

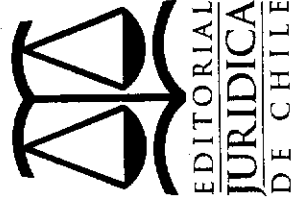
MARIO GARRIDO MONTT

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

TOMO III

DELITOS CONTRA LA VIDA
DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA SALUD
DELITOS CONTRA EL HONOR
DELITOS QUE AFECTAN A GARANTÍAS CONSTITUCIONALES
DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LA FAMILIA
DELITOS CONTRA LA MORALIDAD E INTEGRIDAD SEXUAL
DELITOS COMETIDOS POR EMPLEADOS PÚBLICOS

Cuarta edición actualizada
con la colaboración de Alejandro Moreira Dueñas,
ayudante de la cátedra del autor



www.editorialjuridica.cl

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© MARIO GARRIDO MONTT

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE
Ahumada 131, 4° piso, Santiago de Chile

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 193.431, año 2010
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta cuarta edición
en el mes de julio de 2010

IMPRESORES: Productora Gráfica Andros Ltda.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN de la obra completa 978-956-10-1594-4

ISBN de este tomo 978-956-10-2044-3

16. LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

16.1. UBICACIÓN DE ESTOS DELITOS EN EL CÓDIGO

En el sistema nacional los delitos contra el honor están considerados entre aquellos que afectan a las personas, por lo menos sus figuras fundamentales. En el Título VIII, que trata de los crímenes y simples delitos contra las personas, a continuación del dolo, se ubica el párrafo N° 6, *De la calumnia* -arts. 412 a 415-, luego el párrafo N° 7, *De las injurias* -arts. 416 a 420- y termina con el párrafo N° 8, *De las disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores*, arts. 421 a 431.

La Comisión Redactora no siguió el sistema del Código Penal de España de 1848 en cuanto a la ubicación de estos delitos; en lugar de agruparlos en un título independiente, como lo hacía el referido Código, los incorporó entre los delitos contra las personas, quizá influenciado por la opinión que en tal sentido manifestó Francisco Pacheco en sus conocidos comentarios.³⁶⁸ Tampoco consideró, no obstante, la recomendación de Gandarillas, al delito de *difamación* entre los que atentan al honor,³⁶⁹ porque estimó que quedaba comprendido en el de injurias; aunque hay Códigos, como el de Alemania y el de Italia, que describen la difamación como tipo penal, si bien con contenidos discutibles.

En la mayor parte de las legislaciones los delitos contra el honor son tratados de modo independiente. Así lo hace el nuevo Código español de 1995, en el capítulo XI del libro segundo.³⁷⁰

³⁶⁸ Pacheco, op. cit., t. III, p. 167; en las Actas no aparece comentario sobre el punto.

³⁶⁹ Actas de las sesiones N°s 84 y 85, de 15 y 17 de mayo de 1872, respectivamente.

³⁷⁰ Hay sectores de la doctrina que critican en España la ubicación de estos delitos en el Código Penal, que los trata antes que aquellos que protegen la libertad, lo que tendría explicación en que los atentados contra el honor tienen como objeto de protección un bien muy próximo a la dignidad y respeto humano (así Bajo Fernández, op. cit., p. 276).



16.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO (EL HONOR Y SU NOCIÓN. HONOR E INTIMIDAD)

Hay acuerdo en la doctrina en el sentido que lo amparado por estos delitos es el *honor*, criterio que coincide con el bien jurídico que históricamente en el pasado se pretendió proteger mediante estas figuras.

En nuestra época se plantea la interrogante de qué se debe entender por *honor* y el límite que su protección debe tener. Las legislaciones, a nivel universal, han incorporado como deber del Estado reconocer y garantizar las libertades de *expresión* y de *información*, derechos que frecuentemente entran en colisión con el bien *honor*. Esta realidad coloca al legislador frente a un serio problema: el enfrentamiento de esos distintos *derechos fundamentales* obliga al sistema a reconocer preeminencia a uno de ellos, decisión que conlleva, a su vez, al sacrificio total o parcial de los otros. Los preceptos de la Constitución son los llamados a determinar cuál es el derecho preferente, según el alcance que su texto les reconoce al honor y a la libertad de expresión, lo que a su vez depende y está en función de una opinión pública libre, consubstancial a todo Estado democrático.³⁷¹ Los resultados logrados con la intercomunicación y la proliferación de los medios de información, agravan ostensiblemente la situación, y han obligado a poner especial atención en otro bien, derivado de la dignidad y que se individualiza como *intimidad*. Frente a esta nueva realidad social los sistemas legislativos se han ido quedando a la zaga, y la doctrina indaga y se esfuerza por encontrar enunciados que ofrezcan soluciones adecuadas a los conflictos que se plantean, lo que aún no parece haberse logrado.

Útil es adelantar que las nociones de *honor* e *intimidad* corresponden a ideas y objetos diferentes, sin perjuicio de que se encuentren en íntima relación, como se señalará en los párrafos siguientes.

³⁷¹ Bacigalupo, *Estudios de la parte especial del Derecho Penal*, p. 128.



Concepto de honor

Hay diversas concepciones sobre el *honor*.³⁷² Existe —entre otras— una noción fáctica, que vincula este bien con un evento de naturaleza real, sea psicológico o social (autovaloración-reputación). Otra concepción es la normativa, que remite su determinación a premisas valorativas, de naturaleza moral, social o jurídica (los merecimientos de una persona considerados desde normas éticas, sociales o jurídicas).

Pero en verdad lo que interesa para el análisis de los tipos penales es la determinación del honor como bien digno de protección según el ordenamiento jurídico nacional.³⁷³ Sin dejar de lado las concepciones de índole doctrinal tradicionales, que pueden estar subyacentes en el sistema, el concepto ha de deducirse de los preceptos que reglan la materia, y es aquí donde la Constitución Política, los Tratados Internacionales y el Código Penal ofrecen importancia.

La Constitución Política, en el art. 1º, expresa: “Las *personas* nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos”. Además en el art. 19 N° 4 dispone que la Constitución asegura a todas las personas... “El respeto y protección a la vida privada y pública y a la *honra* de la *persona* y de su familia.

Las referidas disposiciones han de relacionarse con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), que en el art. 11 declara que “toda persona tiene derecho al respeto de su *honra* y al reconocimiento de su *dignidad*”.

La *dignidad*, en el ámbito jurídico, es el reconocimiento de la *capacidad del ser humano de comportarse conforme a valores, como de su posibilidad de desarrollar su personalidad libremente ejercitando sus propias opciones*.³⁷⁴ El menosprecio o descrédito de esas posibilidades de parte de terceros que afectan a la autovaloración del sujeto o a la consideración que los demás deben tenerle, es lo que constituye la lesión al honor, que no es otra cosa que

³⁷² Consúltense al efecto a Vives Antón, op. cit., p. 676.

³⁷³ Concordamos con Bajo Fernández que afirma que “el jurista debe renunciar a obtener un concepto inequívoco de honor, dada la plurivalencia de la expresión” (op. cit., p. 284).

³⁷⁴ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679.



una fase de la dignidad. Ello explica que el honor es igual para todas las personas, porque es el ejercicio libre de sus personales posibilidades sin pérdida de su autoestimación y del aprecio de quienes las rodean.³⁷⁵

Los conceptos de *dignidad* y *honra* aparecen vinculados. *Dignidad* dice relación con la honestidad y decoro del comportamiento de las personas, importa también merecimiento en sentido positivo; *honra* involucra cualidad moral, buena reputación. En realidad, el sentido del honor se acrecienta equiparándose a la dignidad humana,³⁷⁶ se puede estimar, por lo tanto, que "la dignidad de una persona, como sujeto de derecho, constituye la esencia misma del honor y determina su sentido".³⁷⁷ Los ataques inmediatos a la dignidad en sus concreciones menores, serían ataques al honor, en sus dos aspectos: *autoestima* (honor interno) y *reputación*³⁷⁸ (honor externo). El honor se alza entonces como una noción amplia, comprensiva del conjunto de derechos fundamentales que constituyen la dignidad, "es el derecho a ser respetado por los demás, a no ser escarnecido ni humillado ante uno mismo o ante otros".³⁷⁹ En el sentido indicado es un bien complejo, que se integra o complementa por dos fases, el honor *subjetivo* (o interno) y el honor *objetivo* (o externo). El honor en sentido amplio es un bien de índole *objetiva*: conjunto de valores jurídicos de naturaleza político-social de una sociedad concreta, que ésta reconoce como inherente a todo individuo de la especie humana por el solo hecho de serlo; en el sistema nacional la Carta Fundamental se ha limitado a declararlo y reglarlo, como algo preexistente.

Considerado el honor en el sentido indicado, hay que concluir que *es igual para todos los hombres y mujeres*, en atención a que conforme al art. 1° de la Constitución son iguales en dignidad y derechos. Esta disposición debe relacionarse con el art. 19 de la Constitución, que en su N° 2 garantiza la igualdad ante la

³⁷⁵ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679; Bajo Fernández, op. cit., pp. 284-285.

³⁷⁶ Muñoz Conde, D. P., parte especial, p. 96.

³⁷⁷ Vives Antón, op. cit., p. 677.

³⁷⁸ Vives Antón, op. cit., p. 678.

³⁷⁹ Bajo Fernández, op. cit., p. 284.

ley y declara que en Chile no hay persona ni grupo privilegiados. De suerte que todo individuo, por el solo hecho de vivir en sociedad, debe ser tratado como persona, y no como cosa,³⁸⁰ por lo tanto, se es titular del derecho al honor por tener la calidad de ser humano,³⁸¹ derecho que consiste en exigir respeto de los demás sujetos y que —a su vez— conlleva la obligación de respetar a los otros miembros de la sociedad y darles un tratamiento digno.

Como señala García Pablos, el honor, por el peso del principio de la igualdad, se desliga de concepciones aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas, y corresponde a un contenido general.³⁸² Sin perjuicio de lo señalado, hay sectores que aceptando que el honor es una faceta de la dignidad, afirman que existe una notoria diferencia entre ambos bienes. La dignidad es inviolable, sostienen, pero el honor, como derecho reconocido y digno de protección, no lo es.³⁸³

Si bien todos los hombres tienen la misma dignidad y merecen el mismo honor desde la perspectiva del ordenamiento jurídico,³⁸⁴ los menoscabos que cada individuo puede sufrir han de ser evaluados considerando las circunstancias concretas y sus condiciones particulares, pues las modalidades de trato —por ejemplo— son diversas según se refieran a un adulto o a un niño.³⁸⁵ El honor de todo sujeto es el mismo por mandato de la Constitución, pero el establecimiento fáctico de la posible lesión de ese bien ha de determinarse y mensurarse en cada situación concreta atendidas las peculiaridades y circunstancias del afectado, y de la situación en que se encontraba.

