

91-2007

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las quince horas y cincuenta minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Roberto Bukele Simán, conocido por “Roberto Bukele” y “Roberto Jorge Bukele”, mayor de edad, ingeniero químico y de este domicilio, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad del *art. 191 incs. 2º y 3º del Código Penal (C. Pn.)*, emitido mediante el Decreto Legislativo nº 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial nº 105, tomo nº 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el D. L. nº 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. nº 217, tomo nº 365, de 22-XI-2004, por los supuestos vicios de contenido consistentes en violación a los arts. 2, 3, 6 y 144 de la Constitución (Cn.).

La disposición impugnada establece:

Código Penal.

“Art. 191.-

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

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

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

En la presente sentencia se utilizarán las siguientes siglas: DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos; DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; CrIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Han intervenido en el proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. El ciudadano Bukele Simán fundamentó su pretensión de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos:

A. La disposición impugnada otorga tratamiento privilegiado a las personas que ejercen el periodismo, así como a los propietarios, directores, editores y gerentes de programas y medios de comunicación, en la responsabilidad penal por actos que afectan al honor, la intimidad o la propia imagen de los ciudadanos; lo cual es contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn., pues se trata de una diferenciación arbitraria.

B. El art. 6 Cn. resultaría igualmente vulnerado, pues, al amparo de tal disposición, los que ejercen el periodismo o gestión de los medios informativos pueden expresar o difundir noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas con un propósito calumnioso, injurioso o de menoscabar el honor o la intimidad de las personas; lo cual supone darle mayor importancia al derecho a la libre expresión, el cual está limitado por otros derechos relativos a la personalidad. También se dejaría sin responsabilidad penal y civil a las personas jurídicas que se mueven en el ámbito informativo, atribuyéndose la primera únicamente a las personas naturales.

C. Por lo anterior, se dejarían en desprotección los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, establecidos en el art. 2 Cn., y se desconocería el derecho a la indemnización por daños morales, cuando mediante el abuso de la libertad de expresión se lesionen aquéllos.

D. Además, la disposición impugnada contradice lo prescrito en el art. 144 Cn., al pretender “modificar” y “derogar” los arts. 3 y 19 de la DUDH, 17, 19 y 49 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH, que obligan a los Estados a proteger legalmente la honra y la reputación de las personas de ataques o injerencias.

Por las razones anteriores, *concluyó solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 191 incs. 2º y 3º del C. Pn.*

2. Por Auto de 17-XII-2008, esta Sala admitió la demanda y circunscribió el examen a la supuesta violación de los incs. 2º y 3º del art. 191 del C. Pn. a los arts.: (i) 2 Cn., en cuanto al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; (ii) 3 Cn., en lo relativo al principio de igualdad en la formulación de la ley; (iii) 6 Cn., en lo que respecta al principio de responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho a la difusión del pensamiento; y (iv) 144 Cn., en cuanto a la prevalencia –en este caso– de los arts. 17 y 19 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH sobre la normativa secundaria.

3. La Asamblea Legislativa rindió el informe que establece el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.) en los siguientes términos:

A. El art. 191 incs. 2º y 3º del C. Pn. no contradice los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en vista de que la libertad de pensamiento y expresión desarrollada por los medios de comunicación social –que aquél protege– juega un rol esencial en el sistema democrático. Por ello, además, sería “improcedente” e “impertinente” establecer en la legislación penal la indemnización por daños de carácter moral.

Y es que –agregó– en los casos regulados en la referida disposición no existe la “conciencia” de injuriar (el “*animus injuriandi*”); dándose prevalencia al fin de expresar e informar y, aún, de criticar –instrumentos esenciales en la nueva etapa democrática–.

B. Respecto a la supuesta violación al art. 3 Cn., manifestó que el referido “privilegio” de los informadores respecto al ciudadano común no puede ser considerado un tratamiento desigual carente de razón suficiente, ya que se está ante situaciones diferentes.

C. Tampoco –sostuvo– existe violación al art. 6 Cn., pues éste no ampara los actos que subvierten el orden público ni los que lesionan la vida privada de los demás. Para tales casos existen los delitos de calumnia e injurias, cometidas por particulares.

D. Por último, afirmó que no se puede conocer del conflicto entre los incs. 2° y 3° del art. 191 del C. Pn. y los tratados internacionales invocados, pues aquél compete sólo al tribunal que conoció del caso concreto.

Por las razones anteriores, *el órgano emisor de la disposición impugnada concluyó solicitando que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

4. El Fiscal General de la República en funciones emitió su opinión, requerida de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., en los siguientes términos:

A. Estamos en presencia de una colisión entre dos derechos fundamentales, que son igualmente dignos de protección: el honor y la intimidad personal, por un lado, y la libertad de expresión, por el otro. Al respecto, recordó que el desarrollo masivo de los medios de comunicación tiene una extraordinaria trascendencia pública.

Para que el ejercicio del derecho de información sea conforme con la Constitución –manifestó– se requieren al menos tres elementos: la veracidad, la relevancia pública de la información y la forma en que se hace. Adicionalmente, puede requerirse que lo ejerciten profesionales de la información o un medio de comunicación institucionalizado.

Por otra parte, si bien el conflicto entre libertad de información y derecho al honor puede resolverse por la presencia o no del ánimo de injuria, también deben tenerse en cuenta ciertos criterios que permiten distinguir entre una infracción penal y la simple crítica creadora de opinión. Particularmente por ello, se entiende que la crítica política forma parte de la libertad de expresión contemplada en el art. 6 Cn.

B. Desde la anterior perspectiva –razonó–, la disposición impugnada no violenta el art. 3 Cn., pues sólo reglamenta límites a dos derechos fundamentales. Tampoco contradice al art. 6 Cn., ya que la libre expresión es uno de los más “esenciales” derechos. Y es que, sin la habilidad de opinar libremente, el hombre está condenado a la opresión. De igual manera, no existe la violación al art. 144 Cn., basada en un supuesto principio constitucional de “jerarquía normativa”, ya que ello implicaría reconocer que toda producción jurídica que no sea coherente con el plano superior es inconstitucional por ese solo hecho.

Concluyó afirmando que, cuando entran en conflicto los referidos derechos fundamentales, debe comprobarse si la libertad de expresión tiene una proyección social que la

haga prevalecer sobre los “bienes” de carácter individual. Y tampoco se deberían considerar dentro de dicho ejercicio las informaciones no veraces (sin que se llegue a exigir la “verdad objetiva”, lo cual sería peligroso en un Estado democrático).

Por las razones anteriores, el entonces titular de la Fiscalía *solicitó que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

5. El ciudadano Rafael Domínguez, periodista, presidente de la Asociación de Periodistas de El Salvador (APES), presentó el 19-II-2010 un escrito, el cual consistió básicamente en una sistematización de los aspectos más relevantes de la doctrina y de la jurisprudencia internacional y comparada sobre la libertad de expresión. Además, se refirió al alcance y contenido de la libertad de expresión, las limitaciones y restricciones legítimas a tal derecho y, finalmente, expresó su valoración sobre el artículo 191 del C. Pn.

Tal como lo solicitó, se agrega dicho escrito a sus antecedentes.

II. Expuesto el contenido básico de la demanda y del informe justificativo de la Asamblea Legislativa, así como la opinión del Fiscal General de la República, que según la jurisprudencia constitucional no es vinculante (Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99, Considerando III 1), y previo a entrar a resolver el fondo de la pretensión planteada, se precisarán las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control (1) y, luego, se señalará el orden lógico en el que se fundamentará esta decisión (2).

1. Aunque en el Auto de 17-XII-2008 se delimitó el parámetro de control a los arts. 2, 3, 6 y 144 Cn., teniendo en cuenta los argumentos del actor y a fin de emitir un pronunciamiento congruente con los mismos, es necesario precisar dicho parámetro, especificando los incisos y párrafos con los que se efectuará el contraste internormativo. Así, se analizará la supuesta violación que el art. 191 incs. 2º y 3º del C. Pn. provocaría a los siguientes artículos: (i) 2 *inc.* 2º (derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), 3 *inc.* 1º (principio de igualdad en la formulación de la ley), 6 *inc.* 1º (responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información), y 144 *inc.* 2º –en relación con los arts. 17 y 19 *párrafo 3 letra “a”* del PIDCP, y 11, 13 *párrafo 2 letra “a”* y 14 *párrafo 3* de la CADH– (prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas), todos de la Cn.

2. A fin de resolver la cuestión de fondo planteada, se observará el siguiente orden: en primer lugar, se expondrán consideraciones sobre el contenido de las libertades de expresión e información (III); luego se hará referencia a los derechos fundamentales con los que aquéllas pueden entrar en conflicto: los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen (IV); y por último se reseñarán algunas nociones de teoría de los derechos fundamentales, útiles para la resolución del presente caso, específicamente en lo relativo a la colisión entre ellos (V). Establecido dicho marco conceptual, se efectuarán algunas precisiones sobre el parámetro y el objeto de control (VI), para luego pasar a estudiar la confrontación internormativa planteada y dictar el fallo que constitucionalmente corresponda (VII), aclarándose algunos aspectos del mismo (VIII).

III. En este Considerando se delimitará el contenido de las libertades de expresión e información. Para ello, se comenzará haciendo algunas consideraciones comunes a los dos derechos mencionados (1); luego se verá en específico la libertad de expresión (2 A), y la libertad de información (2 B); se señalarán las diferencias entre ambas (2 C), y por último, se hará referencia al pluralismo de las fuentes informativas (3).

1. Es indudable la función esencial que desempeñan las libertades de expresión e información en una sociedad democrática, pues la crítica al poder –entendida como cuestionamiento de las políticas públicas (económica, ambiental, educativa, de seguridad, exterior, etc.) y medidas estatales concretas (actos de la Administración Pública o decisiones judiciales)–, con el consiguiente planteamiento de alternativas, facilita que, en un proceso de ensayo y error, se busquen y encuentren las más adecuadas políticas y medidas que satisfagan las necesidades de los individuos o de la colectividad.

A partir de esa premisa se infiere, en primer lugar, que *el fin inmediato buscado por la Constitución, al garantizar las libertades de expresión e información, es generar una opinión pública libre en la que se discutan –tan intensamente como sea posible– los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública que los ciudadanos apoyan o proponen modificar*. Por ello, tales derechos también son el presupuesto de los derechos de participación: sufragio activo y pasivo y asociación política.

