

REVISTA PERUANA DE
DOCTRINA
Y
JURISPRUDENCIA PENALES

6
2005

Directores

José Antonio Caro John
Reiner Chocano Rodríguez
Percy García Caveró
Julio Mazuelos Coello



INSTITUTO PERUANO DE CIENCIAS PENALES



manecer impasible. Ahora, tampoco se trata de una renuncia a tales garantías en aras de satisfacer demandas de seguridad y eficiencia, por muy urgentes y actuales que ellas sean, pues toda adaptación tendrá necesariamente que llevarse a cabo bajo ciertos parámetros de racionalidad, en la que el concepto de Estado de Derecho está llamado a erigirse en idea rectora de este proceso. Es evidente que dicho criterio aún está algo distante de constituir un límite claro y preciso, quedan muchos cabos sueltos que deben atarse, pero cuanto menos nos suministra un límite de racionalidad de necesaria observancia sin pretensión de exclusión de una referencia imprescindible a las condiciones actuales de la semántica social.

En definitiva, como JAKOBS, consideramos innegable la existencia de ámbitos de la legislación penal que se distancian de principios y garantías tradicionalmente vigentes y ampliamente admitidas. Empero, en el sentido propuesto por CANCIO MELIÁ, constatada aquella cruda realidad, cabe efectuar un análisis respecto a si debe integrarse también conceptualmente dicho fenómeno en la esfera de las regulaciones que se denominan *Derecho penal*. Sin embargo, a diferencia de CANCIO, nuestra atención se centra fundamentalmente en una concepción funcional de la persona como punto de partida que, entendido consecuentemente, nos conduce a la negación del *Derecho penal de enemigos* como Derecho penal en sentido estricto. Y el dilema planteado acerca de si el Derecho penal ha de orientarse hacia la estabilización de la norma y si es posible orientarlo además a la consecución de un mínimo de seguridad cognitiva, encuentra aquí, según se ha visto, una respuesta positiva.

¿LA COMISIÓN DE DELITOS MEDIANTE LA IMPUTACIÓN DE DELITOS? Los delitos contra el honor bajo la teoría de los actos de habla

Juan Pablo Mañalich Raffo*
Profesor en la Universidad Adolfo Ibáñez
(Chile)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El honor como objeto de protección. 3. El honor como hecho institucional. 4. Presupuestos comunes de la tipicidad de los delitos contra el honor: la injuria y la calumnia como delitos de manifestación. 5. La calumnia y la injuria como imputaciones informales: la imputación como acto de habla. 6. La determinación del sujeto imputado. Imputación informal bajo designación colectiva. 7. El injusto de la imputación informal y la *exceptio veritatis*. 8. El injusto de la calumnia como quebrantamiento de una pretensión de verdad. 9. La injuria como quebrantamiento de una pretensión de corrección. 10. Excurso: el *animus iniuriandi*.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 8 de abril de 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago se pronunció sobre la solicitud de desahucio de una diputada, inculpada como

* El Profesor Mañalich es también Ayudante en el Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

autora de delitos de injuria y calumnia. El tribunal, por voto de mayoría, resolvió rechazar la solicitud de desafuero, estimando que los hechos atribuidos por los querellantes a la diputada no eran constitutivos de delito, esto es, ni de injuria ni de calumnia. Los hechos en que se fundamentó la querrella consistían en un conjunto de declaraciones formuladas por la parlamentaria a distintos medios de comunicación, por las cuales habría sostenido que algunos parlamentarios, no individualizados, pertenecientes a determinadas coaliciones políticas, habrían formado parte de una «red de pedofilia».

En el considerando 9º del fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo que un examen atento de las expresiones formuladas por la diputada

permite concluir que no están presentes en este caso las condiciones o requisitos propios del delito de calumnia, que supone que se atribuya a una o más personas determinadas un hecho ilícito preciso y circunstanciado, perfectamente especificado y que encuadre cabalmente en un tipo penal, esto es, que la imputación lo sea de un delito, lo que excluye la posibilidad de que el querellante pueda recurrir a una interpretación de ciertas expresiones para encuadrarlas en uno o más ilícitos

En el considerando 11, en relación con la imputación por injuria, la Corte afirmó que

el hecho de difundir públicamente tales antecedentes, en lugar de aportarlos en la sede que correspondía, sin comprobar la veracidad de sus propias afirmaciones, sin individualizar a persona alguna y haciendo referencia sólo a los cargos ostentados y al sector político al cual se adscriben aquellos a quienes se estaba refiriendo, representa de parte de la citada parlamentaria una conducta que, aun cuando pudiera haber sido adoptada con precipitación, no tiene connotación jurídico-penal, pues no se aviene con el *animus injuriandi* que es circunstancial al delito de injuria descrito en el art. 416 del Código Penal.

La decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago plantea cuestiones fundamentales para la reconstrucción del injusto de los delitos de

calumnia y de injuria en el Derecho penal chileno. Este trabajo pretende reconstruir un fragmento de este ámbito de la Parte Especial. Se trata del análisis de los presupuestos de la comisión de un delito (calumnia y/o injuria) mediante la imputación de un delito. Se formulará, primero, algunas consideraciones acerca del objeto de protección de las normas que tipifican la calumnia y la injuria, para después establecer algunos presupuestos comunes de la tipicidad de las imputaciones constitutivas de calumnia e injuria, para delimitar, posteriormente, el ámbito típico de uno y otro delito. El aparato conceptual sobre el cual se construye el análisis corresponde a la teoría de los actos de habla.

2. EL HONOR COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

El art. 412 del Código Penal chileno tipifica la calumnia como «la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio». El art. 416, por su parte, tipifica la injuria como «toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». El art. 417 establece cinco hipótesis de injurias graves¹.

En términos generales, puede afirmarse que en la doctrina chilena existe acuerdo en el sentido de que el objeto de protección del complejo de normas punitivas que establecen los presupuestos de la punibilidad de los delitos de injuria y calumnia es el honor². En tal sentido, es manifiesta la correspondencia con la tesis dominante en el contexto de la doctrina española, respecto de la regulación de la injuria y la calumnia establecida en el derecho español.

¹ Dispone el artículo 417: «Son injurias graves:

1.º La imputación de un crimen o simple delito de los no dan lugar a procedimiento de oficio.

2.º La imputación de un crimen o simple delito penado o prescrito.

3.º La de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar gravemente la fama, crédito o intereses del agraviado.

4.º Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

5.º Las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor».

² Así, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Parte Especial, T. III, pp. 151 y ss.; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, Parte Especial, T. III, p. 191.

En efecto, la doctrina española dominante sostiene que el objeto de protección de las normas subyacentes a los tipos de la injuria y de la calumnia es el honor³. Esta tesis, sin embargo, es desafiada por un sector minoritario que sostiene que ello es correcto respecto de la injuria, pero no respecto de la calumnia, en la cual el objeto de protección no estaría constituido por el honor sino por la administración de justicia⁴.

En el contexto de la doctrina alemana, es igualmente dominante la tesis conforme a la cual el objeto de protección de las normas expresadas en los §§ 185 y siguientes del Código Penal alemán (StGB) es el honor⁵. No puede dejar de considerarse, en todo caso, que la regulación del Código Penal alemán presenta notables diferencias respecto de la regulación española y chilena. En términos generales, la regulación alemana establece tres figuras diferentes, a saber, la injuria (*Beleidigung*), la difamación (*üble Nachrede*) y la calumnia (*Verleumdung*) en los §§ 185, 186 y 187, respectivamente⁶, estableciendo, además, un tipo específico de difamación y calum-

³ Así, RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 14ª edición, Dykinson, Madrid, 1991 pp. 229 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ Y DÍAZ MAROTO, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, 3ª edición, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1995, pp. 278 y ss., 285 y ss.; SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal Parte Especial*, 4ª edición, Dykinson, Madrid, 1999, p. 265; QUINTERO OLIVARES Y MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 356 y ss.

⁴ Al parecer, el primer defensor de esta tesis habría sido SÁINZ CANTERO («El contenido sustancial de la administración de justicia», en *ADPCP*, 1957, p. 86). Actualmente esta tesis es defendida por MUÑOZ CONDE, según quien la naturaleza de la calumnia «la emparenta más con los delitos contra la Administración de Justicia, que con las infracciones contra el honor» (MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 140). En sentido cercano a esta tesis minoritaria se pronuncia BAJO FERNÁNDEZ, al afirmar que «[e]n lo relativo a la inclusión del delito de calumnia entre los delitos contra la Administración de Justicia, no cabe la menor duda que existe una afinidad innegable. A fin de cuentas, la acusación y denuncia falsa del artículo 325 no se diferencia más que en el hecho de que dicha acusación se realiza ante un funcionario público» (BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 279-280).

⁵ Así, LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª edición, C.H. Beck, München, 1997, p. 1379; MAURACH-SCHRÖDER-MAIWALD, *Strafrecht Besonderer Teil, Band 1*, 8ª edición, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, pp. 229 y ss.; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 662; GÖSSEL, *Strafrecht Besonderer Teil, Band 1*, C.F. Müller, 1987, p. 347.

⁶ Debe destacarse que la opinión dominante en la doctrina alemana postula una interpretación de la calumnia del § 187 del StGB como un delito contra el patrimonio y no contra el honor, en la forma de un delito de peligro abstracto en contra del crédito (MAURACH, *op. cit.*, p. 253; LENCKNER, *op. cit.*, p. 1402; GÖSSEL, *op. cit.*, p. 381). La disposición tipifica la conducta de «[e]l que, de mala fe, en relación con otro afirma o difunda un hecho no verdadero para hacerlo despreciable o desprestigiarlo ante la opinión pública o para poner en peligro su crédito [...]». De ahí que KINDHÄUSER sostenga que el tipo de la calumnia del StGB contiene dos variantes típicas alternativas, de las cuales la primera constituye un delito contra el honor y la segunda, un delito contra el patrimonio por creación de peligro (abstracto) para el crédito (*op. cit.*, p. 670).

nia en contra de personas de la vida política (*üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens*) y un tipo de denigración del recuerdo de difuntos (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*) en los §§ 188 y 189, respectivamente.

Debe destacarse, sin embargo, que en la doctrina alemana existen planteamientos que identifican el objeto de protección con un interés colectivo que trasciende al honor en tanto interés individual. En este sentido, Günther JAKOBS ha defendido una tesis dualista en cuanto al objeto de protección en los delitos de injuria del StGB, según la cual «los delitos de injurias ya no pueden concebirse exclusivamente como delitos contra las personas, sino que también deben ser definidos como delitos contra intereses públicos, esto es, delitos establecidos contra los falseamientos de la imputación informal»⁷.

En el contexto de la reconstrucción racional del sistema de los delitos contra el honor en el derecho penal chileno, la toma de posición respecto de la disyuntiva entre el honor y la administración de justicia como objetos de protección en el delito de calumnia presupone una determinación de la relación sistemática existente entre el delito de calumnia, por un lado, y el delito de acusación o denuncia calumniosa, tipificado en el art. 211 del Código Penal, por otro. La tesis estándar sostiene que se trata de dos delitos que difieren en su núcleo de injusto, precisamente en atención al interés cuya afectación fundamenta la antijuridicidad material de uno y otro. Mientras que en el delito de calumnia el objeto de protección estaría constituido exclusivamente por el honor, en el delito de acusación o denuncia calumniosa la protección del honor sería indirecta, mediatizada por la protección de la administración de justicia⁸.

La concepción de la acusación o denuncia calumniosa como delito pluriofensivo, esto es, como un delito que atenta tanto contra la adminis-

⁷ JAKOBS, «La misión de la protección jurídico-penal del honor», en, del mismo, *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 424. Según JAKOBS, se trata de «plantear la cuestión de cuál es la función que tiene el honor (o, más ampliamente, el bien protegido por las normas contra las injurias) en una determinada sociedad» (*ibidem*). En tal sentido, JAKOBS sostiene que «es preciso demostrar la existencia de un interés público en la protección frente a las injurias, si es que se pretende que esta protección se mantenga como protección penal» (*op. cit.*, p. 431). Tal interés público tendría que vincularse al sistema global de control social, bajo la premisa de que «a la sociedad burguesa no le basta el sistema de imputación jurídico-formal, porque la imputación formal ni es siempre suficientemente intensa ni abarca todos los casos en los que se precisa una garantía normativa» (*ibidem*).

⁸ Así, ETCHEBERRY, *op. cit.*, Parte Especial, T. IV, p. 198; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, Parte Especial, 2000, T. IV, pp. 131-132.

tración de justicia como contra el honor, resulta plausible en la medida en que se constata que su marco penal es superior al marco penal del delito de calumnia, considerando comparativamente las distintas hipótesis típicas de uno y otro delito. Esta es una constatación importante para la articulación de la solución de las posibles relaciones concursales entre ambos delitos. *Prima facie* al menos, la imputación por acusación o denuncia calumniosa debería desplazar, en concurso aparente, a la imputación por calumnia⁹.

Es indiscutible que sigue siendo ampliamente dominante la comprensión de los delitos de injuria y calumnia como atentados contra el honor de las personas. Esto hace necesario emprender una breve revisión del contenido que ha de atribuirse al honor como objeto de protección.

En la construcción del honor, en lo fundamental compiten tres formulaciones básicas: el concepto fáctico, el concepto normativo-fáctico (o dualista) y el concepto normativo (o normativo puro) de honor. Se examinará a continuación en qué consisten estas tres concepciones alternativas.

El *concepto fáctico* de honor postula la comprensión del honor como «un hecho con contenido psicológico que comprende la consideración so-

⁹ Que la fundamentación de la preterición de la calumnia a favor de la acusación o denuncia calumniosa por concurso aparente se construya en función del criterio de la especialidad o en función del criterio de la consunción, depende del modo en que se interprete el artículo 211. La cuestión más atendida en la discusión doctrinaria se refiere a si la exigencia de que el delito imputado sea un delito que pueda actualmente perseguirse de oficio, propia de la calumnia, es o no aplicable a la acusación o denuncia calumniosa. ETCHEBERRY, por ejemplo, postula una solución diferenciadora: la exigencia no se aplicaría en cuanto a la restricción a los delitos susceptibles de ser perseguidos de oficio, pero sí se aplicaría en cuanto a que se trate de delitos susceptibles de ser perseguidos actualmente, «puesto que si se admite que el delito está penado o prescrito, desaparece la posibilidad de que se llegue a dictar una sentencia injusta, y por lo tanto sólo habrá ofensa para el honor del afectado, pero no para la administración de justicia», cfr. ETCHEBERRY, *op. cit.*, loc. cit. GARRIDO MONTT parece adherir a este planteamiento, sosteniendo que «[l]a calumnia queda restringida exclusivamente a la atribución de un crimen o simple delito actualmente perseguible de oficio, las faltas están excluidas, lo que no sucede en la acusación o denuncia calumniosa, que comprende a las faltas y a los delitos de acción penal privada» (GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 132). Es claro que en la medida en que una exigencia típica de la calumnia no lo sea de la acusación o denuncia calumniosa, como resulta de la tesis precedentemente expuesta, desde una perspectiva analítica, el segundo delito no puede constituir *lex specialis* respecto del primero. En términos analíticos, la relación entre ambos tipos no es de subordinación sino de interferencia. Por ende, bajo esta tesis el concurso aparente sólo podría fundamentarse en el criterio de la consunción. A este respecto, es manifiesta la inconsistencia del planteamiento de MORALES ANDRADE, quien a pesar de rechazar la consideración de la acusación o denuncia calumniosa como especie de calumnia, en parte por razones similares a la precedentemente enunciada, afirma que el concurso aparente a favor de la acusación o denuncia calumniosa debería fundarse en el criterio de la especialidad. Vid. MORALES ANDRADE, *El Delito de Acusación o Denuncia Calumniosa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 83, 149 y ss.

cial, la buena reputación u honor externo, y el sentimiento y la conciencia del honor, o sea, el llamado honor subjetivo»¹⁰. Se sostiene que este concepto de honor conduce no sólo a la protección del honor efectivamente existente, esto es, del honor merecido, sino también y fundamentalmente a la protección de la apariencia de honor. En la actualidad, esta concepción del honor no cuenta con muchos defensores, sobretudo por la objeción a que se ve expuesta en el sentido de que resultaría difícilmente compatible con los principios de igualdad, pluralismo y seguridad jurídica¹¹.

