las conclusiones son plenamente válidas para el análisis del contenido del honor no considerado como bien jurídicopenal protegido, sino como derecho fundamental, ya que entre ambos existe una relación de identidad, sobre la base de las concretas opciones de política criminal. Es decir, el contenido del honor como bien jurídicopenal coincide exactamente con el contenido del honor como derecho fundamental.

No es posible establecer una relación de identidad entre ‘derecho fundamental’ y ‘bien jurídicopenal’ en tanto categorías jurídicas, tal como concluyen MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN para quienes “un derecho fundamental puede dar lugar a diversos bienes jurídicos, que merezcan distinta protección penal”⁴. Ambos corresponden a categorías jurídicas diferentes (*relación de diferenciación categorial*). A lo más, podría establecerse una posible relación de *identidad circunstancial* (producto de las opciones de política criminal) del contenido esencial del derecho con el del bien jurídicopenal, pero no más⁵. Se puede ilustrar esta *relación de diferenciación categorial* a partir de una relación similar que se establece entre las categorías de los ‘derechos fundamentales’ y los ‘derechos patrimo-

² En este sentido, expresamente Cea Egaña, 2000: 161.

³ Ver Navarro Dolmestch, 2000.

⁴ Muñoz Conde/García Arán, 1996: 83.

⁵ En contra, expresamente, Jaén Vallejo, quien señala que “una persona sólo puede vivir en sociedad de forma adecuada y desarrollarse si le es concebida la calidad de persona; cuando a una persona le es negado este valor, sus posibilidades de vivir como miembro de la sociedad y desarrollarse se ven sensiblemente disminuidas, *de ahí que sí sea un bien jurídico (¡derecho fundamental!)*” (Jaén Vallejo, 1997: 3) (la cursiva es mía, R.N.).

niales⁶. La ‘identidad’ que entre ambas se ha establecido es –a juicio de FERRAJOLI– “fruto de la yuxtaposición de las doctrinas iusnaturalistas y de la doctrina civilista y romanista” producto de una “operación originaria, llevada a cabo por el primer liberalismo, que ha condicionado hasta nuestros días la teoría de los derechos en su totalidad y, con ella, la del Estado de derecho”⁷. Pues bien, los derechos patrimoniales (del derecho de dominio “a los demás derechos reales y también los derechos de crédito”⁸) podrán, a lo sumo, aspirar a constituir bienes jurídicos penales (y de ahí, delito de robo, hurto, usurpación, celebración de contrato simulado, etc., sin contar, por cierto, su protección civil o administrativa), pero jamás podrán encuadrarse dentro de la categoría de derechos fundamentales (*propiedad* concebida como el derecho a “adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad”⁹). Con el honor es posible establecer exactamente las mismas relaciones, aunque, en el sistema normativo chileno, por decisión del legislador penal se da la relación de identidad circunstancial de contenidos.

Esta relación circunstancias de identidad de contenido significa en buenas cuentas que el contenido de la protección constitucional y penal del honor es idéntica, por pura decisión legislativa, ya que bien podría reservarse la protección penal a los supuestos más graves de lesión al honor. Pero en nuestro ordenamiento jurídico, cuando la doctrina constitucional y penal intentan definir el honor para fijar su contenido, están haciendo lo mismo, es decir, están detrás del mismo contenido, aunque con motivaciones diferentes, ciertamente.

Esto es lo que permite afirmar que el contenido del bien jurídico penal honor es el mismo que el del derecho fundamental honor.

I. EL CONCEPTO DEL HONOR

2. Las diferentes concepciones sobre el *honor*

La determinación del contenido del honor ha estado estrechamente vinculado con la teoría penal imperante. Así, la incorporación al Derecho penal del método de propio

⁶ Identificación que se establece desde Locke: “donde el autor ve «en la vida, la libertad y la *propiedad* los tres derechos fundamentales cuya tutela y garantía justifica el contrato social»” (Locke, John, **Segundo Tratado sobre el Gobierno**, trad. cast., Alianza, Madrid, 1990, cap. 2, apartado 6, pp. 37–38, citado por Ferrajoli, 1999: 43) (la cursiva es mía), idea que se retoma en la francesa Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano, de 1789 («II. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión») y de ahí a nuestros días.

⁷ Esta cita y la anterior, Ferrajoli, 1999: 45.

⁸ Ferrajoli, 1999: 47.

⁹ Ferrajoli, 1999: 46.

de las ciencias naturales, es decir, del naturalismo y de la metodología positivista, permitieron el surgimiento de las *concepciones fácticas*, mientras que la necesidad de referencia a un código valorativo, propio del neokantismo, trajo, consecuentemente, la aparición de *concepciones normativas*¹⁰.

Proporcionar una visión de conjunto inicial de las diferentes concepciones del honor puede resultar sumamente ejemplificador de la enorme gama de posibilidades de configuración de este derecho fundamental, pero también es necesario advertir que tal panorama es sumamente complejo. En todo caso, se puede partir señalando que las diferentes opciones que se pueden encontrar en este complejo panorama de concepciones sobre el honor pueden ser sistematizadas sobre un tronco común determinado por los conceptos a que cada una de esas opciones hace referencia para llenar de contenido al honor. De esta forma, es posible reconocer cuatro grandes grupos: *a)* Las concepciones fácticas; *b)* Las concepciones formales e instrumentales¹¹; *c)* Las fáctico normativas; y *d)* Las jurídicas. Y dentro de cada uno de ellos, una serie de subgrupos y variantes.

2.1 *Concepciones fácticas*

Las *concepciones fácticas* del honor son aquéllas que hacen referencia a datos de la realidad, ya sean de tipo psicológico o sociológico. Las *concepciones fácticas* son las que primero hacen su aparición. Es posible encontrarlas en importantísimas obras del período inmediatamente anterior al inicio de la moderna dogmática penal, como es el caso del *Programa* de CARRARA¹². La naturaleza de cada una de las referencias hace necesario tratarlas en forma separada. Sin embargo, todo parece indicar que las concepciones fácticas del honor han tenido una amplia difusión a partir de la obra que FRANK publicó en 1924^{13 - 14}.

¹⁰ En este sentido, Berdugo, 1984: 305.

¹¹ Sobre estas concepciones sólo daré una referencia marginal, ya que ellas implican hacer opciones dogmáticas y metodológicas que no es preciso entrar aquí a detallar.

Las *concepciones formales* no tienen por objeto la determinación del contenido del honor en tanto conceptualización jurídica propia, sino que lo remiten a una naturaleza diversa como un derecho subjetivo, un interés o una pretensión, entre otros (Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 675).

Las *concepciones instrumentales*, en cambio, alteran la esencia del *honor*, sacándolo de su esfera propia de derecho de la personalidad y trasladándolo a otras relacionadas con el mantenimiento de la paz o del orden social (Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 675).

¹² Carrara, *Programa*, §§ 1703ss.

¹³ Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15 edic., Tübingen, 1924. En este sentido, Berdugo, 1983: 636.

¹⁴ Hasta la década pasada, era la concepción mayoritaria en España, ver Cuello Calón, *Derecho penal, parte especial*, 14ª. ed., Barcelona, 1980, p. 680; Díaz Palos, voz "Injurias" en *Enciclopedia Jurídica Seix*, 1965, p. 629; Castán Vázquez, "La protección del honor en el Derecho español", en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, 1957, p. 889. En Alemania, Liepmann, "Die Beleidigung", en *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, en ZSTW (8), 1988 p. 228; Engelhard, *Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht*, Mannheim, 1921, p. 30 y pp. 65ss; Frank, *Das Strafgesetz für das Deutsche Reich*, 15ª. ed., Tübingen, 1924, p. 388, Maurach/Schröder, *Strafrecht, B.T.*, 6ª ed., Heilderberg-Karlsruhe, 1977, p. 200 (citados por Berdugo, 1984: 306). En Italia, Antolisei, 1966: 135-136.

La variante *sicológica* “concibe [a] honor como *sentimiento de autoestimación*”¹⁵. En este caso, lo que se protege es un sentimiento, pero se plantea el problema de si ese sentimiento hipotéticamente tutelado se corresponde con la conciencia del propio valor intrínseco o, por el contrario, la protección se identifica con la conciencia que posee el sujeto que es respetado en el entorno social¹⁶. Por su parte, en la variante sociológica del honor la referencia para determinar su contenido es también a un dato de la realidad social: el entorno social para desembocar en el individuo. Así, la idea o imagen que la sociedad o el entorno poseen sobre una persona determinada estará representada por su *reputación o fama*, concepción en la cual, para afirmar la presencia del honor deben entenderse estos términos en sentido valorativo. Por tanto, el honor será la *buena reputación* o la *buena fama* de que goza una persona en el entorno social en el que le corresponde desenvolverse.

Las concepciones fácticas puras, anteriormente anotadas parecen responder a un estado incipiente de la doctrina en esta materia, a tal punto que hoy no es posible encontrarlas defendidas de esa forma. Por el contrario, los defensores actuales de la concepción fáctica lo hacen en un tono ecléctico que une las dos variantes mencionadas, tendencia que da lugar a la *concepción fáctica-ecléctica* del honor. Según esta concepción, “a la idea de honor pueden vincularse tres conceptos secundarios distintos: 1.º *el sentimiento de la propia dignidad*; 2.º la estima o *buena opinión* que los demás tienen de nosotros; y 3.º el poder que tiene una buena reputación de procurar ciertas *ventajas materiales*”¹⁷.

La concepción fáctica-ecléctica es compartida por la casi unanimidad de la doctrina chilena^{18 - 19} y es recogida por la totalidad de la jurisprudencia.

¹⁵ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 674.

¹⁶ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 31–32.

¹⁷ Carrara, **Programa**, § 1703. Aunque la conceptualización del Maestro de Pisa no debe entenderse como excluyente de aquellas otras concepciones eclécticas que entienden al honor en una doble faz: uno de carácter objetivo, identificable con la buena reputación o fama, y otro, subjetivo que se identifica con el sentimiento de autoestima o como “cualidad moral referida al cumplimiento de los deberes” (Etcheberry, t. III, 1998: 152).

¹⁸ Al respecto, ver Del Río, 1935: 407ss.; Cea Egaña, 1988: 102; ídem, “El derecho constitucional a la intimidad”, en *GJ*, n. 194, 1996, p. 28; ídem, 1998: 35–36; ídem, 2000: 161; Pfeffer, sin año: 386; Corral Talciani, 1996: 76; Verdugo/Pfeffer/Nogueira, 1997: 251, Nogueira, 2000: 368–369.

¹⁹ Una defensa de la concepción fáctica-ecléctica en su forma pura es la que hace Garrido Montt y que sigue muy de cerca la que propuso Carrara, cuando señala que “honor es el concepto que tiene una persona de sí misma y aquel que los terceros se han formado de sí misma” y que “encierra tres ideas diferentes, mejor dicho tres aspectos diversos” (Garrido Montt, 1963: 11): *a)* el honor propiamente tal; *b)* la reputación u honor objetivo; y *c)* las ventajas materiales derivadas de una reputación (Garrido Montt, 1963: 12ss); Aunque es necesario reconocer que en una obra posterior (Garrido Montt, t. III, 1998: 192ss.), Garrido Montt modifica la concepción aquí enunciada, siguiendo a Vives Antón, haciendo derivar el honor de consideraciones jurídicas; su contenido será analizado más adelante.

Asimismo, Colombara, siguiendo a Labatut (Labatut/Zenteno, t. II, 1992:181), reproduce fielmente la concepción fáctica dominante en la dogmática chilena. “Tradicionalmente, se ha distinguido un concepto subjetivo y uno

A las concepciones fácticas sobre el honor se les pueden oponer innumerables críticas de gruesa entidad jurídica por su contradicción con el sistema normativo de nivel constitucional y su insuficiencia (jurídica) consecuencial para determinar el contenido del honor.

En primer lugar, se ha propuesto que “el honor subjetivo, *dignidad, decoro* u *honor en sentido estricto*, descansa en una autovaloración: es la estimación que hace la persona de sus propios atributos morales, intelectuales y físicos”²⁰, es decir, “un *sentido subjetivo* o estimación de sí mismo”²¹, frente a lo cual debe, necesariamente, criticarse que el Derecho protege derechos fundamentales, y éstos son difícilmente identificables con estados de ánimo o valoraciones subjetivas que el propio sujeto hace de sí mismo. Esta protección atenta gravemente con el principio de la seguridad jurídica, ya que “comportaría dejar al criterio exclusivo del hipotético ofendido la estimación plena de cuándo se produce o no el ataque a la honorabilidad”²². Aunque no queda claro si lo que se protege es la autovaloración propia o la valoración que el sujeto cree que los demás tienen de sí, ello es irrelevante en términos de fundamentar de la crítica aquí expuesta. Por otro lado, la “regulación [del ordenamiento jurídico] no puede depender de las variaciones en torno a la propia estima que se dan de un individuo a otro, incluso, en el mismo individuo, al ritmo de los cambios de actitud intelectual y sentimental”²³.