Pero es que, además, dejando de lado la función estrictamente política de las libertades de expresión e información, no puede ignorarse que estos derechos han acompañado siempre a las sociedades libres, plurales y abiertas, donde el conocimiento se adquiere y transmite de manera libre y no se considera nunca como algo fijo, sino sujeto a revisiones, matizaciones y actualizaciones.

Es a este tipo de sociedades a las que se ha referido la Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 47-2003, como una de las que la Constitución salvadoreña pretende fomentar. En tal sentencia se dijo: “Como elemento central de la legitimidad democrática, el pluralismo no es sólo político, sino además ideológico, pues expresa una libertad de participación en la que el poder es una idea incompatible con posiciones ideológicas dogmáticas (...). El pluralismo es el marco mismo de la convivencia social, entendida como el espacio en que se encuentran –y confrontan– diferentes visiones del mundo, diversas identidades valorativas; asimismo, como principio político, enriquece la diversidad de propuestas valorativas, la necesidad de conocerlas y comprenderlas como un elemento que aumenta la propia autonomía, la capacidad de elección. En otras palabras, el principio en comento, exige evitar la identificación previa de una opinión o visión de mundo como la única que proporciona la identidad social sobre la que se construye el orden jurídico y político” (Considerando III 2).

La CrIDH en este sentido ha afirmando que, “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos

políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.” (Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Párr. 70). Asimismo, ha expresado que, “la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales y facilita el discurso político, central para los valores democráticos” (Caso Ivcher Bronstein vrs. Perú, párr. 143).

Por lo anterior, tanto la libertad de expresión como la de información se consideran componentes esenciales del gobierno democrático y representativo. Pero además, gracias a dichas libertades, el individuo se realiza, en la medida en que le permiten expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante, en la búsqueda de la verdad, y con ello manifestar su carácter racional.

En tal sentido, no cabe duda de que ambos derechos son manifestaciones de los valores que fundamentan los derechos del individuo: libertad, igualdad y, especialmente, dignidad, y por ello, lo expresado merece protección, incluso, cuando *prima facie* no se pueda calificar como de incidencia política (por ejemplo, ciertas creaciones artísticas), o lo informado no se refiera a la cosa pública. Privar al individuo del derecho de comunicarse libremente sería una limitación incongruente con su reconocimiento como miembro racional de la comunidad humana, pues le condena al aislamiento y al empobrecimiento intelectual y moral por la ausencia de debate y el flujo de las ideas.

En una línea jurisprudencial que arranca de la Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, Considerandos IX y X (y más específicamente en la Sentencia de 23-VI-1999, Amp. 38-98, Considerando VI d), se ha sostenido, respecto del doble carácter de los derechos fundamentales, que en el *plano subjetivo* los mismos actúan como garantías de la libertad individual, mientras que en el *plano objetivo* asumen una dimensión institucional y operan como elementos estructurales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En tal sentido, *las libertades de expresión e información son, desde la perspectiva subjetiva, manifestaciones de la dignidad, libertad e igualdad de la persona humana, es decir, derechos fundamentales que integran, junto con otros derechos, el núcleo básico del estatus jurídico de la persona humana; mientras que, en su dimensión objetiva, son elementos estructurales de la democracia, del orden jurídico establecido en la Constitución.*

2. La Constitución salvadoreña establece en su art. 6 inc. 1º que: “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos...”. Esta disposición constitucional estatuye expresamente el derecho fundamental a la libertad de expresión, pero a ella se adscribe también el derecho fundamental a la libertad de información. En tal sentido, en la Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando XVI 1, se dijo que: “La libertad de expresión y difusión del pensamiento no se limita a la exteriorización de los propios argumentos, sino que –sobre todo en

el mundo contemporáneo– se extiende a lo que clásicamente se denomina *libertad de prensa*, y que en puridad jurídica, desde un plano subjetivo, constituye el *derecho de información*”.

La función que ambos derechos desempeñan, es decir, *la formación de una opinión pública libre*, explica que en muchos ordenamientos nacionales e internacionales se positivizan en una sola disposición.

Por otro lado, en general, tanto en el lenguaje jurídico como en el cotidiano, es más usual utilizar el término “libertad de expresión” para referirse a ambos derechos: tanto al de la simple expresión, como al que ya envuelve el aspecto de la información. Es decir, se utiliza el término aludido en un sentido amplio, abarcando los dos aspectos aludidos. Sin embargo –como se verá–, el que una conducta se considere realizada en ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información tiene consecuencias relevantes. Por ello, lo más acertado es que, a pesar de su común función, no sólo se distingan conceptualmente ambos derechos, sino que esto, además, se acompañe de una distinción terminológica.

A. En su formulación más sencilla y clara, *la libertad de expresión es el derecho de toda persona a emitir, sin interferencia indebida del Estado o de los particulares, ideas, opiniones y juicios, ya sea de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio*. A este concepto, sin embargo, conviene hacerle algunas precisiones:

a. En primer lugar, como se puede fácilmente deducir, la libertad de expresión tiene por objeto básicamente *opiniones*, o sea, las manifestaciones de un individuo, fruto de un proceso intelectual consistente en la percepción a través de los sentidos de ciertos hechos, a lo que sigue una deliberación interna, para culminar en una valoración racional de esos hechos.

b. En segundo lugar, la libertad de expresión implica el derecho de investigar o buscar, recibir (derecho de acceso a la información de interés público) y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro medio o procedimiento. Así se reconoce en el ámbito internacional, por ejemplo, en el art. 19 de la DUDH; en el art. 19.2 del PIDCP; y en el art. 13 de la CADH.

Para la CrIDH, la libertad de expresión, “como piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.” (Caso Olmedo Bustos y otros vrs. Chile, párr. 68).

c. En tercer lugar, que la libertad en cuestión no sólo es un *derecho de libertad*, es decir, que se satisfaga con la mera abstención de los poderes públicos de interferir en su ejercicio, sino que también es un *derecho a acciones positivas del Estado*, en la medida en que, por ejemplo, el Estado debe expedir leyes para su mayor eficacia o protección (tales como las leyes relativas a la prensa, al derecho de acceso a la información, al espectro televisivo, a los espectáculos públicos, etc.), y llevar adelante una verdadera política de apertura al pluralismo de los medios radiales, escritos, televisivos e informáticos, para que los ciudadanos tengan acceso efectivo a fuentes alternativas de información.

d. En último y cuarto lugar, que la libertad de expresión no sólo debe proteger las expresiones lingüísticas, sino que su ámbito de protección *debe extenderse*, con las matizaciones correspondientes, a gestos, signos, dibujos, símbolos, e incluso a determinadas acciones u omisiones, en la medida en que contribuyan a la función a la que el derecho está orientado.

B. Por su parte, la libertad de información, en el marco de la función general a la que se ha hecho referencia anteriormente, pretende asegurar *la publicación o divulgación, con respeto objetivo a la verdad, de hechos con relevancia pública, que permitan a las personas conocer la situación en la que se desarrolla su existencia, de manera que, en cuanto miembros de la colectividad, puedan tomar decisiones libres, debidamente informados*. Esta noción también requiere algunas precisiones:

a. Que en la libertad de información la *dimensión objetiva* –que se funda en la convicción de que los seres humanos, para ser verdaderamente libres, han de vencer la desinformación– se presenta de manera más acentuada, ya que, para ejercer sus demás derechos, el individuo tiene que conocer la realidad que lo rodea.

b. Como fácilmente se observa, esta libertad tiene por objeto *hechos*, es decir, algo que sucede, que es real y verdadero. Entonces, los hechos pertenecen a la realidad exterior al individuo y son captados por éste a través de sus sentidos. Además, tales hechos deben poseer *relevancia pública*, o sea hechos que, en la medida en que son importantes para la vida en común, condicionan la participación de los individuos en la sociedad democrática y posibilitan el ejercicio efectivo de otros derechos.

c. Esta libertad, al igual que la de expresión, especialmente también comprende el derecho a *recibir* informaciones. En este caso, la posición del receptor es singularmente importante debido a su objeto, que son hechos dotados de trascendencia pública, necesarios para la real participación de los ciudadanos en la vida colectiva. En esa medida, existe un interés de los ciudadanos, en tanto que miembros de la sociedad, en conocer tales hechos. Por ello, incluso, se afirma que el verdadero titular del interés jurídicamente protegido por esta libertad es el receptor de la información.

d. La libertad de información, al igual que la de expresión, no es sólo un *derecho de libertad*, sino también un *derecho a acciones positivas del Estado*.

C. Finalmente, debe puntualizarse las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información, que básicamente giran en torno al *objeto* de uno y otro derecho.

a. La libertad de expresión, como se ha dicho, recae en ideas, opiniones y juicios, los cuales no aspiran en principio a afirmar datos objetivos. En ese sentido, se podrá predicar de ellas su justicia o injusticia, pertinencia o impertinencia, carácter agravante o no, pero nunca su verdad o falsedad. En otras palabras, *las opiniones, abstractas por naturaleza, no se prestan en principio para la demostración de su exactitud*.

La libertad de información, por su parte, recae en hechos, los cuales, en la medida en que pertenecen a la realidad describable, externa al sujeto, sí son susceptibles de ser sometidos a

comprobación empírica. Por eso, los hechos, en tanto que verdaderos, son individualizables, irrepetibles e históricos.

En El Salvador, la libertad de información *se ha adscrito por vía de interpretación constitucional* a la disposición que estatuye la libertad de expresión –el art. 6 inc. 1º Cn.–. Sin embargo, dichas libertades, a pesar de su estrecha conexión, son *derechos autónomos*, ya que protegen mensajes de distinta naturaleza: mientras que la libertad de expresión tutela mensajes en buena medida *subjetivos*, la libertad de información tutela mensajes principalmente *factuales*. Por tal razón, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no está condicionado a la verdad. En cambio, el ejercicio legítimo de la libertad de información sí está condicionado por el respeto a la verdad.