Frente al concepto fáctico de honor son defendidas algunas concepciones normativas del honor, las cuales, en sus distintas variantes, enfatizan la relevancia que ha de atribuirse al principio de la dignidad humana en la configuración del honor como objeto de protección.

El *concepto normativo* (normativo puro) de honor prescinde de la consideración del honor como buena reputación, en el sentido del concepto fáctico de honor, identificando el honor, en cambio, con la pretensión de respeto que se deriva de la dignidad de la persona¹². En tanto pretensión de respeto, el honor sólo ha de ser protegido en tanto sea merecido, independientemente de la reputación de que efectivamente goce el sujeto en cuestión en el contexto de sus contactos sociales. De ahí que, en principio, del concepto normativo de honor se derive una exigencia de mayor reconocimiento a la operatividad de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la punibilidad.

¹⁰ ALONSO ALAMO, «Protección Penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales», en ADPCP, 1983, p. 140.

¹¹ Como sostienen QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, esta objeción al concepto fáctico de honor se mantiene tanto en cuanto a su dimensión externa como en cuanto a su dimensión interna: por una parte, «la configuración del honor según una *concepción fáctica objetiva* (buena fama), determinaría la negación de este bien jurídico a sectores de la población sobre los que no puede proyectarse la idea de buena reputación», lo cual resulta injustificable bajo una consideración mínima del principio de igualdad; por otra, «de adoptar una *concepción exclusivamente subjetiva de honor* (autoestima o propia estimación), las reglas jurídicas quedan sometidas al albur de impulsos emotivo-sentimentales de lo que cada sujeto pueda llegar a pensar que representa para los demás», lo cual parece no satisfacer estándares mínimos de seguridad jurídica (QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 357). En la misma dirección, ALVAREZ GARCÍA, *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pp. 38 y ss.

¹² En este sentido, LENCKNER, *op. cit.*, pp. 1379-1380. En la fundamentación del concepto normativo puro de honor, se suele recurrir a la distinción entre dignidad del ser humano (*Menschenwürde*) y dignidad de la persona (*Personswürde*) a fin de perfilar a este último concepto como base de la construcción del honor como objeto de protección, bajo la suposición que de lo contrario sería imposible articular una concreción del interés en cuestión que posibilitara la utilización de la constatación de su afectación como criterio de reconocimiento del merecimiento de pena (ALONSO ALAMO, *op. cit.*, p. 141).

El concepto *normativo-fáctico* de honor, como concepto dualista, postula la comprensión del honor como interés complejo en el cual se integraría tanto la dimensión del valor intrínseco del hombre derivado del reconocimiento del principio de dignidad humana como la dimensión de la buena reputación u honor externo¹³. El déficit de esta concepción, empero, radica precisamente en su carácter de solución de compromiso. En efecto, la tensión inherente a la relación entre consideraciones fácticas y consideraciones valorativas puede conducir a que ambas orientaciones se neutralicen recíprocamente, en términos tales que la concepción de honor resultante devenga inconsistente¹⁴.

Planteada la cuestión en el contexto del estado actual de la discusión acerca del concepto de bien jurídico, la articulación del concepto de honor como objeto de protección impone tomar como punto de partida algunas premisas de nivel supralegal, y específicamente, la significación constitucional del derecho al honor en tanto derecho fundamental, que ha de ser coordinada con las exigencias materiales impuestas por la Constitución como condiciones de legitimidad del ejercicio del *ius puniendi*. Como lo ha puesto de manifiesto BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE a propósito del análisis del problema bajo el derecho constitucional español, el principio de igualdad y el principio de pluralismo constituyen dos criterios cuya satisfacción es presupuesto de la legitimidad de las normas punitivas cuya fundamentación está implicada en la reconstrucción de los delitos contra el honor¹⁵.

Según el propio BERDUGO, una vía adecuada para emprender la fundamentación del honor como bien jurídico puede encontrarse en la constatación de la necesidad de adscribir una dimensión estática y una dimensión dinámica a la idea de dignidad de la persona como presupuesto del concepto de honor¹⁶. En sentido estático, la dignidad de la persona supone el reconocimiento de ésta como titular de derechos fundamentales, de modo que en definitiva implica la atribución de un estatus que irradia consecuencias tanto en las relaciones del ciudadano con el Estado

¹³ Así, KINDHAUSER, *op. cit.*, p. 662.

¹⁴ Ciertamente, tal tensión subyacente al concepto *normativo-fáctico* de honor ha de implicar que el mismo no sea aprovechable para la fundamentación de soluciones a problemas dogmáticos específicos. Piénsese, por ejemplo, en la cuestión de la mayor o menor admisibilidad de la *exceptio veritatis* en el ámbito del delito de injuria.

¹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en ADPCP, 1984, p. 309.

¹⁶ *Ibidem*, p. 310.

como en las relaciones de los ciudadanos entre sí. En sentido dinámico, en cambio, la dignidad de la persona es considerada bajo la perspectiva del principio del libre desarrollo de la personalidad, precisamente porque el reconocimiento del estatus implicado en la idea de dignidad sólo tiene sentido, en el marco de un Estado comprometido políticamente con el aseguramiento de la autonomía del ciudadano, como presupuesto del desarrollo del plan de vida del ciudadano.

A partir de esta premisa, BERDUGO sostiene que la adscripción de dignidad presupone su reconocimiento tanto por parte del Estado como por parte de los ciudadanos, en términos tales que entre éstos ha de fundamentarse relaciones recíprocas de reconocimiento. Estas relaciones de reconocimiento constituirían el contenido del honor como bien jurídico. De estas relaciones de reconocimiento se derivarían expectativas concretas de reconocimiento, cuya frustración constituiría la lesión del honor¹⁷.

3. EL HONOR COMO HECHO INSTITUCIONAL

En su *Teoría de la Justicia*, RAWLS sostiene que el respeto propio puede ser considerado el bien primario más importante. Según RAWLS, la noción de respeto propio puede entenderse constituida por dos aspectos: el sentimiento en una persona de su propio valor y la confianza de la persona en la propia capacidad. A partir de esta definición, RAWLS entiende que se explica la consideración del respeto propio como bien primario: el respeto propio parece ser un presupuesto de la realización de los planes racionales de los individuos¹⁸.

El concepto de bien primario desempeña una función central en la formulación de los principios de justicia. Bienes primarios son, según RAWLS, «cosas que se presume que todo ser racional desea»¹⁹. De ahí que pueda suponerse que las partes en la posición original (esto es, en la situación hipotética constituida por condiciones de justicia puramente procedimental) orientarían su participación en la deliberación conducente a la formulación de los principios que han de regir la estructura básica de la sociedad hacia el aseguramiento de una distribución igualitaria de los bienes primarios²⁰. Luego, si el respeto propio es un bien primario, se

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 398-399.

¹⁹ *Ibidem*, p. 69.

²⁰ *Ibidem*, pp. 145-146.

entiende que RAWLS sostenga que «los individuos en la situación original desearían evitar, casi a cualquier precio, las condiciones sociales que socavan el respeto propio»²¹.

Esta breve consideración de las reflexiones de RAWLS acerca del estatus del respeto propio en la teoría de la justicia es importante por dos razones. En primer término, porque ella da cuenta de la relevancia que bajo una concepción liberal de la justicia política ha de atribuirse al respeto propio, y en esa medida, al honor, como condición para el desarrollo del plan de vida de los ciudadanos. Una de las condiciones que posibilitan el respeto propio está constituida por el reconocimiento recíproco de los planes de vida de cada cual. RAWLS afirma, en efecto, que una de las circunstancias que apoyan el respeto propio en tanto sentido del propio valor es aquella que consiste en «ver que nuestra persona y nuestros actos son apreciados y confirmados por otros, que son, a su vez, estimados y de cuya compañía gozamos»²². Se trata, por ende, de expectativas de reconocimiento recíproco.

RAWLS ofrece así un punto de partida para la justificación de la protección estatal del honor en tanto interés personalísimo: como condición necesaria del respeto propio, el honor constituye un auténtico presupuesto del libre desarrollo de la personalidad. La protección del honor implica el aseguramiento de (algunas de) las condiciones que hacen posible el respeto propio y, por ende, una de las condiciones para la realización de los propios planes de vida. Se constata así cierta correspondencia entre este planteamiento de RAWLS y la defensa, en el contexto de la doctrina penal alemana reciente, de un concepto *interpersonal* de honor, según el cual el honor aparece como relación de reconocimiento entre los seres humanos, exigida por su dignidad y fundamentada en la autonomía implicada en su condición de personas²³. En palabras de KINDHÄUSER, «el honor, como pretensión interpersonal de reconocimiento social, es [...] una condición de existencia de la persona en el derecho»²⁴.

Pero la afirmación de RAWLS es importante por otra razón. Ella insinúa una característica del honor que resulta fundamental para la determinación del modo en que el honor puede ser objeto de afectación y, por lo mismo, objeto de protección.

²¹ *Ibidem*, p. 399.

²² *Ibidem*.

²³ KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil, I*, Nomos, Baden-Baden, 2003, § 22, núm. 5.

²⁴ *Ibidem*, § 22, núm. 6.

La peculiaridad del honor frente a otros intereses individuales personalísimos se encuentra en que la afirmación del honor (o más concretamente, de que alguien tiene honor) presupone una atribución. Ciertamente, podría objetarse que lo mismo puede decirse, por ejemplo, del interés de uno en su propia supervivencia: el derecho a la vida presupone que los ciudadanos se reconocen recíprocamente un interés legítimo en su propia supervivencia. Pero esto no elimina la diferencia precedentemente esbozada. No se trata (sólo) de que el derecho al honor presuponga una atribución, lo cual es obvio en tanto se trata de un *derecho*, sino que se trata (también) de que el *honor*, independientemente de que sea formalizado o no como derecho, presupone una atribución. No puede decirse lo mismo de la condición de ser humano vivo: a menos que se defienda un planteamiento cercano al constructivismo radical, puede asumirse que el hecho de que un individuo esté vivo no depende de que otro (u otros) le atribuya(n) la condición de vivo²⁵.

La consideración de este punto requiere una referencia a una distinción categorial que se encuentra absolutamente estandarizada en el discurso dogmático: la distinción entre objeto de protección y objeto de la acción. Según ROXIN, «[b]ien jurídico [...] es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto del ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción»²⁶. En la medida en que la distinción sea entendida de este modo, su formulación en el contexto de los delitos contra el honor parecería problemática: ¿puede el honor considerarse, a la vez, objeto de la acción y objeto de protección?

Lo anterior sólo habla en contra de esa forma de entender la distinción. La correcta pretensión de la distinción entre objeto de la acción (objeto del ataque) y objeto de protección (bien jurídico) consiste en diferenciar dos niveles de análisis que son relevantes para la determinación de las condiciones de punibilidad de un hecho. No se trata de que el objeto de protección constituya una *espiritualización* del objeto de la acción. Más bien, el objeto de protección constituye un criterio de reconocimiento del merecimiento de pena del hecho, cuya punibilidad depen-

²⁵ Esta afirmación no deja de ser problemática. Basta tener en cuenta el establecimiento legal de criterios orientados a la determinación de la muerte (natural). Y es claro que a la atribución del estatus correspondiente (el estatus de muerto) subyace la imposición de una función: por ejemplo, para los efectos de un transplante de órganos. Sin embargo, esta «institucionalización» de la muerte parece mantenerse en los márgenes, sin que la misma revierta la consideración de la condición de vivo o muerto como una condición asociada a hechos brutos.

²⁶ ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, § 2, núm. 24.

de, entre otras variables, de su incidencia en determinados estados de cosas (más o menos) concretos. El objeto de protección sintetiza un criterio de legitimación que condiciona la aceptabilidad de la punibilidad del hecho.

Así, no se trata de que en los delitos contra el honor la distinción entre objeto de protección y objeto de la acción devenga impracticable²⁷. Se trata de que, en la medida en que el honor sea entendido como un hecho que presupone atribución, el concepto de honor ha de utilizarse en dos sentidos diversos. La referencia al honor como objeto de protección encierra la pregunta por la justificación de la reacción penal frente a hechos que inciden en el honor como objeto de la acción. Y en este último sentido, el honor no existe como hecho bruto, sino sólo como hecho institucional.

El concepto de hecho institucional es un concepto que se contrapone al de hecho bruto. Un hecho es institucional en la medida en que su existencia presupone la existencia de una institución²⁸. Según SEARLE, una institución es un sistema de reglas constitutivas, y son estas reglas constitutivas las que crean («constituyen») la posibilidad de un determinado hecho institucional. Sin un sistema de reglas constitutivas, esto es, sin una institución, el hecho en cuestión jamás podría configurarse en tanto hecho institucional.

En términos de SEARLE, los hechos institucionales son una clase específica de hechos sociales. Lo que define a un hecho social es la implicación de intencionalidad colectiva en ese hecho. Es importante precisar la forma en que SEARLE entiende el concepto de intencionalidad. SEARLE usa *intencionalidad* como «un término técnico que expresa aquella propiedad de las representaciones por la cual ellas son *acerca de algo* o *dirigidas a algo*»²⁹. De ahí que «intencionalidad» (*intentionality*) no equivalga a «in-

²⁷ En este sentido, empero, GARRIDO PEÑA: «[e]n el delito de injurias el bien jurídico protegido y el cuerpo del delito son uno mismo: el honor» (GARRIDO PEÑA, «Sobre el delito de injurias y los actos semióticos performativos», en *Doxa*, 21-I, 1998, p. 294).

²⁸ SEARLE, *Actos de Habla*, Cátedra, Madrid, 1986, p. 60.

²⁹ SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Free Press, Nueva York, 1995, p. 7 (nota a pie de página). El desarrollo de esta teoría de la intencionalidad se encuentra en SEARLE, *Intencionalidad*, Tecnos, Madrid, 1992. Es importante destacar que esta última obra de SEARLE es interpretada, en lo relativo a la teoría de los actos de habla, como una defensa de una teoría intencionalista del significado que da cuenta de un retroceso desde el punto de vista del giro pragmático de la filosofía del lenguaje. Sobre esto, APEL, «¿Es la intencionalidad más fundamental que el significado lingüístico? Argumentos pragmático-trascendentales contra el retorno de Searle al intencionalismo

tención» (*intending*). Lo que distingue a un hecho institucional de otras clases de hechos sociales es que en ellos la intencionalidad colectiva se especifica como una «imposición colectiva de una función a entidades que [...] no pueden realizar (*perform*) las funciones sólo en virtud de su estructura física»³⁰. SEARLE afirma, entonces, que lo que se requiere para la creación de un hecho institucional es «la imposición de un estatus colectivamente reconocido al cual sea ligado una función»³¹. Y esta imposición colectiva de estatus y de funciones adyacentes o sea, la imposición de *funciones-estatus*, es posible en la medida en que existen reglas constitutivas.

Resulta interesante constatar que SEARLE se refiere expresamente a la cuestión del honor como atribución de estatus. Según SEARLE, lo que diferencia a los *honores* como estatus atribuidos es que respecto de ellos se trata de la imposición de estatus *for their own sake*, y no en función de consecuencias derivadas del estatus³². Si se considera los ejemplos que SEARLE ofrece para marcar este punto se concluye, sin embargo, que su referencia no se extiende al honor en el sentido en que aquí se lo analiza. SEARLE afirma, en efecto, que los casos de imposición de estatus honorífico son casos en los cuales «los derechos y obligaciones que típicamente van junto a las funciones-estatus se han encogido al punto que el estatus es valorado o desvalorado sólo por sí mismo»³³. Este no es el caso cuando se trata del honor que se reconoce a toda persona en su calidad de tal, pues es claro que de esta atribución sí se siguen consecuencias valiosas: precisamente, ciertas expectativas de reconocimiento recíproco.