³⁸⁰ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679.

³⁸¹ Esta visión del honor fue esbozada, aunque de manera incipiente, por el autor en su obra *Los delitos contra el honor*, Santiago, 1963, p. 10.

³⁸² Citado por Vives Antón, op. cit., p. 678.

³⁸³ Cobos Gómez de Linares, op. cit., p. 256.

³⁸⁴ Es interesante sobre este punto hacer notar el comentario que hizo uno de los miembros de la Comisión Redactora de la Constitución, Jaime Guzmán, cuando se discutía la redacción del art. 19 de la C.P.R.: "toda persona tiene derecho a un grado de honra. ¿A qué grado? Aquel que emana de la dignidad de la persona humana. Eso no lo pierde nunca" (Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Santiago, 1986, p. 182).

³⁸⁵ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 679; Bajo Fernández, op. cit., p. 285.

A. Honor interno (o subjetivo)

Puede expresarse como la noción que posee todo individuo de su propia *dignidad*, del sentimiento de su valía en relación con sus semejantes. Está conformada por aquella consideración que los demás habitantes y el Estado mismo le deben por la sola circunstancia de ser persona. La deshonra se mide por lo que socialmente se tiene por valioso o desvalioso.³⁸⁶

Hay autores que mantienen un concepto más subjetivo y abstracto del honor interno, como Etcheberry, que lo entiende como "la voluntad de afirmar el propio valor o mérito ante los demás".³⁸⁷

B. Honor externo (u objetivo)

Corresponde a la *fama* o *reputación*, es la opinión que los demás tienen sobre una persona, normalmente corresponde a la concreción material del honor subjetivo. En general, las personas no tienen una opinión formada de las otras, en las ciudades sobrepobladas es imposible que esto se produzca, salvo en relación a un círculo muy reducido de sujetos vinculados socialmente, por motivos laborales, deportivos y análogos, o tratándose de personalidades públicas, como los políticos, artistas, grandes empresarios. En esta época donde los medios de publicidad e información son abundantes y de fácil acceso, lo frecuente es que se "fabrique" o "construya" una reputación por los referidos medios. De consiguiente, lo habitual es que no se destruya una buena reputación, sino que se *crea una* conforme a las pretensiones del que persigue desacreditar, por lo tanto, se trata de un bien jurídico que sólo se posee potencialmente. Resultaría más adecuado para los atentados a este tipo de honor el término *difamar*, que no es destruir una fama determinada, sino formar una negativa.

³⁸⁶ Laje Araya, op. cit., t. II, p. 293.

³⁸⁷ Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 109.



C. Honor e intimidad

Estas nociones están íntimamente ligadas,³⁸⁸ Por *intimidad* se entiende aquel espacio de *privacidad* que les es reconocido a todo individuo y al grupo familiar, el derecho que tienen a mantenerse apartados del resto de las personas en determinados momentos y lugares. Para precisar el objeto de protección de la intimidad podría expresarse siguiendo a Bacigalupo—que es el "ámbito de la vida altamente personal, especialmente en lo que se refiere a la vida familiar y sexual y al estado de salud".³⁸⁹ En términos muy expresivos se ha propuesto por algunos constitucionalistas esta noción: "ámbito propuesto por alguno y la gente de sus afectos conviven, con- en que el ser humano y la gente de su futuro, comparten versan, se aman, planifican el presente y el futuro, comparten alegrías y tristezas, gozan del esparcimiento, incrementan sus virtudes o superan sus defectos, y fomentan sus potencialidades humanas para su progreso integral, todo ello sin la *intervención* o *presencia de terceros*".³⁹⁰ Algunos autores distinguen tres clases de intimidad: la vinculada a la esfera *privada*, esfera *íntima* y esfera del *secreto*, aunque se prefiere distinguir únicamente entre las dos primeras clases. La *íntima* comprendería el ámbito interno de la vida al que no tiene acceso el mundo, en tanto que la *privada* sería una noción más amplia, "relativa al sector vital que se manifiesta y es accesible a cualquiera, v. gr., el número de hijos, estudios, viajes, etc.", aunque se discute si se extiende a los aspectos económicos, en particular bancarios.³⁹¹ La intimidad está expresamente protegida por la Constitución en el art. 19 N° 4 cuando asegura "la protección a la vida privada", y en el N° 5 se asegura "la inviolabilidad del hogar y de toda comunicación privada". El Código Penal, con fundamento en esa garantía, el año 1995, incorporó en el Título III del Libro II, que se ocupa de los delitos que afectan a los derechos garantizados por la

³⁸⁸ Cfr. Cobos de Linares, op. cit., p. 256; Bajo Fernández, op. cit., p. 283.

³⁸⁹ Bacigalupo, op. cit., pp. 150-151.

³⁹⁰ Evans de la Cuadra, op. cit., t. I, p. 172.

³⁹¹ Abelardo Rivera Llano, "La protección de la intimidad y el honor y la informática", en *Estudios Penales*, Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, edición dirigida por Jorge E. Valencia, p. 172, Bogotá, 1984.



Constitución, el párrafo N° 5, "De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia", arts. 161 A y B, figuras delictivas dirigidas a la protección de la intimidad, si bien de modo incipiente, empleando expresiones de alcance discutible, como *conversaciones, comunicaciones, documentos, imágenes o hechos de carácter privado, recintos particulares, lugares que no sean de libre acceso al público*. Estos tipos penales castigan con penas privativas de libertad y de multa a aquellos que en recintos que no sean de libre acceso, y sin autorización del afectado, "captan, interceptan, graben o reproduzcan conversaciones o comunicaciones de carácter privado". Se castiga también a quien sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos privados.

El honor en sentido amplio podría abarcar a la intimidad, sería una de sus facetas, pero son bienes conceptual y jurídicamente separables, y tan es así que puede atentarse a la intimidad y no al honor,³⁹² como sucede con las indiscreciones sobre materias veraces, que no afectan a la propia estimación o a la fama (una enfermedad grave del afectado, la participación de un pariente en un hecho bochornoso, exhibir fotografías en que el sujeto está desnudo tomando sol en su jardín). Esta diferencia entre honor e intimidad ha inclinado al legislador a establecer sistemas de protección penal independientes para uno y para otro,³⁹³ en el Código Penal. La distinción —entre otros aspectos— tiene repercusiones en instituciones como la *exceptio veritatis*, que en el caso de los atentados a la intimidad —en principio— no debería proceder, aunque sí en la injuria y la calumnia.

16.3. HONOR Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es otra manifestación del derecho al honor y consiste en "recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina, por ende, el derecho a que no se apliquen

³⁹² Cfr. Bacigalupo, op. cit., pp. 150-151; Vives Antón, op. cit., pp. 680-681; Cobos de Linares, op. cit., p. 257; Bajo Fernández, op. cit., p. 283.

³⁹³ Cfr. Bacigalupo, op. cit., p. 150.



las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo", principio que tendría aplicación en las situaciones extraprocesales,³⁹⁴ por lo que lo perseguido en el proceso penal es precisamente destruir la presunción de inocencia, para someter a proceso, acusar y condenar al inculpado.

16.4. EL HONOR Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Como se ha expresado en los párrafos precedentes, el *derecho al honor* está garantizado para todas las personas por la Carta Fundamental, pero ésta a su vez garantiza otros derechos de particular trascendencia en los Estados democráticos, como son los de *emitir opiniones y de informar*; estos derechos son los que con más frecuencia entran en colisión con el honor y la intimidad.

El art. 19 de la C.P.R., en el inciso primero de su N° 12 expresa: "La Constitución asegura a todas las personas:

12. La libertad de *emitir opinión* y la de *informar*, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de *responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades*, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado".

La determinación de los límites de esta última libertad y del derecho al honor es una de las materias que más controversia suscita tanto a nivel legislativo como judicial, en particular en el plano penal. El honor está protegido penalmente con los delitos de injuria y calumnia, pero también se ampara el derecho de las personas para emitir opiniones o difundir informaciones, y es en el ejercicio de esta última facultad donde se pueden cometer atenuados al referido bien, situaciones que corresponde resolver determinando y considerando cuál es el *interés preponderante* en cada caso. En este último aspecto es donde se generan problemas sistemáticos, problemas que hay que dilucidar con los principios político-jurídicos imperantes. El origen de esos principios está en la universalización del reconocimiento y consagración de los

³⁹⁴ Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España, el año 1986, citada por Vives Antón (op. cit., p. 681).



derechos a la *información* y a la *libertad de expresión*, considerados como sustrato inescindible de todo Estado democráticamente organizado.

En este párrafo no es posible hacer un análisis de un asunto tan complejo como el propuesto, de modo que sólo se enunciarán algunos de los principios a considerar.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que el derecho al honor aparece protegido por los delitos de injuria y calumnia, que constituyen la concreción legal de la protección constitucional del derecho al honor; pero esa protección del legislador no puede superponerse a la voluntad del propio constituyente en cuanto a la amplitud que reconoce al ejercicio a la libertad de expresión y de información, que, a su vez, establece como el principal pilar de una sociedad democrática. De consiguiente, es insuficiente que una información pueda formalmente ser típica y configurar un delito de injuria, porque podría estar *justificada* por el art. 10 N° 10, o sea, por el *ejercicio legítimo de un derecho* (el de expresión e información). La ponderación de tales situaciones se ha de hacer considerando entre ambos intereses, cuál es el *preponderante*, y para establecerlo hay que tener en cuenta los aspectos *axiológicos en juego* tanto de la norma a aplicar como de los sucesos reales en análisis, en definitiva los presupuestos meramente formales son insatisfactorios. Según las alternativas, es posible que la libertad de expresión tenga preeminencia sobre el derecho al honor, atendida su naturaleza trascendente para la existencia y funcionamiento del *Estado* en su concepción pluralista libertaria. En este caso, a pesar de la adecuación formal de la expresión o información a un tipo penal, puede constituir el autorizado ejercicio del derecho de expresión, o sea, tratarse de una actividad legítima. La libertad de opinión y de información adquieren en un Estado democrático carácter constitutivo tratándose del ejercicio del derecho a intervenir en la formación de una voluntad política en la sociedad³⁹⁵ y puede, en determinadas circunstancias, alcanzar rango superior al honor.³⁹⁶

En general, corresponde que la información y la opinión (crítica) sobre personas *públicas* sean apreciadas con parámetros

³⁹⁵ Bacigalupo, op. cit., p. 130.