Ahora bien, conviene aclarar desde ya que, al hablar de “verdad” como requisito de la libertad de información, no se trata de la “verdad material”, pues ello obviamente desalentaría cualquier ejercicio de la libertad de información, ante la imposibilidad o el riesgo de no poder probar posteriormente una afirmación. *Según lo interpreta esta Sala, lo único que se prohíbe es el ejercicio de la libertad de información con conocimiento de la falsedad del hecho o con un temerario desprecio a la verdad, entendiéndose por veracidad la verificación y contrastación de las fuentes de información; fuentes que gozan de protección en una sociedad democrática.*

b. Aunque es cierto que en la práctica, a veces, puede ser difícil diferenciar hechos y opiniones, ello no justifica la confusión entre las libertades analizadas. Es decir, que no se pueda establecer una frontera precisa no significa que la frontera no exista. Y es que en ningún momento se sostiene que la exposición de hechos vaya a ser absolutamente imparcial y objetiva; no cabe duda que el sujeto emisor siempre analiza tales hechos desde sus propias valoraciones. Pero de eso a confundir los hechos con afirmaciones que sí son esencialmente subjetivas (las opiniones) hay una gran distancia. Es decir, *la Constitución protege la manifestación de hechos, pero no pretende prohibir que el sujeto, al transmitirlos, los afecte subjetivamente en alguna medida.*

c. Por último, es pertinente mencionar que alguna doctrina, aunque no confunde las libertades de expresión e información, las diferencia por *el sujeto activo del derecho*. Según este criterio, los titulares de la libertad de expresión serían los particulares, mientras que los titulares de la libertad de información serían los periodistas y/o dueños de los medios de comunicación. Cabe adelantar que este es el criterio que ha seguido el legislador salvadoreño en el art. 191 del C. Pn.

Esta distinción es rechazable por las siguientes razones: En primer lugar, *la Constitución atribuye la libertad de información a “toda persona”, es decir, no hace distinción alguna*. Y es que, tratándose de derechos fundamentales, éstos como regla general son de titularidad universal. En segundo lugar, si se considera que sólo los periodistas y/o dueños de los medios son titulares de la libertad de información, se llegaría al paradójico, injusto y desigual resultado de que *los particulares, aunque transmitan hechos e informaciones (como se observa con los recientes*

desarrollos de las tecnologías de la información), nunca podrían alegar a su favor la veracidad; en cambio, los periodistas y/o dueños de medios, aunque sólo hayan emitido una opinión, podrían intentar justificar su conducta alegando la veracidad de lo expuesto.

3. Dado que las libertades de expresión e información tienen como función la de formar una opinión pública libre, y que comprenden el derecho a *recibir* opiniones y hechos, respectivamente, la *pluralidad de fuentes informativas* contrapuestas y la apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos constituyen un requisito *sine qua non* de dichas libertades, pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, es decir, contribuyen a formar su opinión y conocimiento, para su posterior manifestación o difusión.

Dicho pluralismo informativo debe ser entendido como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos (opiniones y hechos), a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los receptores que se encuentran entre los destinatarios de las libertades de expresión e información, no estarían en condiciones de ejercitar la libre elección entre tendencias diversas, sin que los intereses privados y los poderes públicos intenten sustituirlos en sus propias decisiones.

En ese sentido, las libertades de expresión e información implican evitar la concentración de medios de comunicación, entendiendo que aquella se presenta cuando una persona o grupo empresarial, a través de cualquier medio, ejerce una influencia decisiva directa o indirecta sobre otra u otras empresas, capaz de menoscabar o eliminar la independencia de estas fuentes de información, e, incluso, de impedir la entrada en el mercado de nuevos operadores. Por ello, es necesaria la regulación legal del Estado, debidamente justificada para lograr la preservación del pluralismo en la titularidad de medios, combatiendo los monopolios y las intromisiones de grupos de poder en la independencia de los medios de comunicación; todo lo anterior en el contexto de una sociedad democrática.

IV. Una vez delimitado el contenido de las libertades de expresión e información, se entrará a continuación a perfilar los derechos fundamentales con los que usualmente entran en conflicto: los derechos a la intimidad personal y familiar (1), al honor (2) y a la propia imagen (3), todos los cuales se encuentran expresamente reconocidos en el art. 2 inc. 2º Cn.

Tal como se expondrá, estamos ante derechos estrechamente relacionados, pero que conceptualmente se pueden diferenciar.

1. A. Para comprender el sentido actual de la “intimidad” –expresión que prefirió usar nuestro Constituyente– es preciso hacer una breve referencia al origen y evolución de dicha noción. Su origen se ubica en la época en que surgen todos los derechos de libertad o “derechos de primera generación”, período en el cual los seres humanos toman conciencia y se preocupan por su individualidad. Esa inquietud por proteger la interioridad se vio plasmada en las primeras declaraciones de derechos, propias del Estado Liberal.

En la actualidad, el derecho a la intimidad deja de ser una mera libertad –que se respeta con la abstención de los demás–, pasando a exigirle a su titular un papel activo –por ejemplo, el de tener el control de los datos personales a los que no desea que otros tengan acceso–, el cual a menudo es indispensable para que el individuo pueda mantener sus relaciones sociales y autonomía personal. Desde esta perspectiva, *la protección de la intimidad va orientada tanto al libre desarrollo de la propia personalidad como a la libre construcción y mantenimiento de relaciones y vínculos sociales.*

B. A fin de profundizar en el concepto de intimidad, cabe reseñar cierta postura que se puede calificar de “funcionalista”, la cual parte de que el interés protegido por la intimidad es el de limitar el acceso de extraños a la vida privada, individual y familiar, en el sentido más amplio. Desde esta perspectiva, el concepto de intimidad estaría integrado por tres elementos: el secreto, el anonimato y la soledad. La intimidad, entonces, se podría afectar por una alteración de cualquiera de dichos elementos.

Con base en lo anterior, se afirma que la intimidad cumple las siguientes *funciones*: (i) restringe el acceso físico de otros; (ii) promueve la libertad de actuar, en la medida en que protege al individuo de reacciones hostiles de los demás; (iii) contribuye al aprendizaje, creatividad y autonomía, al evitar que el individuo sea ridiculizado, censurado o recriminado; (iv) promueve la salud mental, ya que otorga a las personas un reducto exento de las presiones sociales; (v) favorece la autonomía moral, que sólo se puede desarrollar plenamente en la esfera íntima del sujeto; (vi) fomenta las relaciones humanas, pues la intimidad es el punto de partida para su establecimiento y mantenimiento; y (vii) permite a los individuos decidir en qué cantidad y en qué circunstancias exponen sus datos personales.

C. Pues bien, se puede entender que la intimidad afecta dos esferas: (i) la *esfera íntima*, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. Como es natural, esta esfera debe gozar de la máxima protección legal; (ii) la *esfera privada*, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes, amigos y conocidos cercanos. Aquí evidentemente también debe existir tutela, aunque menos intensa que en el anterior ámbito. Pero una vez se ingresa al ámbito *social o público*, referido a las relaciones sociales de las personas, se cae fuera del campo del derecho a la intimidad.

En conclusión, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental estatuido directamente en el art. 2 inc. 2º Cn., del que son titulares todas las personas, consistente en la preservación de la esfera estrictamente interna y de la privada (que incluye a la familia) frente a intromisiones no consentidas del Estado o de otros particulares. Por lo tanto, la violación por excelencia –no la única–, en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de datos o informaciones comprendidas en dichas esferas.

2. Debemos diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al honor. Procede, en primer lugar, establecer el significado de éste y luego precisar sus diferencias con el derecho a la intimidad.

A. El derecho al honor por su misma naturaleza, que lo vincula a determinadas coordenadas históricas, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de describirlo, mantener viva esa maleabilidad social que lo caracteriza. Dicho de otra manera, su definición habrá de considerar siempre las reglas culturales asumidas por el conjunto del cuerpo social. En ese sentido, incluso, se ha llegado a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

Es usual en la doctrina la distinción entre una *perspectiva subjetiva* y una *perspectiva objetiva* para definir el derecho en análisis (Sentencias de Amparo 227-2000, 494-2001 y 743-2000). Desde la primera, el honor consiste en *el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma*. Desde la segunda, el honor consiste en *la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los otros*. Y es que –se dice, para fundamentar el derecho– todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad. Por ello se debe asegurar que toda persona en la sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas. En todo caso, no debe olvidarse que en cierto modo cada persona “construye” su honor ante los demás, a través de sus actuaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 417/09 de 26 de junio, párr 83-85).

En términos más concretos, podría decirse que el honor es el derecho fundamental de toda persona a no ser humillada ante sí o ante los demás. La afectación típica al honor se produce cuando un sujeto se expresa de otro despectivamente (insulto), o le atribuye una cualidad (ridiculización) que afectan su estimación propia o aprecio público.

La Constitución reconoce y garantiza en el art. 2 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. En él se establece que toda persona tiene derecho a la integridad moral, y se reconoce, además, la “indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

Para la Constitución todas las personas son titulares de este derecho, y gozan de protección en toda circunstancia; lo cual implica que tienen derecho de estar protegidas contra cualquier ataque ilegal, arbitrario y abusivo, y sólo en casos de extrema necesidad y cuando exista un legítimo interés público o para proteger y garantizar otros derechos fundamentales, puede limitarse este derecho por disposición de la ley.

El derecho al honor es objeto de protección, tanto en lo que cada persona cree que vale frente a los demás, como respecto de lo que los demás consideran que vale una persona en términos morales. El contenido esencial de este derecho fundamental está conformado precisamente por la dignidad humana. De ahí la importancia clave que le otorga la Constitución en el marco del catálogo de los derechos fundamentales.

El derecho internacional convencional vigente en el país también reconoce el derecho al honor, la intimidad y la vida privada. El art. 11 de la CADH reconoce el derecho de protección a la honra y la dignidad, y al respecto establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.” El PIDCP, en su art. 17 establece lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En la jurisprudencia del sistema interamericano, la CrIDH ha interpretado el art. 11 de la CADH en el sentido que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques.” Para la CrIDH, “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 57).

B. Aunque el derecho a la intimidad y el derecho al honor son próximos –ya que ambos se refieren a la personalidad–, no debe confundírseles, ya que se refieren a distintos momentos: mientras que el honor atañe a la participación del sujeto en la comunidad, la intimidad, contrariamente, persigue asegurar ciertas esferas de no participación en la vida social. En ese sentido, cuando se viola la intimidad se afecta el ámbito de la personalidad que su titular ha decidido ocultar del conocimiento de los demás; en cambio, con el honor se busca evitar que la personalidad de dicho sujeto sea objeto de menosprecio.