El honor que se reconoce a un sujeto no existe en el plano de la realidad bruta, esto es, en el plano de los hechos brutos. El honor presupone una atribución (colectiva) de estatus. El honor, como atributo, sólo puede existir en el plano de la realidad institucional, esto es, en el plano de los hechos institucionales. De esto se siguen consecuencias importantes para la comprensión de la estructura de los delitos contra el honor. Si los deli-

semántico de la filosofía de la conciencia», en, DEL MISMO, *Semiótica trascendental y filosofía primera*, Síntesis, Madrid, 2002, pp. 91 y ss. En este sentido, las referencias que más abajo se harán a la teoría de los actos de habla desarrollada por SEARLE corresponden a la fase previa al vuelco intencionalista, fase que se identifica con su libro *Actos de Habla*.

³⁰ SEARLE, *The Construction of Social Reality*, p. 41.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 101.

³³ *Ibidem*, p. 110. SEARLE se refiere, por ejemplo, al hecho de ser declarado alguien vencedor o perdedor en un juego.

tos contra el honor son, en todo caso, atentados en contra del honor (de alguien), entonces estos atentados deben producirse en el único plano en que la afectación del honor puede tener lugar: en el plano de los hechos institucionales.

Los delitos contra el honor son hechos institucionales. Y lo son en un sentido distinto del sentido en que también el homicidio puede ser considerado un hecho institucional. Que todo delito sea considerado un hecho institucional depende de la plausibilidad de reformular las reglas regulativas cuya infracción es presupuesto de la punibilidad (así como las reglas de adjudicación que posibilitan la imputación) como reglas constitutivas que definen la infracción como delito³⁴. Pero en los delitos contra el honor, no sólo se requiere reglas constitutivas que posibiliten la consideración de un atentado contra el honor como delito, sino que ya se requieren reglas constitutivas para la determinación de cuándo hay una afectación del honor, precisamente porque el honor sólo se reconoce en el plano de los hechos institucionales.

4. PRESUPUESTOS COMUNES DE LA TIPICIDAD DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR. LA INJURIA Y LA CALUMNIA COMO DELITOS DE MANIFESTACIÓN

Los delitos contra el honor no sólo son delitos de expresión (*Äußerungsdelikte*), sino más específicamente, delitos de manifestación (*Kundgebungsdelikte*). Explicando en qué consiste esta característica de la tipicidad de los delitos contra el honor, MAURACH afirma que no es necesario que en estos delitos el dolo se dirija, como intención, a la ofensa del destinatario o al menoscabo de su pretensión de reconocimiento, sino que basta el autor conozca la aptitud de su expresión para alcanzar tal resultado³⁵. En términos menos comprometidos con una concepción finalista del injusto, puede decirse que la consideración de estos delitos como delitos de manifestación supone la tesis de que su tipicidad exige una manifestación del contenido lesivo del honor en la propia expresión que constituye la acción de injuria o de calumnia. Así, por ejemplo, KINDHÄUSER explica esta característica de los delitos contra el honor como la exigencia de una

³⁴ Afirmativamente SEARLE: «[a]sí la [regla] regulativa 'No debes matar' genera la [regla] constitutiva correspondiente 'Matar, bajo determinadas circunstancias, cuenta como homicidio, y el homicidio cuenta como crimen sancionable con muerte o presidio'» (*ibidem*, p. 50).

³⁵ MAURACH, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

emisión ofensiva que dirigiéndose a otro sea conocida por éste, en términos tales que el destinatario capte el sentido de la manifestación³⁶.

A este respecto, puede considerarse el modo en que KERN define la manifestación como presupuesto de la tipicidad de los delitos de expresión. Según KERN, la manifestación debe ser entendida como declaración, esto es, como «una manifestación hecha para que alguien tome conocimiento de ella»³⁷. Según KERN, lo que diferencia al concepto de declaración frente al concepto de manifestación entendido de manera puramente psicológica, es que la declaración implica un contenido intelectual, esto es, un *sentido*. KERN sostiene que el sentido, en tanto contenido intelectual, debe ser distinguido de la manifestación en tanto forma: «[e]l contenido intelectual, el sentido, es algo abstracto, distinto de la manifestación»³⁸.

Esta distinción es fundamental, pues de ella se sigue que para la determinación de la punibilidad de una determinada manifestación lo central es su sentido y no su forma. Según KERN, «son típicas solamente las manifestaciones con sentido estructurado en forma determinada: con otras palabras, el tipo se realiza únicamente mediante un contenido intelectual determinado y nunca mediante una forma determinada (palabras, etc.)»³⁹. Y el sentido de la manifestación que es relevante para la realización del tipo es, de acuerdo con la tesis de KERN, el *sentido objetivo*, que conceptualmente ha de diferenciarse tanto del sentido que el agente atribuye a su manifestación (*sentido subjetivo*) como del sentido atribuido por el destinatario de la manifestación (*impresión del destinatario*)⁴⁰. Lo que se intentará a continuación es ofrecer un modelo satisfactorio para la reconstrucción del sentido objetivo de la manifestación requerido para la tipicidad de los delitos contra el honor.

Como ya se indicó, la forma en que ha de tener lugar la expresión lesiva del honor es, en todo caso, contingente. Tanto es así que no sólo se admite la comisión de estos delitos mediante comportamiento activo, ya se trate de declaraciones, ya de acciones concluyentes (las «injurias de hecho», por ejemplo), sino que se admite también su comisión por omisión (supuesta, ciertamente, la fundamentación de una posición de garante).

³⁶ KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil*, I, § 22, núm. 12-13.

³⁷ KERN, *Los Delitos de Expresión*, Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 7, nota 9.

³⁸ *Ibidem*, p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 43 y ss.

Según la doctrina alemana, en la exigencia de manifestación se encuentra implícita la exigencia de que un sujeto distinto del autor de la manifestación tome conocimiento de su realización, en términos tales que faltando esta toma de conocimiento, la pretensión de respeto y reconocimiento en que se concreta la expectativa de no-afectación del honor no puede entenderse frustrada. No se requiere, sin embargo, que el sujeto, distinto del autor, que toma conocimiento de la manifestación, sea el titular del honor afectado por la manifestación, sino que basta que aquella sea percibida por un tercero. Es decir, víctima y destinatario de la manifestación típica a título de calumnia o de injuria pueden no coincidir.

La exigencia de la toma de conocimiento por parte del destinatario de la manifestación es importante para la clarificación de la estructura típica de los delitos contra el honor. En general, cuando se sostiene que los delitos contra el honor son delitos de aptitud, se sugiere su consideración como delitos de (mera) actividad. Pero la consideración de un delito como delito de resultado o como delito de (mera) actividad depende de la posibilidad de identificar una condición necesaria para la consumación que pueda diferenciarse de la conducta típica. En tanto delitos de manifestación, la injuria y la calumnia requieren que la manifestación sea percibida y comprendida por el destinatario. En esto consiste la exigencia de la toma de conocimiento. Según KERN, esto implicaría que se trata de delitos de resultado⁴¹. A esto no obsta, ciertamente, que en una amplia constelación de casos la manifestación y su percepción y comprensión por el destinatario puedan coincidir temporalmente. Basta considerar que es perfectamente concebible que tras la manifestación no se siga inmediatamente la percepción y comprensión por el destinatario, que es condición necesaria de la consumación.

Esta concepción de la estructura típica de la calumnia y la injuria tiene consecuencias importantes. Primero, porque de ella se deriva, *prima facie* al menos, la aplicabilidad del juicio de imputación objetiva en sus dos niveles para la determinación de la tipicidad a título de calumnia o de injuria. Segundo, porque a partir de ella puede fundamentarse la punibilidad de alguna hipótesis típica de atentado contra el honor en comisión por omisión (supuesta, obviamente, la posibilidad de justificar la equivalencia entre la comisión activa y la omisiva, por tratarse de delitos

⁴¹ KERN, *op. cit.*, pp. 54, y 62 y ss. KINDHÄUSER sostiene, expresamente, que la toma de conocimiento de la expresión por parte del destinatario constituye el resultado de la acción, sin el cual el hecho no se consuma (KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil*, I, § 22, núm. 13).

de resultado que, sin embargo, no son resultativos)⁴². Tercero, porque de ella se sigue que respecto de la calumnia y la injuria son distinguibles la tentativa acabada y la tentativa inacabada. Y cuarto, porque, en función de esto último, respecto de la calumnia y la injuria son operativos tanto el desistimiento pasivo como el desistimiento activo.

Existe un punto de vista bajo el cual el sentido (objetivo) de la manifestación resulta decisivo para la determinación de las condiciones de su eventual punibilidad. Este punto de vista se refiere a la posibilidad de demostrar la verdad de aquello que se expresa, lo cual es decisivo en atención a la determinación de las condiciones analíticas del mayor o menor reconocimiento de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la punibilidad.

Un enunciado es verdadero o es falso en atención a los estados de cosas que son expresados en él⁴³. En términos de la teoría de la verdad como correspondencia, la verdad de un enunciado no es sino la correspondencia de la proposición enunciada con los estados de cosas que constituyen sus condiciones de verdad. Esto implica que no toda manifestación es susceptible de ser evaluada como verdadera o falsa. En principio, sólo quedarán comprendidas aquellas manifestaciones que correspondan (lingüísticamente) a la formulación de enunciados. Pues la verdad, mínimamente, es la correspondencia entre un enunciado y el hecho afirmado en el enunciado. Así HABERMAS: «Aquello que justificadamente podemos afirmar lo llamamos un hecho. Un hecho es aquello que hace verdadero a un enunciado»⁴⁴. En este sentido, las manifestaciones en que se

⁴² KERN, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁴³ HABERMAS, «Teorías de la verdad», en, del mismo, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Cátedra, Madrid, 1989, p. 114. No puede emprenderse en este contexto un análisis de la controversia entre las teorías realistas de la verdad como correspondencia y las teorías pragmáticas (consensualistas, coherentistas o discursivas) de la verdad. Basta con insinuar a estos efectos, que aun un defensor de una teoría pragmática de la verdad puede asumir que una teoría realista de la verdad como correspondencia «está presupuesta también por todas las teorías de la verdad como su condición necesaria» (APEL, «Falibilismo, teoría consensual de la verdad y fundamentación última», en, del mismo, *Teoría de la verdad y ética del discurso*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 44). Debe explicitarse, en todo caso, que la asunción de la intuición de la teoría de la verdad como correspondencia como condición mínima necesaria de la explicación del sentido de los enunciados veritativos no presupone que la noción de verdad como correspondencia sea asumida en los términos de una teoría metafísico-ontológica (o realista) de la verdad como correspondencia. La teoría lógico-semántica de la verdad como correspondencia de TARSKI es concebida como carente de toda implicación metafísica, pero al mismo tiempo, al menos según APEL, como criteriológicamente irrelevante.

⁴⁴ HABERMAS, «Teorías de la verdad», cit., pp. 117.

expresan enunciados se contraponen a las manifestaciones por las cuales se formulan juicios de valor⁴⁵.

Lo anterior no puede prejuzgar la cuestión de la admisibilidad o inadmisibilidad de la *exceptio veritatis*, cuestión que depende de una decisión de política criminal. Por ahora se trata sólo de determinar las posibilidades analíticas de una decisión en sentido afirmativo.

5. LA CALUMNIA Y LA INJURIA COMO IMPUTACIONES INFORMALES. LA IMPUTACIÓN COMO ACTO DE HABLA

En tanto falsa imputación de un delito, una acción típica en el sentido de la calumnia siempre importa la formulación de una imputación: se trata de la aseveración de que un sujeto ha cometido un delito. Siguiendo la expresión acuñada por JAKOBS, al menos esta clase de delito contra el honor se corresponde con la noción de una imputación informal⁴⁶. Una conducta típica en el sentido de la injuria, en cambio, no siempre se corresponde con una imputación informal. Desde ya, cabe considerar que en la hipótesis de «acción ejecutada» (injuria de hecho) en el sentido del art. 416 del Código Penal, puede subsumirse acciones injuriosas que no suponen imputación de un hecho. Pero inclusive tratándose de injurias subsumibles en la hipótesis «expresión proferida», no cualquier manifestación puede satisfacer la noción de imputación informal. En el sentido del art. 417, en principio, sólo aquellas acciones susceptibles de ser subsumidas en las hipótesis típicas de los números 1, 2 y 3 corresponden a imputaciones informales: de un crimen o simple delito de los que no dan lugar al procedimiento de oficio, de un crimen o simple delito penado o prescrito, o de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado, respectivamente.

Se emprenderá un análisis de los presupuestos comunes de la tipicidad en el sentido de la calumnia y la injuria, en relación con el ámbito de conductas que constituyen imputaciones informales. Lo que debe determinarse es en qué consiste una imputación informal, en tanto esta noción se corresponda con el sentido objetivo de la manifestación típicamente rele-

⁴⁵ Así, ALONSO ALAMO, *op. cit.*, p. 136. Ciertamente, esto no implica que los juicios de valor carezcan de condiciones de verdad. La cuestión radica, más bien, en que, en términos de semántica veritativa el análisis de las condiciones de verdad de un juicio de valor no agota el análisis de su significado. Así, HARE, *El Lenguaje de la Moral*, UNAM, México, 1973, p. 19.

⁴⁶ JAKOBS, *op. cit.*, p. 424.

vante en este ámbito de la protección penal del honor. Esto puede ser planteado a partir de la consideración de la conducta típica como un acto de habla⁴⁷. Se seguirá, en lo fundamental, la teoría de los actos de habla desarrollada por JOHN SEARLE, así como su recepción por JÜRGEN HABERMAS:

SEARLE distingue tres clases de actos de habla, que pueden entenderse también como tres dimensiones analíticamente diferenciadas en la ejecución de un acto de habla. Estas tres clases de actos de habla son los actos de emisión, los actos proposicionales y los actos ilocucionarios. Por *acto de emisión* SEARLE entiende «[l]a emisión de palabras (morfemas, oraciones)». Por *acto proposicional* SEARLE entiende las acciones de referir y predicar. Por *acto ilocucionario*, finalmente, SEARLE entiende la realización de enunciados, preguntas, mandatos, promesas y en general todas las acciones susceptibles de ser realizadas lingüísticamente mediante actos de emisión en determinados contextos⁴⁸. Que se trata de dimensiones distintas de los actos de habla parece desprenderse de la afirmación de SEARLE de que «al realizar un acto ilocucionario se realizan característicamente actos proposicionales y actos de emisión»⁴⁹. SEARLE explica esto puntualizando que «[l]a razón para abstraer cada uno de estos géneros consiste en que los 'criterios de identidad' son diferentes en cada caso», en la medida en que «los mismos actos proposicionales pueden ser comunes a diferentes actos ilocucionarios», así como «se puede realizar un acto de emisión sin realizar en absoluto un acto proposicional o un acto ilocucionario», al igual que «al realizar actos de emisión diferentes, un hablante puede realizar los mismos actos proposicionales e ilocucionarios»⁵⁰.

La descripción de la relación entre la realización de actos de emisión, por una parte, y la realización de actos proposicionales y actos ilocucionarios, por otra, no resulta compleja: sólo en la medida en que se emitan determinados fonemas y morfemas será posible la realización de acciones consistentes en predicar y referir, y, conjuntamente, enunciar, prometer u ordenar algo. La relación entre la realización de actos proposicionales y la realización de actos ilocucionarios, en cambio, resulta menos evidente a primera vista. Explicando esta relación, SEARLE sostiene

⁴⁷ Para un análisis general de la relevancia de la teoría de los actos de habla para la dogmática penal, RUIZ ANTÓN, «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras», en *ADPCP*, 1998, Vol. LI, pp. 3 y ss.