³⁹⁶ Bajo Fernández, op. cit., p. 294.

mucho más amplios respecto de los posibles atentados al honor, siempre que esa divulgación se presente como necesaria para cumplir los objetivos preeminentes de un adecuado conocimiento de la comunidad sobre el quehacer de aquellos que tienen figuración con esas características; no sucedería lo mismo si se trata de personas que no poseen esa calidad. Tal posición en el ordenamiento jurídico penal quedó de manifiesto con la modificación que la Ley N° 20.050 del año 2005 efectuó al N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política –cuyo texto primitivo aseguraba la “protección a la vida privada y *pública*”– reduciendo esa protección exclusivamente a la “vida privada”, excluyendo la pública. Sin perjuicio de lo anotado, quedan excluidas de protección las denominadas *injurias absolutas* o formales: aquellas que en sí mismas y por naturaleza son afrentosas, porque la dignidad siempre es mercedora de respeto. Se requiere además que la opinión o la información se base en hechos subjetivamente veraces, que quien la expresa o publicita las crea ciertas, para lo cual ha de agotar –dentro de sus posibilidades– los medios para verificar su conformidad con la realidad (a pesar de que objetivamente puedan no serlo). Cuando el sujeto actúa en conocimiento de la falsedad de su información y ésta objetivamente no corresponde a la verdad, la protección del honor lesionado con ella rige en plenitud.

Como criterio rector, se puede expresar que el derecho al honor, como también la privacidad o intimidad, están en posibilidad de ser sobrepasados por la información, siempre que exista un interés público en ello. Si existe un interés en la sociedad, superior y general, en conocer determinadas conductas o actos de una persona, aunque sean privados o se vinculen con su dignidad, los derechos de esa persona pueden ser sacrificados en pro del interés superior social. Principios análogos pueden hacerse extensivos al respeto de la *presunción de inocencia*.

16.5. LA INJURIA

A. Concepto del delito. Tipo objetivo

El art. 416 define el delito de injuria en los siguientes términos: “Es *injuria* toda expresión proferida o acción ejecutada en *deshonra*,

desdénio o menosprecio de otra persona". El delito se caracteriza por ser una exteriorización de un "contenido significativo"³⁹⁷ de menosprecio o desdénio, que puede lesionar tanto el honor subjetivo como el *objetivo* y llevarse a cabo mediante la palabra oral o escrita, con gestos, alusiones, dibujos y cualquier forma viable de transmitir el pensamiento.

El legislador alude a dos formas: *expresión* y *acción*; la primera se refiere a la palabra hablada, la segunda comprende cualquier sistema de manifestar una opinión que no sea la palabra hablada, quedan comprendidas en la voz "*acción*" formas de expresarse como la palabra escrita (art. 422), las caricaturas, los movimientos, las alusiones. El Código es expresivo en el art. 421 al aludir a distintas formas de cometer una injuria.

No es necesario que la expresión proferida o la acción ejecutada sean *objetivamente* ofensivas, con frecuencia lo serán; pero es suficiente que —no obstante que por naturaleza no tengan un sentido afrentoso— alcancen tal significación atendida la forma como se exteriorizaron, la ocasión y demás circunstancias concurrentes.

No hay acuerdo en si la *omisión* es una forma punible de injuriar. De la descripción que hace el art. 416 se desprendería que necesariamente la injuria tiene que cometerse mediante *acciones* —conductas positivas—, pues alude a expresiones proferidas o acciones ejecutadas, lo que supone un comportamiento activo. No obstante, en la literatura jurídica nacional se acepta que se puede cometer el delito mediante una omisión, pero limitando la posibilidad a la situación en que el ofensor se encuentra en posición de garante en relación al ofendido, o sea, cuando el ordenamiento le impone guardar ciertas formalidades de respeto o tratamiento respecto del segundo, formalidades o tratamiento que omite³⁹⁸ (dejar al superior con la mano estirada negándole el saludo). En España hay autores que así lo sostienen,³⁹⁹ pero existen también opiniones en contrario, que estiman que la omisión no procede en esta clase de delitos.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Vives Antón, op. cit., p. 693.

³⁹⁸ Labatut, D. P., t. II, p. 199; Etcheberry, D. P., t. III, p. 113; Bustos, *Manual*, p. 167.

³⁹⁹ Muñoz Conde, op. cit., p. 98.

⁴⁰⁰ Vives Antón, op. cit., p. 695.

Las injurias, según la forma de ofender que emplee el agente, se clasifican en *directas* e *indirectas*. Directa es la que directamente se dirige en contra del ofendido e indirecta pasa a ser la que *oblicuamente* repercute en la víctima, como sucede si se deshonra a una persona empleando a una tercera como referencia (cuando el agente se dirige a dos sujetos, Pedro y Diego, y afirma: Diego no es el ladrón, dejando entender que Pedro sí lo es). Se hace distinción también entre injuria *manifiesta* y *encubierta* o *larvada*. Manifiesta es aquella que no deja lugar a dudas sobre su naturaleza ofensiva, en tanto que encubierta es una ofensa disfrazada, equívoca, que conforme al art. 423 permite que la persona aludida exija "explicaciones satisfactorias acerca de ella", si el autor no las da o las que expresa no son satisfactorias, se le castiga como responsable de injuria manifiesta. El legislador distingue además las ofensas hechas por *escrito* y *con publicidad* de las restantes formas de injuriar. Según la intensidad del atentado y para los efectos de determinar la penalidad, la ley penal clasifica las injurias en *graves*, *leves* y *livianas*.

B. Tipo subjetivo

Tanto la injuria como la calumnia requieren de dolo, este punto no se discute. Tampoco se discute la imposibilidad de que en estos tipos penales se dé la alternativa de la *culpa*, hay acuerdo en que la culpa no es concebible en estos delitos atendida la exigencia subjetiva del art. 416: *en deshonra, desdénio o menosprecio*, que supone en el agente el conocimiento de que su expresión o acción, en las circunstancias en que fue proferida o realizada, tenía un sentido agravante para otra persona. Ese saber a que se refiere la disposición, acompañado del querer actuar, es lo que constituye el dolo.

La falsedad o veracidad objetiva de la afirmación es materia distinta al tipo subjetivo, y para los efectos del tipo penal podría afirmarse que carece de relevancia jurídica; puede sí tenerla para efectos de la *exceptio veritatis*, que tiene como fin limitar la protección del honor al *exactamente merecido*.

Esta visión del tipo subjetivo puede ser diferente, según el alcance que se dé al denominado *animus injuriandi*, que algunos

consideran como integrante del elemento subjetivo del tipo, además del dolo (como elemento subjetivo del injusto).⁴⁰¹

El *animus injuriandi* generalmente se concibe como un *animus necandi* especial, como una voluntad de causar un daño al ofendido, diverso al dolo, que involucra el conocimiento que la acción o expresión es objetivamente agravante para la víctima. Autores como Pacheco,⁴⁰² Gustavo Labatut,⁴⁰³ Bustos,⁴⁰⁴ Vives Antón,⁴⁰⁵ Cobos Gómez de Linarés,⁴⁰⁶ fundamentados en la preposición "en" que emplea el art. 416, piensan que el tipo penal requiere de una intencionalidad dirigida específicamente a deshonrar, menospreciar o desacreditar, para que haya injuria. Bustos sostiene que tal exigencia permite el ejercicio de la libertad de información y de crítica, que sería ajena a la posibilidad de probar la verdad; de consiguiente, la diferencia entre el delito y la información radicaría en que en el primer caso se ha pretendido dañar la honra del ofendido, en tanto que en el segundo sólo se ha querido dar una opinión o informar.

Como se sostuvo en otra oportunidad,⁴⁰⁷ no parece necesario diferenciar o exigir una particular intencionalidad además del dolo inherente al delito de injuria. El conocimiento del alcance agravante que objetivamente tiene la expresión o acción y de que al exteriorizarla en las circunstancias del momento producirá en la realidad tal efecto, es lo que constituye el dolo y a su vez el elemento subjetivo para que se dé el tipo descrito en el art. 416, sin necesidad de *animus* especiales. La doctrina, aparentemente, en el hecho incorpora el *animus injuriandi* al dolo. Es indudable que las expresiones empleadas por el art. 416 suponen una voluntariedad dirigida a ofender (en deshonra, descrédito...), voluntad que conlleva un conocimiento cierto de que la acción o expresión alcanzará en la realidad tal efecto, lo que margina la posibilidad

⁴⁰¹ Bajo Fernández, op. cit., p. 290.

⁴⁰² Pacheco, op. cit., t. III, p. 479.

⁴⁰³ D. P., t. II, p. 200.

⁴⁰⁴ Manual, p. 168.

⁴⁰⁵ Op. cit., p. 691.

⁴⁰⁶ Manual, parte especial, t. I, p. 264.

⁴⁰⁷ Garrido, *Los delitos contra el honor*, pp. 95 y 228.

de dolo eventual,⁴⁰⁸ porque con ese dolo el autor duda o ve como simple posibilidad que se produzca el referido efecto.

Conforme la teoría del *animus injuriandi*, este elemento subjetivo quedaría descartado por la concurrencia de otros *animus*, como el *narrandi* (de contar), *criticandi* (de hacer crítica), *jocandi* (de hacer broma) entre muchos otros. Esta posición, según los partidarios de esa doctrina, garantiza el ejercicio del derecho a informar y la libertad de expresión, al permitir difundir el pensamiento sin el peligro de ser acusado de ofender, cuando sólo se ha querido ejercer los derechos indicados. Al considerar el *animus injuriandi* como elemento del tipo subjetivo, si falta ese *animus*, se excluiría el tipo penal.⁴⁰⁹

Podría sostenerse que en el sistema nacional la doctrina del *animus injuriandi* como elemento del tipo subjetivo en la injuria encontraría respaldo en la Ley sobre Libertad de Opinión e Información, que en su art. 29 dispone que "No constituyen injurias las apreciaciones personales que se formulen en comentarios especializados de crítica política, literaria, histórica, artística, científica, técnica y deportiva, salvo que su tenor pusiere de manifiesto el propósito de injuriar, además del de criticar"; pero resulta obvio que este precepto no está aludiendo a un *animus* determinado, sino que al dolo directo, que como se desprende del tenor de la disposición, puede coexistir con el de criticar.

Para otros sectores el *animus injuriandi* tendría relación con la antijuridicidad del acto (con su licitud), porque la facultad de opinar o informar serían normas permisivas (causales de justificación). Constituirían derechos reconocidos por el sistema (por la Constitución y por el Código Penal). El ordenamiento jurídico según las circunstancias puede llegar a sacrificar el derecho al honor frente a intereses más preponderantes, como serían la conveniencia de que la opinión pública se sustente en la verdad de lo que sucede en el quehacer social, y de que se ejerza libre y adecuadamente el control sobre los actos de los detentadores

⁴⁰⁸ Autores como Etcheberry consideran que el dolo eventual es posible en esta clase de delitos (D. P., t. III, p. 122).