ETCHEBERRY trata de salvar las críticas que a estas concepciones se formulan, proponiendo un contenido más complejo para la faz subjetiva del honor, la cual, de todos modos, distingue de otra objetiva. Según este autor, la faz subjetiva del honor comprende tres aspectos: *a)* la consideración del valor metafísico de la persona; *b)* la autovaloración; y *c)* “El sentimiento del honor, esto es, la voluntad de afirmar el propio valer o mérito ante los demás”²⁴ de los cuales, los dos primeros no pueden ser objeto de protección, ya que estos se encontrarían fuera de la órbita de lo jurídico: nunca podrían ser lesionados por actos de terceros, sino sólo por actos propios del sujeto, respecto del primer aspecto, y por “la reflexión que la misma persona haga acerca de

objetivo de honor. El subjetivo, se refiere a una autovaloración, es decir, a la estimación que la persona hace de sus propios atributos morales, intelectuales y físicos. El objetivo, se relaciona con la valoración que otros hacen de una persona determinada, o sea, con la reputación” (Colombara, 1996: 298–299).

Por su parte, Etcheberry recurre al honor en doble faz para caracterizarlo: “El **honor** tiene, ante todo, un significado de carácter subjetivo, en cuanto cualidad moral referida al cumplimiento de los deberes, y luego un sentido objetivo, como reputación que acompaña a la virtud” (Etcheberry, t. III, 1998: 152).

²⁰ Labatut/Zenteno, t. II, 1992: 181.

²¹ Cea, 1996: 28.

²² Valle Muñoz, 1983: 653.

²³ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 674.

²⁴ Etcheberry, t. III, 1998: 152.

su comportamiento en relación con las normas éticas que profese”²⁵. “Lo que sí puede ser herido por terceros –escribe ETCHEBERRY– es el sentimiento del honor: el deseo de que los demás reconozcan la propia valía”, afectación que se produce por la manifestación “en cualquiera forma a su titular que no lo aprecia ni estima: restándole mérito o atribuyéndole demérito”²⁶. Sin embargo, a tal concepción pueden seguir oponiéndosele las mismas críticas anteriores. Lo que a juicio de este autor se identifica con la faz subjetiva del honor es el sentimiento que el sujeto tiene del honor, el cual varía entre cada uno de nosotros de forma tal, que establece la protección sobre la base de un substrato tan cambiante y diverso que hace aconsejable no adoptarlo por no responder a las necesidades de certeza jurídica.

Además, también es criticable la forma en que el sentimiento del honor puede ser afectado, ya que dicha formulación está concebida en términos tan amplios que, incluso lesionarían el honor las reprimendas de una madre a su hijo que no ha hecho las tareas del colegio o el profesor que reprueba a un alumno o alumna por no cumplir con los requisitos exigidos.

En segundo lugar, respecto a la perspectiva objetiva (sociológica), es decir, la comprensión del honor como “*reputación o fama* [que] se basa en la consideración ajena: es la opinión que de ella se han formado los demás”²⁷ se le formulan tales críticas que son precisamente ellas las que justifican a mi juicio cualquier esfuerzo de búsqueda de otras concepciones. Si se concibe el honor como la buena reputación o fama, por su lesión ha de considerarse, entonces, la transformación de aquella ‘buena’ reputación en una ‘mala’ reputación o pérdida de la fama, de que un individuo goza en un sistema social determinado. Si se acepta lo anterior, en primer lugar, “surgen dificultades para afirmar la tipicidad de las manifestaciones que tienen lugar *vis à vis*”, es decir, entre la persona que ofende y el ofendido, en ausencia de terceros²⁸. Por otro lado, en la realidad de la vida diaria, una persona puede gozar (o arrastrar) más de una fama, dependiendo del número de círculos sociales en los que la persona se desenvuelva. Por ejemplo, un renombrado pintor puede ser pésimo practicando deportes; y así serán las famas de las que gozará entre las personas conocedoras de su arte y, por otro lado, entre sus compañeros de juego. Este ejemplo ilustra la forma en la que las personas nos desenvolvemos en la sociedad, considerando el complejo y dinámico juego de interrelaciones que caracteriza la vida moderna. Y en este sentido, es posible notar los problemas que surgen de la adopción de una concepción fáctica del honor, ya que no se

²⁵ Etcheberry, t. III, 1998: 152.

²⁶ Etcheberry, t. III, 1998: 153.

²⁷ Labatut/Zenteno, t. II, 1992: 181.

²⁸ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 29.

podrá saber con claridad cuál es la fama que el Derecho está protegiendo. En el ejemplo anterior, espetarle al pintor: “–eres pésimo practicando deporte, tanto que deberían prohibirte el ingreso al club” podría, eventualmente, constituir una acción que lesiona al honor; pero ello no ocurriría –de aceptarse la concepción fáctica del honor– si dicha expresión se profiere en la galería en la que el pintor ha montado una exposición, ya que entre quienes asisten a ella la fama del artista no se ha moldeado por su mayor o menor aptitud física para los deportes.

Como crítica de carácter dogmático, se señala que la fama puede estar muy por debajo del verdadero valor de una persona, o incluso, faltar en absoluto, por lo que “quien tiene fama de persona honrada, pero en realidad es un delincuente, por buena reputación de que goce no posee un honor íntegro”²⁹.

Esta concepción del honor lleva a: en primer lugar, a permitir afirmar que “la honra, igual que la virginidad, se pierde una sola vez”³⁰ (*sic*) y, en segundo, a negar, necesariamente, la titularidad del honor en determinadas personas que no tienen consideración social o tienen un derecho disminuido frente a otros. Esta conclusión debe ser descartada tajantemente, porque si se trata de un derecho fundamental, éste debe asegurarse respecto de todas las personas, sin exclusión alguna posible. Así, esta concepción del honor plantea serias contradicciones con el fundamento natural de los derechos esenciales, en la medida que se niega su titularidad en algunos.

Esta contradicción axiológica produce una serie de consecuencias también antijurídicas, pero ahora en el plano normativo. Tales consecuencias se relacionan con el derecho a la igualdad, en primer lugar, porque la protección constitucional sólo alcanzaría a quienes poseen la titularidad del honor y, en segundo, porque esta diferencia produce que sólo algunos tendrían protección jurisdiccional frente a las lesiones del honor. La consideración del honor objetivo como fama, heteroestima o reputación social, es decir, la consideración que los demás tienen de alguien, significa concluir que existen ciertas personas que, al no tener fama o tener una muy disminuida, carecen de honor y, por tanto, protección frente a los ataques. Tal interpretación es flagrantemente atentatoria al derecho a la igualdad, suficientemente integrado al bloque de constitucionalidad³¹. En tal categoría caerían, además de personas individuales, ciertos colectivos de personas que no gozan de especial estima dentro de las valoraciones sociales imperantes, como los drogodependientes, las trabajadoras y los trabajadores

²⁹ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 30.

³⁰ Cea Egaña, 2000: 156.

³¹ El derecho a la igualdad, en el sentido antes expresado, se garantiza en los arts. 26 PIDCP, 24 CADH y 19.2 CPR.

sexuales, quienes poseen tendencias y preferencias sexuales diferentes a las del común e, incluso, la identificación con una doctrina política o la pertenencia a una determinada etnia, y otros tantos colectivos. En un sistema democrático, todos tenemos el legítimo derecho a optar por uno u otro código valorativo y de opinar libremente respecto de los códigos a los que adhieren los demás. Lo que no se nos permite es la censura por la opción ajena, más aun si dicha censura implica acciones u omisiones de tal entidad que perjudiquen a los demás. De sobra está decir que el primer obligado al respeto del pluralismo es el Estado y el Derecho, en tanto producción normativa estatal, debe respetar la diversidad social, cultural. Aunque, si determinadas personas no poseen honor o lo poseen disminuido, la inexistente o reducida protección no lesionaría la igualdad, ya que dicha protección sólo se produce en la medida de lo necesario para resguardar el derecho. Y en este sentido, lo objetable de la concepción fáctica, en realidad, no es que en virtud de ella el ordenamiento lesiona la igualdad al entregar protecciones desiguales, ya que si se acepta que no todos tienen el mismo honor, se podría llegar al absurdo de que lo que lesionaría la igualdad sería pretender una igual protección para todos, ya que no todos están en situación de igualdad (no todos tendrían el mismo honor que proteger). De modo que la contradicción de las concepciones fácticas con el derecho de los derechos humanos es anterior y este problema de la desigual protección sólo sería una consecuencia: la contradicción se encuentra en que no todos tienen la misma titularidad del derecho al honor, lo que entra en clara contradicción con el texto expreso de los catálogos de derechos humanos vigentes.

Por tanto, la adopción de una concepción fáctica del honor genera hechos antijurídicos, por establecer una discriminación entre quienes son titulares del derecho al honor y quienes no, y por las personas a quienes la ley les brinda protección. Esta crítica es difundida entre la doctrina del derecho comparado³²; lamentablemente, no entre la nuestra³³. La jurisprudencia, especialmente la española también ha optado por adherir a otras concepciones del honor³⁴.

³² En este sentido, Alonso Álamo, 1983: 140; Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 31; López Barja Quiroga/Rodríguez Ramos (ed.), 1990: 846; Quintero Olivares/Morales Prats, 1996: 357; Valle Muñiz, 1983: 653.

³³ La doctrina chilena ha adherido, sin reparos de ninguna especie, a las concepciones fácticas del honor (Así, Cea, 1996: 28; Colombara, 1996: 298–299; Etcheberry, 1998: 152–153; Garrido Montt, 1963: 9ss; Labatut/Zenteno, t. II, 1922: 181; Pfeffer, sin año: 386).

³⁴ A partir de la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978 y del comienzo de la labor del TCe, nuevos aires en esta materia han soplado en la península ibérica. Aunque en una de sus primeras sentencias, el TCe declaró que “el honor consiste (...) en el derecho a la propia estimación” (STCe 106/1980, de 26 de noviembre) y que “Siendo el honor (...) el derecho que toda persona tiene a la propia estimación y a su buen nombre y reputación, sin embargo, en este sentido subjetivo del concepto requiere una protección jurídica y normativa” (STCe13/1981, de 21 de enero), posteriormente ha modificado su criterio, señalando que “Ahora bien, dado que el derecho al honor y otros de los derechos reconocidos en el artículo 18 CE aparecen como derechos fundamentales vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona» que reconoce el artículo 10 CE, el análisis a realizar en el presente caso ha de tener en cuenta, a parte el derecho al honor de la hoy recurrente, otros

Así como la recepción en la doctrina de las concepciones fácticas ha sido prácticamente unánime, dicha unanimidad también se ha presentado en la jurisprudencia, aunque aquí en forma absoluta. En todas las sentencias (no solamente del ámbito penal) se sostienen jurisprudencialmente las concepciones fácticas del honor. No he encontrado sentencia alguna que se aparte de dicho criterio.

2.2 *Concepciones fáctico–normativas*

En las *concepciones fáctico–normativas* “se considera tanto el valor intrínseco del sujeto como la reputación en conexión con la dignidad de la persona, sobre la base de valores ético–sociales de actuación”³⁵.

2.2.1 *Concepto fáctico–normativo particular*

La concepción fáctico–normativa ‘particular’³⁶ es la que han propuesto RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ³⁷, según la cual el honor debe ser entendido en referencia a la dignidad humana. Esta concepción nace como una respuesta frente a las demás concepciones fácticas que negaban la protección penal del honor (por negar la titularidad de dicho derecho) a indignos, enfermos mentales y menores, ya que según estos autores la vinculación directa del honor (que ha producido un progresivo aplanamiento del concepto de honor³⁸) con la dignidad humana “permite encontrar una solución satisfactoria y explica que la tutela penal alcance a seres no valiosos”³⁹.

Lo fáctico de esta concepción se encuentra a propósito del contenido del honor, ya que “el valor ético y social de una persona, producto de sus propias acciones y del cumplimiento de sus deberes éticos y sociales, acrecienta el derecho al respeto de los demás y se traduce, en primer lugar, influyendo sobre la gravedad del comportamiento delictivo del ofensor y, en segundo término, en la creación de especiales figuras delictivas

principios y derechos constitucionales vinculados directa o indirectamente al derecho al honor (artículo 18.1 CE), pues sólo así es posible determinar la existencia o no de la infracción constitucional aducida” (STCe 214/1991, de 11 de noviembre, Fundamento Jurídico 1.º, dictada en el caso de *Violeta Friedman y el honor del pueblo judío*, sobre la cual volveré más adelante). En la experiencia española puede apreciarse con claridad y con criterio de constatabilidad empírica el “hecho innegable, y bien conocido, que apenas se produce en un país un cambio político, y quizá, envuelto en él, un cambio social, se opera asimismo otro, del mismo volumen y dirección, en la legislación penal. (...) Puede decirse, pues, que la legislación penal es expresión siempre de una determinada organización política (De Rivacoba y Rivacoba, 1995: 202).