⁴⁸ SEARLE, *Actos de habla*, pp. 32-33.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁵⁰ *Ibidem*.

ne que «la forma gramatical característica del acto ilocucionario es la oración completa (puede ser una oración que conste de una sola palabra), y las formas gramaticales características de los actos proposicionales son partes de oraciones: predicados gramaticales para el acto de predicación, y nombres propios, pronombres y otras ciertas clases de frases nominales para la referencia»⁵¹. La relación entre la realización de actos proposicionales y la realización de actos ilocucionarios es una relación de dependencia de los primeros respecto de los segundos: «[l]os actos proposicionales no pueden ocurrir solos; esto es, no se puede referir y predicar *sin más*, sin hacer una aserción, plantear una pregunta o realizar algún otro acto ilocucionario»⁵².

La noción central en la teoría de los actos de habla es la noción de acto ilocucionario. Esto se debe a que es esta noción la que sintetiza el giro que el desarrollo de la pragmática (como nivel de análisis diferenciado de la semántica y la gramática) representa en la lingüística y en la filosofía del lenguaje. Hablar (ya) no sólo es decir, hablar es hacer: hablar es hacer cosas diciendo. Y lo que se hace cuando se habla es lo que se expresa en la noción de acto ilocucionario⁵³.

⁵¹ *Ibidem*, p. 34.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ En este punto se produce una diferencia fundamental entre la perspectiva de análisis a la que recurre GARRIDO PEÑA y la que se emplea en este trabajo. GARRIDO PEÑA defiende la consideración de la injuria como un acto performativo. Pero en el contexto de su trabajo, la noción de acto performativo (o bien, realizativo) es identificada con la noción de acto perlocutivo (perlocucionario). GARRIDO PEÑA sigue la teoría de los actos de habla modelada por AUSTIN, y sostiene que, en ese marco, el énfasis de su aproximación a la injuria como acto de habla se concentra en el nivel de los actos perlocucionarios. *Vid.* GARRIDO PEÑA, *op. cit.*, p. 277. GARRIDO PEÑA no considera la versión de la teoría de los actos de habla con la que SEARLE pretende superar el modelo desarrollado por AUSTIN. Esto tiene consecuencias fundamentales para los problemas que son objeto de análisis en este trabajo. GARRIDO PEÑA llega a afirmar que «[l]os actos semióticos performativos carecen de valor de verdad: son válidos o inválidos pero de ellos no se puede predicar que sean verdaderos o falsos». De esto infiere GARRIDO PEÑA que «en cuanto a un acto semiótico se le puede aplicar cualquier valor de verdad queda automáticamente desechada por completo su uso performativo, y por ende su naturaleza injuriosa» (*ibid.*, p. 284). Este déficit conceptual determina que GARRIDO PEÑA diferencie dos clases de performatividad: la performatividad *dura* y la performatividad *débil*. Según GARRIDO PEÑA, hay performatividad débil cuando la expresión es por naturaleza descriptiva pero por la intención subjetiva del acto puede emplearse performativamente, por ejemplo, para injuriar (*ibidem*, p. 291). Pero lo que debe rechazarse es que haya algo así como expresiones «por naturaleza» descriptivas. En todo caso, el recurso de GARRIDO PEÑA a la concepción austiniana de los actos de habla es problemática. Como observa KRÄMER, «[l]a insostenible de la oposición constatativo/performativo se relaciona sobre todo con que aun tratándose de actos originariamente performativos (actos «performativamente duros», en la terminología de GARRIDO PEÑA), la pregunta por la verdad o la falsedad tiene sentido. La

SEARLE sitúa en un plano de análisis distinto los llamados *actos perlocucionarios*. Esta noción se formula a partir de la tripartición austiniana entre actos locucionarios, actos ilocucionarios y actos perlocucionarios. Esta tripartición de los actos de habla suele ser descrita en el sentido de que el acto locucionario es lo que se dice, el acto ilocucionario lo que se hace al decir lo que se dice, y el acto perlocucionario lo que se persigue al hacer lo que se hace al decir lo que se dice⁵⁴. SEARLE rechaza esta tripartición como base de la construcción de la teoría de los actos de habla. Por una parte, SEARLE rechaza la distinción entre acto locucionario y acto ilocucionario. Según AUSTIN, mientras que lo propio del acto locucionario es el *significado*, lo propio del acto ilocucionario es la *fuerza* (ilocucionaria). Para SEARLE, en cambio, el significado es una propiedad del acto ilocucionario, pues es precisamente el significado lo que posibilita la realización de la acción específica a través del correspondiente acto de emisión⁵⁵. De ahí que SEARLE rechace la noción de acto locucionario⁵⁶.

Respecto de los actos perlocucionarios, SEARLE se refiere a éstos como *efectos perlocucionarios* de (la realización de) actos ilocucionarios. Se trata, según SEARLE, de «las consecuencias o *efectos* que tales actos [ilocucionarios] tienen sobre las acciones, pensamientos o creencias, etc., de los oyen-

pregunta tiene sentido, de hecho, en tanto existe una práctica social que una expresión performativa reconoce y (a la vez) realiza (KRÄMER, *Sprache, Sprechakt, Kommunikation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, pp. 140-141). Y como la propia KRÄMER señala, en la concepción de AUSTIN el concepto de performatividad fue sustituido por el concepto de ilocucionariedad como concepto clave de su teoría de los actos de habla, en el sentido de que los actos performativos y los actos constatativos se corresponden con clases específicas de actos ilocucionarios (*ibidem*, p. 142). Esto se muestra en las propias palabras de AUSTIN, cuando señala: «Si volvemos la vista por un momento a nuestro contraste entre enunciados y emisiones realizativas, nos damos cuenta que estábamos considerando los enunciados fiándonos demasiado en, como dijimos, el tratamiento tradicional. Teníamos que los enunciados habían de ser verdaderos o falsos; las emisiones realizativas por otra parte habían de ser afortunadas o desafortunadas. Consistían en hacer algo, mientras que con todo lo dicho el formular enunciados no era hacer algo. Ahora bien, seguro que este contraste es insatisfactorio si volvemos a examinarlo. Naturalmente los enunciados son susceptibles de ser evaluados en la cuestión de su correspondencia o falta de correspondencia con los hechos, es decir, de verdaderos o falsos. Pero son también susceptibles de infortunio al igual que lo son las emisiones realizativas» (AUSTIN, «Emisiones realizativas», en, del mismo, *Ensayos filosóficos*, Alianza Universidad, Madrid, 1989, p. 228). El propio AUSTIN sostiene, más adelante, que «[...] después de todo, cuando enunciamos algo o describimos algo o informamos de algo, realizamos un acto que es con igual derecho un acto de ordenar o de advertir» (*ibid.*, p. 229). Sobre esto, *vid.* HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», en, del mismo, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, pp. 350 y ss.

⁵⁴ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, I, Taurus, Madrid, 2001, p. 371.

⁵⁵ SEARLE, *Actos de Habla*, pp. 51 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 32, nota 1.

tes»⁵⁷. Lo que diferencia a la realización de actos ilocucionarios de sus eventuales efectos perlocucionarios es que el éxito o el fracaso del acto ilocucionario depende, en el ámbito de emisiones literales, de que el destinatario del acto (el oyente) comprenda el significado de la oración por la cual el hablante ejecuta el acto de habla. Y el significado de la oración está determinado por reglas, esto es, por reglas constitutivas que «especifican tanto las condiciones de emisión de la oración como también aquello como lo que la emisión cuenta»⁵⁸. La producción de determinados efectos perlocucionarios como consecuencia de la realización de un acto ilocucionario es, en todo caso, contingente.

Para determinar el estatus de los casos de calumnia o de injuria que corresponden a imputaciones informales, debe precisarse la condición de una imputación informal como acto ilocucionario. En este sentido, es imprescindible diferenciar distintos tipos de acto ilocucionario. SEARLE diferencia cinco clases de acto ilocucionario: los asertivos, los directivos, los compromisorios, los declarativos y los expresivos⁵⁹. Por un acto de habla asertivo, el hablante establece la verdad de la proposición expresada (enunciados, afirmaciones). Por un acto de habla directivo, el hablante establece una expectativa de comportamiento respecto del oyente, en el sentido de que ese comportamiento corresponde al contenido de la directiva (órdenes, peticiones). Por un acto de habla compromisorio el hablante se compromete a ejecutar una acción que se representa como el contenido proposicional del acto (promesas, garantías). Por un acto de habla declarativo, el hablante introduce una modificación en el mundo que se corresponde con la modificación del mundo representada en el acto de habla (una declaración de matrimonio, de guerra). Por un acto de habla expresivo, el hablante expresa la condición de sinceridad del acto ejecutado (agradecimientos, condolencias).

Una imputación, en el sentido de la calumnia y de la injuria, puede ser definida como la atribución de un hecho a un sujeto. Así, una imputación puede definirse como la afirmación de que un sujeto ha realizado un hecho. Desde el punto de vista de la clasificación de los actos de habla propuesta por SEARLE, una imputación informal constituye un acto de habla asertivo. En los términos en que esta clasificación es reformulada por HABERMAS, una imputación constituye un acto de habla

⁵⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁹ SEARLE, *Geist, Sprache und Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 176 y ss.

constatativo⁶⁰. Bajo esta consideración de las imputaciones informales puede analizarse ciertos presupuestos de su tipicidad en el sentido de los delitos contra el honor.

Como en muchos casos de realización de actos ilocucionarios, la realización de una aseveración supone la realización de actos proposicionales: específicamente, la realización de una referencia y de una predicación. A este respecto es fundamental considerar la distinción entre una aseveración y una proposición. SEARLE explica la distinción sosteniendo que «[u]na proposición es lo que es aseverado en el acto de aseverar, lo que es enunciado en el acto de enunciar», en términos tales que puede decirse que «una aseveración es un (género muy especial de) compromiso con la verdad de una proposición»⁶¹. En la medida en que a la realización de un determinado acto ilocucionario subyazca la expresión de una proposición, puede hablarse del contenido proposicional del acto ilocucionario. Esta diferenciación de la parte proposicional y de la parte ilocucionario de los actos de habla es lo que posibilita, según HABERMAS, la «doble estructura del habla»⁶².

⁶⁰ HABERMAS distingue seis clases o tipos de actos ilocucionarios: los constatativos, los regulativos, los expresivos, los imperativos, los comunicativos y los operativos (HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, I, pp. 413-417). En lo que aquí interesa, la categoría de los constatativos se corresponde con la de los asertivos en SEARLE; así como la de los expresivos es coincidente en ambos. En cuanto a los declarativos y los compromisorios, HABERMAS los incluye dentro de los actos de habla regulativos, que se definen porque en ellos «el hablante se refiere a algo en un mundo social común, en el sentido de establecer una relación interpersonal que sea reconocida como legítima» (*ibidem*, p. 416). Por lo mismo, HABERMAS sólo incluye una parte de los directivos en los regulativos, calificando a los restantes de imperativos, que se definen como funcionales a una interacción abiertamente estratégica (*ibidem*, p. 391). A diferencia de los actos de habla regulativos, en los cuales el hablante entabla una pretensión de validez (universal) análoga a la pretensión de verdad, a saber, una pretensión de corrección normativa, en los actos imperativos el hablante entabla una pretensión puramente fáctica de poder.

⁶¹ SEARLE, *Actos de Habla*, p. 38. La distinción se encuentra ya en WITTGENSTEIN, o más propiamente, en los dos WITTGENSTEIN: «Cualquier proposición ha de tener ya un sentido; la afirmación no puede dársele, puesto que es ella precisamente quien afirma el sentido. Y lo mismo vale para la negación, etc.» (WITTGENSTEIN, *Tractatus Lógico-Philosophicus*, Alianza, Madrid, 1999, p. 63); «La aserción de la proposición negativa contiene la proposición negada, pero no su aserción» (WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, UNAM/Critica, México/Barcelona, 1988, p. 315).

⁶² HABERMAS da cuenta de que si bien todo acto de habla explícito puede entenderse como un acto de habla proposicionalmente diferenciado, esto es, como un acto de habla que se compone tanto de una parte ilocucionaria como de una parte proposicional, la relación entre el componente ilocucionario y el componente proposicional puede variar. Así, mientras que en los actos de habla constatativos el contenido proposicional se enuncia, en los actos de habla no constatativos el contenido proposicional sólo se menciona (HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., pp. 335-336). Esta diferencia se explica por la diferencia ilocucionaria entre los actos de habla constatativos y los actos de habla no constatativos: lo que define a un acto de habla constatativo es que su significado ilocucionario consiste en la afirmación de una proposición.

La expresión de una proposición supone la realización de dos actos proposicionales: una referencia y una predicación. Una referencia presupone la formulación de una expresión referencial, definida por SEARLE como «cualquier expresión que sirva para identificar alguna cosa, proceso, evento, acción o cualquier otro género de 'individuo' [sic] o 'particular' [sic]»⁶³. Una predicación, por su parte, supone la formulación de una expresión predicativa relativa al objeto de la referencia (identificado como tal en virtud de una expresión referencial).

Una imputación informal, desde el punto de vista de la teoría de los actos de habla, puede ser entendida como la ejecución de un tipo de acto ilocucionario, esto es, como la realización de un acto de habla asertivo o constatativo. La realización de una aseveración, en tanto acto ilocucionario, supone la expresión de una proposición, que es el objeto (lingüístico) afirmado o aseverado. La expresión de una proposición supone típicamente la realización de dos actos proposicionales: una referencia y una predicación. Tratándose de actos proposicionales implicados en actos ilocucionarios que consisten en la aseveración de que un sujeto ha hecho algo, la predicación es la predicación de la ejecución del hecho, mientras que la referencia se corresponde con la identificación del sujeto del cual se predica el hecho.

Sobre la base de lo anterior puede emprenderse el análisis de las condiciones requeridas para que pueda entenderse realizada una imputación informal, en el sentido en que lo exigen el tipo del delito de calumnia y determinadas hipótesis típicas del delito de injuria. La verificación de una aseveración no puede decidirse atendiendo a la sola estructuración lingüística de la expresión, ni tampoco atendiendo a si la afirmación se funda en la observación propia o ajena del hecho⁶⁴. Lo que se requiere para que haya aseveración de un hecho y, en esta medida, imputación informal a alguien, es que a la expresión subyazca una aserción. Esto supone que lo que hace el hablante es establecer una pretensión de verdad respecto de la enunciación de un hecho (como contenido proposicional del acto ilocucionario por el cual se asevera el hecho).

Por eso falta la afirmación de un hecho y, por ende, la imputación informal de ese hecho, cuando el hecho en cuestión sólo es referido como

⁶³ SEARLE, *Actos de Habla*, p. 35.

⁶⁴ Así, en relación con el delito de difamación (*üble Nachrede*) del § 186 del StGB, LENCKNER, *op. cit.*, p. 1397.

posiblemente acaecido, incluso prescindiendo de cuál sea la intención del sujeto que emite la expresión⁶⁵. En la medida en que la expresión no sea suficientemente categórica en la afirmación de un hecho, este hecho no puede entenderse aseverado ni, consecuentemente, imputado, de modo que faltará ese presupuesto de la calumnia y de las hipótesis de injuria que así lo exigen.

Así como la noción de imputación exige que la expresión emitida satisfaga una exigencia de fuerza ilocucionaria asertiva, la noción de imputación también exige determinación, esto es, precisión, tanto en cuanto al hecho afirmado como en cuanto al sujeto o a los sujetos de los cuales el mismo se predica. Esto es especialmente importante cuando se trata de la imputación informal de hechos que son constitutivos de delito. Ciertamente, no se requiere que quien afirma el hecho lo encuadre típicamente de manera correcta (del mismo modo en que un error de subsunción, en principio, no fundamenta un error de prohibición), pero sí se requiere que el hecho esté suficientemente precisado de modo que sea posible su encuadramiento en un tipo de delito⁶⁶.