Ahora bien, en la práctica, en un ataque al honor puede estar implícito un ataque a la intimidad y viceversa, pero es conveniente tratarlos por separado. La asimilación llevaría a consecuencias indeseadas. Por ejemplo, si se subordina la agresión a la intimidad a la del honor, la primera quedaría impune si no concurre el *animus injuriandi*. Asimismo, si se produce esa equiparación, una invocación de la *exceptio veritatis* (excepción de veracidad) dejaría sin castigo la violación a la intimidad.

Pero no siempre una violación del honor supone una violación de la intimidad. Por ejemplo, podría ocurrir que a una persona se le viole su honor a través de la imputación de ciertos datos que, empero, fueron obtenidos legítimamente o ya eran conocidos por muchas personas y, en ese sentido, no se apreciaría una vulneración a la intimidad. Y, de la misma manera, es posible apreciar atentados contra la intimidad de una persona sin menoscabo de su honor, pues cuando un sujeto revela sin autorización datos personales de otro puede perfectamente hacerlo sin formular un juicio adverso o proponerse un rebajamiento moral de su víctima.

3. Corresponde analizar el último de los derechos consagrados en el art. 2 inc. 2º Cn.: el derecho a la propia imagen.

A. Primeramente, por *imagen* debe entenderse la representación de la figura humana, mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, en forma visible y reconocible. La importancia de la imagen radica en que, hasta cierto punto, es la primera pieza que compone la personalidad de cada uno, pues es el elemento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (Tribunal Constitucional Español, STC 231/1988 de 2 de diciembre).

A partir de ello, *el derecho a la propia imagen, por un lado, atribuye a su titular el derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que podría ser publicitada (aspecto positivo)* (Sentencia de 19-VIII-2009, H.C. 231-2006). Y, por otro lado, el mismo derecho *impide la obtención, reproducción o publicación no consentidas de la propia imagen por parte de terceros, independientemente de la finalidad que éstos persigan (aspecto negativo)*.

B. El derecho a la propia imagen protege la imagen *física* de la persona, no su “imagen social”, pues ésta se protege –como ya se vio– a través del derecho al honor. Por tanto, el derecho ahora analizado no pretende evitar que su titular sea objeto de menosprecio.

A su vez, se diferencia del derecho a la intimidad en que ésta –como se ha dicho– abarca todo lo que se quiere sustraer legítimamente del conocimiento público. Evidentemente, la propia imagen –al menos, el rostro– se expone inevitablemente a los demás. Así, pues, mientras que la intimidad tiene una dimensión interna, la propia imagen tiene una dimensión externa.

Asimismo, es importante precisar que el derecho a la propia imagen protege a su titular tanto en la vida privada como en la pública. En ese sentido, una imagen de una persona por el simple hecho de haber sido captada en un lugar público, no por ello permite su libre utilización. Es decir, en los espacios públicos se renuncia a la privacidad hasta cierto punto, pero no al derecho a la propia imagen.

V. Delimitados los derechos en juego en el presente caso –tanto los que se consideran violados como los que se pretenden proteger con la legislación impugnada–, se pasará ahora a hacer algunas consideraciones de la teoría de los derechos fundamentales, de utilidad para resolver la pretensión planteada.

I. A. La Constitución salvadoreña contiene una serie de disposiciones y normas sobre derechos fundamentales. Y es que, si toda disposición constitucional tiene valor normativo –lo que está fuera de toda discusión–, lo mismo habría que predicar de las disposiciones iusfundamentales.

Cuando hablamos de “norma de derecho fundamental” queremos significar que la disposición respectiva ordena, prohíbe o permite determinada conducta. Intersubjetivamente, estas normas entablan relaciones entre dos sujetos (particular-Estado o particular-particular), donde uno de ellos posee derechos (en sentido amplio), y el otro correlativamente posee obligaciones (en sentido amplio).

B. Es importante señalar que el método de interpretación idóneo para resolver la colisión entre derechos fundamentales es la ponderación, que consiste en la determinación de, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico. Quiere decir que, en caso de conflicto de normas iusfundamentales, debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse *en el caso concreto*, teniendo en cuenta las circunstancias de éste, cuál norma debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos futuros, a menos que sean idénticos.

De todo lo dicho se puede fácilmente colegir que *las normas de derechos y, extensivamente, los derechos no pueden jerarquizarse en abstracto. Todos, en principio, poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Sólo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas condiciones y observables sí y sólo si éstas concurren.*

Admitido todo lo anterior, cabe afirmar que *los derechos fundamentales consagrados en la Constitución salvadoreña poseen idéntico valor entre sí: el de suprallegalidad*. Los intérpretes y aplicadores (autoridades administrativas, jueces ordinarios, Sala de lo Constitucional, etc.), caso por caso, deberán establecer, en caso de conflicto, qué derecho tiene primacía sobre el otro en su ejercicio práctico.

C. Entonces, los derechos fundamentales *siempre*, ante determinadas circunstancias, pueden ceder ante un derecho contrapuesto. De lo contrario, algunos derechos serían absolutos, o sea que todos los individuos tendrían título suficiente para ejercerlos en todas las condiciones, o dicho de otro modo, derechos que no tendrían concurrencia alguna de pretensiones competidoras.

Aunque una de las características histórica y usualmente atribuidas a los derechos fundamentales es la de un pretendido carácter absoluto, ello no obedece más que, por un lado, ese rasgo se atribuía a los derechos naturales (precedente histórico de los derechos fundamentales), y por otro, por un uso coloquial del término “absoluto”, para resaltar su importancia, e incluso a un uso persuasivo o retórico del mismo. Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales contemporánea se rechaza casi unánimemente ese carácter. Más bien, se postula que son derechos *resistentes*; un calificativo que admite graduaciones por parte del Derecho positivo.

Por lo tanto, el titular de un derecho fundamental lo puede ejercer *en principio*, es decir, sólo si no es superado por el ejercicio de ese o de otro derecho por parte de otro u otros individuos. Esto permite entender un conflicto de derechos fundamentales como la situación en la cual no pueden ser satisfechos simultáneamente dos de ellos o en la que el ejercicio de uno de ellos conlleva la limitación del otro.

D. Si admitimos que los derechos fundamentales no son absolutos, también estaríamos forzados a reconocer que todos ellos en mayor o menor medida están sujetos a límites. Y si bien la formulación lingüística de las disposiciones que estatuyen derechos fundamentales en ocasiones puede dar la impresión de que el derecho se reconoce sin límite alguno, ello no es así: los límites pueden estar prescritos en la misma disposición o en otras disposiciones

constitucionales. También puede ocurrir que los límites sean implícitos, y es básicamente la interpretación constitucional la que los descubre.

Y es que los límites a los derechos no sólo poseen un fundamento teórico sólido; también tienen una explicación sociológica: el individuo no vive aislado, sino en sociedad. En esa medida, debe coordinar y armonizar el ejercicio de sus derechos con el ejercicio igualmente legítimo de ese mismo derecho u otros por parte de los demás individuos. *El principio constitucional de igualdad –art. 3 Cn.– impide, prima facie, que el derecho de una persona, por su sola condición personal, deba prevalecer frente a los de los demás.*

No sólo las Constituciones, sino también los instrumentos internacionales de derechos humanos entienden que todo derecho llega hasta donde comienzan los derechos de los demás. Lo recoge así el art. 29.2 de la DUDH: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás”. En el mismo sentido, la DADH, en su art. XXVIII prescribe que: “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

Por otro lado, el legislador ordinario, por los principios procedimentales que lo rigen, está constitucionalmente habilitado –art. 246 inc. 1º Cn.–, no sólo para configurar los derechos fundamentales, sino también para establecer verdaderas *limitaciones* a los mismos. Y esta habilitación –debe aclararse– la posee respecto a todos los derechos, no sólo respecto a los derechos de configuración legal (Sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97).

Sobre este último punto es importante recalcar que, si bien en algunos casos la Constitución establece los límites expresamente, ello no constituye más que una suerte de “guía” para el legislador. Éste puede derivar de la Constitución otros límites, con el fin de garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los demás, e incluso, para proteger intereses legítimos en una sociedad democrática, como la salud y moral públicas, el orden público, la seguridad pública, el bien común y el bienestar general.

Ahora bien, reconocido el amplio margen de actuación del Órgano Legislativo, es preciso decir que éste, a su vez, está limitado por la propia Constitución, pues, en definitiva, se trata de un Órgano constituido. La limitación a la que el legislador está sometido se condensa en el respeto al *principio de proporcionalidad* –art. 246 inc. 1º Cn.–: las limitaciones deben asegurar una relación de equilibrio entre, por un lado, el derecho limitado y, por el otro, el fin perseguido con la intervención legislativa.

En virtud de lo anterior, tenemos que el legislador está autorizado para limitar los derechos fundamentales, pero debe hacerlo respetando el principio de proporcionalidad. Ello se traduce en que *el Órgano Legislativo también efectúa ponderaciones; éstas no sólo las hacen los Tribunales Constitucionales. Es más, el primer órgano estatal que pondera siempre es el Legislativo: cuando emite la regulación de los derechos correspondientes necesariamente debe*

armonizar los distintos mandatos constitucionales, muchos de los cuales contienen derechos fundamentales, que apuntan en diferentes y, a veces, contrarias direcciones.

La ponderación en manos del legislador, si logra el equilibrio deseado o justifica adecuadamente el desplazamiento de un derecho, no ofrece problema alguno. Sin embargo, sucede ocasionalmente que el Legislativo, o bien no pondera (no toma en cuenta uno u otros derechos que se ven afectados por la legislación respectiva), o bien no pondera adecuadamente, lo que se traduce en una violación al principio de proporcionalidad. *En este caso, la Sala de lo Constitucional está habilitada para declarar inconstitucional la legislación respectiva, o los jueces ordinarios para declarar la inaplicabilidad de la ley, en su caso.*

2. A. Teniendo claro lo anterior, es natural que en el ejercicio de los derechos fundamentales se produzcan conflictos o colisiones de derechos. Lo ideal sería que se delimiten en la ley, de manera clara y precisa, los elementos constitutivos de esos derechos, sus contornos específicos y sus límites, de tal forma que en casos de colisión o conflicto no se desnaturalicen bajo ninguna circunstancia los derechos en pugna.