³⁵ Bustos Ramírez, Juan, **Manual de Derecho penal, parte especial**, 2da. ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 142.

³⁶ Como ha sido denominada por Alonso Álamo (Alonso Álamo, 1983: 142).

³⁷ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 230ss.

³⁸ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 231.

³⁹ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 231.

para determinadas profesiones, como la sacerdotal o la militar, que exigen un particular nivel ético de quienes las integran⁴⁰.

2.2.2 Concepción personal de HIRSCH/ALONSO ÁLAMO

Dentro de las *concepciones fáctico–normativas* se encuentra también la concepción personal propuesta por HIRSCH⁴¹ seguida parcialmente por ALONSO ÁLAMO⁴² en España⁴³.

a) Concepto.

Según la concepción personal del honor es necesario distinguir dos planos diferentes de valoración del honor: uno intelectual y otro material.

En el plano de valoración *intelectual*, frente al ‘honor social’ la concepción personal ve en éste una derivación de la dignidad humana y al ser ésta igual para todos los individuos, la titularidad del honor, de la cual deriva, es igual para todos “y, en conexión con ello, que si bien en ocasiones puede disminuir (por graves defectos de la personalidad, etc.) no puede nunca desaparecer del todo ni, de otro lado, aumentar⁴⁴. De allí que, según esta valoración ético–social, el honor “puede disminuir por la falta de integridad moral o por graves defectos de la personalidad⁴⁵ no pueda aumentar más, ya que en la valoración intelectual la relación es conforme a la dignidad y, por ende, es una titularidad perfecta. Por ello, en la concepción de ALONSO ÁLAMO “al igual que en el hurto, pese al menoscabo del bien jurídico propiedad, ésta, como relación jurídica, subsiste, paralelamente el ataque al honor deja intacto el valor intrínseco de la persona⁴⁶.

⁴⁰ Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, 1992: 232.

⁴¹ Hirsch, H. J., *Ehre und Beleidigung. Grundfrage des Strafrechtlichen Ehrenschatzes*, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, pp. 29 y siguientes, 50, 72 y siguientes y 90, citado por Alonso Álamo, 1983: 140 y Berdugo, 1987: 50.

⁴² Alonso Álamo, 1983.

⁴³ La concepción que Hirsch ha sostenido en Alemania es de corte totalmente normativo según la cual el honor se concibe como una pretensión de respeto fundada en la dignidad de la persona, pero diferenciada de aquélla. El honor es, pues, un valor ético y social que al fundarse en la dignidad de la persona asiste a todos por igual. Pero el concepto de dignidad sobre el cual se construye el sistema no está representado por el valor moral de la persona identificando a la dignidad con el honor, sino que se parte de una dignidad de la persona (*Personwürde*) que está en la base de los derechos de la personalidad y no de la dignidad del Hombre (*Menschenwürde*) que queda fuera de la protección del Derecho penal, ya que está representada por una aspiración, lo todavía no–realizado (Alonso Álamo, 1983: 140–141).

⁴⁴ Alonso Álamo, 1983: 142.

⁴⁵ Alonso Álamo, 1983: 140.

⁴⁶ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 33.

La segunda valoración que conforma el concepto personal del honor es de carácter *material*, por cuanto “el honor se entiende como un valor social mediante cuya protección se hace posible la vida de relación”⁴⁷.

El concepto personal se presenta como una reacción a la concepción social del honor según la cual lo que el Derecho penal protege es una *pretensión* de respeto en la que “Los ataques al honor (...) no son directamente ataques a la dignidad de la persona, sino a su valor ético y social de actuación del cual surge la *pretensión* de respeto”⁴⁸ (el destacado es mío, R.N.).

b) *Crítica*

Es acertado el punto de partida de la concepción personal del honor, ya que arranca la valoración desde un criterio esencialmente jurídico: la dignidad, con lo que se salvan los problemas de infracción al principio de igualdad, propios de las concepciones fácticas.

Pero para esta concepción, los ataques al honor no son directamente ataques a la dignidad de la persona y se justifican determinadas injerencias en él en atención a criterios social-éticos, constituidos por un conglomerado de deberes jurídicos y morales, “criterio fáctico que, al poder disminuir en función de la no adecuación de su comportamiento a tales criterios, impedirá predicar un honor igual para todos”⁴⁹. “Resulta, por tanto, una concepción ecléctica e, incluso, contradictoria. En efecto: si las valoraciones éticas y sociales pueden hacer disminuir el honor, y si éste es algo distinto de la dignidad, no se explica bien por qué ‘no pueda aumentar’ ”⁵⁰.

2.3 *Concepciones normativas*

Al igual que las concepciones fáctico-normativas, las *concepciones normativas* ponen de manifiesto la imposibilidad del concepto de honor para autodefinirse y la necesidad de referencia a conceptos externos para lograrlo.

La diferencia con las concepciones fácticas está, entonces, en el sistema conceptual a que se refieren para determinar el contenido del honor. Y dicho sistema conceptual referencial está constituido por códigos valorativos que pueden ser jurídicos o

⁴⁷ Alonso Álamo, 1983: 143.

⁴⁸ Alonso Álamo, 1983: 142.

⁴⁹ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 34.

⁵⁰ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 677.

extrajurídicos. Siguiendo la clasificación que proponen COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, las *concepciones normativas* pueden subdividirse en: a) *concepciones morales*, b) *concepciones normativo–sociales* y c) *concepciones normativo–jurídicas*.

2.3.1 *Concepciones morales*

“Las *concepciones morales* enlazan el honor con la idea de merecimiento, extraído de un código moral, generalmente vinculado a una determinada confesión religiosa”⁵¹. En esta perspectiva de definición, el honor “es la estimación debida a un hombre por sus prendas morales (honradez, integridad, virtudes, carácter, ingenio, etcétera)”⁵² en la que “El honor corresponde a los *valores morales* [que] pertenece más a la valoración subjetiva [y] es un concepto inalterable para el *individuo*”⁵³.

Tales concepciones morales no pueden ser adoptadas para efectos jurídicos porque “resultan incompatibles con el pluralismo ideológico en una sociedad democrática”⁵⁴ y “suponen[n] un recorte en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad”⁵⁵.

Es posible encontrar en la doctrina chilena autores que adhieren a este tipo de concepciones. En un trabajo sobre la protección civil indirecta del honor –es decir, casos en los que por falta de honor se le privan a la persona de determinados derechos patrimoniales–, ZAMORANO HURTADO mantiene una concepción normativo–moral del *honor* al afirmar que “En el criterio tradicional en que está basada nuestra legislación civil aparece indudable que *el varón cumple adecuadamente sus obligaciones con respecto al sentimiento del honor mediante su trabajo propio*, del cual provendrá la sustentación de la mujer y de la prole, mientras que *la mujer de honor pertenecerá en cuerpo y alma a su marido y al hogar común, absteniéndose en absoluto de toda relación carnal fuera del matrimonio*”⁵⁶ (las cursivas son mías). Las críticas antes anotadas que la doctrina ha formulado a las concepciones fácticas dan la impresión, a ratos, de ser insuficientes para referirlas a esta concepción *sui generis* del honor tan extrema.

Ciertamente, la concepción que mantiene ZAMORANO en ningún caso es admisible. En primer lugar, porque viola esencialmente el mandato de pluralismo que se deriva de la configuración de la república como *democrática* (a. 4 CPR) porque al imponer un esquema predeterminado de roles sociales establece una relación de identidad entre los géneros y ciertas actividades (hombre–trabajo/mujer–reproducción y cuidado de la

⁵¹ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 675.

⁵² Maggiore, Giuseppe, **Derecho penal**, reimpresión de la 3ª ed., Temis, Bogotá, 1989, p. 390.

⁵³ Peco, José, **Delitos contra el honor**, 2ª ed., Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1945.

⁵⁴ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 675.

⁵⁵ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 32.

⁵⁶ Zamorano, 1961: 8.

prole), relaciones que se plantean como necesarias, negando a las personas pertenecientes a cada uno de los géneros la opción por otras actividades, a tal punto que la falta de observancia de dicha obligación tiene como consecuencia jurídica la pérdida de la titularidad del honor, y la consecuente pérdida de la protección jurídica. Y en segundo lugar, porque normativiza jurídicamente una concepción valorativa de carácter moral, ya que “Estas consideraciones tienen su base psicológica en las diversas y diferenciadas funciones que por naturaleza corresponde desempeñar a uno y otro sexo: *el hombre debe trabajar y la mujer ser madre*”⁵⁷ (el destacado es mío, R.N.), lo que rompe el tan preciado paradigma de la separación entre Derecho y moral. La separación entre Derecho y moral, entendida en sentido asertivo, se plantea como una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto de los juicios ético-políticos a que da lugar, a su vez, a una tesis meta-lógica que se expresa en una *falacia naturalista* que confunde el *deber ser* con el plano del *ser*, sistema en el cual, las normas son jurídicamente válidas en cuanto sean éticamente justas⁵⁸, estructura –ilógica jurídicamente hablando– en la que cae la concepción propuesta por ZAMORANO, ya que las derivaciones concretas de conductas, según las cuales se manifestaría el honor, son el trabajo –para el hombre– y la fidelidad conyugal (“en cuerpo y alma”) –para la mujer–, pautas que tienen su fundamento en una concepción moralista cristiana, en la cual el trabajo dignifica al hombre (y, de paso, agrada a Dios) e impone la obligación del matrimonio monogámico y el deber de fidelidad. ZAMORANO no ha ocupado una posición meramente descriptiva al enunciar su concepción, sino que la legitima, asegurando que “A pesar de lo restringido del concepto con respecto a la mujer, es claro que no obstante toda la evolución moral de la humanidad desde la época en que nuestro Código Civil fue dictado, *la base de sustentación actual del sentimiento del honor no ha variado fundamentalmente de lo expresado*, radicándose más bien la materialidad del sexo femenino que en otras consideraciones de índole más abstracta y superior, en las cuales las mujeres tienen perfecto derecho *a ser comprendidas* dada la circunstancia evidente de su intervención cada vez mayor en actividades que antes se consideraban exclusivas de los varones”⁵⁹.

2.3.2 *Concepciones normativo-sociales*

Según estas concepciones, se “determina el contenido del honor atendiendo, no al hecho de que una persona tenga o no efectivamente una buena reputación, sino al de si, al tenor de los criterios vigentes en la sociedad, la merece”⁶⁰.

⁵⁷ Zamorano, 1961: 8.

⁵⁸ Ferrajoli, 1995: 219ss.

⁵⁹ Zamorano, 1961: 8.

⁶⁰ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 674.

2.3.3 *Concepciones normativo-jurídicas*

Las *concepciones normativo-jurídicas* responden a un estado posterior en la evolución de las concepciones sobre el contenido y el significado del honor⁶¹. Surgen, en general, como una forma de adecuación del contenido del honor a las exigencias jurídicas de carácter constitucional, representadas por principios fundamentales de tipo democrático presentes en los ordenamientos constitucionales europeos. Tales principios que han marcado la definición del honor son, por un lado, el derecho a la igualdad y, por otro, el pluralismo social y político y el derecho al desarrollo libre de la personalidad. La adecuación a tales principios se ha hecho indispensable a partir de la eficacia jurídica normativa –directamente vinculante– con que han sido dotados los textos constitucionales.

Las *concepciones normativo-jurídicas* parten de un punto en común: el reconocimiento que el honor posee un substrato material de carácter social, representado por la valoración social común que los miembros de la comunidad poseen sobre el honor. Sobre ese substrato, las *concepciones normativo-jurídicas* se estructuran y analizan el nivel de ajuste que dicho substrato posee con las exigencias normativas establecidas desde dentro del ordenamiento jurídico.

2.3.3.1 CONCEPCIÓN JURÍDICA MIXTA DE OTTO/BERDUGO: HONOR COMO CONCEPTO ORGANIZATIVO NORMATIVO

Esta concepción que VIVES⁶² denomina ‘mixta’ es propuesta por OTTO⁶³ y es seguida, también parcialmente, en España por BERDUGO^{64 - 65}.