Pero no basta que el hecho esté determinado. También se exige que el sujeto de quien se predica su ejecución sea adecuadamente identificado. En principio, no se requiere que el sujeto sea designado por su nombre, pero sí es imprescindible que esté individualizado o que pueda serlo a partir de la expresión emitida por quien imputa informalmente el hecho⁶⁷.

En definitiva, la concepción de la calumnia y de algunos supuestos de injuria como tipificación de imputaciones informales se traduce en una doble exigencia de determinación del hecho imputado y del sujeto a quien el hecho se imputa, en los términos en que, de modo particularmente indicativo, lo ha declarado el Tribunal Supremo español a propósito de un caso de calumnia, al afirmar que la exigencia de una imputación implica «que se atribuya, achaque o carga en cuenta a una persona la perpetración de un delito, debiendo recaer sobre un hecho concreto y determinado constituyendo atribución infundada, circunstanciada y precisa, siendo indis-

⁶⁵ LENCKNER, *op. cit.*, p. 1398.

⁶⁶ En este sentido, en referencia a la regulación de la calumnia bajo el Código español de 1995, se sostiene que «se exige que una determinación taxativa del hecho delictivo imputado, sin que la doctrina y la jurisprudencia exijan un rigor técnico en la calificación jurídica de la conducta que deba satisfacer el autor de la calumnia» (QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, *op. cit.*, p. 360).

⁶⁷ LENCKNER, *op. cit.*, p. 1392.

pensable que se designe claramente la persona contra la que se dirige la imputación [...]»⁶⁸.

6. LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO IMPUTADO. IMPUTACIÓN INFORMAL BAJO DESIGNACIÓN COLECTIVA

A partir de la tesis de la imputación como acto de habla puede analizarse un problema específico que plantean determinados casos relevantes como calumnia o injuria, que pueden ser definidos como casos de *imputación bajo designación colectiva*. En la doctrina alemana, a propósito del análisis de los presupuestos comunes de la tipicidad de los delitos contra el honor, se hace referencia a la distinción entre injuria colectiva (*Kollektivbeleidigung*) e injuria bajo una designación colectiva (*Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung*)⁶⁹. La distinción entre ambas modalidades de ataque al honor se fundamenta en referencia al titular del honor afectado. Mientras que en la injuria colectiva se trata de la afectación del honor de un ente supraindividual (lo cual remite al problema de si puede afirmarse que tales entes gocen de honor merecedor de protección penal), en la injuria bajo designación colectiva se trata de la afectación del honor de una o más personas naturales que forman parte de una determinada asociación o grupo de personas, de manera tal que la referencia ofensiva a sus miembros, expresada de forma indeterminada, pueda ser constitutiva de un ataque al honor de tales miembros en tanto individuos.

El punto está directamente vinculado con la exigencia de determinación en la imputación informal, y específicamente, con la exigencia de determinación respecto del sujeto de quien se predica el hecho. En términos de la teoría de los actos de habla, se trata de un problema que se sitúa en el nivel de la referencia como acto proposicional subyacente a la realización de un acto ilocucionario.

El acto de habla de la referencia supone el uso de expresiones referenciales. Una expresión referencial, según SEARLE, es «cualquier expresión que sirva para identificar alguna cosa, proceso, evento, acción o cualquier otro género de 'individuo' o 'particular'»⁷⁰. SEARLE clasifica las expresiones referenciales, en lo que aquí interesa, desde dos puntos de

⁶⁸ Cit., en BAJO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 304.

⁶⁹ MAURACH, *op. cit.*, pp. 234 y ss.; LENCKNER, *op. cit.*, pp. 1381 y ss.; KINDHÄUSER, *Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, p. 663; GÖSSEL, *op. cit.*, p. 352.

⁷⁰ SEARLE, *Actos de Habla*, p. 35.

vista⁷¹. En primer término, las expresiones referenciales pueden ser singulares o múltiples, dependiendo de si el objeto de referencia es singular o plural. En segundo término, las expresiones referenciales pueden ser definidas o indefinidas, según si el objeto de referencia es determinado o indeterminado. Ambos criterios clasificatorios pueden ser combinados, de lo cual resultan cuatro clases de expresiones referenciales: (1) expresiones referenciales definidas singulares (por ejemplo, «esa mujer», en la oración «esa mujer vino»), (2) expresiones referenciales indefinidas singulares (por ejemplo, «una mujer», en la oración «una mujer vino»), (3) expresiones referenciales definidas múltiples (por ejemplo, «esas mujeres», en la oración «esas mujeres vinieron») y (4) expresiones referenciales indefinidas múltiples (por ejemplo, «unas mujeres», en la oración «unas mujeres vinieron») ⁷².

Los casos de imputación informal bajo designación colectiva se corresponden con el uso de expresiones referenciales múltiples. En esto se diferencian de los casos de injuria colectiva, los cuales se corresponden con la utilización de expresiones referenciales singulares: el objeto de referencia es un ente individual, por ejemplo, *una* corporación⁷³. Si la imputación bajo designación colectiva se corresponde con el uso de expresiones referenciales múltiples, es claro que éstas pueden ser definidas o indefinidas. Esto implica que ha de distinguirse dos grupos de casos de imputación bajo designación colectiva, pues ésta puede referirse bien a todos los miembros del ente colectivo, bien a uno o más miembros, no individualizados. En el sentido de la teoría de los actos de habla, se trata de la distinción entre la utilización de expresiones referenciales *definidas* múltiples («los miembros»; «todos los miembros») y la utilización de expresiones referenciales *indefinidas* múltiples («algunos miembros»), respectivamente.

La distinción se justifica, precisamente, en función de la satisfacción o no del estándar de precisión que está implícito en la idea de imputación.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 35-36.

⁷² Hay que advertir que no es la forma gramatical de los componentes de la oración lo que determina que la expresión sea o no referencial. Por ejemplo, la expresión «una mujer» puede constituir una expresión predicativa, si se la usa en la oración «ella es una mujer». En esta oración, la expresión referencial es «ella», mientras que «una mujer» expresa lo que se predica del objeto de referencia. Sobre esto, fundamental, STRAWSON, *Individuos*, Taurus, Madrid, 1988.

⁷³ Ciertamente, también puede concebirse supuestos de injuria colectiva bajo la utilización de expresiones referenciales múltiples: por ejemplo, si el objeto de referencia corresponde a la expresión «algunas corporaciones». Estos son casos de injuria colectiva, a la vez, que de injuria bajo designación colectiva.

En el primer grupo de casos, pese a la falta de individualización, ésta es irrelevante, pues la determinación de los sujetos a quienes se imputa el hecho es absoluta: respecto de cada uno de los miembros del ente colectivo se afirma la realización del hecho imputado. Todos son afectados en tanto personas individuales. En el segundo grupo de casos, en cambio, la falta de individualización conduce a que exista incertidumbre en cuanto a quién o quiénes de los miembros del ente colectivo son alcanzados por la expresión. En estos casos la exigencia de determinación no resulta satisfecha. Esto se traduce en un rechazo de la tesis dominante en la doctrina alemana, que en principio admite la punibilidad de estos supuestos de injuria (en sentido amplio) bajo designación colectiva⁷⁴. Que esta tesis de la doctrina alemana dominante es problemática, se muestra en que uno de sus defensores llegue a sostener, empero, que «los 100 miembros de una determinada cooperativa pueden ser injuriados si de ellos se dice que son ‘todos delincuentes’, pero no si la declaración consiste en que entre ellos se encuentra un delincuente»⁷⁵.

Este problema se vincula a una consideración importante acerca de la relación entre la realización de actos ilocucionarios y la realización de actos proposicionales. El éxito del acto ilocucionario de que se trata puede imponer condiciones para los actos proposicionales (eventualmente) necesarios para la realización del acto ilocucionario⁷⁶. La realización de una imputación (acto ilocucionario) implica condiciones para la referencia (acto proposicional) subyacente: la referencia debe corresponderse con la utilización de una expresión referencial definida. Sólo así se satisface la exigencia de determinación que condiciona el éxito ilocucionario de la imputación. Esto no implica afirmar que toda aseveración presuponga, necesariamente, el uso de una expresión referencial definida. Lo que aquí se afirma es que una imputación constituye una clase especial de acto de habla asertivo, que en principio exige el uso una expresión referencial definida.

⁷⁴ Vid. por ejemplo KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil*, I, § 22, núm. 11.

⁷⁵ LENCKNER, *op. cit.*, p. 1382. Es importante tener presente que el ejemplo se refiere al tipo de la injuria del § 185 del StGB, de modo que no resulta aplicable la exigencia de determinación en cuanto al hecho atribuido.

⁷⁶ SEARLE reconoce este aspecto de la relación entre actos ilocucionarios y actos proposicionales a propósito del análisis de la promesa como acto ilocucionario: «En el caso de prometer, el alcance del dispositivo indicador de la fuerza ilocucionaria incluye ciertas características de la proposición. En una promesa debe predicarse un acto del hablante, y ese acto no puede ser un acto pasado». SEARLE, *Acto de Habla*, p. 65.

La tesis es la siguiente: el éxito de la imputación informal en tanto acto ilocucionario requiere el éxito de la referencia en tanto acto proposicional. Esto presupone que no siempre la utilización de una determinada expresión referencial implica la realización de una referencia. Como sostiene SEARLE, «no toda ocurrencia de una expresión referencial es una ocurrencia referencial»⁷⁷. La ocurrencia de una referencia exige la satisfacción de determinadas condiciones. Para explicar en qué consisten estas condiciones, SEARLE enuncia tres *axiomas de la referencia*: el axioma de la existencia, el axioma de la identidad y el axioma de la identificación. El *axioma de la existencia* dice que «[c]ualquier cosa a la que se hace referencia debe existir»⁷⁸. El *axioma de la identidad* dice que «[s]i un predicado es verdadero de un objeto, es verdadero de todo lo que sea idéntico a ese objeto, independientemente de las expresiones que se usen para hacer referencia a ese objeto»⁷⁹. El *axioma de la identificación*, por último, dice que «[s]i un hablante se refiere a un objeto, entonces él identifica o es capaz, si se le pide, de identificar para el oyente ese objeto separadamente de todos los demás objetos»⁸⁰.

Las condiciones necesarias para el éxito de la referencia se corresponden con una reformulación del axioma de la existencia y una reformulación del axioma de la identificación. La primera condición consiste en que «[d]ebe existir uno y sólo un objeto al que se aplica la emisión de una expresión por parte del hablante»⁸¹. La segunda condición consiste en que «[d]ebe dársele al oyente medios suficientes para identificar el objeto a partir de la emisión de la expresión por parte del hablante»⁸². La satisfacción de estas dos condiciones posibilita una *referencia completamente consumada*, que es «aquella en la que, de manera no ambigua, se identifica un objeto para el oyente, esto es, cuando la identificación se comunica al oyente»⁸³. De la referencia completamente consumada SEARLE distingue la *referencia con éxito*. Según SEARLE, una referencia puede tener éxito «incluso si no identifica el objeto para el oyente de manera ambigua [esto es, aun si no se encuentra completamente consumada], con tal que solamente el hablante pueda hacerlo si se le pide»⁸⁴.

⁷⁷ SEARLE, *Acto de Habla*, cit., p. 84.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 87.

⁸¹ *Ibidem*, p. 90.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 89.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 90.

Sobre la base de lo anterior, SEARLE formula el *principio de identificación*, cuya satisfacción es condición necesaria para la realización exitosa de una referencia definida al emitirse una expresión: «o bien la expresión debe ser una expresión identificadora, o el hablante ha de ser capaz, si se le pide, de producir una expresión identificadora»⁸⁵.

Considérese la forma en que SEARLE muestra el punto:

Supongamos [...] que el oyente pregunta: «¿Quién es Juan?»; una respuesta no identificadora tal como, por ejemplo, «Un teniente del Ejército del Aire», puede proporcionar identificación suficiente para que el discurso continúe, pero incluso en tales casos el oyente debe suponer siempre que el hablante podría distinguir a Juan de otros tenientes del Ejército del Aire⁸⁶.

Este sería un caso de *referencia parcialmente consumada*. Si bien se trata de un ejemplo de utilización de una expresión referencial indefinida singular, es claro que el mismo es aplicable a casos de utilización de expresiones referenciales indefinidas múltiples. Para que la utilización de tales expresiones pueda ser considerada conducente al éxito de la referencia, es necesario que se suponga que el hablante podría identificar los objetos (cosas, personas, etc.) a los cuales se extiende la pretensión de la referencia.

Esta suposición es una suposición necesaria para la continuación de la comunicación entre hablante y oyente. En este sentido, la suposición favorece al hablante, puesto que se traduce en una suposición de competencia lingüística. Esto indica que la suposición es funcional a la prosecución del habla. La pregunta que se suscita, entonces, es si la misma suposición relativa a la posibilidad del hablante de identificar el o los objetos de su expresión referencial puede ser mantenida cuando ya no se trata de hacer posible la comunicación en atención al carácter no (plenamente) consumado de la referencia, sino de establecer si su manifestación puede ser punible como un delito contra el honor.

En los casos de imputación bajo designación colectiva con utilización de una expresión referencial indefinida múltiple («algunas...»), se constata un déficit de identificación en comparación con los casos de imputación bajo designación colectiva con utilización de una expresión referencial

⁸⁵ *Ibidem*, p. 96.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 97.

definida múltiple («todas...»). Y no es posible obviar esta incertidumbre sosteniendo que cada uno de los miembros del ente colectivo, potencialmente, ha podido ser aludido, y así sostener que cada uno ha sido afectado. Pues este argumento implicaría identificar la lesividad (desde el punto de vista de la protección del honor) del acto de habla en la dimensión de los posibles efectos perlocucionarios, y no en el nivel del acto ilocucionario mismo. Un argumento tal supone atribuir al acto de habla una pretensión de referencia que excede la pretensión de referencia que a ese acto corresponde de acuerdo con las reglas del lenguaje que hacen posible ese acto. Son estas reglas (constitutivas) las que definen el sentido (objetivo) que ha de atribuirse a la manifestación. O sea, las reglas que definen al acto como acto ilocucionario. Una expresión que particulariza una aseveración no puede ser interpretada como una expresión que generaliza una aseveración.

La posibilidad de afirmar la tipicidad de supuestos en que la imputación bajo designación colectiva se refiere a uno o más de los miembros no individualizados de una asociación, está sujeta a las reglas generales en cuanto a la determinación que ha de satisfacer la imputación. La satisfacción de la exigencia de determinación requiere una referencia consumada, lo cual supone una expresión referencial definida. Si el acto de habla en cuestión no posibilita la determinación de quién o quiénes son los aludidos, entonces la tipicidad de ese acto de habla ha de estimarse excluida, en tanto se lo evalúe como imputación informal.

No puede excluirse sin más, sin embargo, la posibilidad de que el déficit que supone una aseveración a la cual subyace una referencia parcialmente consumada pueda compensarse, en la medida en que el contexto en que es ejecutado el acto de habla contribuya a la determinación del objeto de referencia. Pero desde el punto de vista de la calificación de ese acto de habla como un delito de imputación informal, es necesario que el contexto sea imputable al autor de la aseveración.

En definitiva, la tesis aquí defendida se orienta a la reformulación de la caracterización de la calumnia y la injuria como delitos de manifestación. Lo que se exige para la tipicidad es que la lesión del honor sea atribuible al sentido objetivo de la manifestación. El sentido objetivo de la manifestación se determina a partir de las reglas cuyo seguimiento hace posible la manifestación como expresión con sentido. Y tratándose de manifestaciones cuyo sentido es la realización de un acto ilocucionario, las reglas cuyo seguimiento hace posible la realización del acto de habla imponen ciertas condiciones para la referencia en tanto acto proposicional que identifica al sujeto imputado. Y la solución defendida para el proble-

ma de la determinación de la imputación en los supuestos de imputación bajo designación colectiva presupone una tesis general respecto del núcleo de injusto de los delitos contra el honor, al menos en el ámbito de la formulación de imputaciones informales.