Es de hacer notar que este proceso de conceptualización y delimitación de los derechos en la legislación salvadoreña no ha dado en todos los casos resultados concretos, a varios años de la entrada en vigor de la Constitución de 1983. A esta fecha aún no se ha legislado en esta materia respecto de algunos derechos constitucionales. No obstante, a través de las interpretaciones de esta Sala también se determinan los parámetros de solución de conflictos –como el que se analiza en la presente sentencia–.

B. En el caso sometido a control constitucional, el tratamiento y la solución del conflicto o colisión entre, por un lado, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y por otro, las libertades de expresión e información requerirá de un examen ponderado de los derechos, intereses y valores que están en juego, que permita, mediante las interpretaciones respectivas, fundamentar la necesidad de lograr un equilibrio entre el “ejercicio” de un derecho respecto del de otro u otros, viéndose todos los derechos afectados únicamente en su “ejercicio”, mas no en su contenido esencial.

En tal sentido, y en el contexto democrático, *no es posible resolver un conflicto de derechos desconociendo o anulando un derecho fundamental en particular, para dar paso a otro de igual jerarquía constitucional, ya que ello supondría la jerarquización de los derechos constitucionales, lo cual no tiene fundamento en nuestra Ley Suprema. Por el contrario, la jerarquía entre los derechos fundamentales no es compatible con el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, dada la naturaleza y el carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales.*

De lo anterior se desprende la necesidad de brindar protección integral a todos los derechos fundamentales por igual, pudiendo sólo justificarse en determinados casos concretos de colisión que el ejercicio de unos ceda en favor del ejercicio de otros, sin que ello implique –como

ya se ha dicho— la anulación o sacrificio del contenido esencial de uno de los derechos en conflicto.

C. En relación con la demanda que se examina, la libertad de expresión no podría legítimamente anular los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen de las personas, pues éstos son también derechos fundamentales de igual jerarquía constitucional.

Para esta Sala, bajo ninguna circunstancia se podría sacrificar, desconocer o anular el contenido esencial de un derecho para hacer prevalecer otro derecho fundamental. En todo caso, los derechos en conflicto deben ceder limitadamente en su “ejercicio” en la medida “estrictamente necesaria”, mediante la ponderación de la autoridad judicial competente, que será la que en definitiva valore en cada caso concreto, entre otros factores: si la información que está en juego es o no de interés público o colectivo; si se trata o no de un funcionario o autoridad pública; si es o no una persona particular con vida pública o con vida privada sin ninguna relevancia pública; etc.

La CrIDH ha manifestado que, “para que sean compatibles con la Convención las restricciones [a la libertad de expresión] deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.” (Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, párr.121)

Por otra parte, la CrIDH ha sostenido que la prevalencia de alguno de estos derechos en determinado caso concreto dependerá de “la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.”(Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 51) Dicha ponderación, para la Corte, se debe analizar tomando en cuenta: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”(Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 84)

De igual forma, ha reconocido que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo que ambos derechos deben ser tutelados y coexistir de manera armoniosa. La Corte estima, al ser necesaria la garantía del ejercicio de ambos derechos, que la solución del conflicto requiere el examen caso por caso, conforme a sus características y circunstancias.” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 93)

Todos los anteriores factores habrán de tomarse en cuenta para ponderar, en los casos concretos, hasta dónde los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia

imagen, pueden ceder en su ejercicio frente a la libertad de expresión, y hasta dónde llega legítimamente el ejercicio de las libertades de expresión e información.

Será necesario, entonces, realizar un cuidadoso análisis constitucional del conflicto de derechos que se produce en las relaciones entre sujetos particulares cuando ejercen, por una parte, la libertad de expresión o información, y por otra, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En estos casos de relaciones intersubjetivas es el Estado el que tiene el deber de protección de los derechos fundamentales en juego, y es precisamente a través de la ley y de la interpretación judicial que deberá resolverse este tipo de conflictos de derechos.

VI. A continuación, se interpretarán algunos aspectos del art. 6 inc. 1º Cn. –disposición en torno a la cual básicamente gira la impugnación– (1); y luego se hará lo mismo con el art. 191 del C. Pn., especialmente su inc. 1º –que es clave para entender las disposiciones impugnadas– (2).

I. El art. 2 inc. 2º Cn. consagra los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –los cuales han sido desarrollados *in extenso* en el Considerando IV–; mientras que el art. 6 inc. 1º Cn. reconoce las libertades de expresión e información, tendencialmente conflictivas con aquéllos. Conviene hacer algunas precisiones adicionales sobre la disposición constitucional precitada.

A. En el art. 6 inc. 1º Cn. no se advierte ninguna distinción entre los periodistas y quienes no lo son. Desde el principio de su enunciado, al decir “toda persona”, la norma se refiere evidentemente a *cualquier* ciudadano, quien puede expresarse y difundir con toda libertad sus pensamientos, así como el derecho a informar y ser informado.

B. Dicha libertad no puede estar sometida en ningún caso a “previo examen, censura ni caución.” De modo que, para verter opinión, expresar ideas o pensamientos e incluso para criticar a otros, nadie debe someterse a examen previo, censura o caución. Es decir, ninguna autoridad puede limitar u obstaculizar dicha libertad, ni aun bajo el pretexto de que lo que expresará o difundirá subvertirá el orden público o lesionará la moral, el honor o la vida privada de otro. En otros términos, la censura está prohibida, puesto que la Constitución garantiza el libre ejercicio del derecho a la expresión. El mandato constitucional está destinado a permitir que se deduzcan *responsabilidades ulteriores*.

C. a. La introducción del vocablo “delito” en el art. 6 inc. 1º Cn. y, consecuentemente, la “pena”, en materia de libertad de expresión, no son creación del legislador sino del Constituyente. Esta situación ha acompañado toda nuestra historia, pues los Códigos Penales que han regido en El Salvador, han penalizado las conductas lesivas del honor, lo cual evidencia que nunca se ha considerado las libertades de expresión y de información como absolutas, sino sujetas a responsabilidades ulteriores. Desde luego, no se puede concebir la existencia de una conducta calificada de “delito” que se encuentre desprovista de una consecuencia jurídica, como la responsabilidad penal y civil.

Ahora bien, en la disposición constitucional analizada se establece que todas las personas que, al hacer uso de la libertad de expresión y difusión del pensamiento “infrinjan las leyes,

responderán por el delito que cometan”. Dicho enunciado lingüístico constituye un mandato expreso para el legislador que requiere actuaciones concretas, es decir, implica la creación y aplicación de sanciones penales para *todas las personas*, sin distinciones o privilegios, que realicen un ejercicio ilegítimo de los derechos establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y que vulneren otros derechos por ella protegidos.

b. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, tal como se estableció en la Sentencia de 18-XII-2003, Inc. 23-2003, el legislador debe tener en cuenta que existe, en principio, todo un margen de libertad en relación con el procedimiento legislativo y con la determinación del contenido material de las normas infraconstitucionales, puesto que es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos; sin embargo, la Constitución puede limitarlos, dirigirlos y controlarlos.

En efecto, si bien ambos aspectos son plenamente integrantes de su competencia (el procedimiento y la determinación del contenido de las normas), no pueden quedar al pleno arbitrio de los representantes del pueblo; éstos encuentran su límite en la Constitución. Y es que la legislación debe mantenerse dentro del marco del orden constitucional, contra el cual no puede chocar ninguna norma jurídica.

Por tanto, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución y dentro del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar el núcleo esencial de los derechos reconocidos o asegurados por dicha Ley Suprema, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente.

c. Como se ha dicho, el art. 6 inc. 1° Cn. establece un mandato expreso dirigido al legislador, por lo que se considera que, si bien es cierto que la determinación de las conductas objeto de tipificación penal –como parte de la definición de la política criminal–, generalmente, es un asunto propio de la configuración del legislador, en el caso en análisis tal competencia está sometida a límites, ya que, al regularse explícitamente que cualquier persona responderá penalmente al hacer uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, *desbordaría el marco de configuración legislativa la decisión política de omitir la penalización de aquellos comportamientos que, conforme a la Constitución, deben ser objeto de sanción penal*.

Ello implica que el Constituyente estableció en el art. 6 inc. 1° frase 2ª *in fine* Cn. la *protección penal* para los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que deriva en que dicho tipo de protección forma parte del derecho fundamental mismo y, por lo cual, el legislador *debe* tipificar penalmente las formas lesivas que afecten a dichos derechos, con el fin de garantizar y respetar su efectividad (Sentencia de 26-IX-2000, Inc. 24-97).

Consecuentemente, de lo establecido en el art. 6 inc. 1° *in fine* Cn., se concluye que *está ordenado* que el legislador establezca sanciones penales a cualquier persona que, haciendo uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, infrinjan las leyes; y cuyo correlato es que

está prohibido eximir de responsabilidad penal, anticipadamente por ley, a cualquier persona que haga uso ilegítimo de tales libertades.

2. A. El art. 191 del C. Pn. constituye una “disposición común” al Título VI de dicho Código, que tipifica las conductas que atentan contra dos “bienes jurídicos” constitucionales –siguiendo la terminología penal–: el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar –art. 2 inc. 2º Cn.–. Aunque no lo menciona expresamente el epígrafe respectivo del código, también se protege el derecho a la propia imagen, consagrado en la disposición constitucional precitada. Pues bien, mientras que en los arts. 177 al 190 (excepto el 183) del C. Pn. se criminalizan un conjunto de comportamientos que vulneran los derechos fundamentales mencionados, en el art. 191 del C. Pn. se establecen ciertos supuestos en los cuales el sujeto activo no incurre en responsabilidad penal.

Concretamente, se despenalizan: (i) los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional y los conceptos desfavorables (en adelante, el término “crítica política”, si se utiliza sólo, abarcará todos los demás supuestos) expresados por cualquier medio por *particulares* en el ejercicio de su libertad de expresión, cuando no exista un propósito calumnioso o injurioso o un ataque a la intimidad o propia imagen de una persona; (ii) los juicios desfavorables de la crítica política expresados o difundidos por cualquier medio de comunicación social por parte de *periodistas*; y (iii) la publicación o difusión de dichas críticas políticas por cualquier medio de comunicación social, atribuibles a los *propietarios* de dichos medios, directores, editores, gerentes o encargados del programa (en adelante, el término “propietarios de medios”, si se utiliza solo, abarcará todos los demás supuestos).