⁶¹ En la doctrina española, el debate sobre el contenido del honor escindido de las concepciones fácticas se debe, en especial, a Alonso Álamo, 1983: 119ss; Berdugo, 1984: 305ss; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 640ss; y Morales Prats, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *CPC* (36), 1988, pp. 663ss. En este sentido, Berdugo, 1991: 341 y siguientes. Este debate se genera a partir de los proyectos de sustitución del Código penal y, en buena medida, de la necesidad de construir el nuevo *corpus* de acuerdo a las exigencias democráticas impuestas por la Constitución española de 1978.

⁶² Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 677.

⁶³ Otto, **Grundkurs. Strafrecht. Die einzelne Delikte**, Berlín, 1977; Otto, “Persönlichkeitsschutz durch strafrechtlichen Schutz der Ehre”, en **Schwinge Festschrift**, Köln, 1973, citado por Berdugo, 1984: 309.

⁶⁴ Berdugo, 1984.

⁶⁵ Bustos afirma que “el honor aparece concebido *democráticamente* (igualmente), pero además al reconocerse la actuación de diferentes sujetos en las relaciones sociales, necesariamente el honor ha de extenderse a todo sujeto que puede ejercer derechos, pasa a ser un **concepto organizativo normativo**” (Bustos, 1986: 142–143), como lo denomina, a mi juicio acertadamente.

a) *Concepto*

El punto de partida del concepto organizativo normativo del honor, como ya lo he sostenido, es el substrato material del honor. De allí, “el problema a dilucidar es el contenido que debe tener el honor jurídicamente protegido”⁶⁶. BERDUGO comienza la delimitación jurídica del contenido del honor desde dos premisas normativas: la dignidad humana y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la participación real del individuo en la comunidad⁶⁷; esta última es una emanación de la primera y es lo que permite, al decir de BERDUGO, que el individuo participe en la sociedad lo que le entrega un carácter dinámico a la dignidad. “Desde este punto de partida cabe entender dos aspectos dentro del honor, como expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona humana, y como expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad”⁶⁸.

Los puntos centrales de la construcción de BERDUGO son, por tanto, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad los cuales permiten configurar un sistema de relaciones sociales, sólo en la medida que aquéllos sean reconocidos por el Estado y por la sociedad. “La vida social parte de la existencia de unas relaciones mutuas de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, a través de ellas se condiciona la vida en comunidad y la propia colocación del hombre dentro de un determinado grupo social”⁶⁹. Así, “el reconocimiento de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son por tanto presupuestos de la participación en un sistema social”⁷⁰.

Y luego, las “relaciones de reconocimiento funcionalmente contempladas constituyen el contenido del bien jurídico honor”⁷¹, es decir, “el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad”⁷².

Ahora bien, dada la diferente naturaleza de la dignidad –estática en cada momento histórico– y del libre desarrollo de la personalidad –variable y constitucionalmente enmarcado– se explica que “el contenido de las relaciones de reconocimiento, que emanan del libre desarrollo de la personalidad, serán distintas en función de los ámbi-

⁶⁶ Berdugo, 1984: 309.

⁶⁷ Berdugo, 1991: 343.

⁶⁸ Berdugo, 1991: 343.

⁶⁹ Berdugo, 1984: 310.

⁷⁰ Berdugo, 1984: 310.

⁷¹ Berdugo, 1984: 310.

⁷² Berdugo, 1984: 313.

tos de participación social que comprendan y de su adecuación al marco de lo socialmente esperado constitucionalmente descrito⁷³. “El honor –agrega– en cuanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de participación del individuo en el sistema social⁷⁴. Pero esta diferenciación participativa y de adecuación social–constitucional podría generar, nuevamente, un desconocimiento del principio de la igualdad lo que, al decir de BERDUGO, no ocurre porque la igualdad “radica en el establecimiento de las condiciones materiales que permitan a todos los miembros de la comunidad un igual desarrollo de la personalidad y, por tanto, la consecución de unas iguales expectativas de reconocimiento⁷⁵”.

Una vez que se ha sentado que el honor se estructura sobre la participación en diversos ámbitos de la vida comunitaria, BERDUGO afirma que “sólo las relaciones de reconocimiento *fundadas* deben ser objeto de tutela jurídica⁷⁶ (el destacado es mío), con lo cual, evidentemente se abre el problema de la determinación de los criterios –y de la naturaleza de dichos criterios– que sirven para establecer que determinada relación social es o no fundada, punto que, además, constituye el talón de Aquiles de esta concepción. Y para la determinación de dichos criterios de fundamentación de las relaciones sociales para que éstas sean dignas de relevancia jurídica debe estarse, según BERDUGO, siguiendo a OTTO, en la respuesta y en las exigencias de conducta de los diversos sistemas de control social, sean estos informales o formalizados, como el Derecho, “pues la realidad demuestra que la posición de una persona dentro de la sociedad está determinada por la adecuación de su conducta a los comportamientos esperados por el resto de los miembros de la comunidad⁷⁷. Lo anterior, en el sistema propuesto tiene como ‘correctivo’ “la escala de valores que aparece recogida en [la] Constitución⁷⁸. Así, una relación de reconocimiento será *fundada*, y por ende, debe ser objeto de tutela jurídica, si ésta está de acuerdo a las exigencias de alguno de los diversos sistemas de control social en forma inmediata, pero siempre dentro de los márgenes que impone el ordenamiento jurídico constitucional, es decir, la relación social deberá siempre estar fundada en forma mediata en el sistema de valores a que adhiere el nivel normativo constitucional. Esta construcción impedirá que el libre desarrollo de la personalidad se enmarque en una única dirección de corte valorativo extrajurídico (moral o ético) por así imponerlo la exigencia de pluralismo democrático

⁷³ Berdugo, 1984: 313.

⁷⁴ Berdugo, 1984: 313.

⁷⁵ Berdugo, 1984: 313.

⁷⁶ Berdugo, 1984: 313.

⁷⁷ Berdugo, 1984: 313.

⁷⁸ Berdugo, 1984: 313.

en virtud de lo cual “deben garantizarse jurídicamente las relaciones de reconocimiento derivadas del libre desarrollo de la personalidad dentro del marco constitucional, aunque las mismas respondan a planteamientos minoritarios”⁷⁹

Así definido el honor, su negación, es decir, la lesión al honor se constituye como una actuación contraria a las concretas expectativas objetivas de reconocimiento generadas por las relaciones de reconocimiento fundadas⁸⁰ “de donde, la imputación objetivamente cierta no lesionará el bien jurídico honor”⁸¹ lo cual “no quiere decir que [tal imputación veraz] no incida sobre la realidad empírica que se sirve de base [al honor]. Pero la lesión de esa realidad no basta para afirmar que se lesiona el contenido del honor, pues la mencionada realidad, en la concepción expuesta, debe pasar por el tamiz del cuadro de valores constitucionales diseñados”⁸².

De esta forma, para precisar si se está en presencia de una lesión al honor hay que determinar, en primer lugar, la presencia de concretas expectativas objetivas de reconocimiento las cuales deben ser fundadas en forma inmediata en alguno de los sistemas de control social y, siempre, en forma mediata con referencia al sistema de valores enmarcados en el nivel normativo constitucional. Una vez establecida la presencia de dichas concretas expectativas, la conducta será lesiva del honor y, por ende antijurídica, si ella es contraria a tales expectativas.

Un caso interesante de analizar es la afirmación de lesiones al honor de personas que pertenecen a colectivos generalmente discriminados por la sociedad porque sus conductas se oponen a códigos valorativos extrajurídicos (¡e incluso, a veces también jurídicos!, rompiendo la separación entre derecho y moral, hipótesis cuya excepcionalidad es deseable y su inexistencia, necesaria), como por ejemplo, las personas que se dedican al comercio sexual, los drogodependientes o quienes poseen tendencias o conductas sexuales diferentes a las de la mayoría. Si se sigue la propuesta de OTTO/BERDUGO debe concluirse que tales personas sí poseen la titularidad de las expectativas objetivas de reconocimiento social, las cuales son fundadas, es decir, relevantes para el Ordenamiento, relevancia que se expresa en la dignidad de tutela jurídica, pues sus conductas o comportamientos, aunque puedan contradecir ciertos códigos valorativos, no son objeto de desvaloraciones jurídicas por así imponerlo el pluralismo democrático, uno de los valores que es posible reconocer dentro del nivel normativo constitucional –si así se acepta provisionalmente–. Pues bien, cada conducta que tenga por objeto la afectación

⁷⁹ Berdugo, 1984: 313.

⁸⁰ Berdugo, 1984: 310.

⁸¹ Berdugo, 1991: 343.

⁸² Berdugo, 1991: 343.

de tales expectativas objetivas de reconocimiento fundadas constituirá una lesión al honor⁸³. A tal conclusión no podría llegarse a través de las concepciones fácticas y la tarea se vería tremendamente complicada de seguir la concepción personal del honor.

b) Crítica

A pesar del avance que representa la concepción organizativo normativa del honor, ha merecido ciertos reparos ya que “si bien otorga primacía a los aspectos jurídico–constitucionales del honor, determina el contenido de éste en base a criterios sociales, fácticos y normativos. Se produce así un concepto contradictorio e inmanejable. La dignidad, igual para todos, se erige en fundamento del honor; pero la realidad concreta del honor que se postula se deja a criterios variables según los individuos, que conducen a un mosaico de diferencias, incompatibles con el fundamento igualitario otorgado al derecho constitucional”⁸⁴.

En un trabajo posterior, BERDUGO ha contraargumentado las críticas formuladas por VIVES y acogidas parcialmente por MORALES PRATS⁸⁵ señalando que lo “que subyace [a tales críticas] es una distinta concepción tanto del bien jurídico como de la Constitución. Pues justamente es la posición por mí propugnada –escribe BERDUGO– para entender el contenido de la Constitución como algo potencialmente dinámico y conectar con ella la idea de bien jurídico, debe llevar a determinar su contenido con criterios sociales y normativos”⁸⁶. De esta forma, BERDUGO reivindica una opción material que da preeminencia a la realidad social y la enmarca dentro de los parámetros de lo que es valorado y disvalorado jurídicamente. El ordenamiento jurídico no puede ponerse una venda ante los ojos y soñar con un mundo construido de acuerdo a sus más altos conceptos, aquéllos que están en el cielo de v. Ihering; lo que al Derecho le corresponde es responder a las realidades sociales dinámicas y, a partir de ese esquema material tratar de adecuarlo a las pautas autoconsentidas por todos expresadas en las normas jurídicas generadas en un Estado democrático. Por último, expresa BERDUGO que “lo que se critica es justamente aquello que se pretendía lograr, un concepto de bien jurídico que dentro del marco constitucional tuviera un contenido que reflejara la realidad social de cada momento histórico”⁸⁷.

⁸³ Berdugo lo ejemplifica recurriendo a las valoraciones despectivas sobre una madre soltera; según él tal conducta “quedaría dentro de los comportamientos que quieren ser evitados por los delitos contra el honor, pese a que el comportamiento de [la madre soltera] no se haya adecuado a lo esperado por el orden ético mayoritario” (Berdugo, 1983: 313).

⁸⁴ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 677; en sentido similar, Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 34.

⁸⁵ Morales Prats, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *CPC* (36), 1988, pp. 681, nota n. 51.

⁸⁶ Berdugo, 1991: 343, nota al pie n. 13.

⁸⁷ Berdugo, 1991: 343, nota al pie n. 13.

2.3.3.2 CONCEPCIÓN ‘ESTRICTAMENTE’ JURÍDICA DE VIVES

a) *Concepto*

La concepción ‘*estrictamente*’ jurídica del honor propuesta por VIVES⁸⁸, como él mismo la denomina, establece una relación instrumental entre la dignidad y el honor como derecho fundamental. “La dignidad de la persona se manifiesta a través de un conjunto de «derechos inviolables que le son inherentes», concepción que es posible de concebir con claridad a la luz del a. 10.1 de la Constitución española de 1978⁸⁹. Así, cada lesión de un derecho fundamental significará una lesión mediata de la dignidad a través de los cuales se manifiesta; pero tal protección no es suficiente, sino que es necesario otorgarle un resguardo inmediato lo que se lograría, según VIVES a través de la tutela jurídica del derecho al honor. “A más de esa serie de manifestaciones concretas de la dignidad, *ha de otorgarse tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto. Ése es el papel que desempeña el derecho al honor.* Los ataques al honor son ataques *inmediatos* a la dignidad de la persona, en sus materializaciones mínimas: *autoestima y fama* (heteroestima)”.

Pero es esta última subpartición la que le imprime forma jurídica al honor. En efecto, el *honor externo* no es más que la manifestación del *honor interno* con el cual se identifica la dignidad de la persona, que “representa una mínima concreción psicológica de la dignidad, que el propio sujeto suele proyectar hacia el exterior”⁹⁰ y “es el factor determinante de la protección jurídica”⁹¹, cuya titularidad es posible reconocerla en todas las personas gracias a un *proceso de socialización*. Éste último permite cumplir con la exigencia del principio de igualdad.