En todo el ámbito en que la comisión de delitos contra el honor tiene lugar mediante actos de habla, como es el caso tratándose de imputaciones informales, la vinculación de la afectación del honor al componente ilocucionario del acto de habla en cuestión se corresponde con la consideración de los delitos contra el honor como delitos de manifestación. Pues en el contexto de acciones lingüísticamente (y no sólo simbólicamente) mediadas, el sentido que cabe atribuir a la manifestación está constituido por su significado ilocucionario. Como se verá más abajo, el significado ilocucionario de una imputación informal está directamente asociado a la pretensión que su autor entabla cuando ejecuta el acto de habla. Una imputación informal es un acto de habla asertivo o constatativo. Y la pretensión de validez que necesariamente se entabla cuando se ejecuta esta clase de acto de habla es una pretensión de verdad.

7. EL INJUSTO DE LA IMPUTACIÓN INFORMAL Y LA *EXCEPTIO VERITATIS*

El núcleo de injusto del delito de calumnia, tipificado en el art. 412 del Código Penal chileno, se constituye en la imputación falsa de un delito. Se suele plantear cierta controversia respecto de si aquello a lo cual cabe vincular el predicado de la falsedad es la imputación del delito o bien el delito imputado. En términos de las categorías utilizadas en este trabajo, lo que es verdadero o falso es un enunciado, en atención a la correspondencia o falta de correspondencia entre su contenido proposicional y los estados de cosas que son el caso. Un enunciado que expresa o refleja estados de cosas que no son el caso, es un enunciado falso⁸⁷. Una imputación informal punible como calumnia es una afirmación de un enunciado falso.

En el contexto de la calumnia, la falsedad del enunciado afirmado por la imputación informal constituye un elemento del tipo. Como todo elemento del tipo de delito, su ausencia determina la atipicidad de la conducta en cuestión. Esto significa que en caso de ser efectivo el delito que se imputa, la imputación informal ha de ser considerada atípica, al menos desde el

⁸⁷ Vid. HABERMAS, «Teorías de la verdad», cit., p. 117.

punto de vista del tipo de delito consumado establecido en la Parte Especial. Que pueda fundamentarse la punibilidad por una tentativa (inidónea), eso depende de consideraciones adicionales vinculadas en parte a la dogmática de la Parte General y en parte a la interpretación que se formule del art. 415 inciso 1º del Código Penal, que establece la *exceptio veritatis*⁸⁸.

La consideración de la falsedad del enunciado afirmado por la imputación informal como elemento del tipo de la calumnia, ha dado lugar, tanto en la doctrina española como en la chilena, a una disputa acerca de si la falsedad debe entenderse en sentido objetivo o en sentido subjetivo, es decir, si se requiere que el delito imputado efectivamente no haya existido o bien si basta que quien formula la imputación suponga que el delito no ha existido. En otros términos, se trata de si lo opuesto a la falsedad es la verdad del enunciado o bien la veracidad por parte de quien afirma el enunciado.

Esta disputa debe ser obviada por la vía de la aplicación de los criterios generales acerca de la relación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo. La no-efectividad del delito imputado debe ser abarcada por el dolo en cuanto criterio de imputación subjetiva del hecho (la imputación informal) a su autor. Así, la efectividad del delito imputado impide la punibilidad por calumnia consumada (quedando abierta la pregunta por la imputación por tentativa inidónea en caso de que el autor suponga erróneamente la falsedad del delito), mientras que la suposición errónea de la efectividad del delito imputado, da lugar a un error de tipo cuya consecuencia, de acuerdo con las reglas generales, es la exclusión del dolo y por ende la exclusión de la punibilidad, en función la atipicidad de la comisión imprudente (para el caso de un error de tipo vencible).

La cuestión que debe ser examinada es la relación entre la consideración de la falsedad del enunciado afirmado por la imputación informal y la regulación de la *exceptio veritatis* en relación con la calumnia. Por la exigencia típica de falsedad del enunciado subyacente a la imputación informal, en caso de que el delito imputado sea efectivo ha de afirmarse la atipicidad de la conducta y, por ende, excluirse la imputación de responsabilidad a título de calumnia. Esto podría conducir a la consideración de la regulación de la *exceptio veritatis* como redundante. En efecto, la fundamentación de la impunidad en los supuestos de verdad del delito imputado se encuentra dada por la propia configuración típica del delito de calumnia establecida

⁸⁸ El artículo 415 del Código Penal chileno establece, en su inciso 1º: «El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado».

en el art. 412 del Código Penal, por lo cual la regla explícita expresada en el inciso 1º art. 415 habría de ser considerada innecesaria.

Lo anterior no es el caso. Ciertamente, la objeción de la redundancia sería pertinente si la regla de la *exceptio veritatis* sólo constituyera una explicitación de la consecuencia procesal derivada de la efectividad del delito objeto de la imputación informal. Pero la regla de la *exceptio veritatis* produce consecuencias que exceden la mera explicitación de la atipicidad a título de calumnia por la efectividad del delito imputado. Estas consecuencias se fundamentan en una determinada interpretación de la cláusula «quedará exento de toda pena» establecida en el art. 415 del Código Penal chileno.

La primera consecuencia relevante de la regulación de la *exceptio veritatis* en relación con el delito de calumnia, consiste en la exclusión expresa de la punibilidad de la tentativa inidónea en caso de que el sujeto haya supuesto erróneamente la no-efectividad del delito imputado y posteriormente, sin embargo se acredite su efectividad (durante el proceso respectivo). La exclusión de «toda pena» impide atribuir responsabilidad por tentativa (o delito frustrado) al sujeto que imputa un delito bajo la suposición errónea de su no-efectividad, siempre que tenga lugar la demostración de su efectividad, judicialmente. En estos casos, la *exceptio veritatis* opera como una excusa legal absolutoria.

Debe destacarse una cuestión fundamental. Que la regla del art. 415 inciso 1º posibilite la exención de pena en caso de que el imputado acredite la efectividad del delito no implica que el adjudicador (y el órgano encargado de la persecución, en su caso) no deba, por iniciativa procesal propia, indagar en ello en el modo establecido por la ley. Esto se debe, precisamente, al hecho de que la falsedad del enunciado subyacente a la imputación informal constituye un elemento del tipo de la calumnia, de modo que respecto de su determinación rigen las reglas generales. La regulación de la *exceptio veritatis* establece una posibilidad a favor del imputado por calumnia, no una carga probatoria que libere al tribunal de su deber de demostrar la tipicidad de la conducta juzgada para la fundamentación de una condena⁸⁹.

⁸⁹ En este sentido, ETCHEBERRY afirma que «[l]a falsedad de la imputación es un elemento del tipo, de tal modo que es obligación del tribunal instructor y sentenciador determinar si concurre o no, independientemente de cualquiera alegación que al respecto pueda formular el acusado de calumnia. Este último puede adoptar una actitud enteramente pasiva, y ello no exime al juez de su obligación de determinar la existencia del hecho punible (Arts. 108, 109 y 110 del C. de Procedimiento Penal), y por ende, la falsedad o efectividad de la imputación» (ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 177).

La segunda consecuencia, sin embargo, es la más importante. En caso de probarse la efectividad del delito informalmente imputado, no sólo debe rechazarse la punibilidad a título de calumnia, sino también a título de injuria. Esto también puede fundamentarse en la cláusula de la exención de «toda pena». La justificación dogmática de esta solución impone la necesidad de efectuar algunas consideraciones acerca de la relación sistemática existente entre la calumnia y la injuria y, en definitiva, acerca de sus posibles relaciones concursales.

Parece existir dos alternativas plausibles para la reconstrucción sistemática de la relación entre el tipo de la calumnia y el tipo de la injuria, cada una de las cuales puede apoyarse en una determinada comprensión de la función de la regulación de la *exceptio veritatis* en la calumnia. La primera consiste en entender que la *exceptio veritatis* del art. 415 inciso 1º, que respecto de la calumnia explicita la consideración de la falsedad del delito imputado como elemento del tipo de la calumnia, opera, además, como excusa legal absolutoria respecto de la injuria eventualmente constituida por la imputación informal del delito cuya efectividad es demostrada en el proceso. Esto implica que una imputación de un delito susceptible de ser perseguido de oficio podría resultar típica en el sentido de alguna hipótesis de injuria, pues de lo contrario carecería de sentido el reconocimiento de una causa de exclusión de la punibilidad a su respecto. La hipótesis de injuria que vendría en consideración ciertamente no podría ser ni la del Nº 1 ni la del Nº 2 del art. 417, pues es claro que entre éstas y el tipo de la calumnia hay una relación de alternatividad o exclusión mutua. Basta plantear la posibilidad de que la conducta en cuestión satisfaga el tipo base de la injuria establecido en el art. 416 (proferir una expresión o ejecutar una acción en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona).

Evidentemente, esto presupone que en caso de que el delito (actualmente susceptible de ser perseguido de oficio) imputado no sea efectivo, la imputación informal en cuestión, típica en el sentido de la calumnia, también satisfaría el tipo de la injuria. Esto es, que la imputación falsa de un delito susceptible de ser actualmente perseguido de oficio constituiría, además, una expresión proferida en deshonra, descrédito o menosprecio del sujeto de quien se predica la comisión del delito falso. Así, se fundamentaría un concurso aparente entre la calumnia y la injuria, el cual tendría que ser resuelto (por especialidad) a favor de la calumnia. Bajo estas premisas podría defenderse, entonces, la consideración de la calumnia como una hipótesis especial, calificada, de injuria⁹⁰.

⁹⁰ A favor de la tesis de la calumnia como clase especial de injuria, ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 173; GARRIDO MONTT, *op. cit.*, p. 210.

La segunda alternativa interpretativa, en cambio, consiste en entender que la cláusula «quedará exento de toda pena» expresa una relación de alternatividad (=mutua exclusión) entre el ámbito típico de la calumnia y el de la injuria⁹¹. Bajo esta tesis, la imputación de un delito susceptible de ser actualmente perseguido de oficio se encontraría excluida del ámbito típico de la injuria, en función de una definición sistemática, en términos tales que su punibilidad sólo podría determinarse en atención a su tipicidad o atipicidad como calumnia: si el delito imputado no es efectivo, podría afirmarse la punibilidad por calumnia; si es efectivo, habría que negar la punibilidad a título de calumnia, lo cual no podría ser compensado por la punibilidad a título de injuria.

El problema a que se enfrenta esta segunda tesis consiste en que ella parece desconocer que la imputación de un delito susceptible de ser perseguido actualmente de oficio, *prima facie* al menos, sí puede ser constitutiva de una «expresión proferida en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona». Siendo esto así, la afirmación de su atipicidad como injuria podría interpretarse como un intento de resolver en el nivel de la configuración de los tipos de injusto un problema que pertenecería al nivel de la determinación de la pena, como es el problema de la fundamentación y resolución de un concurso aparente.

Esta última objeción puede ser salvada en tanto se identifique una razón que justifique la afirmación de una disyunción fuerte entre el ámbito típico de la calumnia y el ámbito típico de la injuria. Y aquí se defenderá la tesis de que tal razón existe. Se trata de la constatación de un interés colectivo determinante en los supuestos en que el objeto de la imputación informal constituye un delito susceptible de ser actualmente perseguido de oficio. En tales supuestos, respecto de los cuales la persecución punitiva estatal no se encuentra restringida en modo alguno por la observancia de intereses privados atribuibles a la víctima del delito, el honor del sujeto a quien se imputa informalmente el delito sólo es merecedor de protección penal cuando la imputación informal infringe una expectativa de orientación de la comunicación a la verdad.

La opción por la primera solución (excusa legal absolutoria respecto de la injuria en caso de efectividad del delito y concurso aparente entre

⁹¹ Según JAKOBS, «[l]a *alternatividad* como denominación del supuesto en que se excluyen recíprocamente realizaciones delictivas (exclusividad) no se refiere precisamente al concurso de leyes, sino a su exclusión típica» (JAKOBS, *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, Apartado 31, núm. 12, nota 13).

calumnia e injuria en caso de falsedad del delito) o por la segunda (alternatividad entre el tipo de la calumnia y la injuria expresada en la regulación de *exceptio veritatis* de la calumnia), es relevante en términos prácticos. Su importancia se observa en relación con posibles casos de suposición errónea de la efectividad de un delito (susceptible de ser perseguido actualmente de oficio) que *ex post* se demuestra no ser efectivo. En tales casos, debe excluirse la punibilidad por calumnia, en tanto la suposición errónea de la efectividad del delito informalmente imputado fundamenta un error de tipo (desconocimiento de un elemento del tipo: la falsedad de la imputación), cuya consecuencia es la exclusión del dolo (único vínculo de imputación subjetiva típicamente relevante). Pero surge la pregunta acerca de su punibilidad como injuria. Si se defiende la primera solución, no podría estimarse operativa la excusa legal absolutoria constituida por la *exceptio veritatis*, precisamente porque faltaría su presupuesto: la acreditación de la efectividad del delito informalmente imputado. Por ende, cabría afirmar la punibilidad de la imputación informal a título de injuria. Si se defiende la segunda solución, en cambio, tiene que excluirse la posibilidad de fundamentar la punibilidad a título de injuria, por cuanto el objeto de la imputación informal (un delito susceptible de ser perseguido actualmente de oficio) se encontraría excluido del ámbito típico de la injuria, en virtud de una definición sistemática.

8. EL INJUSTO DE LA CALUMNIA COMO QUEBRANTAMIENTO DE UNA PRETENSIÓN DE VERDAD

La defensa de la tesis de la relación de alternatividad entre la calumnia y la injuria puede reformularse a partir de la consideración de la imputación (informal) como acto ilocucionario. Una imputación constituye una aseveración, esto es, un acto de habla asertivo o constatativo. Lo que define a un acto de habla constatativo como especie de acto ilocucionario es la pretensión de validez que necesariamente se entabla en su ejecución. Un acto de habla constatativo, según HABERMAS, es un acto de habla definido por la pretensión de verdad que entabla el hablante, la cual se corresponde con una *actitud objetivante* por la cual «un observador neutral se relaciona con algo que tiene lugar en el mundo»⁹².

Es fundamental advertir el sentido de la adscripción de una pretensión de validez específica a cada una de las distintas clases de acto

⁹² HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, I, pp. 395, 416.

ilocucionario. Según HABERMAS, lo que diferencia a los actos de habla constatativos de los actos de habla regulativos y de los actos de habla expresivos es que en aquéllos la pretensión de verdad es *tematizada*, mientras que en éstos es *presupuesta*⁹³. La pretensión de verdad es una pretensión universal de validez, que viene dada por la doble estructura del habla, esto es, por la diferenciación del componente proposicional y del componente ilocucionario inscrita en todo habla. Si todo acto de habla tiene un componente proposicional, independientemente de que éste sea explícito o implícito, entonces todo acto de habla presupone una pretensión de verdad para su validez. Pero lo mismo sucede con la pretensión de corrección, que sólo es tematizada tratándose de actos de habla regulativos, pero que en los actos de habla constatativos (y en los actos de habla expresivos) necesariamente está presupuesta. Según HABERMAS, los actos de habla constatativos también «han de venir respaldados por un trasfondo normativo reconocido para que puedan producirse las relaciones interpersonales que con ellos se pretenden»⁹⁴. Y no puede ser distinto tratándose de la pretensión de sinceridad (=veracidad) que característicamente es tematizada tratándose de actos de habla expresivos. La pretensión de sinceridad es una implicación universal del habla, que también debe ser presupuesta en la realización de actos de habla constatativos y actos de habla regulativos⁹⁵. Según HABERMAS, hay una cuarta pretensión universal de validez que necesariamente está presupuesta en todo acto de habla. Se trata de una pretensión de inteligibilidad. La peculiaridad de esta pretensión de validez consiste en que, a diferencia de las otras tres (verdad, rectitud normativa y sinceridad), ella no puede ser tematizada por acto de habla alguno, pues su tematización implicaría poner en cuestión la base del entendimiento que es necesaria para cualquier tematización⁹⁶. Quien realiza un acto de habla que pone en cuestión su propia inteligibilidad incurre en una contradicción preformativa.