⁴⁰⁹ Esta es la doctrina que frecuentemente ha sido sostenida por la Corte Suprema (véanse *Fallos del Mes*, N° 405, año 1992, S. N° 4, p. 536 y N° 6, p. 540; N° 450, año 1996, S. 8, p. 1039).

de la autoridad y del poder, como una de las mejores formas de prevenir la corrupción y el nepotismo. La tesis de que el *animus injuriandi* excluiría el tipo subjetivo cuando concurren otros *animus*, como el *narrandi*, el *defendendi*, no se puede compartir. Hay cierto consenso en el sentido de que pueden concurrir dichos *animus* coetáneamente con el de injuriar.⁴⁰ De manera que además de querer informar, criticar u opinar, se puede también querer ofender a un tercero, esos *animus* no siempre y necesariamente descartan al de injuriar.

En resumen, el tipo subjetivo en la injuria no requiere de un elemento particular fuera del dolo; pero éste debe ser *directo* y, por lo tanto, queda excluida la posibilidad de una injuria con dolo *eventual*. También queda excluida la posibilidad de *culpa*, el texto del art. 416 margina su procedencia.

C. Clases de injurias atendida su gravedad

Atendida la naturaleza de la ofensa y la publicidad que se le dé, las injurias pueden clasificarse en tres grupos: *graves*, *leves* y *levísimas*.

D. Injurias graves

Están descritas en el art. 417, que señala: "Son injurias graves:

- 1°. La imputación de un *crimen* o *simple delito* de los que no dan lugar a procedimiento de oficio.
- 2°. La imputación de un *crimen* o *simple delito* *penado* o *prescrito*.
- 3°. La de un *vicio* o *falta* de *moralidad* cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o intereses del agraviado.
- 4°. Las injurias que por su naturaleza, ocasión o circunstancias fueren *tenidas en el concepto público por afrentosas*.
- 5°. Las que *racionalmente* merezcan la calificación de graves atendido el *estado*, *dignidad* y *circunstancias* del ofendido y del ofensor".

⁴⁰ Cfr. Etcheberry, D. P., t. III, p. 123.

La disposición transcrita señala cinco casos en que las ofensas deben ser calificadas como *graves*, los que requieren de cierta explicación.

En el N° 1 se expresa que la *imputación de un crimen* o de un *simple delito* no *pesquizable de oficio* constituye ofensa grave; como se verá al comentar la calumnia, la imputación de estos mismos delitos cuando son *pesquisables* de oficio constituye *calumnia*. La *falta* queda excluida, sin perjuicio de que pueda conformar una injuria leve o *levísima*, según tenga o no publicidad. De suerte que son injurias graves las imputaciones de *crímenes* o *simples delitos* no *perseguidos* de oficio, situación en que se encuentran los delitos que dan origen a la *acción privada*. Estos delitos están enumerados en el art. 55 del C.P.P., y son aquellos cuya acción sólo puede ser ejercida por el ofendido o su representante legal, no así el ministerio público; además, las acciones a que dan origen presentan formas particulares de extinción. Entre estas figuras se pueden citar la provocación a duelo, la calumnia y la injuria. Se incluyen también en este grupo los delitos de acción pública previa instancia particular que en realidad son delitos de acción pública con modalidades, porque exigen para que pueda iniciarse el proceso denuncia del ofendido o de su representante legal a la justicia o a la policía (art. 54 del C.P.P.), una vez cumplido el trámite, se siguen de oficio por el fiscal respectivo y, en general, terminan en la misma forma que los delitos de acción pública. Son de esta clase de acción el delito de *violación* de morada (art. 144) y las lesiones de mediana gravedad (art. 399). En estos últimos delitos entre otros de previa denuncia corresponde distinguir dos alternativas: si un delito de violación de morada o de lesión menos grave ya ha sido denunciado y se atribuye falsamente a una persona, tal imputación constituirá calumnia, porque se trata de un delito *pesquisable* de oficio; si no ha sido denunciado y se atribuye a un tercero, su imputación puede calificarse como injuria grave, porque calza en el N° 1 del art. 417.⁴¹

Constituye injuria grave la atribución de un crimen o simple delito *penado* o *prescrito*. Entre las formas de poner término a la responsabilidad penal está el cumplimiento de la pena y el trans-

⁴¹ Cfr. Garrido, *Delitos contra el honor*, p. 234; Etcheberry, D. P., t. III, pp. 124-125.

curso del tiempo, a estas situaciones se refiere el N° 2 del art. 417. Si se atribuye un delito prescrito o penado, tal imputación no es calumnia, porque este delito comprende sólo la imputación de los actualmente pesquisables de oficio, y aquel cuya pena está cumplida o cuya acción o castigo ha prescrito, no tiene esa calidad.

Otra injuria grave es la descrita por el art. 417 en su N° 3, y consiste en la atribución de un *vicio o falta de moralidad* cuya práctica pueda perjudicar el honor de manera *considerable*. *Vicio* es un mal hábito, o un exceso en cuanto a una costumbre, un defecto, en tanto que *falta de moralidad* es incurrir en cualquier atentado a la ética, aun circunstancialmente. No se trata de atribuir un simple vicio o falta, ha de consistir en uno que pueda afectar gravemente la reputación o los intereses del agraviado.

En el N° 4 el Código Penal se refiere a las injurias que en *concepto público* se tengan por afrentosas. Se incorpora aquí un elemento *normativo cultural* al que el tribunal debe acudir en cada caso para valorar la ofensa, no lo puede hacer conforme su particular criterio, sino ateniéndose a aquel concepto público que tendrá que determinar en forma previa.

Por último, el N° 5 se refiere a las injurias que *racionalmente* merezcan el calificativo de graves atendidas las condiciones del ofensor y del ofendido, noción cuyo sentido es claro.

La sanción que merece este delito está precisada en el art. 418, que a su vez considera el medio empleado para cometerlo, si se hizo o no por *escrito y con publicidad*. El art. 422 señala cuándo se entiende que han sido hechas por escrito y con publicidad: "cuando se *propagaren* por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos; por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidos por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera". Esta norma ha sido complementada por la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información, que en su artículo 2° expresa: "Para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado"; en su inciso segundo entiende por diario todo periódico que se publique a

lo menos cuatro veces en cada semana. Esta ley, además, en su artículo 29 expresa que "Los delitos de calumnia e injuria cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, serán sancionados con las penas corporales señaladas en los artículos 413, 418 inciso primero y 419 del Código Penal", más las multas que precisa. O sea, mantiene las penas privativas de libertad del Código sin modificaciones, pero aumenta ostensiblemente las pecuniarias que van desde un mínimo de veinte a un máximo de ciento cincuenta unidades tributarias mensuales, según los casos que en esa disposición se distinguen.

Tratándose de injurias que no se hayan hecho por escrito y con publicidad, "las penas serán *reclusión* menor en su grado mínimo y *multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales".

E. Injurias leves y livianas

El art. 419 sanciona las injurias leves en los siguientes términos: "Las injurias leves se castigarán con las penas de *reclusión* menor en su grado mínimo y *multa* de seis a diez unidades tributarias mensuales cuando fueren *hechas por escrito y con publicidad*. No concurriendo estas circunstancias se penarán como *faltas*".

De modo que cuando las ofensas no se puedan calificar de graves, cualquiera sea su naturaleza y siempre que hayan sido hechas *por escrito y con publicidad*, constituyen injurias *leves*, y merecen la sanción recién señalada.

Las mismas ofensas antes indicadas —o sea, aquellas que no pueden calificarse de graves, sin importar su naturaleza— han de reputarse como *livianas* y constituyen *faltas*, que se castigan con la sanción indicada en el art. 496: "Sufrirán la pena de *multa* de una a cuatro unidades tributarias mensuales: N° 11: El que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, *no siendo por escrito y con publicidad*".

De manera que las ofensas que no pueden calificarse de graves conforme al art. 417, constituyen injurias *leves* si han sido hechas por escrito y con publicidad; si no se ha empleado este medio de ejecución, se califican como *livianas* y se castigan como faltas. No hay, de consiguiente, injurias de mediana gravedad. Entre las múltiples anomalías que ofrece la tipificación de este delito, la

ausencia de un criterio racional general evaluador de las injurias es una de las más ostensibles.

F. Los sujetos activo y pasivo en la injuria

Sólo las personas naturales pueden ser autoras o víctimas de injuria; las personas jurídicas escapan al alcance que el Título VIII da a la voz "personas". Por lo demás, el honor es una manifestación de la "dignidad", cuyo titular son exclusivamente las personas naturales.⁴¹²

16.6. LA ANTIJURIDICIDAD Y LA INJURIA

La antijuridicidad será comentada en los párrafos siguientes, luego que se analice el delito de calumnia, porque lo que se diga sobre esa materia afecta en igual forma a ambas figuras.

16.7. LA CALUMNIA

A. Noción del delito

El Código Penal se refiere a la calumnia con antelación a la injuria, pero se ha estimado por razones metodológicas que parece más adecuado hacerlo a la inversa. Como se adelantó en párrafos anteriores, el delito de calumnia puede calificarse como una clase particular de injuria,⁴¹³ sin perjuicio de que tal afirmación pueda ser discutible.

El art. 412 define lo que se entiende por calumnia: "Es calumnia la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio".

⁴¹² Cfr. Bajo Fernández, op. cit., p. 306.

⁴¹³ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 691; Bustos, *Manual*, p. 171; Muñoz Conde, op. cit., p. 103; Creus, op. cit., p. 136; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 110.



B. Tipo objetivo

La característica de este delito es que consiste en una imputación o atribución de un hecho delictivo a una persona, sin que tenga interés el medio empleado para hacerlo, normalmente será la palabra oral, pero también puede ser la escrita, o un gesto, las alusiones, dibujos y cualquier otro medio idóneo. El delito está descrito como tipo de acción, pero se discute si se presentan casos de *comisión por omisión*, no parecen posibles situaciones en que personas, encontrándose en posición de garantes del honor de la víctima, pudieran ser los calumniadores; amplios sectores doctrinarios descartan tal posibilidad.⁴¹⁴

La imputación tiene que consistir en la atribución de un *crimen* o un *simple delito*, la de una falta queda descartada. Cuando se atribuye una falta, la ofensa puede constituir injuria, pero nunca calumnia. Si bien el art. 412 exige que se trate de un *delito*, sin especificar su gravedad, la limitación a los crímenes y simples delitos se desprende de los arts. 413 y 414, que determinan las sanciones que corresponden a la calumnia, preceptos que refieren exclusivamente a la imputación de un *crimen* o de un *simple delito*, dejando fuera a las *faltas*.⁴¹⁵

El *crimen* o *simple delito* imputado en la calumnia puede ser doloso o culposo, el art. 412 no distingue, y conforme al art. 4° ambas posibilidades quedan comprendidas por la expresión "delito".⁴¹⁶

Para constituir calumnia debe cumplir con ciertas condiciones y puede ser atribuido sólo a una persona *natural*, en calidad de *autor*, *cómplice* o *encubridor*,⁴¹⁷ las personas jurídicas quedan excluidas porque carecen de responsabilidad penal (art. 58 inc. 2° del C.P.P.).