Se observa, entonces, que la despenalización de los tipos penales respectivos obedece, por un lado, a aspectos *objetivos*: (i) la ausencia de un ánimo calumnioso o injurioso o de ataque al honor, a la intimidad o a la propia imagen del sujeto pasivo (aparentemente sólo el inc. 1º); y (ii) que la conducta la realiza el sujeto activo en ejercicio de su función, que es la de informar (inc. 2º), o como propietario de medios que tienen por objeto esa función (inc. 3º).

Por otro lado, la irresponsabilidad en cuestión se *gradúa* en función de aspectos *subjetivos*: (i) cuando el sujeto activo es un *particular*, incurre en responsabilidad si existe el ánimo al que se hizo antes referencia; (ii) cuando el sujeto activo es un *periodista*, no queda claro si incurre en responsabilidad penal o no cuando media aquél ánimo; y (iii) cuando el sujeto activo es el *propietario de un medio*, claramente no incurre en ningún caso en responsabilidad penal. En ese sentido, se va desde la responsabilidad penal de unos hasta la exclusión de todo tipo de responsabilidad de otros, con lo cual puede decirse que establece ciertos *privilegios* por la calidad de los sujetos, cuya justificación habrá que determinar. Al respecto cabe que aclarar lo siguiente:

a. La clasificación de los sujetos de exclusión de delitos que contempla el art. 191 del C. Pn. no está en consonancia con lo que a este respecto contempla el ordenamiento penal en general, ya que la disposición impugnada, al referirse a los “particulares”, establece una

diferencia entre los que no ejercen el periodismo y los que se dedican a dicha profesión en sus distintas áreas relacionadas. En cambio, para la tipología aceptada en el ámbito penal, tanto los periodistas que ejercen su profesión en el área privada, como los ciudadanos en general, entrarían en la categoría de “particulares”.

El art. 191 del C. Pn. establece, entonces, una nueva forma de clasificar a los sujetos para efectos penales, al contemplar que por “particulares” se deberá entender a todos aquellos que no sean periodistas, propietarios, directores, gerentes, editores o encargados de programas de medios de comunicación, con lo cual se está introduciendo una distorsión en la legislación penal sustantiva. Si bien ello *per se* no constituye una causal o motivo de inconstitucionalidad, tal distorsión amerita ser subsanada por el legislador, a fin de garantizar la armonía y coherencia técnica en cuanto a los términos empleados, y garantizar así el tratamiento uniforme de los sujetos de la legislación penal.

b. El art. 191 del C. Pn. no constituye, desde el punto de vista penal, una norma que establezca la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. Ello en virtud de que la estructura de aquél no la conforma la determinación de una conducta típica (descripción del aspecto externo de la conducta y de la voluntad consciente o no del sujeto), de los sujetos que intervienen (activo y pasivo), y de los objetos que afecta (la persona o cosa sobre la que recae la acción y el bien jurídico objeto de protección). Sin embargo, dicha disposición sí se relaciona *prima facie* con todos los tipos penales relativos al honor, a la intimidad y a la propia imagen –arts. 177-190 C. Pn., excepto el 183–. Es decir, existe una relación de conexión entre normas, la cual se produce cuando la descripción que figura como contenido o como condición de aplicación de una de las normas sólo puede ser satisfecha si existe otra norma distinta.

En ese sentido, al no estar en presencia de un verdadero tipo penal, de la expresión “inexistencia de delitos” –establecida como epígrafe de la disposición objeto de control–, se infiere que alude a *la exclusión de responsabilidad penal de delitos previamente determinados y establecidos por el legislador*.

Asimismo, de la inferencia anterior, así como del contenido del art. 191 del C. Pn., se concluye que, aunque el tenor de los incs. 2º y 3º de dicha disposición sugiera una causa de exclusión de la punibilidad, más parece que establece supuestos de exclusión de la antijuridicidad, entendida ésta como un concepto que sirve de referencia para los comportamientos típicos contrarios al contenido de una norma inmersa en la ley penal y que forma parte del injusto penal.

Aunque existan comportamientos que, en principio, coinciden con los supuestos de hecho descritos como prohibidos (tipicidad), el legislador ha regulado en el art. 191 del C. Pn. que determinadas acciones, efectuadas por sujetos identificables en circunstancias específicas, no son

contrarias a las prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, no existe una vulneración a los intereses vitales para la organización social o bienes jurídicos.

Tal exclusión de la antijuridicidad implica, desde el punto de vista del análisis formal de las normas, el establecimiento de una norma por la cual es inexistente una obligación o una prohibición previa en las condiciones de aplicación descritas por la misma norma.

B. Pasando ahora al inc. 1° del art. 191 del C. Pn., éste determina la falta de responsabilidad penal respecto a la emisión de, en primer lugar, los “juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional”, y en segundo lugar, los “conceptos desfavorables”.

Cabe preguntarse cuál es la diferencia existente entre los *juicios* y *conceptos* desfavorables. Haciendo una interpretación gramatical, se aprecia que no existe una diferencia sustancial entre los mismos, los cuales esencialmente consisten en la emisión de una opinión o un parecer negativo o perjudicial para la persona o cosa a la que se dirigen o refieren. En virtud de ello, ambos términos deben entenderse como sinónimos.

En cuanto a la *crítica*, por ésta se entiende el análisis o examen efectuado por una o varias personas, con determinada especialización o experiencia, acerca de alguien o algo. En ese sentido, lo que en realidad diferencia al primer supuesto (juicios desfavorables de la crítica) del segundo (conceptos desfavorables) es que éste se refiere a las opiniones expresadas por cualquier persona, sin mediar una especialización, en relación con cualquier tema.

Ahora bien, la especificación del inc. 1° del art. 191 del C. Pn. en general respecto a los incs. 2° y 3° del mismo artículo, obedece, primero, a los *sujetos* que emiten las opiniones desfavorables referidas, que son personas que no ejercen el periodismo. Segundo, a los *medios* empleados para expresar la opinión respectiva, que serían “cualquier medio”. Esto le otorga – como es fácilmente comprensible – un carácter muy amplio, ya que no lo restringe a los medios de comunicación social.

Por otro lado, en virtud de que las opiniones desfavorables son emitidas en el ejercicio de la libertad de expresión, nos encontramos *prima facie* frente a un caso particular de la causa de justificación (de exclusión de la responsabilidad penal) que establece el art. 27 núm. 1 del C. Pn.: “Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita”.

No obstante, no nos encontramos en presencia de una causa de justificación, como el legislador sugiere, ya que las manifestaciones de ideas o pensamientos se efectúan dentro de los propios parámetros establecidos en el art. 6 Cn. y en las demás leyes (el Código Penal, en este caso) para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Ello en virtud de que las causas de justificación, además de impedir que se imponga una pena al autor de un hecho típico, convierten ese hecho en lícito, con las consecuencias que ello comporta. Por el contrario, *las opiniones desfavorables se emiten en cumplimiento y ejercicio de un derecho fundamental, constituyendo acciones legítimas que no implican un hecho típico punible.*

Consecuentemente, podría decirse que los supuestos establecidos en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. no se encuentran amparados por una causa de justificación, y que *en el mismo lo que se dispone es un límite al ejercicio de la libertad de expresión*: “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”.

Este límite implica que el ejercicio de las libertades de expresión e información no es absoluto, por lo que las manifestaciones de pensamientos e ideas desfavorables serán legítimas siempre y cuando no se configure otro delito previamente establecido. Ello es concordante con lo establecido en el inc. 1° frase 2ª del art. 6 Cn., el cual establece *in fine* que “los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”. La Corte Interamericana ha afirmado categóricamente a este respecto que, “la libertad de expresión no es un derecho absoluto” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 54; Caso Palamara Iribarne vrs. Chile, párr. 79).

De esa manera, es posible concluir que *el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. implica un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información establecidas en el art. 6 inc. 1° Cn., confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga*. Sin que ello implique un uso abusivo del Derecho Penal pues, tal como lo ha sostenido la CrIDH (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 119): “En una sociedad democrática el poder punitivo –del Estado– sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.” Tal criterio jurisprudencial es compartido por esta Sala.

VII. Tomando en cuenta todo lo anterior, corresponde examinar la confrontación internormativa sometida en esta oportunidad a conocimiento y decisión de este Tribunal.

El problema jurídico planteado consiste básicamente en determinar si, en la medida en que el art. 191 incs. 2° y 3° del C. Pn. *despenaliza* la crítica política por parte de periodistas y de propietarios de medios, se viola la norma que establece la responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información –art. 6 inc. 1° Cn.–, concretamente cuando se afectan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen –art. 2 inc. 2° Cn.–; lo cual, dado que supone un trato diferenciado no justificado respecto a los particulares, genera una violación al principio de igualdad –art. 3 inc. 1° Cn.–, y puesto que los derechos afectados también se encuentran reconocidos en tratados internacionales, se viola el principio de prevalencia de éstos sobre las leyes internas –art. 144 inc. 2° Cn.–.

Los puntos de la pretensión se analizarán en el siguiente orden: (1) la supuesta violación del art. 191 inc. 2° del C. Pn. a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH); y (2) la supuesta violación del art. 191 inc. 3° del C. Pn. a las mismas disposiciones constitucionales.

I. Violación a los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, y 6 inc. 1º Cn. por parte del art. 191 inc. 2º del C. Pn.

A. Si bien la disposición impugnada es el inc. 2º del art. 191 del C. Pn., el examen de constitucionalidad no puede realizarse sin hacer referencia al inc. 1º de la disposición citada.

De la lectura de este último se colige que no cometen delito los que, en el ejercicio de las libertades de expresión e información, actúen sin intención de ocasionar daños a derechos de terceros (elemento especial del tipo subjetivo). Pero responderán por el delito que cometan quienes –tal como lo contempla el art. 6 inc. 1º Cn.– actúen con real malicia o con la intención manifiesta de causar un daño. En estos casos deberá probar el dolo quien lo alegue, y éste también deberá probar el daño o la amenaza producidos, en su caso, y operará para todos los efectos el principio de presunción de inocencia –art. 12 Cn.–.