La postulación de una pretensión de verdad como pretensión de validez específicamente entablada en la ejecución de los actos de habla que constituyen imputaciones informales, refuerza la tesis de la demarcación entre el tipo de la calumnia y el de la injuria bajo la vinculación de la punibilidad de la calumnia a la consideración de un interés

⁹³ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 352.

⁹⁴ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 355.

⁹⁵ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 358.

⁹⁶ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 357.

supraindividual. Según JAKOBS, como se indicara más arriba, en los delitos contra el honor se trata (también) de la protección «de un derecho muy limitado a obtener informaciones ciertas en alguno de aquellos ámbitos en los que la obtención de información es de interés general como apoyo a la imputación»⁹⁷. La punibilidad de la imputación informal estabiliza esa expectativa de orientación de la comunicación a la verdad que ha sido frustrada. En la medida en que una imputación informal satisface esa expectativa normativa de verdad, su punibilidad debe ser descartada. La tesis de JAKOBS consiste en reconducir todos los atentados contra el honor a la forma de una imputación informal que lesiona una pretensión de verdad. Esta propuesta no parece plausible de *lege lata* en la medida en que la descripción típica comprenda no sólo la expresión de aseveraciones sino también la de juicios de valor⁹⁸. Sin embargo, la tesis de la vinculación de la protección penal del honor al reforzamiento de la verdad como expectativa normativa pone de manifiesto una característica de esta clase de atentado contra el honor que satisface plenamente su correlación con la teoría de los actos de habla.

Un acto de habla asertivo o constatativo es un acto de habla por el cual el hablante entabla una pretensión de verdad. El éxito ilocucionario de un acto de habla constatativo supone que el oyente identifica esa pretensión de verdad como la pretensión de validez que el hablante específicamente entabla. En este punto, es crucial advertir que el establecimiento de una pretensión de verdad por el hablante que ejecuta un acto de habla constatativo no se revierte si el hablante sabe (o supone) que lo que él afirma es falso. En esto consiste, precisamente, que la ejecución de un acto ilocucionario dependa de la satisfacción de determinadas reglas constitutivas. Quien asevera algo sabe que, para que la aseveración tenga *sentido* como tal, debe presuponerse que él reclama una pretensión de verdad para su acto de habla. Se trata de un presupuesto pragmático que no está a disposición del hablante. Sólo si mantiene este presupuesto pragmático tiene sentido la noción de mentira. Una mentira sólo es posible si se presupone una expectativa de verdad en el oyente. Como señala SEARLE, «[t]anto el mentiroso como quien dice la verdad se comprometen a decir la verdad. La diferencia se encuentra en que el mentiroso no se atiene a aquello a lo cual se comprometió»⁹⁹.

⁹⁷ JAKOBS, «La misión de la protección jurídico-penal del honor», cit., p. 432.

⁹⁸ KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil*, I, § 22, núm. 4.

⁹⁹ SEARLE, *Geist, Sprache und Gesellschaft*, cit., p. 171.

En este punto, puede hacerse referencia a la distinción que, según HABERMAS, cabe trazar entre «la validez del acto de habla o de la norma que lo respalda, la pretensión de que se cumplen sus condiciones de validez, y el desempeño (*Einlösung*) de la pretensión de validez entablada, esto es, la prueba de que se cumplen las condiciones de validez del acto o de la norma subyacente»¹⁰⁰. El hablante que ejecuta un acto de habla constatativo entabla una pretensión de validez determinada: una pretensión de verdad. El éxito ilocucionario del hablante está dado por el «efecto coordinador que tiene la garantía que ofrece de desempeñar (*einlösen*), llegado el caso, la pretensión de validez que su acto de habla comporta»¹⁰¹. Esto significa que quien ejecuta un acto de habla constatativo, al entablar una pretensión de verdad respecto del enunciado que afirma, contrae una obligación de fundamentación: «[L]os actos de habla constatativos contienen la oferta de recurrir, en caso necesario, a la fuente de la experiencia de la que el hablante saca la certeza de que su enunciado es verdadero»¹⁰².

La punibilidad de una imputación informal, en tanto acto de habla constatativo, puede explicarse, entonces, como la consecuencia normativa de la defraudación de la garantía de desempeño asociada a la pretensión de verdad que el hablante necesariamente entabla al ejecutar el acto de habla. Pero esto sólo puede justificarse si se atiende al objeto de la imputación informal que puede ser relevante en el sentido de la calumnia: un delito susceptible de ser actualmente perseguido de oficio. Es sólo respecto de esta clase de imputaciones informales que la no-defraudación de la expectativa asociada a la pretensión de verdad entablada por el hablante es condición suficiente de la exclusión de la punibilidad. El injusto típico de la calumnia consiste en el quebrantamiento de la expectativa comunicativa asociada a la pretensión de verdad a cuyo desempeño el hablante se obliga al ejecutar el acto de habla. Si esta pretensión de verdad puede desempeñarse satisfactoriamente, esto es, sólo si la imputación informal corresponde a la afirmación de un enunciado verdadero, su reforzamiento punitivo es innecesario. La punibilidad de la calumnia opera como estabilización contrafáctica de la garantía de desempeño de la pretensión de verdad quebrantada. Y bajo este punto de vista, la *exceptio veritatis* aparece como la expresión institucional de la posibilidad de desempeño de la pretensión de verdad entablada al realizarse una imputación informal.

¹⁰⁰ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, I, cit., p. 387.

¹⁰¹ HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, I, cit., p. 387.

¹⁰² HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 363.

Una imputación informal cuya punibilidad se ha de evaluar bajo el tipo de calumnia, sólo constituye delito si ella importa una defraudación de la expectativa comunicativa que corresponde a la garantía de desempeño que asume el autor de un acto de habla constatativo. Una imputación informal *prima facie* relevante en el sentido del delito de calumnia, que sin embargo no quebranta la pretensión de verdad que la define como acto ilocucionario, no puede ser punible. ¿Significa esto que ese mismo acto de habla no puede ser relevante en el sentido de la injuria?

La respuesta a esta pregunta depende del nivel en que ésta sea planteada. La tesis consiste en que un mismo acto ilocucionario no puede realizar al mismo tiempo el tipo de la calumnia y el tipo de la injuria. Una imputación informal que en principio queda en el ámbito de la calumnia no puede ser punible a título de injuria. Pero como afirma SEARLE, un mismo acto de emisión puede importar la realización de más de un acto ilocucionario. La alternatividad entre la calumnia y la injuria frente a una determinada imputación informal se plantea en el nivel de la imputación como acto ilocucionario. Esto no tiene porqué decirse de un mismo acto de emisión. Si un mismo acto de emisión tiene el significado de una imputación informal constitutiva de calumnia y el significado de una ofensa constitutiva de injuria, la cuestión de si entre la realización de la calumnia y la realización de la injuria hay unidad de acción depende de si este concepto es aplicado en el nivel del hecho bruto o en el nivel del hecho institucional.

En la medida en que un acto de emisión conlleve la ejecución de dos (o más) actos ilocucionarios (por ende, distintos), es posible la concurrencia de una realización típica constitutiva de calumnia y una realización típica constitutiva de injuria. Bajo el Código Penal alemán, ésa es la situación que parece darse en los casos calificados de injuria formal (*Formalbeleidigung*) o, más exactamente, injuria por la forma. Según el § 192, aun en caso de que se excluya la punibilidad a título de difamación (§ 186) o de calumnia (§ 187), por probarse judicialmente la efectividad del hecho afirmado o difundido, puede afirmarse la punibilidad por injuria (§ 185) si por la forma o por las circunstancias en que es emitida, la expresión es despreciativa o insolente para con el afectado¹⁰³. En términos de la propuesta aquí sugerida, los casos de injuria por la forma son casos en que concurren (a lo menos) dos actos ilocucionarios en un mismo acto de emisión: un acto de habla constatativo, cuya punibilidad se excluye por (la prueba de) la efectividad del hecho afirmado o difundido, y un acto de

¹⁰³ KINDHÄUSER, *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil*, I, § 25, núm. 14.

habla de otro tipo, cuyo significado ofensivo fundamenta la punibilidad por injuria formal.

9. LA INJURIA COMO QUEBRANTAMIENTO DE UNA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

La disquisición anterior supone la pregunta por la(s) clase(s) de actos de habla relevantes para la injuria. Desde el punto de vista de la regulación legal, es claro que hay determinadas hipótesis típicas de injuria en las cuales los actos de habla que pueden ser subsumidos en ellas corresponden a actos asertivos o constatativos. Desde ya, hay hipótesis de injuria en que se tipifica la ejecución de una imputación informal. En el contexto del Código Penal chileno, tal es el caso tratándose de la imputación de delitos no susceptibles de ser actualmente perseguidos de oficio (por ejemplo, la imputación informal de cualquier delito de acción penal privada, o la imputación informal de un delito ya penado o prescrito). En general, siempre que el sentido delictivo de la manifestación esté dado por la afirmación de un hecho, el tipo de acto ilocucionario en cuestión será el de los asertivos o constatativos.

No obstante, es claro que no sólo una aseveración puede importar la realización del tipo de la injuria. En principio, también la ejecución de un acto de habla expresivo podría constituir una realización típica de injuria. Para la fundamentación provisoria de esta tesis, basta con considerar que son casos típicos de actos de habla expresivos las felicitaciones, las disculpas y las condolencias. Un acto de habla que tuviera el significado específicamente opuesto a una felicitación, tendría que considerarse un acto de habla expresivo que podría ser relevante en el sentido de la injuria. Esto vuelve necesario advertir una particularidad de los actos de habla expresivos. En términos de HABERMAS, la pretensión de validez que se entabla en la realización de un acto de habla expresivo es una pretensión de sinceridad (= veracidad). Esta pretensión de sinceridad no puede desempeñarse en el mismo sentido en que puede desempeñarse la pretensión de verdad. La pretensión de sinceridad entablada en un acto de habla expresivo no puede desempeñarse con razones, como sí puede desempeñarse con razones la pretensión de verdad que se entabla en un acto de habla constatativo o la pretensión de rectitud normativa que se entabla en un acto de habla regulativo¹⁰⁴. La obligación que contrae el hablante

¹⁰⁴ HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, I, p. 388; APPEL, «¿Es la intencionalidad más fundamental que el significado lingüístico? Argumentos pragmático-trascendentales contra el retorno de SEARLE al intencionalismo semántico de la filosofía de la conciencia», cit., p. 123.

que ejecuta un acto de habla expresivo es una obligación de acreditación: «la obligación de mostrar (siendo consecuente en su conducta) que la intención expresada es también la intención que de hecho le guía»¹⁰⁵. Pero esta obligación, en tanto garantía de desempeño, sólo puede ser satisfecha en el nivel del comportamiento (y no del discurso) del propio hablante: la sinceridad se demuestra con hechos.

Esta particularidad de los actos de habla expresivos conduce a identificar una razón distinta de la frustración de la garantía de desempeño de la pretensión de sinceridad para la explicación de su posible relevancia a título de injuria. Pues quien se expresa despreciativamente respecto de otro puede acreditar su sinceridad comportándose consistentemente con su manifestación, sin que ello constituya una razón para negar la relevancia del acto de habla como injurioso. Si puede afirmarse la punibilidad de actos de habla expresivos, esa punibilidad sólo podría explicarse en atención al significado ofensivo del acto expresivo, y no a un déficit de sinceridad o veracidad.

Pero lo mismo debe decirse respecto de las imputaciones informales que no son relevantes para el delito de calumnia, sino para el delito de injuria: esto es, bajo el Código Penal chileno, actos de habla constatativos en los cuales el hecho aseverado no es un delito susceptible de ser actualmente perseguido de oficio. De *lege lata* al menos, la punibilidad a título de injuria de estas imputaciones informales y en general, de estas aseveraciones no relevantes bajo el tipo de la calumnia, no parece poder vincularse a la posibilidad de desempeño de la pretensión de verdad abiertamente entablada por tales actos de habla. Pues en el delito de injuria la verdad del enunciado afirmado no implica la exclusión de la tipicidad del acto de habla, como tampoco la prueba (de la efectividad) del hecho aseverado implica, en la generalidad de los casos, la exclusión de su punibilidad (dada la restricción de la *exceptio veritatis*). La única excepción se produce, como es la regla general en la calumnia, cuando aparece comprometido un interés colectivo¹⁰⁶.

Tanto respecto de los actos de habla constatativos como respecto de los actos de habla expresivos que pueden ser típicamente relevantes en el

¹⁰⁵ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 364.

¹⁰⁶ El artículo 420 del Código Penal chileno establece: «Al acusado de injuria no se admitirá prueba sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo». El inciso 2º agrega: «En este caso, será absuelto el acusado si probare la verdad de las imputaciones».

sentido de la injuria, la punibilidad no puede explicarse en términos de la estabilización de la garantía de desempeño de la pretensión de validez específicamente entablada (verdad y sinceridad, respectivamente) que el hablante abiertamente asume cuando ejecuta el acto de habla, como sí es el caso tratándose de las imputaciones informales relevantes en el sentido de la calumnia. En el ámbito de la injuria, en cambio, la punibilidad tendría que explicarse como la consecuencia jurídico-penal del déficit de desempeño de una pretensión de validez presupuesta, pero no abiertamente entablada: la pretensión de corrección normativa. Si todo acto de habla orientado al entendimiento presupone una apelación a un contexto normativo intersubjetivamente válido, el acto de habla que ejecuta el autor de una injuria es un acto de habla cuya pretensión de rectitud entablada no puede desempeñarse en el marco de un discurso inscrito en ese contexto normativo. La razón de esto es que el contexto normativo al que necesariamente apela el autor es un contexto comprometido con el reconocimiento de la dignidad de los que participan (activa o pasivamente) en la comunicación, y en tal medida, con la dimensión de la dignidad personal que está en cuestión en la comunicación, que es el honor en tanto pretensión de reconocimiento¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Esta afirmación tendría que ser fundamentada en términos de la ética del discurso. HABERMAS defiende la tesis de una fundamentación puramente discursiva de las normas que podrían ser justificadas como intersubjetivamente válidas. El núcleo de esta tesis se encuentra en la pretensión de identificación de ciertos presupuestos del habla que, según HABERMAS, pueden ser representados en la forma de reglas de argumentación, algunas de las cuales tienen contenido normativo, de modo tal que el participante en el diálogo que niega tales presupuestos incurre en una contradicción preformativa. A partir de la identificación de estos presupuestos inevitables de la argumentación, podría fundamentarse el postulado de la universalidad, conforme al cual una norma (polémica) puede considerarse justificada, esto es, válida, «cuando todo pueden aceptar libremente las consecuencias y efectos colaterales que se producirán previsiblemente del cumplimiento general de una norma polémica para la satisfacción de los intereses de cada uno». Este postulado de universalidad, que pertenece a la lógica del discurso, debe diferenciarse del postulado de la ética del discurso, según el cual «únicamente pueden aspirar a la validez aquellas normas que consiguen (o puedan conseguir) la aprobación de todos los participantes en cuanto participantes de un discurso práctico». HABERMAS, «Ética del discurso. Notas sobre un programa de fundamentación», en, DEL MISMO, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Península, Barcelona, 1998, pp. 57 y ss., 116-117. Vid. asimismo APEL, «La ética del discurso como ética de la responsabilidad. Una transformación postmetafísica de la ética de Kant», en *Teoría de la verdad y ética del discurso*, pp. 147 y ss. La divergencia más notable entre ambos planteamientos se refiere al significado del carácter inevitable de los presupuestos del habla a partir de los cuales puede derivarse el postulado de la ética del discurso. Según APEL, los presupuestos inevitables del habla son presupuestos necesarios y universales, cuyo carácter normativo posibilita fundamentar directamente, de modo pragmático-trascendental (esto es, mediante el argumento de la contradicción performativa), normas válidas para ámbitos ajenos al propio discurso. Para HABERMAS, en cambio, esa fundamentación sólo puede ser indirecta, pues el carácter inevitable de los presupuestos del habla sólo puede implicar falta de alternativas a, pero no una fundamentación última de, las reglas de argumentación correspondientes.

