



## **ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CSJ 91-2007 REFERIDA AL ART. 191 DEL CÓDIGO PENAL**

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolvió la demanda presentada por el ciudadano Roberto Bukele Simán, referida a que se declarara inconstitucional los incisos segundo y tercero del artículo 191 del Código Penal.

La disposición impugnada se lee textualmente:

*Art. 191. No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional, ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio del derecho de la Libertad de Expresión, siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.*

*De igual manera, no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional ni los conceptos desfavorables expresados o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función.*

*En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos antes expresados, ni los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso.*

La Sala, por sentencia de 24 de septiembre de 2010, declaró inconstitucional, y por ende expulsado del texto legislativo, el inciso tercero del artículo referido.

Valoraciones sobre el contenido de la Sentencia.

1. Es importante dejar claro, que el punto de partida de la sentencia recién emitida, es el reconocimiento de la *función esencial que desempeñan las libertades de expresión e información en una sociedad democrática*. En todo el texto de la sentencia se reafirma la **tutela reforzada** para la libertad de expresión y el derecho a la información y, en consecuencia, a la libertad de prensa.
2. La sentencia referida, tiene una única consecuencia: ubica en pie de igualdad a **todas las personas** en el ejercicio de las libertades de expresión como la de información.

En consonancia con lo anterior, todo ciudadano, toda persona, **puede seguir emitiendo juicios desfavorables** de la crítica, en cualquiera de sus ramas, así como los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio, en ejercicio de la libertad de expresión, sin consecuencia penal alguna. De igual forma, pueden seguir haciéndolo, los medios de comunicación social, los periodistas, los propietarios, editores, gerentes de esos medios o encargados de programas, sin responsabilidad alguna. Más aún, pueden seguir haciéndolo aquellas personas que sin ser periodistas de profesión, actúan como tales, ejercen el periodismo y de alguna manera se han visto beneficiados por las credenciales que la profesión otorga.

La condición para que esas libertades no sean punibles es que “... **en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.**”

Es decir, la sentencia no trae consigo “peligros o amenazas a la libertad de expresión o al derecho a la información”, nada más ha superado la vulneración al Principio de Igualdad ante la Ley, que el inciso tercero del artículo 191 del Código Penal traía consigo, exigiendo a quienes gozaban de **inexistencia total de responsabilidad**, el sometimiento al mandato constitucional del respeto a otros derechos humanos. Realidad que *no limita*, a los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados de programas, el **hacer juicios desfavorables de la crítica en cualquiera de sus ramas**, a recogerlas de sus oyentes, televidentes o lectores, siempre que no se *actúe con dolo, real malicia o intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente*.

3. En consecuencia, la sentencia no abre la posibilidad de penalización, ni de limitación a la emisión de juicios y conceptos desfavorables de la crítica que haga ciudadano alguno; mucho menos un periodista, a quien la sentencia le reconoce un rol fundamental en toda sociedad democrática, ya que *el periodismo fomenta el principio del pluralismo e incide indirectamente en el control de los funcionarios públicos. En este sentido, **no solo es normal que se proteja la función periodística, sino que es una obligación constitucional hacerlo**, pues si ella se viera constantemente amenazada de persecución penal perdería en la práctica su genuina naturaleza de libertad y no podría cumplimentar adecuadamente la función a la que está llamada y eso afectaría a la sociedad.*

La sentencia ratifica que “toda persona, cualquier ciudadano puede difundir y expresar con toda libertad sus pensamientos, así como el derecho de informar y ser informado.”

En la página 26 de la sentencia dice textualmente: “ Lo anterior da lugar a esta Sala a interpretar y sostener que las libertades de expresión e información, así como la libertad de opinión, crítica pública y el derecho de emitir juicios de valor favorables o desfavorables, que derivan del art. 6 Cn. **no son justiciables ni punibles, a menos que se actúe con dolo, real malicia o intención manifiesta de ocasionar daños a derechos protegidos constitucionalmente, como al honor, a la intimidad y a la propia imagen de las personas. Lo que si se penaliza, es el ejercicio ilegal y arbitrario de libertades democráticas fundamentales, en cuyo caso operaría para todas las personas sin excepción.**”

4. Es decir, lo que se sanciona es cuando en ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión, se injurie o se calumnie; cuando hay manifestación deliberada de datos falsos, pues no se contribuye a informar, sino todo lo contrario, desinforma y contamina la opinión pública, *por eso carece de protección constitucional.*
5. **El art. 191 es nada más un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información** establecidas en el art. 6 inc. 1º Cn. Confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público, ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga. La sentencia deja claro que el delito y la pena en materia de libertad de expresión, no es creación legislativa, es constitucional.

6. Se ratifica la inexistencia de derechos fundamentales absolutos; hace relación a **derechos resistentes** que admiten graduaciones en el derecho positivo; en consideración a que **todos los derechos humanos están sometidos a límites**. “Tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, deben ser tutelados y coexistir de manera armoniosa.”
7. Expresamente se declara que la **carga de la prueba**, en todo caso, recae en quien denuncia como supuesto afectado por el ejercicio indebido de la libertad de expresión. “*En estos casos, deberá probar el dolo quien lo alegue y éste también deberá probar el daño o la amenaza producidos, en su caso, y operará para todos los efectos el principio de presunción de inocencia, art. 12 Cn.*” Sigue diciendo: “*Por lo tanto, nadie está obligado a probar que no ha cometido un delito contra el honor, la intimidad o la propia imagen o que ha obrado de mala fe, con mala intención o real malicia. La carga de la prueba recae entonces, en el supuestamente afectado por el ejercicio de las libertades de expresión e información. De la Constitución deriva que el onus probandi corresponde en todo caso a quien acusa.*”

Además la sentencia fortalece la *exceptio veritatis* que tiene un periodista demandado, es decir el derecho (no la obligación) de comprobar que lo que ha expresado es verdadero; lo cual ya está regulado en el art. 183 de Código Penal vigente. Dice el texto de la Sentencia:

“Así las cosas, frente a las imputaciones que se efectúen en contra de las personas que ejercen el periodismo, de conformidad con lo establecido en el art. 183 C.Pn., es posible que se excluya de responsabilidad penal al probarse los hechos o situaciones que se han atribuido, es decir, haciendo uso de la prueba de la veracidad.” (Véase la página 43 de la sentencia).