Pero la identificación instrumental del honor con la dignidad “no sólo constituye la esencia del bien jurídico honor, sino que determina también su contenido”⁹². El *contenido general de la dignidad de la persona* obliga a tratar al hombre en la totalidad de sus relaciones como sujeto y no como objeto, es decir, se prohíbe cualquier instrumentalización suya. “El menosprecio o la reprobación proyectadas sobre el sujeto menoscaban, desde luego, el lado positivo de su dignidad”⁹³.

⁸⁸ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 677ss.

⁸⁹ Cuyo tenor literal es: “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

⁹⁰ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 678.

⁹¹ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 678.

⁹² Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 35.

⁹³ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 679.

Por otro lado, los ataques al honor tienen siempre una *determinación circunstancial social* que justifica el diferente trato que el ordenamiento jurídico le dispensa a las personas, es decir, justifica las *diferencias de trato*. “Así, resulta, sin duda, en parte socialmente determinado lo que puede constituir un ataque al honor; pero, en absoluto, el mismo concepto de honor”⁹⁴.

Asimismo, otro problema que VIVES aborda es el de la injerencia estatal sobre el ámbito propio del honor. En este sentido, destaca que efectivamente las penas constituyen una lesión al honor (derecho fundamental consagrado en el a. 18.1 Constitución española de 1978), pese a que la consecuencia jurídicopenal no debiera tener dicho efecto, lo que se salva “si se parte de la idea de que en la Constitución se concede a los derechos una tutela condicionada y limitada”⁹⁵. “La imposición de la pena criminal respeta el «contenido esencial» de la dignidad de la persona, si bien implica, sin duda, una injerencia en la misma”⁹⁶.

En la doctrina chilena, GARRIDO MONTT, siguiendo a VIVES, intenta construir una concepción jurídica del honor, aunque no logra desvincularse totalmente de una concepción fáctica, cuando asegura que “Los conceptos de *dignidad* y *honra* aparecen vinculados”⁹⁷. *Dignidad* dice relación con la honestidad y decoro del comportamiento de las personas, importa también merecimiento en sentido positivo, *honra* involucra cualidad moral, buena reputación”⁹⁸. De esta forma, un inicio que parecía válido para la delimitación jurídica del contenido del honor deja de serlo al vincularse la dignidad justamente a la idea contraria a su significación jurídica actual, entendida como el substrato de los derechos fundamentales, la consideración –de raíz kantiana, como dice VIVES⁹⁹– del hombre como sujeto de relaciones jurídicas y nunca como objeto de ellas. Sin embargo, los planteamientos de GARRIDO MONTT son, en ciertas partes, contradictorios, ya que antes de esbozar a la dignidad en la forma antes anotada (refiriéndola a un código valorativo de corte ético: honestidad y decoro) hace referencia a su significación jurídica ‘de raíz kantiana’.

En lo que GARRIDO MONTT definitivamente se aparta de VIVES es en la especificación de la relación dignidad–honor. Según el primero, dicha relación es de tal entidad

⁹⁴ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 679.

⁹⁵ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 679.

⁹⁶ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 680.

⁹⁷ Utiliza la expresión «honra» para adaptar la concepción al sistema normativo constitucional chileno en el cual se emplea esta expresión (a. 13 CADH, a. 17 PIDCP y a. 19.4 CPR), a diferencia del texto constitucional español el cual utiliza la voz «honor» (a. 18 Constitución española de 1978).

⁹⁸ Garrido Montt, t. III, 1998: 193.

⁹⁹ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 679.

que permite configurar al “honor como una noción amplia, *comprehensiva* del conjunto de derechos fundamentales que constituyen la dignidad”¹⁰⁰. En el sistema de VIVES la relación es, a mi juicio, instrumental, según la cual el honor cumple una función de tutela inmediata a los ataques de la dignidad; el contenido del honor (interno) coincide con el de la dignidad, pero no en una dirección biunívoca; de ahí a identificar al honor como un supraderecho que englobe a los demás derechos fundamentales, hay un mar de diferencia, cuestión que, a mi juicio, es errónea.

Luego, GARRIDO MONTT no tarda en identificar al honor con sus dos aspectos: autoestima (honor interno) y reputación (honor externo). Respecto del primero (honor interno) no tiene problemas en asumir que se trata de la representación interna (sicológica) de su propia dignidad. Pero “La deshonra se mide por lo que *socialmente* se tiene por valioso o desvalioso”¹⁰¹, es decir, recurre a los tradicionales criterios fácticos.

Por otro lado, el honor externo “*normalmente* corresponde a la concreción material del honor subjetivo” (el subrayado es mío): “es la opinión que los demás tienen sobre una persona”¹⁰², un bien jurídico que sólo se protege parcialmente, como si fuera uno distinto del honor interno.

Como se ve, el intento de adopción por parte de GARRIDO MONTT de un concepto jurídico de honor no es más que un intento, ya que no logra desvincularse del peso de la tradición conceptual de corte fáctico en lo que a honor se refiere. De todos modos, posee el mérito de intentar introducir una conceptualización jurídica, superando los demás conceptos (extrajurídicos) que tan insuficientes son para operar el Derecho que, al menos, debiera ser exigente respecto de la vigencia de los derechos fundamentales (una realidad, a mi juicio, lamentablemente aún no alcanzada).

b) Crítica

Es justamente la justificación de las diferencias de trato el punto débil de la construcción de VIVES. MUÑOZ CONDE compara en forma equivalente la concepción mixta propuesta por BERDUGO con la de VIVES, “pues, ambos autores coinciden en señalar el aspecto dinámico y social del honor, frente al más general y abstracto de la dignidad, con lo que en definitiva, llegan a un *concepto relativo de honor*”¹⁰³ porque la referencia a la «determinación circunstancial» significa hacer entrar las consideraciones fác-

¹⁰⁰ Garrido Montt, t. III, 1998: 193.

¹⁰¹ Garrido Montt, t. III, 1998: 195.

¹⁰² Garrido Montt, t. III, 1998: 194.

¹⁰³ Muñoz Conde, 1996: 240.

tico–normativas, “cuestión que acabará por conculcar el principio de igualdad, al no poder desligarse de la propia consideración del bien jurídico (al menos siempre que se configure como tal bien, en los delitos contra el honor, la autoestima y la fama)”¹⁰⁴.

Asimismo, tampoco encuentro argumentos suficientes que permitan establecer una relación instrumental entre el honor y la dignidad (tal como la plantea VIVES en la que el derecho fundamental al honor cumple un papel de tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto¹⁰⁵). Nada autoriza a otorgarle una posición al honor diversa del resto de los derechos fundamentales, posición tan próxima a la dignidad que una lesión a cualesquiera de los derechos constituye, a su vez, una lesión directa a la dignidad. Esto es como dar cabida a la teoría de la *posición preferente* de algunos derechos fundamentales, ya que una lesión al honor, dada su estrecha relación con la dignidad (donde encuentran su fundamento todos los derechos fundamentales), debiera constituir uno de los hechos antijurídicos más graves dentro de un sistema normativo. Y tal conclusión no es válida, por cuanto desde una valoración teórica, cualquier atentado a un derecho fundamental es grave porque significa el desconocimiento de la dignidad.

2.3.3.3 CONCEPCIÓN JURÍDICO–FUNCIONALISTA

Frente a la propuesta de VIVES, CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO¹⁰⁶ han esbozado un nuevo concepto de honor, éste de corte más bien funcionalista. Tiene un punto de partida común con las tres concepciones antes analizadas en el sentido que hacen derivar el contenido del honor de la dignidad y hacen referencia al sistema normativo para su determinación. “El bien jurídico en los delitos contra el honor que, pues, configurado por dos consideraciones distintas, aunque complementarias, ambas emanadas del concepto de dignidad de la persona, como manifestaciones de su concreción mínima: el honor interno, o respeto a la persona por el mero hecho de ser persona y el honor externo o heteroestima, entendida como posibilidad que asiste a todo individuo por igual de ejercer el libre desarrollo de su personalidad a través de sus propios actos y de que el resultado de dicho ejercicio no se vea falseado”¹⁰⁷ en el entendido que, según estos autores, “han de considerarse bienes jurídicos los relacionados con las *condiciones necesarias para el correcto funcionamiento del sistema social*; y de entre ellas, sólo aquellas que se traduzcan en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción social siempre que, conforme a la evolución de las concepciones sociales (...) resulte necesaria su tutela

¹⁰⁴ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 36.

¹⁰⁵ Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 678

¹⁰⁶ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 36ss.

¹⁰⁷ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 39.

penal”¹⁰⁸ (el destacado es mío). Ya he tenido oportunidad de hacer la opción por una teoría penal orientada a las consecuencias, desvinculada de consideraciones de corte sociológico.

Aunque, a juicio de la verdad, la concepción propuesta por CARDENAL MURILLO/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO no representa ningún avance radical respecto de las anteriores concepciones. En efecto, lo que ellos denominan «honor interno» no es más que el aspecto estático de la dignidad o la expectativa de reconocimiento que surge de la dignidad de la persona humana de la concepción de BERDUGO; asimismo, el «honor externo» corresponde prácticamente a la expectativa de reconocimiento que emana de la participación real del individuo en la comunidad de esa misma concepción. Y la misma comparación puede establecerse respecto de la concepción aportada por VIVES¹⁰⁹.

Y las similitudes también se proyectan a los aspectos de las consecuencias prácticas de las concepciones en análisis. Así, la exteriorización de hechos verdaderos no tendrá la aptitud de lesionar el honor¹¹⁰ hipótesis en las que “prevalece la libertad de expresión”¹¹¹. Lo mismo es válido para el tratamiento de la exteriorización de hechos inciertos y que sean lesivos para el honor¹¹².

La única diferencia real que existe entre estas concepciones radica en que la concepción jurídico–funcionalista prescinde de las consideraciones de corte social para la justificación las diferencias materiales que las personas tienen en sus relaciones. Esta última concepción prescinde de tal referencia

3. Conclusiones. Toma de posición

Una vez que se ha expuesto un panorama más o menos general acerca de las diversas concepciones sobre el honor propuestas por la doctrina es menester optar por un concepto de honor. Se trata de analizar cuál de estas concepciones son compatibles con el sistema normativo nacional junto a opciones dogmáticas previas.

A mi juicio, el contenido del honor debe buscarse a través de dos vías: la dignidad y la teoría de la doble funcionalidad de los derechos fundamentales.

¹⁰⁸ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 26.

¹⁰⁹ En la cual, la relación de comparación es entre los términos análogos: «honor interno» y «honor externo».

¹¹⁰ En este sentido, Berdugo, 1991: 343.

¹¹¹ Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 42. En el mismo sentido, Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 685ss. si se reúnen los requisitos que precisan las técnicas ideadas para la solución del conflicto.

¹¹² Berdugo, 1987: 85ss; Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 43; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 686ss.

3.1 La dignidad como punto de partida válido

Ciertamente, el sentido en el que se emplea actualmente la expresión «dignidad» dentro de nuestro sistema normativo constitucional (as. 5.2, 6.2 y 11 CADH; Preámbulo y a. 10 PIDCP y a. 1[1] CPR) es diferente de aquéllas consideraciones sociales o éticas que vinculaban el contenido de la dignidad a posiciones sociales. Por el contrario, la dignidad se encuentra actualmente dotada de un contenido esencialmente jurídico que implica, en primer lugar, considerar a la persona como sujeto de relaciones jurídicas y nunca como objeto y, en segundo lugar, reconocer que la dignidad es el fundamento último de los derechos esenciales que se radican en el sujeto antes de su consagración positiva en un instrumento normativo.

Siendo la “dignidad inherente a *todos* los miembros de la familia humana” (preámbulo PIDCP) la remisión a ella para la determinación del contenido del honor cumplirá el mandato de igualdad. Pero la referencia a la dignidad no es tan sólo en razón de la fundamentación de la carga igualitaria, sino que es el argumento político-jurídico que sirve para determinar un contenido tal del honor que permita afirmar la titularidad de éste en todas las personas, primer punto de separación con las concepciones fácticas.

Así, si la dignidad es consustancial a la persona (tanto que es imposible concebir la una sin la otra) se parte ya de una base igualitaria y con ello, además de cumplir con la exigencia de la igualdad ante la ley (a. 24 CADH, a. 26 PIDCP y a. 1[1] y 19.2 CPR) se satisface también la igualdad en la protección de la ley, ya que, al seguir por esta vía argumentativa, deberá concluirse que el honor como derecho fundamental estará presente en todos.