Considérese, por ejemplo, el caso de la negación de Auschwitz. La relevancia jurídico-penal de una manifestación por la cual se niega (lo que ocurrió en) Auschwitz no puede plantearse en relación con la pretensión de verdad que se entabla cuando se ejecuta un acto de habla constatativo (como lo es la afirmación de un enunciado negativo: una negación). Si la negación de Auschwitz puede llegar a constituir una injuria, ello no puede deberse a un déficit de desempeño de una pretensión de verdad abiertamente entablada¹⁰⁸. No es esa pretensión de verdad la pretensión de validez en torno a la cual puede problematizarse ese acto de habla. La negación de Auschwitz sólo puede ser relevante como injuria, si se la evalúa bajo una pretensión de corrección. El hablante a quien se exige (figurativamente) desempeñar la pretensión de corrección sugerida por su negación de Auschwitz difícilmente podrá ofrecer razones que satisfagan su obligación de justificación¹⁰⁹.

Así se abre una vía para indagar en la relevancia jurídico-penal de las emisiones juicios de valor a título de la injuria. En este ámbito, la punibilidad tendría que referirse a actos de habla «regulativos», o más propiamente, *evaluativos*, en los cuales, de lo que se trata es de la implicación de una pretensión de rectitud, que en este caso puede precisarse como pretensión de *adecuación* (a valores). Que la formulación de un juicio de valor por medio de un acto de habla evaluativo puede ser punible como injuria, depende de que el acto no pueda justificarse bajo el contexto normativo en que se inscribe esa pretensión de adecuación¹¹⁰.

Más arriba se sostuvo que la punibilidad por injuria tiene que justificarse en atención a un déficit de desempeño de una pretensión de rectitud normativa o adecuación axiológica implicada en el acto de habla en cuestión. La fundamentación de esta tesis requiere mostrar que tiene sentido concebir el tipo de la injuria como referido a formas de habla orientado al entendimiento. Esto último quiere decir que la injuria no designa un modo

¹⁰⁸ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Dos temas actuales de la dogmática alemana: El castigo de la negación del holocausto y el sentido o sinsentido de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad», en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Lima, 2003, pp. 532, 536-538.

¹⁰⁹ Esto, más allá de que la dificultad de calificar la negación de Auschwitz como injuria radique en la determinación de los afectados por el acto de habla, pues parece tratarse de un caso de injuria colectiva, cuya punibilidad resulta poco fundamentable de *lege lata*, y también de *lege ferenda*.

¹¹⁰ HABERMAS, «¿Qué significa pragmática universal?», cit., p. 354: «Con la fuerza ilocucionaria de los actos de habla, la pretensión de validez normativa —a la que voy a llamar rectitud (*Richtigkeit*) o, en caso de valores, adecuación— resulta tan universalmente incrustada en las estructuras del habla como la pretensión de verdad».

de interacción estratégica lingüísticamente mediada. Compáresela, por ejemplo, con la coacción mediante amenaza. En términos de la clasificación de los tipos (de actos) ilocucionarios de SEARLE, una coacción mediante amenaza puede ser descrita como la conjunción de dos actos ilocucionarios: un acto de habla imperativo (la exigencia de un comportamiento ajeno) y un acto de habla compromisorio (la amenaza). En tanto acto de habla imperativo, a la coacción mediante amenaza no subyace una pretensión de validez, sino una pretensión puramente fáctica de poder¹¹¹. Por lo demás, que la mediación lingüística no es plenamente constitutiva de la coacción mediante amenaza, resulta ya de que la interacción coercitiva pueda reproducirse (en ciertos casos al menos) por medio de un equivalente a la amenaza que, a diferencia de ésta, carece de mediación lingüística: a saber, la violencia, que puede describirse en el nivel de los hechos brutos¹¹².

Así, puede reformularse la distinción entre delitos de expresión y delitos de manifestación, como la distinción entre delitos lingüísticamente mediados y delitos auténticamente comunicativos. Los delitos de interacción estratégica son delitos lingüísticamente mediados, pero no delitos comunicativos. En los delitos de manifestación, el injusto no puede dissociarse de la incidencia comunicativa del hecho. Quien emite una expresión injuriosa no toma al destinatario como un medio para configurar un determinado estado de cosas, como sí lo hace, por ejemplo, el autor de una estafa que a través del engaño se vale de la víctima para su autolesión¹¹³. El autor de una injuria, en términos pragmáticos, toma al destinatario (eventualmente, a la víctima: el sujeto injuriado) de su acto de habla como un fin, esto es, como la meta de su acción expresiva. El oyente es relevante *en cuanto* oyente, como sujeto al cual se habla. Lo único que puede justificar la punibilidad es que el proyecto comunicativo que establece el hablante que injuria a otro es un proyecto incorrecto bajo los presupuestos normativos de la comunicación¹¹⁴.

¹¹¹ Vid. *supra*, nota 60.

¹¹² En estos términos, la diferencia entre coacción mediante amenaza y coacción mediante violencia es la diferencia entre acción estratégica y acción instrumental. Vid. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, I, pp. 363-367.

¹¹³ Esto es lo que está en la base de la concepción de la estafa como un caso de autoría mediata específicamente tipificado. Vid. KINDHAUSER, «La estafa como autoría mediata tipificada», en *Estudios de Derecho Penal Patrimonial*, Grijley, Lima, 2001, pp. 83 y ss.

¹¹⁴ Podría utilizarse este punto de partida para la reconstrucción del injusto del delito de amenazas (simples). A diferencia de la coacción mediante amenaza, la amenaza simple no parece reconducirse a la estructura de un delito de interacción estratégica. El injusto de la amenaza

El contexto normativo al que apela un acto de habla orientado al entendimiento es un contexto normativo que constituye el resultado (provisorio) de procesos de interacción definidos por un punto de vista de moral crítica. Este contexto normativo, por ende, se mantiene abierto a la revisión, o sea, a la consideración de mejores razones. La evaluación del desempeño de la pretensión de rectitud o adecuación entablada o presupuesta por un acto de habla, en el marco de ese contexto normativo, es por definición revisable y falible. La punibilidad de la injuria plantea, entonces, la pregunta por la idoneidad del derecho penal como mecanismo de integración de la pretensión de rectitud normativa implicada en la comunicación, cuyo desempeño o no desempeño, sin embargo, nunca puede considerarse plenamente definitivo.

Lo mismo podría decirse, sin embargo, del desempeño de una pretensión de verdad entablada, por ejemplo, en una imputación informal relevante como calumnia. Así, en efecto, HABERMAS:

Sobre si un estado de cosas es o no el caso, no decide la evidencia de experiencias, sino el resultado de una argumentación. La idea de verdad sólo puede desarrollarse por referencia al desempeño discursivo de pretensiones de validez¹¹⁵.

Así, si se rechaza una teoría de la verdad como correspondencia, la verdad también constituye una pretensión de validez que vincula a quien la entabla, la cual ha de ser desempeñada en el discurso. En esto consiste una teoría discursiva de la verdad. En lo que aquí es pertinente, empero, la diferencia entre la verdad y la corrección como pretensiones de validez radica en que en la regulación de la calumnia se encuentra un corte institucional a las posibilidades de desempeño de la pretensión de verdad. El desempeño de la pretensión de verdad debe producirse en el contexto, institucionalmente ligado, del proceso penal. Si esta pretensión es desempeñada satisfactoriamente, conforme a estándares también ligados institucionalmente, entonces decae la punibilidad por calumnia. En el ámbito de la regulación de la injuria, no parece haber un equivalente

simple se agota en la comunicación que pretende establecer el hablante. Se trata de un delito auténticamente comunicativo. Es interesante que en tanto acto de habla compromisorio, bajo la clasificación de los tipos de acto ilocucionario de HABERMAS una amenaza sería un acto de habla regulativo: la pretensión de validez a tematizar sería una pretensión de corrección o adecuación.

¹¹⁵ HABERMAS, «Teorías de la verdad», p. 120.

institucional que determine un contexto preciso para la evaluación del desempeño de la pretensión de corrección o adecuación, cuya tematización está en la base de la punibilidad¹¹⁶.

De este modo aparece lo peculiar de la punibilidad de la injuria. En general, la justificación de las normas cuya infracción es condición de la punibilidad tiene lugar en el marco de discursos (políticos, morales, jurídicos), esto es, en instancias de comunicación. Esto es así tratándose de cualquier hecho punible. Pero una vez que se institucionaliza la norma en cuestión, la evaluación del merecimiento de pena se produce sin necesidad de una vuelta a ese nivel de comunicación. Ciertamente, puede seguir discutiéndose acerca de la corrección de la norma, pero esta discusión no incide directamente en la determinación de la punibilidad de un hecho bajo esa norma. Habiéndose desempeñado la pretensión de rectitud que subyace a la institucionalización de la norma, la aplicación de ésta no requiere, en principio, un nuevo desempeño de esa pretensión de rectitud. En cierto sentido, la aplicación de la norma se independiza de los discursos por los cuales es establecida, justificada y revisada.

La particularidad de la injuria se encuentra en que la calificación de una expresión como injuriosa supone la falta de desempeño de una pretensión de corrección normativa por parte del hablante, lo cual no puede establecerse sin una reapertura de la pregunta por la validez en la comunicación normativa. Por eso la punibilidad de la injuria no puede evaluarse sin una auténtica *reflexión en la comunicación*.

La protección del honor en la injuria es la protección del estatus de persona en la comunicación. Y esto significa, a diferencia de lo que afirma BACIGALUPO, que el objeto de protección en la injuria no se corresponde con un «cierto ámbito de privacidad y tranquilidad»¹¹⁷. Pues la privacidad es una expectativa de exclusión en la comunicación, mientras que el honor, en tanto pretensión de reconocimiento, es más bien lo contrario: una expectativa de inclusión.

¹¹⁶ Podría sugerirse una referencia a la regulación de la difamación encubierta o equívoca del artículo 423 del Código Penal chileno como la institucionalización de un contexto preciso de desempeño de la pretensión de rectitud entablada o presupuesta por el autor de una manifestación *prima facie* injuriosa. El sujeto que deber dar «explicaciones satisfactorias» de sus dichos en el proceso está en la situación de tener que desempeñar (con razones) la pretensión de rectitud que su acto de habla necesariamente ha entrañado: su fracaso en desempeñar esa pretensión de rectitud daría lugar a la punibilidad.

¹¹⁷ BACIGALUPO, «Para una revisión de la dogmática de los delitos contra el honor», en *ADPCP*, 1996, T. XLIX, p. 43.

10. EXCURSO: EL ANIMUS INIURIANDI

Es usual encontrar planteamientos según los cuales es precisamente la exclusión general de la relevancia de la *exceptio veritatis* en relación con la injuria lo que explicaría la exigencia de un elemento subjetivo del tipo, no reconducible a la exigencia de dolo como criterio de imputación subjetiva. Así, la exigencia del *animus iniuriandi* como especial elemento subjetivo del tipo se explicaría como una compensación de la falta de reconocimiento de la *exceptio veritatis* como causa de exclusión de la punibilidad¹¹⁸.

Desde el punto de vista de la teoría general del delito, esta tesis no es convincente, ni tampoco necesaria. No es convincente, porque la exigencia de dolo basta para desempeñar la función de imputación subjetiva de la realización del hecho injurioso al autor. Y no es necesaria, porque la exclusión de la punibilidad por injuria en los casos tradicionalmente tratados en el sentido de la incompatibilidad entre el *animus iniuriandi* y otros *animi* (*iocandi*, *narrandi*, etc.) encuentra su contexto sistemático adecuado en el nivel de la justificación¹¹⁹. Lo que importa, desde el punto de vista de la tesis defendida en este artículo, es mostrar que la disolución de la formulación dogmática de un elemento subjetivo especial del tipo se corresponde con la concepción de la injuria como la tipificación de actos de habla en los cuales el autor no desempeña satisfactoriamente una determinada pretensión de validez, esto es, no cumple con la obligación de justificación que contrae al reclamar para su acto una pretensión de corrección o adecuación.

Que una expresión sea injuriosa depende de su sentido. Su sentido no está determinado por la subjetividad del emisor, ni tampoco por la del ~~emisor~~, sino por las reglas constitutivas que le confieren significado pragmático a esa emisión. En este preciso sentido puede hablarse del «carácter público del significado». Por eso, no puede aceptarse la afirmación de Garrido Peña, en términos de que «[i]njuria es todo acto semiótico que

¹¹⁸ Esta tesis se remonta a GROIZARD y consistiría en que «[e]ste específico elemento subjetivo del injusto desempeñaría, según esto, la función restrictiva que en el Derecho comparado cumple la prueba de la verdad, en el sentido de que el sujeto actúa, por ejemplo, con *animus informandi* y en defensa de un interés público, y no se acredita el *animus iniuriandi*, no surge la figura de este delito, y ello se resuelve sin entrar en la verdad o falsedad del hecho imputado» (ALONSO ALAMO, *op. cit.*, p. 145).

¹¹⁹ SÁNCHEZ TOMÁS, «Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del *animus iniuriandi* en el delito de injurias», en *ADPCP*, 1994, T. XLVII, pp. 141 y ss.; MAÑALICH, «Delitos contra intereses personalísimos», en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* N° 1, 2005.

consideran injurioso el receptor de la injuria y el medio social»¹²⁰. Esta afirmación no es sino la consecuencia necesaria de que la performatividad sea reconducida al nivel perlocucionario del acto de habla. Si la lesividad de la injuria se correlaciona, en cambio, con el sentido ilocucionario del acto de habla, la lesividad de la expresión no queda sujeta a la contingencia de la subjetividad; se trata de un juicio propiamente intersubjetivo. La tipicidad de la injuria, entonces, no está referida a lo el hablante *intenta* y a lo que el destinatario *considera*, sino a lo que el hablante *hace*. Que lo que hace el hablante tenga que poder ser imputado a su subjetividad, constituye la consecuencia obvia de la exigencia (general) de imputación subjetiva. Pero en ello no radica el injusto específico de la injuria en tanto delito contra el honor (como el injusto de ningún otro hecho punible).

Por lo mismo, la relevancia lesiva del ataque al honor no se excluye porque el autor *intente* hacer otra cosa; ella sólo se excluye en tanto el autor *haga* otra cosa. Dado que el injusto de la injuria consiste en la lesión de una expectativa de reconocimiento a través de la ejecución de un acto (de habla) que no satisface una pretensión de corrección o adecuación que ese acto entabla, la cuestión de la justificación (esto es, de la exclusión de la antijuridicidad en sentido estricto) puede construirse desde el punto de vista de la evaluación del acto bajo una pretensión de validez alternativa, en contextos específicos. Este último podría ser el caso, por ejemplo, tratándose de actos expresivos, en los cuales el autor entabla una pretensión de sinceridad que constituye un presupuesto de su sentido estético¹²¹.

¹²⁰ GARRIDO PEÑA, *op. cit.*, p. 295.

¹²¹ Vid. al respecto, ROXIN, *Derecho Penal Parte General*, Civitas, Madrid, 1997, § 18, núm. 30 y ss., en relación con la salvaguardia de intereses legítimos como causa de justificación específica en los delitos contra el honor bajo el StGB.