La calumnia no puede referirse a cualquier hecho delictivo, el delito que se imputa tiene que cumplir con estas características: a) ser *determinado*, b) *falso* y c) *actualmente perseguible de oficio*.

⁴¹⁴ Entre ellos, Bustos, *Manual*, p. 171.

⁴¹⁵ Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 640.

⁴¹⁶ Cfr. Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 128.

⁴¹⁷ Muñoz Conde, op. cit., p. 103.



a) *Atribución de un delito determinado*

El delito en que consiste la ofensa debe estar precisado en sus circunstancias fundamentales, porque el art. 412 exige que sea *determinado*. La imputación ha de precisar quién es la persona que tendría responsabilidad en el hecho, en qué consiste, cuándo y el lugar en que se cometió (recuérdese que un delito prescrito o penado no es calumnia, sino injuria grave) y todas aquellas circunstancias que hagan posible determinarlo. Afirmar de alguien que es un estafador, o un violador no constituye calumnia (podría ser injuria), porque no consiste en la atribución de un hecho determinado, el agente se ha limitado en este caso a señalar una característica negativa del agraviado. No ofrece importancia la fase de ejecución que alcanzó el hecho, puede tratarse de un delito consumado, frustrado o intentado; tampoco ofrece interés la circunstancia que su calificación jurídica no sea la correcta⁴¹⁸ (sindicar a una persona como autora de estafa y en verdad se trata de un hurto).

b) *Falsedad del delito*

La *falsedad* del delito es otra condición que debe cumplirse en la calumnia. La falsedad *debe ser subjetiva*, que el calumniador conozca la mendacidad de su imputación, o sea, ha de tener conciencia de que lo que atribuye a un tercero no concuerda con la realidad o de que carece de antecedentes adecuados que den verosimilitud a esa aserción. El delito debe ser real para el sujeto activo, por lo menos en cuanto a sus elementos típicos esenciales, no importa que se limite a suponer las circunstancias secundarias. Esa posición subjetiva de quien hace la atribución es fundamental en el tipo calumnia, en atención a que puede eximirse de sanción probando que él verdaderamente creía en la efectividad de su aserción, o que ésta está respaldada por antecedentes verosímiles, situaciones que marginarían la posibilidad de que haya actuado con dolo.

El tipo penal objetivo de calumnia no requiere que el delito en que consiste no se haya realizado en la realidad, o que en el mismo el ofendido no haya tenido intervención. *El tipo calumnia no exige*

⁴¹⁸ Vives Antón, op. cit., p. 691.

la *falsedad objetiva* del delito, sin perjuicio del efecto liberatorio de pena que una prueba en este último sentido pueda tener en el proceso, prueba que constituye la *exceptio veritatis*, materia a la cual se hará referencia en los párrafos siguientes. La falsedad a que alude el art. 412 es de carácter subjetivo, no objetivo. Y ello es así porque en caso contrario sería el agraviado quien tendría que entrar a probar la no existencia del hecho o su ninguna participación en el mismo, porque a él le correspondería acreditar la existencia de los elementos del tipo objetivo —entre los cuales estaría la falsedad de la imputación—, lo que resulta absurdo. En tanto que sí corresponde al tribunal o al calumniador acreditar la veracidad de la imputación, porque al existir esa prueba, la pena que corresponde a la calumnia deja de ser necesaria liberándose de la misma al inculpad, porque la atribución ha resultado útil para poner en evidencia hechos que son merecedores de sanción por revestir el carácter de delito, o tienen importancia social por incidir en la función pública que sirve el ofendido.⁴¹⁹

“De modo que el tipo objetivo en la calumnia no se integra con la circunstancia de ser falso objetivamente el hecho delictivo atribuido, por lo menos por tres razones:

1) Una de índole teleológico: la calumnia es un delito contra el honor, ampara la dignidad de los seres humanos y, como tal, vela porque el tratamiento entre ellos sea adecuado y respetuoso, lo que constituye un derecho inherente a toda persona por el solo hecho de nacer (art. 1° de la Constitución Política). Ese derecho es un bien jurídico que se ampara con independencia de la realidad o falsedad de la imputación ofensiva. En ambos casos es delito, la liberación de la pena que trae aparejada la denominada *exceptio veritatis* es otra cosa. La naturaleza de la imputación es siempre calumniosa, o sea, la imputación es típica y antijurídica en el caso indicado, pero se libera de sanción al que la hace por intereses superiores de índole social: desenmascarar a un delincuente.

Esto explica que sea injuria la imputación de un delito de acción privada o que está prescrito, alternativas en que no se acepta la prueba de la verdad, y ello porque no hay interés social en desenmascarar a su autor, siendo más relevante su honor. De

⁴¹⁹ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 690.

no ser así, no se explica la razón de por qué una imputación verdadera de un delito de acción pública no se castiga, pero sí una de un delito de acción privada (art. 417 N^{os} 1 y 2).

2) Hay una razón de orden ontológico, porque el art. 312 se refiere a un "delito determinado, pero falso..."; falsedad es más que no realizado, falsedad es mendacidad, saber que no es verdad lo que se afirma, que supone en la calumnia la conciencia de parte del ofensor de que no se ha ejecutado el hecho atribuido o de que es inocente el imputado. En ese sentido se usa la expresión en los artículos 193 y siguientes. Ese conocimiento es un elemento subjetivo del tipo. El dolo en la calumnia se integra por el saber que se atribuye un delito y que al hacerlo se afecta al honor de la víctima; pero además el tipo exige el elemento subjetivo de tener conciencia de la falsedad, lo que no se requiere en la injuria en ninguna de sus hipótesis, aun cuando excepcionalmente se autoriza probar la verdad de la imputación con consecuencia liberadora de la pena.

3) La tercera razón que respalda la tesis sostenida es de orden *procesal*. Si la falsedad requerida por el art. 312 fuera una exigencia de carácter objetivo solamente, el ofendido estaría obligado a probar esa falsedad para que el tipo se presente, porque a aquel que sostiene la existencia del hecho típico le corresponde acreditar todos los elementos objetivos que lo conforman. Lo que jurídicamente es absurdo y se contrapone al principio de inocencia consagrado en las leyes procesales (art. 42 del C. de P.P. y art. 1^o del C. Procesal P.).

Le corresponde, en consecuencia, a quien hace la imputación acreditar la realidad de su afirmación. De no ser así, cada vez que se denuncia un delito y se insinúa la posible responsabilidad de una persona, se estaría calumniando, en tanto no se prueba la verdad.

c) Delito actualmente perseguible de oficio

El hecho atribuido, además de ser falso en el momento en que se atribuye al agraviado, debe ser perseguible de oficio por la autoridad judicial. Por ese motivo, comprende exclusivamente los crímenes y simples delitos de acción pública, o sea, aquellos que pueden ser denunciados por cualquiera persona capaz y

respecto de los cuales existe un interés social en su punición. Sin embargo, también se comprende a los de acción mixta, siempre que en el momento de la atribución ya se encuentren denunciados a la autoridad (actualmente), porque desde ese instante están sometidos al tratamiento de los delitos de acción pública. Quedan al margen los delitos de acción privada, los de acción mixta que no han sido objeto de denuncia previa, los penados y los prescritos, porque no son actualmente perseguibles de oficio. Respecto de los demás delitos cuya responsabilidad se ha extinguido, como sucede con los indultados, no son actualmente perseguibles, de manera que su imputación no constituye calumnia; pero como bien comenta Echeberry, están en la posibilidad de dar vida al delito de injurias, aunque no graves, porque el art. 417 N^o 2 no los consideró para ese efecto.⁴²⁰

El sujeto activo y pasivo en la calumnia. Se trata de un delito común, no requiere de un sujeto calificado, cualquiera persona —siempre que sea natural y no jurídica— puede ser autor de una calumnia. Con el sujeto pasivo sucede algo diferente, necesariamente debe ser una persona natural con capacidad para cometer el delito imputado.⁴²¹ Las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de calumnia; sólo cuentan con acciones civiles para proteger su reputación (honor objetivo).⁴²²

C. El tipo subjetivo

Lo comentado sobre el tipo subjetivo en relación a la injuria es aplicable a la calumnia, fase subjetiva que se satisface con el dolo directo y que no requiere del *animus injuriandi* o de algún otro *animus necandi*.⁴²³ El dolo en la calumnia debe estar integrado por el conocimiento de la falsedad objetiva de la imputación, el actor sabe que el delito no se ha cometido o que *carce de antedentes verosímiles sobre su comisión*, o habiéndose cometido, que el

⁴²⁰ Echeberry, D. P., t. III, p. 130.

⁴²¹ Cfr. Vives Antón, op. cit., p. 691.

⁴²² Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 286.

⁴²³ Sostienen lo contrario Vives Antón, op. cit., p. 691; Bustos, Manual, p. 173.

agraviado no tiene responsabilidad en él. *Subjetivamente* la imputación tiene que ser falsa, el sujeto activo ha de estar al tanto de la mendacidad de su afirmación.

No quedan sujetos a los principios antes señalados los tipos específicos de calumnia que constituyen delitos especiales, situación que se presenta con la denominada acusación o *denuncia calumniosa*, que es un delito contra la administración de justicia. Estas figuras particulares serán analizadas cuando se traten esos delitos, no están descritas entre aquellos que afectan a las personas.

D. Clasificación de las calumnias y su penalidad (calumnias por escrito y con publicidad)

Las calumnias se clasifican en calumnia *simple* y calumnia cometida *por escrito y con publicidad*; clasificación que tiene importancia para los efectos de la pena, como se señalará a continuación.

Los arts. 413 y 414 se ocupan de establecer las penas que le corresponden al delito de calumnia, haciendo una doble distinción, según se hayan perpetrado o no por escrito y con publicidad, y en ambos casos, según se trate de la imputación de crimen o de un simple delito. Para establecer si han sido cometidas por escrito y con publicidad se ha de estar a lo que previene el art. 422, que se transcribió al analizar las injurias, disposición que considera que constituyen publicidad los carteles o pasquines que se exhiban en los sitios públicos, papeles no sujetos a la ley de imprenta y demás medios que en la disposición citada se enumeran.

Si la calumnia ha sido realizada por escrito y con publicidad, la sanción la determina el art. 413, distinguiendo si lo imputado es un crimen o un simple delito: "La calumnia propagada por escrito y con *publicidad* será castigada:

1º. Con las penas de *reclusión* menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando se *imputare un crimen*.