3.2 La doble funcionalidad de los derechos fundamentales, y del honor en particular

El honor, en tanto derecho fundamental, posee una doble función. Como derecho subjetivo, por un lado, y como elemento estructural para los principios conformadores pertenecientes al nivel normativo constitucional.

La concepción del Estado como un ente al servicio de la persona la cual tiene el derecho de desarrollarse libremente, realizando sus propias opciones. Junto con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se encuentra el derecho al reconocimiento de otra de las perspectivas de la personalidad: la social, en virtud de la cual, el individuo se encuentra inmerso en un colectivo social y tiene pleno derecho a actuar y desenvolverse dentro de él o de abstenerse de hacerlo. El Estado y el sistema normativo no son un fin en sí, sino que tan sólo instrumentos que permitan a todos el pleno

respeto y goce de los derechos fundamentales. Por ello, la función estructural de los derechos debe ser entendida en razón de la contribución al desarrollo y vigencia de los valores del sistema normativo porque, de esa forma, se logrará la plena vigencia de los derechos fundamentales.

3.3 Opción por la concepción organizativo normativa

Admitidos los dos puntos de partida para la opción por una concepción sobre el honor, puede admitirse, sin mucha dificultad, en la corrección de la propuesta de BERDUGO, ya analizada anteriormente.

Por tal adhesión, es preciso ocuparse de las críticas que la doctrina ha formulado a la concepción propuesta, en el sentido que hace una remisión a criterios ético–sociales para la determinación de los niveles de vigencia del honor, rompiendo la igualdad¹¹³.

Si se parte de la base que el honor es lo que permite que el individuo se desarrolle en forma libre, a través de su desenvolvimiento social, nada de extraño tiene que sea el mayor o menor nivel de participación del individuo en colectivo social el que determine, a su vez, la mayor o menor extensión del componente dinámico de la dignidad. El derecho al honor, en tanto, es el que permite a todos la posibilidad de poseer esas relaciones de reconocimiento fundadas. La presencia de ellas es lo que podrá determinar la lesión del bien jurídicopenal honor.

Sobre el fundamento de las relaciones de reconocimiento sólo se necesita puntualizar que éste se configura por la adecuación de dichas relaciones a los distintos sistemas de control social, pero siempre en función de los valores pertenecientes al nivel normativo constitucional, cual control último e insalvable.

3.4 Sustentabilidad normativa de la concepción jurídica de honor

Está fuera de discusión que la dignidad humana sea el fundamento de los derechos esenciales y que éstos, lo son del entero sistema jurídico.

La igualdad ante la ley como derecho fundamental tiene vigencia en nuestro sistema normativo por cuanto se encuentra garantizada, formando parte del conjunto de valores pertenecientes al nivel normativo constitucional. Lo mismo es válido también para la igualdad en la protección de la ley y para el honor. De todos modos, es preciso

¹¹³ En este sentido, Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, 1990: 677 y Cardenal Murillo/Serrano González de Murillo, 1993: 34.

detenerse en el aseguramiento de este último derecho. Los textos que conforman el nivel normativo constitucional cuando se refieren al derecho al honor emplean la expresión ‘honra’ (en especial, el a. 19.4 CPR) lo que ha llevado a la construcción de una determinada doctrina constitucional cuyo destierro es absolutamente necesario. Y este es un problema central en un análisis de carácter dogmático.

En efecto, al honor se le atribuye el contenido propio de las concepciones fácticas en virtud del cual “tiene un *sentido subjetivo* o estimación de sí mismo, y otro *sentido objetivo* que denota la reputación, fama o prestigio de que una persona goza ante los demás”¹¹⁴. Pero lo peor de todo es que esta construcción dogmática sirve para limitar, en forma inaceptable, el derecho al honor.

Es efectivo que la CPR (a. 19.4) emplea la expresión «honra», lo mismo que la CADH (a. 11) y el PIDCP (a. 17) y es precisamente la utilización de dicha expresión (que se identifica con la reputación o fama) y no la voz «honor», lo que ha permitido que la doctrina constitucionalista chilena afirme que lo único que quedaría comprendido dentro del bloque de constitucionalidad es el honor externo. “La *honra* –afirma CEA– *corresponde sólo al [sentido objetivo]*, precisión que hizo la Comisión [de Estudio de la Nueva Constitución –CENC–] y que, además de estar fundada en la doctrina y jurisprudencia uniformes, se recoge por el Diccionario de la Real Academia en cuanto al sentido natural y obvio de estas palabras”¹¹⁵.

No parece necesario contraponer argumentos literales a la postura doctrinal dominante antes expuesta¹¹⁶. Tan sólo es suficiente remover la concepción fáctica tan asentada entre la doctrina chilena para que el entero sistema limitativo del contenido del derecho al honor se derrumbe. Ya han sido expuestos los problemas jurídicos a que conducen las concepciones fácticas que justifican sobradamente un alejamiento definitivo de aquéllas.

Asimismo, CEA pretende aplicar unas normas de interpretación que podrán ser válidas para la ley común (al menos formalmente, aunque dicho sistema interpretativo está siendo superado en el Derecho comparado), pero en ningún caso lo serán para las normas del nivel constitucional, lo que obliga a dejar de lado el “sentido natural y obvio” (a. 20 Cc) de las palabras como argumento interpretativo, más aún cuando la

¹¹⁴ Cea, 1996: 28. En el mismo sentido, Pfeffer, sin año: 386.

¹¹⁵ Cea, 1996: 28. En el mismo sentido, Corral, 1996: 76, Alvear Téllez, 1999: 142.

¹¹⁶ Aunque puede señalarse que, desde una perspectiva estrictamente literal, la «honra» no es identificable con la reputación u honor externo porque el texto del a. 11.2 CADH hace expresamente la diferencia al emplear la conjunción disyuntiva ‘o’ al señalar que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

aplicación de tal argumento conduce a una interpretación restrictiva de un derecho fundamental. Es preciso aplicar, en cambio, los principios propios de interpretación de los derechos fundamentales, en virtud de los cuales, debe preferirse la interpretación que esté más conforme con la naturaleza de ellos y, en todo caso, las limitaciones (¡que siempre deben tener base legal!) se interpretan restrictivamente.

Basarse en las actas de la CENC para sostener esta tesis restrictiva tampoco es un buen argumento.

El problema de la adopción de esta tesis restrictiva se produce por dos bandas: *a*) en primer lugar, porque para llegar a la restricción del contenido del honor a su solo aspecto objetivo o externo, es necesario asumir una concepción fáctica sobre él con las limitaciones que ello ya implica; y *b*) en segundo lugar, porque además de la restricción de contenido se llega a una restricción a la titularidad del derecho, ya que sólo serán sus titulares quienes posean reputación o fama, lo que implica una negación del fundamento de los derechos: la dignidad¹¹⁷.

Así, las restricciones de contenido y de titularidad a que se puede llegar si se sustenta la tesis de la doctrina nacional recompensan cualquier esfuerzo interpretativo que tenga por objeto superar dichas restricciones.

Para colmo de los males, tal tesis ha sido recogida sin ningún reparo por la jurisprudencia constitucional¹¹⁸ (antes se analizó la adhesión de la jurisprudencia penal ordinaria a la concepción fáctica del honor)¹¹⁹.

No es posible profundizar sobre este tema (y la diferente solución a la que podría haberse llegado en casos planteados en el foro, de haber sido adoptados criterios más conformes con visiones modernas sobre nuestras instituciones que responden de mejor forma a las necesidades de nuestra tan compleja sociedad contemporánea). Tan sólo es permitido señalar que el contenido del honor es unitario para el Derecho en su conjunto; no se puede operar sobre la base de contenidos que pierden su validez en otra rama del ordenamiento jurídico (salvo, claro está, los conceptos que son propios de cada parcela del sistema normativo) si éstos responden a conceptos que atraviesan desde las más altas esferas del ordenamiento (el nivel normativo constitucional) ‘hasta las más finas ramifi-

¹¹⁷ También se produce la restricción colateral del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que si se considera que sólo el honor objetivo estaría amparado por la acción constitucional de protección, las personas que no posean dicha fama no estarían legitimados activos de dicha acción.

¹¹⁸ Entendiendo por tal aquella que emana de los tribunales superiores de Justicia cuando conocen de acciones constitucionales.

¹¹⁹ A título de ejemplo, s. CAS de 31.05.1993 y confirmación s. CS de 15.06.1993, caso “Prohibición de internación y comercialización del libro *Impunidad Diplomática*” (RFM, n. 415, junio (1993) 34ss.).

caciones'. Por ello, es necesario que la doctrina tome conciencia de la gravedad del contenido con que actualmente dota al honor y transite hacia uno fundado en criterios jurídicos que propendan a proporcionar una vigencia más plena a los derechos fundamentales¹²⁰.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN

4. La configuración normativa de la libertad de comunicación

El punto de partida del análisis de un derecho fundamental está marcado por su contenido esencial, es decir, aquel centro o núcleo duro que forma su ser y que determina su configuración dogmática. Se trata de responder el interrogante ¿Qué es la libertad de comunicación?

4.1 La estructuración normativa de la libertad de comunicación (I): El contenido esencial

La comprensión de que el Estado está subordinado a la sociedad ha llevado a reconocer, como lo sostiene HOFFMANN-RIEM que “La libertad de comunicación, como parte de una organización comunicativa dentro del Estado democrático y social de Derecho, protege el desenvolvimiento subjetivo *en la comunicación*, es decir, la aceptación de los papeles que desempeñan el comunicador y el receptor. Pero también queda protegido ese desenvolvimiento *mediante la comunicación*, por ejemplo, aprovechando la información reunida con orientación en relaciones individuales y sociales y contribuyendo a formar la voluntad social y estatal”¹²¹. Como se ve, la libertad de comunicación tiene un engarce axiológico en la concepción de las relaciones y funciones estatales, como una forma jurídicamente reconocida de permitir al sujeto su «mayor realización espiritual y material posible» (art. 1 inciso 4 Constitución Política de la República de Chile de 1980 –CPR–)^{122 - 123}.

¹²⁰ Otro problema es el relativo al análisis de si a la luz del concreto ordenamiento penal chileno es posible sostener la aplicabilidad de una concepción jurídica del honor. al respecto, ver Navarro Dolmestch, 2000: 83ss.

¹²¹ Hoffmann-Riem, 1996: 146.

¹²² En sentido similar, Berdugo, 1991: 344–345.

¹²³ Aunque la expresión ‘libertad de comunicación’ se utiliza en forma diversa de su acepción axiológica, tal como se emplea aquí. Actualmente, un sector de la doctrina ha superado la noción de ‘libertad de expresión’, dejando paso a la ‘libertad de comunicación’ que engloba dentro de sí la libertad de emitir, tanto juicios valorativos –libertad de emitir opinión o libertad de expresión–, como juicios factuales o descriptivos –libertad de información–, sobre la base de la constatación de la imposibilidad de la emisión de juicios puramente descriptivos o valorativos. Este fenómeno de la conjunción de libertades de expresión e información ha dado lugar a que algunos autores comiencen a acuñar dicha nueva expresión (En este sentido, Torres del Morral, Antonio, **Principios de Derecho constitucional** y Barceló I Derramalera, Mercé, **El respeto al pluralismo lingüístico en los medios de comunicación social**, ambos citados por López Ulla, 1994: 43).

4.1.1 Base normativa de determinación del contenido esencial

El desarrollo desde el reconocimiento por el Estado de la libertad de expresión (a partir de la revolución francesa)¹²⁴ -¹²⁵ obliga a considerar una evolución en una perspectiva jurídico-política, en el sentido de la universalización del reconocimiento, aseguramiento y protección de los derechos fundamentales¹²⁶. Este nuevo panorama ha tenido un mayor o menor impacto en los ordenamientos jurídicos internos. En el caso chileno cualquier intento de determinación del contenido esencial de un derecho fundamental estaría incompleto sin la inclusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos como base normativa de este análisis. Lo anterior, por imperativo del art. 5 inciso segundo CPR y porque así se ha obligado el Estado de Chile, comprometiendo su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento de lo prescrito por los instrumentos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹²⁷. Un punto de partida provisional en la tarea de determinar el contenido esencial de la libertad de comunicación está representado por el art. 19.12 CPR; pero la base normativa de este derecho debe contemplar el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos –CADH– y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDCP–.