8. Expresa la sentencia que la sanción penal debe ser la *última ratio*.<sup>1</sup> Se refiere a que podría operar **otro tipo de responsabilidad legal**, como la responsabilidad civil o la rectificación o derecho de respuesta. (Ver página 27 de la sentencia)
9. Distingue entre un **ataque al honor a un particular y a un funcionario público**, ya que este último goza de un ámbito de protección menor que los particulares. (Ver página 33 de la Sentencia)
10. Afirma que los jueces penales, al momento de conocer de casos concretos, *deben tomar en cuenta la función social de los periodistas*.

---

<sup>1</sup> Tiene el sentido de recurso extraordinario que debe usarse cuando no sea posible lograr la efectividad requerida por otros menos lesivos, como en el principio de subsidiariedad penal o de *última ratio* penal.

Las y los periodistas, sus propietarios y altos ejecutivos, responsables y éticos, **que son la mayoría en El Salvador**, no tienen por qué tener temor alguno, pues en su hacer diario, no hacen uso de las libertades que la Constitución y el Derecho Internacional les habilita, como su herramienta fundamental, un mecanismo para calumniar, injuriar o para atacar la intimidad o la propia imagen de una persona.

Las y los periodistas, los propietarios de los medios, directores, editores, gerentes o encargados de programas, deben estar seguros, que así como antes del 28 de octubre del 2004<sup>2</sup>, pueden seguir haciendo su trabajo con toda libertad, sin restricciones en la emisión de juicios favorables o desfavorables.

La sentencia es prolija en información y análisis, puede incluso dar lugar a **procesos formativos** que fortalezcan la función de las y los comunicadores sociales; incluso de los propietarios y de los altos ejecutivos de los medios de comunicación, a algunos de los cuales buena falta les hace conocer las corrientes doctrinarias y el derecho comparado en esta materia; qué decir de la utilidad que puede prestar en las cátedras universitarias..

Esta sentencia, abre otras posibilidades de fortalecimiento de las libertades de expresión y de información y por ende de la libertad de prensa, pues su estudio debería provocar profundas inquietudes en la ciudadanía en general, pero en los periodistas, los dueños de medios y sus ejecutivos, en especial, para iniciar un proceso de exigencia a la Asamblea Legislativa, de **revisión integral y reforma del Título VI Capítulos I y II del Código Penal**, relativos a los delitos contra el honor y la intimidad; es un buen momento, pues realmente el problema para “los particulares” de los cuales también forman parte los comunicadores, periodistas, dueños de medios y sus ejecutivos, no es la anulación del tercer inciso del artículo 191, sino la verdadera debilidad, está en todo este título al cual no se le ha puesto la debida atención; una reforma legislativa integral debería buscar por lo menos:

- a) Expulsar de la legislación la pena de prisión para los delitos contra el honor y la intimidad. Ya la misma sentencia dice que la sanción penal debe ser la *última ratio*.
- b) Dar garantía a las víctimas de que la violación a sus derechos no quedarán en la impunidad, regulando otro tipo de sanciones, administrativas y civiles para quienes cometan delitos contra el honor y la intimidad, independientemente de la naturaleza de las personas que los cometan.

---

<sup>2</sup> Fecha en la que entró en vigencia el D.L. 499, que dio vigencia al inciso 3º del art. 191 declarado inconstitucional.

De igual manera, la ciudadanía en general, las y los comunicadores incluidos deberían:

- ✓ Solicitar a la Asamblea Legislativa, que en otro cuerpo legislativo, regule el **derecho de respuesta**, el cual también recoge la sentencia; cumpliendo así con una deuda que el Órgano Legislativo tiene desde 1983, la cual es darle viabilidad operativa al mandato constitucional del artículo 6 inciso 5º de la Constitución.
- ✓ También debe buscarse la “necesaria regulación legal del Estado, debidamente justificada para lograr la preservación del pluralismo en la titularidad de medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación”; ya que tal como dice la sentencia, “las libertades de expresión e información implican evitar la concentración de medios de comunicación, entendiendo que aquella se presenta cuando una persona o grupo empresarial, a través de cualquier medio ejerce una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e incluso, de impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores.”

Reiterar, que lo que menos puede ocurrir, es que la sentencia genere temores; aquellas y aquellos periodistas, dueños de medios o sus ejecutivos, que cumplen con su cometido, que dentro de su hacer no está la “real malicia”<sup>3</sup> como una de sus herramientas, pueden estar tranquilos, pues la sentencia les fortalece. Sin duda, que sí deben preocuparse, aquellos que hacen del periodismo, de la libertad de expresión y del derecho a la información, una posibilidad permanente para injuriar, para dañar la honra y el buen nombre de las personas; y que, definitivamente, son una minoría.

San Salvador, 07 de octubre de 2010

## **FUNDACIÓN DE ESTUDIOS PARA LA APLICACIÓN DEL DERECHO**

---

3 “Con conocimiento de que lo que se dice es falso, o con temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad” Caso New York Times vrs. Sullivan, Suprema Corte de los Estados Unidos, 1964