2º. Con las de *reclusión* menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se *imputare un simple delito*".



El art. 414 sanciona las calumnias en las cuales no ha mediado escrituración y publicidad: "No propagándose la calumnia con *publicidad* y por escrito, será castigada:

1º. Con las penas de *reclusión* menor en su grado mínimo y multa de seis a quince unidades tributarias mensuales, cuando se *imputare un crimen*.

2º. Con las de *reclusión* menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se *imputare un simple delito*".

16.8. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA INJURIA Y LA CALUMNIA

Se sabe que es insuficiente que la expresión o acción se subsuma en el tipo penal para establecer que hay delito, además tiene que ser antijurídica, característica de la cual la tipicidad es un indicio, que se confirma si no concurre ninguna causal de justificación. Este aspecto ofrece importancia, en atención a que existen dos derechos que están garantizados por la Constitución y que siendo fundamentales para el funcionamiento y supervivencia de un Estado democrático, pueden entrar en conflicto con el honor; esos derechos son la libertad de *emitir opinión* y la de *informar sin censura previa* (art. 19 N° 12 de la C.P.R.). El ejercicio de tales libertades constituye una facultad cuya única limitación es la de responder de los delitos y abusos que ello importe. Por lo tanto, la expresión o acción, aunque formalmente pueda aparecer como constitutiva de una injuria o de una calumnia, si es consecuencia del ejercicio de esos derechos no constituye delito, por cuanto tales conductas están permitidas por la causal de justificación del art. 10 N° 10 (el periodismo es el ejercicio legítimo de un oficio, y la libertad de opinar e informar corresponde al legítimo ejercicio de un derecho).⁴²⁴ Marginando las informaciones que son objetivamente injuriosas o calumniosas, puede decirse que la protección al honor y a la privacidad cede el paso al interés general de la sociedad si existe la conveniencia pública de conocer las conductas, hechos o cualidades de una persona. La protección del derecho al honor queda sujeta a restricción desde el momento en que el honor de una persona está vinculado

⁴²⁴ Bacigalupo, op. cit., pp. 126 y ss.



con su vida pública. En estos casos, por el interés superior de la sociedad en mantener la transparencia del comportamiento de sus componentes, sacrifica el honor en pro de la verdad. Recuérdese lo comentado en párrafos precedentes sobre el derecho a opinar, a informar y sobre el principio de inocencia.

Se relaciona frecuentemente a las facultades que tiene el inculpadó de probar la verdad de su aserción (*exceptio veritatis*) con la antijuridicidad. Pero esta última institución no tiene repercusión real en la legitimidad (juridicidad) del comportamiento típico injurioso o calumnioso, la *exceptio veritatis*, como se explicará a continuación, se trata de una *causal de exclusión de pena*, y no de justificación. Si bien la verdad de la imputación no desplaza la ilicitud de la acción o expresión, tiene *efecto liberador de la pena*, como se explicará en el párrafo siguiente.

Puede suceder que al ejercer la facultad reconocida constitucionalmente de expresar la opinión o de informar (el comunicador social ejerce su profesión), se atente en contra del honor o la intimidad de una persona; no obstante, ese comportamiento podría estar justificado, siempre que conforme al ordenamiento jurídico el interés público superior obligue a sacrificar el honor o la privacidad personal. En consecuencia, comportamientos como los indicados no son contrarios a derecho; aunque típicos, estarían justificados, y en ellos no tiene rol la *exceptio veritatis*. Esta viene a operar sólo cuando la ofensa es antijurídica, vale decir, si no corresponde al ejercicio legítimo de un derecho o de una profesión, situaciones que se comentarán a continuación.

16.9. LA EXCEPTIO VERITATIS EN LA INJURIA Y LA CALUMNIA

Consiste en la facultad que tiene el responsable de una acción o expresión calificada como agravante y constitutiva de delito, de liberarse de la pena pertinente acreditando la veracidad de lo que expresó. La *exceptio veritatis* presupone un comportamiento típico (injurioso o calumnioso) y *antijurídico* (no autorizado por el ordenamiento jurídico); de no ser así, no cumpliría su objetivo. En efecto, si la acción o expresión ofensiva no es típica o, siéndolo, no es antijurídica, simplemente no hay delito, se prueba o no la veracidad del hecho agravante atribuido. La cualidad libe-

ratoria de pena de la prueba de la verdad evita el castigo por la atribución de un hecho que importa una injuria o una calumnia, y para serlo debe ser subjetivamente falso, vale decir, el autor tiene que saber que su aseveración es mendaz, sin que tenga para ese efecto relieve que *objetivamente* sea verdadero o falso. Es cierto que el que informa —en particular el periodista— no es un investigador policial; no obstante, debe ejercer su derecho con el cuidado objetivo esperado por el orden social para evitar la lesión de otros derechos en juego (el honor, la intimidad). El ejercicio de la libertad de informar tiene un objetivo: la búsqueda de la verdad; el que use esa libertad debe esforzarse por establecerla.⁴²⁵ De consiguiente, la *exceptio veritatis* es una *excusa objetiva de liberación de pena que beneficia a todos los partícipes del delito*,⁴²⁶ y tiene naturaleza subsidiaria. Es subsidiaria porque si el inculpadó acredita que *subjetivamente* era veraz su información —esto es, que atribuyó el hecho respaldado en antecedentes verosímiles— no hay tipo penal de injuria o calumnia, sin que ofrezca importancia que realmente el hecho atribuido no se haya cometido o que el ofendido no haya tenido intervención en él (falsedad objetiva). De contrario, si la imputación era *subjetivamente falsa* —el ofensor sabía que no era cierta su aseveración o carecía de respaldo confiable—, pero como el ordenamiento jurídico en este ámbito de actividad protege únicamente el honor merecido, el autor de la imputación está en posibilidad de acreditar la efectividad de lo que atribuyó, y si lo logra, se libera de pena. La falsedad objetiva *no es un elemento del tipo penal* en la calumnia y menos aún en la injuria, cuando excepcionalmente respecto de ella se autoriza la *exceptio veritatis*; lo que sí es elemento del tipo en estos casos es la *falsedad subjetiva*. Hay sectores de la doctrina, si bien minoritarios, que critican el reconocimiento de la *exceptio veritatis* en general, y en especial en la calumnia, sostienen que en definitiva significa una conculcación del derecho a la intimidad y un beneficio para el delincuente,⁴²⁷ opinión que en esta obra no se comparte.

⁴²⁵ Cfr. Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., pp. 299-300.

⁴²⁶ Vives Antón, op. cit., pp. 688-689.

⁴²⁷ Así lo sostiene Edgar Saavedra Rojas, "El derecho a la intimidad y la inconstitucionalidad de la *exceptio veritatis* en los delitos de calumnia e injuria", en *Estudios Penales*, Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez. Edición dirigida por Jorge Enrique Valencia, pp. 248 y 251, Bogotá, 1984.

El artículo 415 confirma lo recién expresado; en efecto, para dar por establecida la existencia del delito debe acreditarse la concurrencia de todos los elementos del tipo, la ausencia de cualesquiera de ellos descarta la posible existencia del tipo de que se trate. De suerte que si la falsedad objetiva del hecho imputado se considera un elemento del tipo objetivo, el referido artículo 415 sería inútil, toda vez que al probarse la falsedad no se daría el tipo penal de calumnia por ausencia de uno de sus elementos. ¿Cuál sería entonces la finalidad de esta última disposición? Se trataría de una norma inútil. Por otra parte, la situación en estudio debe vincularse con los delitos de acusación o denuncia calumniosa y con el falso testimonio, donde lo que interesa es la falsedad subjetiva y no la objetiva. ¿Qué justificaría un criterio diferente en el delito de calumnia?

Con los principios antes comentados se analizarán los arts. 415 y 420, que reglan la *exceptio veritatis* en el delito de calumnia e injuria, respectivamente. Como regla general tiene plena vigencia la procedencia de este instituto en el delito de calumnia y únicamente de modo excepcional en el de injurias.

En relación al delito de calumnia el art. 415 expresa: "El acusado de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado."

La sentencia en que se declare la calumnia, si el ofendido lo *pidiere*, se publicará por una vez a costa del calumniante en los periódicos que aquél designare, no excediendo de tres".

Como lo establece la disposición transcrita, en materia de calumnia procede ampliamente la posibilidad de acreditar la realidad del hecho delictivo materia de la imputación, y si se tiene éxito en este sentido, todos los partícipes en el hecho (autores y cómplices) quedan exentos de sanción.

En el inciso segundo del art. 415 se establece que si se condena al calumniador, el agraviado puede solicitar al tribunal que se publique a costa del condenado y en los periódicos que ese agraviado señale —que no pueden ser más de tres— la sentencia condenatoria.

La *exceptio veritatis* en la injuria opera excepcionalmente conforme lo señala el art. 420, que expresa: "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*."

En este caso será *absuelto* el acusado si probare la verdad de las imputaciones".

En el delito de injurias la situación es inversa a lo que sucede con el delito de calumnia. En la injuria lo general es que no proceda la prueba de la verdad, excepcionalmente puede rendirse cuando el injuriado es un *empleado público*, siempre que los hechos constitutivos de la ofensa digan relación con el ejercicio de su función. Si el ofensor logra acreditar la veracidad del hecho que atribuyó, queda liberado de la sanción penal.

Tiene aplicación preferente con respecto a la reglamentación de la prueba de la verdad en relación a la injuria lo dispuesto en el art. 30 de la Ley N° 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y ejercicio del periodismo (4 de junio de 2001), en el caso de la injuria causada por algunos de los medios de comunicación enumerados en el art. 2° de dicho texto (diarios, revistas, escritos, periódicos, otros análogos). El art. 30 antes citado —que se transcribirá— amplía la posibilidad de rendir prueba en la injuria: "Al inculpado de haber causado injuria a través de un medio de comunicación social, no le será admitida prueba sobre la verdad de sus expresiones sino cuando hubiere imputado hechos determinados y concurren a lo menos una o más de las circunstancias siguientes:

a) Que la imputación se produjere con motivo de defender un interés público real;

b) Que el afectado ejerciere funciones públicas y la imputación se refiriere a hechos propios de tal ejercicio.

En estos casos, si se probare la verdad de la imputación, el juez procederá a sobreseer definitivamente o a absolver al querrellado, según correspondiere.

Para lo dispuesto en el presente artículo se considerarán como hechos de interés público de una persona los siguientes:

- Los referentes al desempeño de funciones públicas;
- Los realizados en el ejercicio de una profesión u oficio y cuyo conocimiento tenga interés público real;
- Los que consistieren en actividades a las cuales haya tenido libre acceso el público, a título gratuito u oneroso;
- Las actuaciones que, con el consentimiento del interesado, hubieren sido captadas o difundidas por algún medio de comunicación social;
- Los acontecimientos o manifestaciones de que el interesado haya dejado testimonio en registros o archivos públicos, y

f) Los consistentes en la comisión de delitos o participación culpable en los mismos.