4.1.2 La libertad de expresión y de información

La definición axiológica de la libertad de comunicación como protección del desenvolvimiento subjetivo *en y mediante la comunicación* obliga ahora a referirla a un marco normativo de protección con el objeto de lograr el aseguramiento *real* de ese desenvolvimiento subjetivo. En otras palabras, es preciso ahora determinar el contenido esencial específico de la libertad de comunicación. Surgen aquí las libertades de *expresión* y de *información*. Ambas son libertades de comunicación por las cuales se verifica el desenvolvimiento subjetivo, pero con un *plus*: la comunicación –como por su propia definición– debe ser *social*. Luego, el desenvolvimiento protegido por la libertad de comunicación es un desenvolvimiento mirado desde la perspectiva de las relaciones sociales, es decir, lo que sirve en función de esta perspectiva social. De esta

¹²⁴ Los revolucionarios franceses hace más de dos siglos declararon que «La libre comunicación de pensamientos y de opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre: «*Todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, respondiendo del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley.*»

¹²⁵ Una recopilación de los textos constitucionales chilenos relativos a la libertad de comunicación, en Evans de la Uadra, t. II, 1999: 9–12.

¹²⁶ La historia chilena reciente –y la experiencia postdictadura también– han demostrado la insuficiencia en –ciertos casos límite– de las estructuras internas de protección de los derechos amagados. Sobre la insuficiencia de las estructuras jurisdiccionales nacionales en la efectiva protección de la libertad de comunicación, ver Nogueira, 2000: 321–404.

¹²⁷ Obligaciones que se contienen –en los tratados relevantes para este análisis– en los as. 1 y 2 CADH y los de la Parte II PIDCP, en relación a los as. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

forma, la *relevancia social* surge como un primer límite de la libertad de comunicación de base axiológica.

Ahora bien, todo lo anterior deja subsistente la pregunta sobre el *contenido* de las libertades de información y expresión, entendidas éstas como expresión normativa concreta de una determinada visión valórica del Estado en función de la persona, su dignidad y su desarrollo integral.

A esta altura, el problema es de definición del contenido –también normativo– de las libertades de expresión e información.

Y aquí viene el criterio tradicional: la libertad de expresión protege la emisión de juicios valorativos (subjetivos), mientras que la libertad de información protege la comunicación o imputación de hechos (objetivos)¹²⁸. Si la diferenciación fuera tan sencilla como aparece del enunciado, no existiría problema alguno. Pero el problema es más complejo de lo que parece.

4.2 *El problema del contenido de la libertad de comunicación: ¿un derecho de contenido complejo o dos derechos autónomos?*

Es habitual encontrarse con referencias, aún dentro de los mismos juristas, a la libertad de expresión, terminología que se emplea, indistintamente, con dos alcances. El primero, restringido, para hacer referencia a la libertad de expresión propiamente tal, es decir, como el derecho a comunicar opiniones o juicios valorativos. El segundo, amplio, para hacer referencia a la posibilidad intersubjetiva de expresar o comunicarse con otro, ya sean hechos u opiniones. ¿Son dos derechos autónomos o más bien son dos aspectos de un mismo derecho?.

4.2.1 *Tesis dualista*

Una primera vía para precisar cuál es el contenido esencial de este derecho de libertad es una vía doble o *tesis dualista*, según la cual es necesario distinguir no sólo dos aspectos, sino más bien dos derechos delimitados entre sí: la *libertad de expresión*, por un lado y la *libertad de información*, por el otro. La tesis dualista parte de la base que el análisis del contenido esencial debe escindirse en estos dos derechos que son autónomos entre sí. Una consecuencia de ello es la existencia de límites –tanto internos como externos– diferenciados¹²⁹.

¹²⁸ En este sentido, Albertí Rovira, 2000: 53ss; Nogueira, 2000:328ss.

¹²⁹ Una revisión doctrinal de los argumentos que sustentan esta tesis, en Muñoz Lorente, 1999: 31ss.

Como se quiera, parece ser la tesis dualista la que se ha seguido en el texto de la CPR; y aunque puede usarse argumentos gramaticales o históricos¹³⁰, a esta conclusión debe llegarse a través de una interpretación teleológica y sistemática del entero catálogo de derechos, es decir, del bloque de constitucionalidad¹³¹. Todo indica, en todo caso, que la separación formal y normativa, es decir, la configuración de dos derechos autónomos es una técnica empleada sólo en las constituciones más recientes¹³²; en cambio, la consideración de la libertad de información como un derivado conceptual de la libertad de expresión obedece a una concepción que nació a la luz de un contexto histórico, político y cultural diverso (siglos XVIII y XIX) al de nuestros días, en el sentido que “Se trataba de una prensa de opinión más que de divulgación de noticias o informaciones. Lo verdaderamente importante eran las opiniones individuales”¹³³, sobre todo aquellas que representaban una posición crítica frente al poder, las cuales debían ser protegidas, otorgándose el derecho a la libertad de *expresión* y, por consiguiente, prohibiéndose la censura previa¹³⁴.

4.2.2 Tesis unitaria o unificadora

Ésta parece ser la tesis que se ha seguido al redactar el art. 13 CADH («Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho *comprende* la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones... [libertad de información]»), tal como lo ha declarado la Corte Interamericana: “cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese

¹³⁰ Un argumento, de corte gramatical, puede conducir a dicha conclusión. En efecto, el art. 19 núm. 12[1] emplea la conjunción copulativa “y” cuando se refiere, separadamente, a «la libertad de emitir opinión y la de informar». A esto pueden agregarse otros argumentos anexos como lo expresado en la comisión de estudio del texto constitucional (Una recopilación de esas opiniones, en Evans de la Cuadra, 1999: 12ss y, en especial, 26ss.) (aunque dicho argumento es objetable (Objeciones que han sido planteadas por Atria (1997: 18ss.)).

¹³¹ Es cierto que la afirmación de la tesis dualista se hace más fácil a la luz de otros textos constitucionales como el español o el portugués que diferencian claramente entre las dos libertades –de expresión y de información–. Pero no es menos cierto que esta misma afirmación es conceptualmente sostenible, aun cuando no sea el texto el que haga la diferencia. Ello ocurre, por ejemplo, en los ordenamientos francés e italiano.

En Francia, el análisis debe centrarse en la Declaración de 1789 por la remisión que a ella efectúa la Constitución francesa de 1958. Ello no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia lleguen a una interpretación extensiva que permite identificar en esta norma a las dos libertades claramente diferenciadas¹³¹.

Una situación similar se observa en Italia. La Constitución de 1947 prescribe que «Todos tendrán derecho a manifestar libremente su pensamiento de palabra, por escrito y por cualquier otro medio de difusión.» (a. 21¹³¹). Salvo las referencias tangenciales a la *prensa* en los incisos segundo, cuarto, quinto y sexto, la libertad de información no está formalmente asegurada como derecho autónomo, lo cual no ha constituido un obstáculo para que la doctrina la reconozca de todas formas en el texto constitucional.

¹³² Sirvan de ejemplos para ello, la Constitución española (1978), la portuguesa (1976, reformada en 1982, año en que se introdujo la regulación sobre la materia), la Constitución chilena (1980) y la Constitución venezolana (1999)

¹³³ Pizarro, 1999: 41.

¹³⁴ En este sentido, Hoffmann–Riem, 1996: 147ss.; Muñoz Lorente, 1999: 41ss.

individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las *dos dimensiones de la libertad de expresión*. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”¹³⁵ - 136.

4.2.3 Conclusiones. Toma de posición: tesis unitaria axiológica y tesis dualista normativa

La discusión que han generado las tesis anteriores es estéril y sin significaciones prácticas. De nada varía el contexto normativo por la existencia de un derecho ‘genérico’ o dos derechos autónomos. No podría argumentarse que la opción por la tesis dualista produce como consecuencia la ampliación de la vigencia real del derecho en cuestión y que la tesis unificadora, en cambio, produce su disminución. La realidad demuestra el error de ese acierto, ya que sólo basta comparar el nivel de vigencia real en la mayoría de las sentencias dictadas por tribunales internos chilenos (dentro de los cuales ha primado la tesis dualista) con la protección brindada a ese mismo derecho –pero desde una perspectiva unificadora– por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo importante es la preservación del valor intrínseco de la libertad de comunicación, el perfeccionamiento de los medios jurídicos para obtener su vigencia real y su proyección al sistema jurídico.

La esterilidad del debate en torno a este problema *formal* de contenido debe ser ubicado en justa dimensión. En mi opinión, si cabe una opción unificadora es en el nivel axiológico, ya que la opción por un componente valórico determinado válido para el Estado obliga a hacer radicar como una sola forma la idea de la *libertad de comunicación*, mientras que su concreción normativa se hace, explícita o implícitamente, en una doble vía: libertad de información y de expresión. La consideración de dos derechos autónomos obedece a la “superación de una primera concepción individualista de esta libertad, como mero derecho a exponer libremente el pensamiento, y el

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre, n. 30.

La primera jurisprudencia del Tce también se inclinaba por esta tesis (s. Tce 6/1981, de 16 de marzo en la cual declaró que la libertad de información “(...) puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya aplicación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes”. Esta doctrina ha sido modificada posteriormente (a vía de ejemplo, ss. Tce 105/1983, 51/85, 159/1986, 168/1988, 51/1989, 105/1990, 214/1991, 20/1992, 223/1992, 123/1993, entre otras.

¹³⁶ Una completa revisión de la tesis unitaria y de sus críticas, en Muñoz Lorente, 1999: 31ss.

paso a una libertad de información como manifestación del derecho más general a la comunicación¹³⁷. Éste es el argumento para diferenciar, en el texto de la CPR, dos derechos autónomos: la libertad de expresión y la libertad de información.

A pesar de todo, debe reconocérsele ciertos méritos a la configuración dualista de la libertad de comunicación en su consideración normativa. Tiene razón SALVADOR CODERCH cuando advierte que “se sugiere distinguir entre *expresión e información* y aplicar un criterio más permisivo para la primera pues su valor o desvalor son mucho más difíciles de medir que en el caso de la segunda”¹³⁸ en supuestos en los que deba hacerse la ponderación constitucional cuando el mensaje comunicativo haya sido expresado en términos groseros. A ello es necesario agregar, además, que los límites internos que caracterizan la configuración normativa de los derechos en el prisma de la tesis dualista, se establecen en función de cada derecho, en forma autónoma. Por tanto, la tesis dualista sobre la libertad de comunicación adquiere valor como criterio de interpretación o como pauta para el trabajo de ponderación constitucional. Asimismo, es este criterio el que se empleará más adelante en el intento de clarificar si las relaciones entre la libertad de información y de expresión y el honor son o no conflictivas.

4.3 La estructuración normativa de la libertad de comunicación (II): el contenido normativo de las libertades de expresión e información

Todo lo anterior deja subsistentes, sin embargo, los problemas relativos a la determinación del contenido normativo de ambas libertades. Se trata de establecer cuál es el ámbito que queda bajo la protección constitucional a través de la categoría de derecho fundamental, lo que será importante para analizar los límites internos de ambas libertades.

4.3.1 La libertad de expresión

Dar cuenta del contenido de la libertad de expresión es una tarea ambiciosa, por cuanto se trata de un derecho de una larguísima tradición dentro de nuestro sistema político y social occidental. La interpretación sistemática de las normas sobre las cuales se estructura el *bloque de constitucionalidad* permiten sostener que en virtud de la *libertad de opinión*, cualquier persona tiene el derecho de expresar –sin ánimo de agotar la enumeración de sustantivos– sus *opiniones, ideas, juicios, creencias, sugerencias o críticas*, por cualquier medio apto para ello, *sin censura previa* y sólo capaz de generar *responsabilidades ulteriores* para el sujeto activo que ejerce esta

¹³⁷ Berdugo, 1987: 64.

¹³⁸ Salvador Coderch, 1990: 29.

libertad exclusivamente en el caso que su ejercicio exceda la protección constitucional, es decir, traspase sus *límites internos*¹³⁹ o de configuración (a. 13 CADH, a. 18 PIDCP y a. 19.12 CPR). De modo que, cualquier *opinión* puede ser expresada o comunicada en forma libre, a través de cualquier canal o medio que sirva para poner en conocimiento de terceros el contenido del mensaje comunicativo. Es, como sintéticamente escribe SOLOZABAL “el derecho de todos a manifestar y comunicar sin trabas el propio pensamiento”¹⁴⁰.

4.3.2 La libertad de información

La constatación de la escisión conceptual de la libertad de información respecto de la originaria libertad de prensa, plantea también el problema del establecimiento del contenido normativo de este derecho.