Por lo tanto, nadie está obligado a probar que no ha cometido un delito contra el honor, la intimidad o la propia imagen o que ha obrado de mala fe, con mala intención o real malicia. La carga de la prueba recae, entonces, en el supuestamente afectado por el ejercicio de las libertades de expresión e información por otro. De la Constitución deriva que el *onus probandi* corresponde en todo caso a quien acusa.

Pero para la CrIDH (Caso Usón Ramírez vrs. Venezuela, párr. 74): “La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.

Asimismo, considera que “la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 93).

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

todas las personas, sin excepciones, la aplicación del Derecho punitivo o sancionador del Estado (*ius puniendi*).

También podría operar otro tipo de responsabilidad legal, como la responsabilidad civil, según sea el caso, o exigirse una rectificación o respuesta –como contempla el art. 6 inc. 5° Cn. –. El derecho de respuesta –de declaración o de rectificación– constituye un derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a demandar que su declaración o rectificación sea difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una información considerada inexacta, agravante u ofensiva pueda irrogarle en su honor o intimidad u otro derecho o interés legítimo.

Este derecho de respuesta permite a la persona afectada dar su propia versión frente a una información difundida por el medio de comunicación social que fuere inexacta, agravante u ofensiva. En ese sentido, se considera que el derecho en análisis opera aunque el medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante no haya actuado con culpa o dolo –en este último caso, el medio, además de otorgar el derecho de respuesta o rectificación, deberá asumir las eventuales responsabilidades penales y civiles que el afectado puede activar, conforme a la ley–.

Consecuentemente, el derecho de respuesta permite que el público expuesto a la información considerada inexacta, agravante u ofensiva, pueda conocer a instancias de la persona afectada su propia versión de los hechos, como versión diferente que permita al público formarse su propio juicio sobre la materia –correcta formación de la opinión pública–, pues constituye la presentación de otra perspectiva de los hechos o actos informados de parte de personas aludidas en ellos, las que se consideran afectadas por el enfoque que se juzga distorsionado, parcial, erróneo o injusto de la información transmitida por el medio de comunicación social, asegurándose también el honor y la intimidad posiblemente afectada de las personas injustamente aludidas.

B. Al igual que como se establece en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn., su inc. 2° determina la falta de responsabilidad penal por la emisión de *juicios* y *conceptos* desfavorables, siendo pertinente remitir, al respecto, a las consideraciones realizadas *ut supra*. Más bien, la diferencia entre el inc. 2° y el inc. 1° radica en el sujeto que los emite: aquí, *las personas que ejercen el periodismo*.

Ahora bien, cabe aclarar que *los periodistas no tienen vedado el ejercicio de la libertad de expresión y, por ende, no están ceñidos exclusivamente al deber de informar, aunque su trabajo discurre en el estar constantemente en apariciones públicas o creando información que saldrá al público. Así, quien ejerce el periodismo puede válidamente hacer críticas o emitir juicios desfavorables sobre la política, la literatura, el arte o algún servicio público o contra cierto funcionario público cuya gestión le parezca inconveniente o criticable, no en su condición de*

profesional, sino en su calidad de ciudadano, y por ello puede hacer uso del derecho constitucional a expresarse libremente.

Pero también los particulares, excepcionalmente, pueden realizar tareas que competen por excelencia a los periodistas: escribir artículos, emitir opiniones, escribir editoriales, etc., y difundir su publicación en algún medio de comunicación. Sin embargo, mientras que para los particulares no opera el deber de informar, ello sí ocurre con los periodistas.

En todo caso, el art. 191 inc. 2° del C. Pn. establece que los juicios y conceptos desfavorables pueden ser emitidos por los periodistas “mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos”, es decir, por cualquier medio de comunicación en sus diversas modalidades de ejercicio.

Pero lo más importante a resaltar es que el inciso en análisis es *ambiguo*, ya que de su redacción no es posible determinar claramente si establece que no serán punibles los juicios y conceptos desfavorables emitidos por periodistas (en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función) o si, al igual que en el caso del inc. 1°, pueden responder penalmente por vulneración a otros derechos fundamentales.

En todo caso, pareciera ser que el legislador, apartándose del mandato constitucional, en el art. 191 inc. 2° del C. Pn., lejos de amenazar con responsabilidad penal –como lo hace en el inc. 1° de dicha disposición (referida a los particulares)–, asume que, cuando quienes ejercen el periodismo formulan críticas o juicios desfavorables, necesariamente lo hacen “en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en el ejercicio de su cargo o función”.

En resumen, si bien considera el legislador secundario que toda persona tiene el derecho a expresarse y a difundir libremente sus pensamientos, las consecuencias asignadas al inc. 1° difieren de las prescritas en el inc. 2°. En aquél caso regula la limitante de que dicho ejercicio de la libertad de expresión no demuestre “un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”; mientras que en el segundo supuesto presupone que el autor de la crítica o juicio desfavorable actúa amparado en causas que excluyen de responsabilidad penal, tales como el cumplimiento del deber o el ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

Hay, sin duda, en la ley un tratamiento distinto al particular que, haciendo uso de la libertad de expresión, calumnia, injuria o ataca la intimidad o la propia imagen de una persona, respecto al periodista que, supuestamente haciendo uso del deber de informar, produce las mismas ofensas que el particular. En el primer caso, tratándose de particulares, el legislador penaliza el abuso de la libertad de expresión, mientras que en el segundo, cuando alude a periodistas, acude a causales que exoneran de responsabilidad penal: cumplimiento del deber o ejercicio de un derecho, un cargo o una función.

En todo caso, debe recordarse que el “derecho de información” –como le llama el inc. 2º– implica la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, tanto por las personas que ejercen el periodismo –para quienes también se constituye en un deber– como por los particulares. No obstante, debe tenerse en cuenta que “[l]a función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar [tanto por periodistas como por particulares] no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 15-V-1986, Caso Campillay, Julio C. contra La Razón y otros).

Es cierto que las informaciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación del mismo; y además, debe tenerse en cuenta que “[l]os actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho puede desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero” (Corte Constitucional de Colombia [Sala Tercera de Revisión], Sentencia T-626/07, de 15 de agosto de 2007).

De lo anterior se concluye que *el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. establece, o bien la falta de responsabilidad penal para las personas que ejercen el periodismo, o bien la posibilidad de responder penalmente por el incumplimiento de la responsabilidad ética que debe guiar en todo momento el ejercicio del periodismo y que puede generar afectaciones a los derechos fundamentales de los demás –conflicto que deberá ser resuelto en el caso concreto–.*

C. Entonces, aparentemente el inc. 2º de la disposición impugnada exonera de responsabilidad penal a los periodistas en cualquier supuesto, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio de su profesión, la cual tiene por objeto, o bien la emisión de una opinión, o bien la de informar. Ello parece *prima facie* razonable, pues –como antes se ha apuntado– la función periodística en general, además de su valor estético (dibujos, fotografías, etc.), sirve para informar a la población, con lo que no sólo satisface el derecho de los ciudadanos a estar enterados de su entorno –permitiéndoles ello conocer la realidad y tomar decisiones de la más variada índole–, sino que les permite participar en el debate político reflexivamente. El periodismo, por ello, fomenta el principio del pluralismo e incide indirectamente en el control de los funcionarios públicos. En ese sentido, no sólo es normal que se proteja la función periodística, sino que es una obligación constitucional hacerlo, pues si ella se viera constantemente amenazada de persecución penal, perdería en la práctica su genuina naturaleza de libertad y no podría cumplimentar adecuadamente la función a la que está llamada, con lo cual la afectada sería la sociedad.

Los medios de comunicación y los periodistas en general cumplen, en consecuencia, una función social determinante para la vida en democracia. La CrIDH (Caso Ivcher Bronstein vrs.

Perú, párrs. 143 y 149), a este respecto ha afirmado que: “La prensa, en una sociedad democrática, tiene el derecho de informar libremente y criticar al Gobierno, así como el pueblo tiene el derecho de ser informado de lo que ocurre en la comunidad”; y ha destacado el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, “cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.”

En conclusión, pues, las libertades de expresión y de información –derechos que dan sustento constitucional a la función periodística (la primera a las opiniones y la segunda a las noticias)–, como los demás derechos fundamentales de la Constitución salvadoreña, no son absolutos, sino que, por el contrario, están sometidas a límites y restricciones en su ejercicio.

Por otro lado, conviene recalcar que las libertades de expresión e información representan casos en los que el Constituyente establece de modo expreso ciertos límites específicos a su ejercicio: el orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás. Los dos últimos se corresponden con los derechos fundamentales estatuidos en el art. 2 inc. 2º Cn. Pero, además, el art. 6 inc. 1º Cn. establece que “los que haciendo uso [de la libertad de expresión y sus manifestaciones] infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”. Esto significa que ya la Constitución ordena un medio específico para proteger los derechos fundamentales que por antonomasia se ven afectados por el ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión: la *sanción penal*. En ese sentido, se advierte una preocupación especial del Constituyente por proteger los derechos personalísimos del individuo, ya que éstos cumplen un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales. Por supuesto, la consecuencia jurídica aludida siempre deberá constituir la *ultima ratio* del Estado, en virtud precisamente de otro derecho: la libertad personal de los individuos –art. 2 inc. 1º Cn.–.

Al mandato constitucional contenido en el art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* Cn. obedece, entonces, que se tipifiquen como delitos, por ejemplo, la calumnia, la difamación y la injuria (arts. 177-179 C. Pn.). Pero también a otra norma constitucional, la que consagra la libertad de expresión –art. 6 inc. 1º Cn.–, se debe que el art. 191 del C. Pn. contemple causales de exclusión de responsabilidad penal. Lo que el legislador penal ha hecho es *ponderar* ambos derechos, pretendiendo establecer, bien un equilibrio entre ellos, bien ciertas reglas de prevalencia.

Pues bien, como antes se ha expresado, el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. no era claro en cuanto a si excluía o no la responsabilidad penal de los periodistas en caso de que exista un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad. Sin embargo, ello conduciría a un resultado *inconstitucional*: que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedarían *completamente* desprotegidos frente al ejercicio del periodismo desde el punto de vista penal. Y ello es irrazonable, puesto que tales derechos se ven especialmente amenazados y la violación –en caso de consumarse– se refuerza cuando la ofensa o los datos que se quieren resguardar se publicitan.