Se considerarán como pertinentes a la esfera privada de las personas los hechos relativos a su vida sexual, conyugal, familiar o doméstica, salvo que ellos fueren constitutivos de delitos".

En resumen, en la injuria puede acreditarse la verdad de la imputación calificada como afrentosa en varias situaciones, inspiradas en el objetivo de garantizar la libertad de opinión por un lado, y del otro concretar realmente uno de los presupuestos del sistema democrático: la transparencia y la corrección que ha de mantenerse en el comportamiento de trascendencia pública.

Se puede, por consiguiente, acreditar la verdad de la imputación del hecho estimado como afrentoso cuando el afectado es un empleado público en relación a hechos que conciernen al desempeño de su actividad pública. A su vez se puede ejercitar este derecho, sin importar la calidad del ofendido, cuando la imputación ha sido motivada por la defensa de un interés público, y se entienden por tales los seis casos que se enuncian en el artículo 30 de la Ley sobre Libertad de Opinión antes transcrita, que tiene carácter taxativo, de modo que fuera de las circunstancias allí señaladas no pueden comprenderse otras analógicamente, puesto que constituyen una excepción. Finalmente, se autoriza probar la verdad de lo estimado injurioso cuando el afectado "ejerce funciones públicas" y la imputación comprende hechos referentes a su ejercicio, la noción de *función pública* es más amplia que la de empleado público que se tiene en cuenta en el artículo 420 del Código.

Sabidamente el legislador marginó de la prueba de la verdad los hechos pertinentes a la esfera privada, como señala el inciso final del artículo 30 de la Ley sobre Libertad de Opinión, a menos que sean constitutivos de delito.

16.10. *ITER CRIMINIS*

Mayoritariamente la doctrina nacional califica a los delitos de calumnia e injuria como delitos *formales*, no requieren de un



resultado para que se consumen. De consiguiente, no puede darse la hipótesis de frustración o de tentativa. La doctrina española se inclina por estimar que estos delitos, aunque formales, sólo se consuman desde que la expresión o acción llega al conocimiento del agraviado; por lo menos requerirían de un mínimo de publicidad, sobre todo cuando la injuria o calumnia es por escrito.⁴²⁸ Por la misma razón, según esta tendencia, son posibles las formas imperfectas de estos tipos penales.

16.11. REGLAS COMUNES A LA INJURIA Y LA CALUMNIA

El párrafo 8 del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal se ocupa de establecer un conjunto de normas comunes a los delitos de injuria y calumnia (arts. 421 a 431). A continuación se transcribirán los preceptos respectivos, explicando sólo aquellos que lo requieran.

A. *Ofensas encubiertas o equívocas*

El art. 423 se refiere a esta clase de calumnias o injurias: "El acusado de calumnia o injuria *encubierta* o *equívoca* que rehusare dar en juicio *explicaciones satisfactorias* acerca de ella, será castigado con las penas de los delitos de calumnia o injuria manifiesta". Norma que debe relacionarse con el art. 421, que expresa: "Se comete el delito de calumnia o injuria no sólo *manifiestamente*, sino por medio de alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones". Las injurias pueden clasificarse en *manifiestas* y *encubiertas* o *equívocas*, según esté claramente expresado su sentido ofensivo o no. Las equívocas requieren de explicaciones, que normalmente se han de dar en el proceso iniciado con motivo de ellas, y si son satisfactorias a juicio del tribunal⁴²⁹ tienen el mérito de liberar

⁴²⁸ Cfr. Cuello Calón, op. cit., t. II, p. 658; Muñoz Conde, op. cit., pp. 100 y 104; Vives Antón, op. cit., p. 698; Bustos, *Manual*, pp. 170-171; Bajo Fernández-Díaz Maroto, op. cit., p. 306.

⁴²⁹ Cfr. Labatut, *D. P.*, t. II, p. 204; Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 134; Garrido, op. cit., p. 274.



de pena al querellado. Por explicaciones satisfactorias han de entenderse aquellas que aclaran el alcance de la expresión o acción equívoca y descartan su posible sentido afrentoso; al no darse las explicaciones o calificarse éstas como insatisfactorias, deben ser castigadas como ofensas manifiestas.

B. Ofensas *recíprocas*

Están regladas en el art. 430: "En el caso de calumnias o injurias *recíprocas*, se observarán las reglas siguientes:

1º. Si las más graves de las calumnias o injurias *recíprocas*—mente inferidas *merecieren igual pena*, el tribunal las dará todas por compensadas.

2º. Cuando la más grave de las calumnias o injurias imputadas por una de las partes, tuviere *señalado mayor castigo* que la más grave de las imputadas por la otra, al imponer la pena correspondiente a aquélla se rebajará la asignada para ésta".

Es una situación en que se reconoce el *animus retorquendi*, que la Comisión Redactora estimó—antes de redactar el precepto—que se presentaba cuando "sean hechas en un mismo acto y merezcan igual pena",⁴³⁰ sin embargo, una vez que se aprobó el tenor del art. 417, se limitó a exigir que fueran ofensas *recíprocas*, pero nada se expresó sobre su simultaneidad y, a su vez, se aceptó la hipótesis de que fueran de diversas gravedad y pena.⁴³¹

Se trata de una regla de política criminal, si ambas ofensas merecen igual pena, se compensan; si no es así, a la que tiene asignada una pena mayor se le resta la sanción que le corresponde a la de menor gravedad y el saldo es la que se impone al que la profirió, solución que ha sido objeto de reparo.⁴³² Este sistema no abarcaría los casos de legítima defensa, que se regirían por las reglas generales que consagra el art. 10 N° 4.⁴³³

⁴³⁰ Sesión N° 88 de 24 de mayo de 1872.

⁴³¹ Sesión N° 89 de 27 de mayo de 1872.

⁴³² Etcheberry estima que debilita la protección del honor (*D. P.*, t. III, p. 136).

⁴³³ Etcheberry, *D. P.*, t. III, p. 136.

En principio se estima posible la compensación de calumnias e injurias entre sí, pues si bien la disposición no es categórica en ese sentido, la calumnia es una especie de injuria más particularizada; no se observa obstáculo para ese efecto, aunque hay opiniones en sentido contrario,⁴³⁴ que consideran que procede únicamente tratándose de injurias entre sí, o de calumnias, pero no entre uno y otro delito.

C. Calumnia o injuria causada en juicio

El art. 426 se refiere a esta situación: "La calumnia o injuria *causada en juicio* se juzgará *disciplinariamente* por el tribunal que conoce de la causa; sin perjuicio del derecho del ofendido para deducir, una vez que el proceso haya concluido, la acción penal correspondiente".

Las ofensas que se causen durante un litigio generalmente corresponden al denominado *animus defendendi*, que —como puede observarse— a juicio del legislador no excluyen la voluntad de injuriar, pues de no ser así no las reglamentaría.

Conforme al precepto transcrito, las calumnias o injurias cuando se expresan en un juicio tienen un trato especial. La regla general es que deben ser sancionadas disciplinariamente por el tribunal que conoce del juicio, conforme a las reglas que señala el Código Orgánico de Tribunales (arts. 530 y ss.).

Sin perjuicio de lo anotado, el ofendido puede deducir la acción penal que corresponda una vez que el litigio haya terminado.

Los delitos de injuria y calumnia son de acción privada, de modo que son los afectados los que deben iniciar la querrela criminal pertinente (arts. 18 N° 8 del C. Procedimiento Penal y 55a), y 400 del C. Procesal Penal).

⁴³⁴ Se sostuvo en la obra *Los delitos contra el honor*, que no era posible tal compensación, porque en el art. 430 se dice *calumnias o injurias recíprocas*, y no emplea la conjunción "e", lo que habría permitido entender que podían ser indistintamente unas u otras (p. 281); en forma análoga piensa Labatut (*D. P.*, t. II, p. 193). Etcheberry opina en contra (*D. P.*, t. III, p. 136).

En este Código, en los arts. 400 y siguientes, se señala el procedimiento para hacer efectiva la acción penal de la injuria y la calumnia, en cuya audiencia ante el juez, este debe otorgar al querrellado "la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta".

Esta clase especial de ofensas se diferencian de otras que, influyendo durante un juicio, pueden constituir delitos específicos, como el falso testimonio y el perjurio (arts. 206 y ss.), la acusación o denuncia calumniosa (art. 211), que afectan a la administración de justicia; o como el desacato (art. 264), que atenta contra el orden y la seguridad pública.

D. Calumnias o injurias en periódicos extranjeros

El art. 425 se refiere a estas formas de atentar al honor: "Respecto de las calumnias o injurias publicadas por medio de periódicos extranjeros, podrán ser acusados los que, desde el territorio de la República, hubieren enviado los artículos o dado orden para su inserción, o contribuido a la introducción o expendición de esos periódicos en Chile con ánimo manifiesto de propagar la calumnia o injuria".

Este precepto confirma la idea de que estos delitos son de mera actividad, es suficiente que la expresión acción se exteriorice para que el hecho esté consumado. El legislador sanciona en la hipótesis de las ofensas publicadas en el extranjero a aquel que envió el escrito afrentoso o dio orden para su inserción. También castiga como autor a aquel que introduce al país el periódico o lo distribuye en el territorio nacional. En esta última modalidad agrega una exigencia subjetiva: el ánimo de propagar la calumnia o injuria, lo que es innecesario, porque el dolo en esta figura penal se caracteriza por el conocimiento y la voluntad de perpetrar el atentado al honor; es indudable, por lo tanto, que no incurre en este delito el sujeto que se limita a importar o distribuir el periódico desconociendo la potencialidad agravante del mismo; en su caso no hay dolo y, por lo tanto, no hay tipo penal.

El art. 415 sanciona en definitiva un abuso de publicidad cometido desde Chile, respecto del envío u orden de expendi-



ción, o en el país tratándose de la introducción del periódico, pues limita el tipo penal exclusivamente a las *publicaciones periódicas*. Podrían vincularse estas figuras con algún delito especial descrito por la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, pues en el art. 4° letra g), reprime conductas parecidas destinadas a destruir el sistema republicano y democrático, la seguridad del país, su régimen económico y otros objetivos semejantes.

E. Ofensas consignadas en un documento oficial

Es frecuente que en un documento oficial se consignen hechos que afecten la honra de una persona, documentos que normalmente son de carácter confidencial y no están destinados a ser divulgados. Previendo esta situación el legislador establece en el art. 427 que "Las expresiones que puedan estimarse calumniosas o injuriosas, consignadas en un *documento oficial, no destinado a la publicidad*, sobre asuntos del *servicio público*, no dan derecho para acusar criminalmente al que las consignó".