A nivel normativo, la libertad de información se presenta como un derecho complejísimo en cuanto a su contenido. Tal complejidad obliga a separar el análisis. En primer lugar, y desde una perspectiva *subjetiva*, la libertad de comunicación es un derecho de *doble vía*, por cuanto su forma no se satisface con el aseguramiento de las posibilidades de despliegue subjetivo comunicativo a un emisor –faz *activa*–, sino que, por el contrario, requiere también de una faz *pasiva*, según la cual, el contenido esencial también alcanza al receptor. Con razón afirma HOFFMANN–RIEM que “La libertad de comunicación, como parte de una organización comunicativa dentro del Estado democrático y social de Derecho, protege el desenvolvimiento subjetivo *en la comunicación*, es decir, la aceptación de los papeles que desempeñan el comunicador y el receptor”¹⁴¹. Lo que identifica a este derecho es que el contenido del mensaje comunicativo, en este caso, está determinado por *informaciones*, es decir, comunicaciones de carácter constatables racional y empíricamente.

Ahora bien, la segunda perspectiva de la complejidad de la libertad de información está representada por las múltiples concretas posibilidades de desenvolvimiento subjetivo¹⁴², la que trae aparejada la complejización consecencial del conjunto de las condiciones operativas de despliegue de la comunicación. Tal como lo ha declarado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “quienes están bajo la protección de la

¹³⁹ Como los denomina Peces–Barba, 1986: 111.

¹⁴⁰ Solozabal, 1991: 73.

¹⁴¹ Hoffmann–Riem, 1996: 146.

¹⁴² Las cuales han sido sistematizadas por Nogueira (aunque este autor ha optado por entregarles identidad a cada una de las posibilidades concretas de desenvolvimiento) de la siguiente forma:

“Así en relación al informador se estructuran los siguientes derechos, si se tiene en consideración el artículo 13 de la CADH y los textos constitucionales de América Latina:

a) Derecho a investigar y buscar informaciones y opiniones;

Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales”¹⁴³.

BIBLIOGRAFÍA¹⁴⁴.

Albertí Rovira, Enoch, “Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor en España y en la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, Editorial Universidad de Talca, año 6, núm. 1, 2000, pp. 53–66.

Alonso Álamo, Mercedes, “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, en *ADPCP*, Madrid, 1983, pp. 127–152.

Alonso de Antonio, Ángel Luis y José Alonso de Antonio, **Derecho constitucional español**, Universitas, Madrid, 1996.

Alvear Téllez, Julio, “El honor ante la jurisprudencia constitucional. Elementos para un debate en torno al conflicto de derechos fundamentales”, en *Revista chilena de Derecho*, v. 26, n. 1, 1999, pp. 131–171.

-
- b) Derecho a difundir informaciones de relevancia pública por cualquier medio y opiniones;
 - c) Derecho a emitir informaciones u opiniones;
 - d) Derecho a no ser censurado ni objeto de restricciones preventivas en forma explícita o implícita, directa o indirecta, a excepción de medidas destinadas a proteger la moral de los menores o adolescentes o en casos de estados de excepción constitucional;
 - e) Derecho de acceso a las fuentes de información;
 - f) Derecho al secreto profesional periodístico y a la reserva de las fuentes.
 - g) Derecho a la cláusula de conciencia.
 - h) Derecho al acceso y utilización de los instrumentos y medios naturales o tecnológicos necesarios que permitan emitir las opiniones e informaciones.
- En lo que respecta al informado, este tiene un complejo de derechos, que fundamentalmente son los siguientes:
- a) Derecho a recibir opiniones e informaciones;
 - b) Derecho de seleccionar información a recibir y los medios a través de la cual recibirla;
 - c) Derecho a ser informado veraz y oportunamente;
 - d) Derecho a que sea preservada su honra y vida privada;
 - e) Derecho a rectificación o respuesta;
 - f) Derecho a solicitar la imposición judicial de responsabilidades civiles y penales en los casos determinados por el ordenamiento jurídico.” (Nogueira, 2000: 322–323).

¹⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–5/85, de 13 de noviembre, n. 30.

¹⁴⁴ La bibliografía general de este trabajo se incluye en esta primera parte a fin de permitir al lector relacionarla con las abreviaturas de las fuentes bibliográficas que se utilizan en las referencias de las notas al pie.

Antolisei, Francesco, **Manuale di Diritto penale, parte speciale I**, quinta edizione riverdata e aggiornata, Giuffrè, Milano, 1966.

Asúa González, Clara, “La responsabilidad (I), en Puig i Ferriol/Getez–Alonso y Calera/Gil Rodríguez/Hualde Sánchez, **Manual de Derecho civil II**, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Atria Lemaitre, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisprudencia nacional, Cuadernos de análisis jurídico*, n. 36, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 1997.

Beccaria, Cesare de, **De los delitos y de las penas**, ed. cast., Alianza, Madrid, 1986.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, “La reforma de los delitos contra el honor”, en *Documentación Jurídica*, vol. 1 ns. 7/40, enero–diciembre, 1983.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, en *ADPCP*, mayo–agosto, 1984, pp. 305–319.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, **Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor**, Tecnos, Madrid, 1987.

Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídicopenal”, en *ADPCP*, mayo–agosto, 1991, pp. 339–361.

Bustos Ramírez, Juan, **Manual de Derecho penal, parte especial**, Ariel Derecho, Barcelona, 1986.

Cardenal Murillo, Alfonso y José Luis Serrano González de Murillo, **Protección penal del honor**, Civitas, Madrid, 1993.

Carrara, Francesco, **Programa de Derecho criminal**, Temis, Bogotá, (reimp.) 1989.

Cea Egaña, José Luis, **Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.

Cea Egaña, José Luis, “El derecho constitucional a la intimidad”, en *GJ*, n. 194, 1996, pp. 27–34.

Cea Egaña, José Luis, “Derecho constitucional a la intimidad y a la honra”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 5, 1998, pp. 29–44.

Cea Egaña, José Luis, “Los derechos a la intimidad y a honra en Chile”, en *Ius et Praxis*, Editorial Universidad de Talca, año 6, núm. 2, 2000, pp. 153–170.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, Washington, 1999.

Cobo del Rosal, Boix Reig, Orts Berenger, Carbonell Mateu y Vives Antón (coord.), **Derecho penal, parte especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Colombara López, Ciro, **Los delitos de la ley de abusos de publicidad**, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago, 1996.

Corral Talciani, Hernán, “Derechos al honor, vida privada e imagen y responsabilidad civil por los daños provocados por las empresas periodísticas”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de la Santísima Concepción, v. 5, n. 5, 1996, pp. 73–96.

De Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “Orden político y orden penal”, en *Revista chilena de Derecho*, v. 22, n. 2, 1995, pp. 201–212.

Del Río C., Raimundo, **Derecho penal**, t. III, Nascimento, Santiago de Chile, 1935.

Dworkin, Ronald, **Los derechos en serio**, Barcelona, 1984.

Etcheberry, Alfredo, **El Derecho penal en la jurisprudencia**, tomos II y IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

Etcheberry, Alfredo, **Derecho penal. Parte especial**, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.

Evans de la Cuadra, Enrique, **Los derechos constitucionales**, tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 199.

Fernández Segado, Francisco, **El sistema constitucional español**, Dykinson, Madrid, 1992.

Ferrajoli, Luigi, **Derecho y razón, Teoría del garantismo penal**, ed. cast., Trotta, Madrid, 1995.

- Ferrajoli, Luigi, **Derechos y garantías. La ley del más débil**, ed. cast., Trotta, Madrid, 1999.
- Garrido Montt, Mario, **Los delitos contra el honor**, Gibbs Ed., Santiago de Chile, 1963.
- Garrido Montt, Mario, **Derecho penal**, tomos I y III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- González Pérez, Jesús, **La degradación del derecho al honor (honor y libertad de expresión)**, Civitas, Madrid, 1993.
- Hoffmann–Riem, Wolfgang, “Libertad de comunicación y de medios”, en Benda/Maihofer/Voguel/Hesse/Hyede, **Manual de Derecho constitucional**, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Jaén Vallejo, Manuel, **Libertad de expresión y delitos contra el honor**, Colex, Madrid, 1992.
- Jaén Vallejo, Manuel, “La protección del honor en una sociedad mediática”, en *Actualidad Jurídica*, n. 277, p. 1–6.
- Labatut Glenda, Gustavo, **Derecho penal**, tomo I (1995) y II (1992), ediciones actualizadas por el profesor Julio Zenteno Vargas (reimps.), Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- López Borja de Quiroga, Jacobo y Luis Rodríguez Ramos, **Código penal comentado**, AKAL, Madrid, 1990.
- López Ulla, Juan Manuel, **Libertad de información y derecho a expresarse: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**, Universidad Cádiz, 1994.
- Maggiore, Giuseppe, **Derecho penal**, reimpresión de la tercera edición, Bogotá, 1989.
- Matus A., Jean Pierre y María Cecilia Ramírez G., **Lecciones de Derecho penal. Parte especial**, Editorial Universidad de Talca, Talca, 2001.
- Mill, John Stuart, **Sobre la libertad y otros escritos**, compilación de Stefan Collini, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.

Morales Prats, Fermín, “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, en *CPC*, 1988, pp. 663ss.

Muñoz Conde, Francisco, **Derecho penal. Parte especial**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

Muñoz Lorente, José, **Libertad de expresión y derecho al honor en el Código penal de 1995**, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Navarro Dolmestch, Roberto, *Los delitos contra el honor. Análisis crítico de la sustentabilidad normativa de una concepción jurídica de honor y de la necesidad de su protección penal*, Universidad de Talca, Memoria de Prueba, 2000.

Nogueira Alcalá, Humberto, “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et praxis*, Editorial Universidad de Talca, n. 2, año 2, pp. 9-62.

Nogueira Alcalá, Humberto, **Dogmática constitucional**, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997.

Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la información en el ámbito del Derecho constitucional comparado en Iberoamérica y Estados Unidos”, en *Ius et Praxis*, Editorial Universidad de Talca, n. 1, año 6, 2000, pp. 321-404.

Pantaleón, Fernando, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, en *La Ley*, D-162, 1997, pp. 1689-1695.

Peces-Barba, Gregorio, **Derechos fundamentales**, Sección de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1986.

Peco, José, **Delitos contra el honor**, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1945.

Pfeffer Urquiaga, Emilio, **Manual de Derecho constitucional**, t. I, Ediar Conosur, Santiago de Chile, sin año.

Pizarro, Ramón Daniel, **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación**, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Politoff, Sergio, “Derecho penal con medida: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, en revista *Universum*, Universidad de Talca, año 10, 1995.

Politoff L., Sergio, **Derecho penal**, t. I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1997.

Politoff L., Sergio, “Informe sobre los delitos de discriminación en el Derecho penal comparado (A la luz del Proyecto de Ley sobre Discriminación Racial y Étnica (Boletín N° 2142-17))”, en *Ius et Praxis*, Editorial Universidad de Talca, n. 2, año 5, 1999, pp. 193–213.

Quintero Olivares, Gonzalo y Fermín Morales Prats, “Delitos contra el honor”, en Quintero Olivares (dir) et al, **Comentarios a la parte especial del Derecho penal**, Aranzadi, Pamplona, 1996.

Quintano Ripollés/Gimbernat Ordeig, **Tratado de la parte especial del Derecho penal**, t. I, v. II, segunda edición, Madrid, 1972.

Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, **Derecho penal español, parte especial**, Dykinson, Madrid, 1992.

Rodríguez Ramos/Cobos Gómez de Linares/Sánchez Tomás, **Derecho penal, parte especial**, Servicio de publicaciones, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

Romero Coloma, María Aurelia, **Derecho a la información y libertad de expresión, especial consideración al proceso penal**, Bosch, Barcelona, 1984.

Salvador Coderch (dir)/Castiñeira Palou/Felip/Isas/Cano/Durany/Gadea, **¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo**, Civitas, Madrid, 1987.

Salvador Coderch (dir)/Castiñeira Palou/Igartua Arregui/Martín Casals/Santdiuenge Farre, **El mercado de las ideas**, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Sánchez González, Santiago, “Sobre la libertad de expresión en el mundo anglosajón”, en *Revista de Administración Pública*, n. 127, 1992, pp. 45–83.

Serrano Gómez, Alfonso, **Derecho penal. Parte general**, Dykinson, Madrid, 1997.

Soler, Sebastián, **Derecho penal argentino**, t. III, 10ª reimpresión, Tea, Buenos Aires, 1992.

Solozabal Echavarría, Juan José, “La libertad de expresión desde la teoría de los dere-

chos fundamentales”, en *Revista española de Derecho constitucional*, n. 32, 1991, pp. 73–113

Valle Muñiz, José Manuel, “Algunos aspectos sobre los límites de la tutela penal en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal”, en *Documentación Jurídica*, v. 1, ns. 37/40, enero–diciembre, 1983, pp. 651–665.

Verdugo/Pfeffer/Nogueira, **Derecho constitucional**, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997.

Zamorano Hurtado, Juan Carlos, *El honor en la legislación civil chilena*, memoria de prueba, Santiago de Chile, 1961.

Zavala de González, Matilde, **Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños**, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.