La expresión documento oficial debe entenderse en sentido amplio, como cualquier escrito o comunicación emanada de una autoridad o funcionario público en el ámbito de sus facultades. Los hechos ofensivos para una persona que en tales documentos se contengan no dan derecho al afectado para deducir querrela criminal en contra del que los consignó, cuando cumplen con dos condiciones: a) que los documentos no estén destinados a publicitarse y b) que tengan atinencia con el servicio público.

Es necesario para la buena administración del Estado que se libere de responsabilidad a la autoridad, al funcionario o al particular, que en un documento oficial y reservado da cuenta o deja constancia de hechos que pueden afectar a la dignidad de otra persona. La administración no podría desenvolverse sanamente si sus agentes y los miembros de la sociedad estuvieran imposibilitados de dar cuenta de las faltas, corruptelas o comportamientos reprochables de terceros, siempre que en alguna forma estén vinculados con el servicio público.

16.12. REGLAS RELATIVAS A LA ACCIÓN PENAL QUE TIENE SU ORIGEN EN LA CALUMNIA O INJURIA

En el Código Penal se consagran disposiciones que se refieren a la naturaleza de la acción penal que tiene como fuente un atentado al honor, quiénes son sus titulares y cómo se extingue por prescripción.

Como la acción penal en los delitos de calumnia e injuria es *privada*, no puede ser iniciada de oficio por el tribunal, y aun denunciada es el titular de la acción quien debe activarla, como también puede perdonar al ofensor. Esto último lo dice el art. 428 expresamente: "El condenado por calumnia o injuria puede ser relevado de la pena impuesta mediante *perdón del acusador*; pero la remisión no producirá efecto respecto de la multa una vez que ésta haya sido satisfecha.

La calumnia o injuria se entenderá *tácitamente remitida* cuando hubieren mediado actos positivos que, en concepto del tribunal, importen *reconciliación o abandono* de la acción".

El precepto debe relacionarse con el art. 55 del Código Procesal Penal, que en sus letras a) y b) declara de acción privada estos delitos. A su vez el art. 18 N° 8 del C. Procedimiento Penal, señala que la injuria y la calumnia son delitos de acción *privada*: "No podrán ser ejercidas por el ministerio público ni por otra persona que no fuere la *ofendida o su representante legal*, las acciones que nacen de los delitos siguientes:

8. La calumnia y la injuria contra personas privadas, delitos que pueden, además, ser perseguidos por el cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos y por los hijos y padres naturales del ofendido, que se encuentre moral o físicamente inhabilitado. Si ha muerto el ofendido, las mismas personas, y además sus herederos, pueden deducir las acciones correspondientes, y

9. La *falta* descrita en el número 11 del art. 496 del Código Penal" (se refiere a la injuria falta).

Ha de recordarse que los fallecidos no son personas y, de consiguiente, mayoritariamente se estima que no pueden ser sujetos pasivos de delitos contra el honor. Por las ofensas que se les infirieran pueden deducir querrela sus parientes o cónyuge

cuando, a su vez, indirectamente la acción o expresión ofensiva los agravia personalmente.⁴³⁵

Los parientes y cónyuge que pueden ejercer la acción de calumnia o injuria tienen esta facultad cuando una persona ha sido ofendida mientras vivía, pero muere posteriormente sin que haya iniciado la pertinente querrela criminal para sancionar el delito, no se trata de las ofensas dirigidas en contra de un muerto.

A. El perdón del ofendido

Siendo la acción penal de naturaleza *privada*, es comprensible que se haya aceptado que el *perdón* del ofendido y la *reconciliación* relevan de pena al acusado. El perdón tiene efecto liberador de la sanción, pero con limitaciones, porque el perdón no afecta a la multa ya pagada, que no puede recuperarse. El *perdón* puede ser *expreso o tácito*, en este último caso es suficiente que no haga uso de la acción penal, o que se dé la situación señalada por el art. 428: que medien *actos positivos* que —a concepto del tribunal— importen *reconciliación o abandono* de la acción. El perdón se puede dar antes de iniciar la querrela, durante el proceso penal y aun después de dictada sentencia firme.

B. Prescripción de la acción penal

La prescripción penal puede referirse a la acción o a la pena; pues bien, en el art. 431 se regula la que afecta a la acción, de modo que la prescripción de la pena se sigue rigiendo por las normas generales establecidas en el art. 97.

El art. 431 en su inciso primero expresa: "La acción de calumnia o injuria *prescribe en un año*, contado desde que el ofendido

⁴³⁵ Esta afirmación podría ser discutible, ya que hay posibilidad de que los preceptos respectivos se entendieran en el sentido de que es dable ofender la memoria de una persona fallecida (véase Garrido, *Los Delitos contra el Honor*, pp. 65 y ss.).

tuvo o pudo racionalmente tener conocimiento de la ofensa". Y en su inciso final agrega:

"No podrá entablarse acción de calumnia o injuria después de cinco años, contados desde que se cometió el delito. Pero si la calumnia o injuria hubiere sido causada en juicio, este plazo no obstará al cómputo del año durante el cual se podrá ejercer la acción".

Existe, de consiguiente, una prescripción especial de corto tiempo y otra de largo tiempo respecto de la acción penal. La especial determina el término de un año contado desde que el ofendido tuvo o pudo tener conocimiento de la ofensa, esta presunción de conocimiento tiene un efecto práctico, permite establecer desde cuándo el querellante estuvo en posibilidad de ejercer la acción; sería muy complejo en principio acreditar el momento en que realmente tuvo ese conocimiento, es suficiente con probar el momento en que pudo tenerlo. Como se puede observar, el plazo no corre desde la comisión del delito, el que por su naturaleza formal se consuma desde que se exterioriza la acción o expresión, haya o no llegado al conocimiento de la víctima,⁴³⁶ el plazo, para los efectos de la prescripción, corre desde este último conocimiento.

El legislador estableció, además, un plazo de cinco años contados desde que se cometió el delito, dentro del cual se puede deducir la acción penal; pasado el mismo prescribe definitivamente. Este plazo se cuenta desde la consumación del hecho, o sea, desde que se dijeron las expresiones agraviantes, o desde que se realizaron las acciones, y no desde que se tomó conocimiento de las mismas por el ofendido.⁴³⁷ Este último plazo no impide, en todo caso, contar el año desde que se terminó el juicio tratándose de ofensas causadas en juicio.

En el supuesto de que el ofendido se inhabilite o fallezca mientras ese plazo se encontraba pendiente, el inciso segundo

⁴³⁶ En sentido contrario piensa Etcheberry, para quien el delito se consuma cuando se tiene conocimiento de la ofensa por el agraviado o cuando se publica (*D. P.*, t. III, p. 139).

⁴³⁷ Etcheberry, en atención a que estima que estos delitos se perfeccionan con el conocimiento y publicidad de las ofensas, sostiene que el plazo debe contarse desde esta última oportunidad (*D. P.*, t. III, p. 140).

de la disposición expresa: "La misma regla se observará respecto de las demás personas enumeradas en el artículo 108 del Código Procesal Penal".

El artículo 108 del Código Procesal Penal dispone que en los casos en que el ofendido con el delito no pudiere deducir la acción penal, se considerará víctima: a) al cónyuge y al hijo, b) a los ascendientes, c) al conviviente, d) a los hermanos y e) al adoptado o adoptante, en el orden de prelación indicado. La norma implícitamente margina la posibilidad que otorgaba el primitivo texto del artículo 424 en el sentido de que los parientes del ofendido que hubiere fallecido antes de iniciar la acción, podían deducirla en contra del ofensor. En efecto, el art. 108 del Código Procesal Penal considera víctimas a los parientes antes indicados en "los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido", lo que en la calumnia y la injuria no es el caso, de modo que los referidos familiares pueden ejercer la acción privada sólo cuando el ofendido está imposibilitado o cuando habiéndola iniciado fallece.

Los principios recién precisados rigen también para las injurias y calumnias cometidas a través de un medio de comunicación social, pues la Ley N° 19.733, publicada el 4 de junio del año 2001, no señala plazos especiales de prescripción como sucedía en el texto de la derogada Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, que contenía reglas de prescripción para estos efectos.

16.13. LA ACCIÓN CIVIL DERIVADA DE LOS AGRAVIOS AL HONOR

La acción civil en materia de injuria y calumnia está reglada por el art. 2331 del C.C., que la limita exclusivamente a la reparación del *daño emergente* y del *lucro cesante*, marginando la posibilidad de cobrar indemnización por daños de otro tipo, como el *moral*. El artículo dispone: "Las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse *daño emergente* o *lucro cesante*, que pueda apreciarse en *dinero*; pero ni

aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la *verdad de la imputación*".

Este precepto impide, como regla general, la indemnización de los perjuicios, salvo los apreciables en dinero que se sufran por lucro cesante o daño emergente. Además, libera de esta última obligación a aquel que probare la verdad de su aseveración, autoriza con amplitud la *exceptio veritatis* en la injuria y en la calumnia. De consiguiente, para tener derecho a cobrar indemnización civil por un delito de injuria y calumnia han de reunirse las siguientes condiciones: a) que a consecuencia de la ofensa se sufra un daño emergente o un lucro cesante susceptible de apreciación pecuniaria, b) que lo atribuido sea falso y c) que la acción civil no haya prescrito, pues su extinción por el transcurso de tiempo es diferente a la de la acción penal, porque se rige por el art. 2332 del C.C., que establece el plazo de cuatro años desde la ejecución del hecho.⁴³⁸

La Ley sobre Libertad de Opinión e Información, en su art. 40, consagra un sistema distinto respecto de la indemnización de los perjuicios sufridos a causa de los agravios cometidos por los medios de publicidad que indica su art. 29; el tenor de la referida disposición es el siguiente: "La acción civil para obtener la indemnización de daños y perjuicios derivados de delitos penados en esta ley se regirá por las reglas generales."

La comisión de los delitos de injuria y calumnia a que se refiere el artículo 29, dará derecho a indemnización por el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral".

En materia de abusos de publicidad, cuando se injuria o calumnia, la indemnización es más amplia que la establecida por el Código Civil, pues la extiende expresamente al daño moral. El artículo 29, que se cita en la disposición, preceptúa que los delitos de injuria y calumnia cometidos a través de cualquier medio de comunicación social han de ser sancionados con las penas corporales señaladas en los arts. 413, 418 inciso primero y 419 del Código Penal, o sea, con las sanciones que para esas figuras prescribe el referido texto, aunque además deben imponerse las multas que se indican en el artículo 29.

⁴³⁸ Véase Garrido, *Delitos contra el Honor*, pp. 331 y ss.