Para hacer un análisis adecuado, debe recordarse que el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. se refiere al mismo supuesto contemplado en el inc. 1º relativo al ejercicio de las libertades de expresión e información, pero respecto a *sujetos diferentes*. Es más, el inc. 2º, cuando dice “[d]e igual manera”, hace referencia directa al inc. 1º, con base en lo cual existe la necesidad de tomar éste en consideración al hacer el examen de constitucionalidad de aquél.

Pues bien, de la lectura del inc. 2º se puede notar que el legislador omitió mencionar expresamente la salvedad o excepción que se contempla en el inc. 1º sobre el modo de proceder calumnioso o injurioso; omisión que no puede dar lugar a interpretar que la ley permite ejercer abusivamente las libertades de expresión e información, con afectación deliberada de derechos constitucionales de terceros, sin que ello haga incurrir a los autores en responsabilidad legal.

La exclusión de delitos a que se refiere el art. 191 inc. 1º del C. Pn. debe operar en todos los casos y para todas las personas por igual, siempre que estén sujetas a la legislación penal común y que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en cuyo caso, según el art. 6 inc. 1º frase 2ª Cn., “responderán por el delito que cometan”.

En consecuencia, *el art. 191 del C. Pn. debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la interrelación directa que tienen sus disposiciones. En tal sentido, y aún cuando el legislador omitió en el inc. 2º hacer alusión explícita a la exigencia del elemento especial del tipo subjetivo como presupuesto para aplicar o no la exclusión de delitos, este inciso debe interpretarse de tal forma que permita aplicar la excluyente de responsabilidad a los periodistas cuando emitan juicios desfavorables contra una persona particular o un funcionario público, “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”.*

De lo contrario, al igual que cualquier persona sometida a la legislación penal sustantiva, responderán por el delito que cometan, tal como lo ordena el art. 6 inc. 1º frase 2ª Cn., ya que todas las personas por igual son titulares de las libertades de expresión e información y sujetos de responsabilidad penal. Y es que *la Constitución no distingue ni es inferible de su texto la condición de quien realiza la conducta de expresar o difundir el pensamiento, es decir, no formula modalidades diferentes para los que ejercen el periodismo, por un lado, y para los demás ciudadanos, por el otro. Eso significa que, tanto los derechos mencionados como sus límites, son aplicables a todas las personas, sin hacer ninguna clase de distinciones o tratamientos privilegiados.*

Cabe mencionar que el art. 180 del C. Pn., que contempla la pena accesoria de inhabilitación especial para los profesionales o personas dedicadas a la función informativa, en verdad no descarta la posibilidad de que los mismos tengan responsabilidad penal. Al contrario, dicha disposición refuerza, desde el punto de vista legal, la afirmación de que, ni los profesionales del periodismo, ni las personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, pueden quedar al margen de la persecución penal.

Por lo tanto, para que el inc. 2º guarde armonía y coherencia con la Constitución, debe interpretarse de tal manera que no dé lugar a una aplicación diferenciada de la ley penal en cuanto a los beneficios de la exclusión de responsabilidades penales, ya que, de lo contrario, estaríamos frente a una disposición inconstitucional, lesiva de los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, y 6 inc. 1º Cn.

En definitiva, pues, el ejercicio de las libertades de expresión e información, independientemente de quien las ejerza, no es merecedor de protección constitucional ni legal cuando lo mueve el ánimo de menoscabar el honor, la intimidad o la propia imagen de otros. Ello porque en tales casos se estaría en presencia: o bien de un ejercicio abusivo de las libertades de expresión o información por parte de los particulares, en el sentido de hacer un empleo excesivo del derecho, con daño para terceros y sin beneficio propio; o bien de un ejercicio, además de abusivo, ilegítimo de las libertades de expresión e información por parte de los periodistas, en el sentido de utilizar el derecho de informar con un propósito diferente de aquél para el que está concebido.

Teniendo claro lo anterior, se concluye que el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. permite una interpretación conforme con los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, y 6 inc. 1º Cn., en el sentido de que, al rezar a su inicio “[d]e igual manera”, el periodista también puede incurrir en responsabilidad penal cuando actúa con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la propia imagen, lo cual significa que la norma impugnada equipara a los periodistas a los particulares cuando se encuentran en el mismo supuesto de hecho.

De la misma manera, el precepto sometido a control puede interpretarse conforme al art. 144 inc. 2º Cn., pues, al no excluir la responsabilidad penal en los casos de ataque a los derechos a la “vida privada” y “familiar”, y a la “honra” (arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 CADH) provenientes del ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información, no se advierte ninguna contradicción entre la ley interna y los tratados internacionales.

Por las razones anteriores, se concluye que el art. 191 inc. 2º del C. Pn., tal como se ha interpretado, no viola los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 CADH), todos de la Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

D. Ahora bien, así entendido, el inc. 2º del art. 191 del C. Pn. pierde parte de su sentido si la verdadera intención del legislador penal era la de excluir de toda responsabilidad a los periodistas, pues los supuestos de los incs. 1º y 2º, tal como esta Sala los ha interpretado, reciben la misma consecuencia jurídica. Sin embargo, el juez penal siempre, ante un caso concreto, deberá ponderar cuál de los derechos en conflicto, dadas las circunstancias concretas, debe prevalecer en su ejercicio. Para ello el ordenamiento jurídico no le puede brindar una solución en abstracto y a priori, sino que el juez deberá tener en cuenta: el contenido constitucional de los derechos en juego, su configuración legal, los criterios generales y específicos establecidos por

la jurisprudencia y las circunstancias del caso concreto (Sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 14/2003, de 28 de enero).

Así, por un lado, cuando el periodista ejerce la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el ejercicio igualmente legítimo del derecho al honor por parte de los demás. Para resolver esta colisión el juez los debe ponderar en el caso concreto, teniendo en cuenta la relevancia pública de la materia tratada. Esto se traduce en que, *si bien el periodista puede hacer críticas durísimas, está impedido de proferir insultos porque éstos rebasan el tema tratado y, en ese sentido, no contribuyen a la formación de una opinión pública libre. Se trata, por ello, de ataques innecesarios, ajenos a la función periodística, que, por ende, ésta no puede justificar.*

Respecto al anterior tipo de conflictos, cabe precisar que, ante un ataque al honor, no es lo mismo que el sujeto pasivo sea un particular a que sea un funcionario público. Este último goza – respecto a ese derecho– de un ámbito de protección menor que los particulares: quien llega a un cargo público se expone a un escrutinio público y eso implica que los ciudadanos pueden válidamente criticar, cuestionar o burlarse abiertamente de la gestión de un funcionario. Esa situación de vulnerabilidad no la tienen las personas particulares, porque la mayor parte de su vida carece de trascendencia pública. Las posibilidades de que un funcionario público sea objeto de críticas o juicios desfavorables son superiores a las de los particulares. Lo anterior no significa, desde luego, que el funcionario público quede totalmente desprotegido, pues a él lo acompaña el derecho constitucional a disfrutar de su vida privada individual y familiar sin intromisiones indebidas, como tampoco significa que las actuaciones de los particulares carezcan totalmente de trascendencia pública.

A este respecto, la CrIDH ha expresado que: “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” (Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, párr. 129).

También ha expresado que: “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas.” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 88).

Asimismo, el TEDH ha afirmado que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de [la sociedad democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 10.2 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una

fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una ‘sociedad democrática’” (caso *Handyside*, Sentencia 1976/6, de 7 de diciembre, párr. 49).

Por otro lado, también cuando el profesional del periodismo ejerce la libertad de información puede entrar en conflicto con el ejercicio del derecho al honor. Para solucionar esta colisión, el juzgador deberá atender a la relevancia pública de la materia tratada (lo que le impide insultar) y a su veracidad. En este sentido, la manifestación deliberada de datos falsos (o la falta de diligencia para corroborar su verdad o falsedad) no contribuye a informar, sino todo lo contrario: desinforma y contamina la opinión pública. Por ello carece de protección constitucional.

Finalmente, la libertad de información puede entrar en conflicto con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. En la solución de estas colisiones la veracidad ya no es un elemento a tener en cuenta en la ponderación. En cambio, sí debe el juzgador considerar, por un lado, el interés público de la información (que deberá ser muy intenso), y por otro, el consentimiento (expreso o tácito) del afectado.

Y, en definitiva, puede afirmarse que *los jueces penales también, al momento de conocer de casos concretos, deben tomar en cuenta la función social de los periodistas, la de contribuir a la formación de una opinión pública libre; lo que se convierte en una carga argumentativa a su favor en la ponderación.* En cambio, los particulares, quienes no se dedican al periodismo, en principio no podrían invocar la relevancia pública de la información.

2. Violación a los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párr. 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párr. 2 letra “a” y 14 párr. 3 de la CADH) por parte del art. 191 inc. 3º del C. Pn.

A. El inc. 3º del art. 191 del C. Pn. hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos, pero, a diferencia de éstos, contempla una categoría de sujetos que no incurrirán *en ningún tipo* de responsabilidad penal, a saber: los “medios” escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos desfavorables, y los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa. Es de resaltar que de la simple lectura de dicho inciso no se pueden deducir las razones por las cuales no incurrirán en absoluto en responsabilidad penal los mencionados sujetos.

Se hace notar que el legislador, utilizando una redacción técnico-legislativa impropia, considera dentro de los sujetos de aplicación del Derecho Penal, incluso, a los que no lo son ni pueden serlo, ya que no son personas naturales, quienes son los sujetos por excelencia de la aplicación de la ley penal. Así, el legislador, en el inc. 3º del art. 191 del C. Pn., considera a los “medios escritos, radiales, televisivos e informáticos” como sujetos del Derecho Penal al excluirlos expresamente y de manera innecesaria de toda responsabilidad penal, lo cual es incompatible con la doctrina penal que inspira nuestro ordenamiento jurídico vigente.

Esta norma específica contenida en el inc. 3° es, por lo tanto, un equívoco jurídico-penal, técnicamente incongruente, ya que sólo las personas naturales pueden ser objeto de persecución penal y no las personas jurídicas ni los medios de comunicación social u otras entidades, instituciones o corporaciones.

Aclarado lo anterior, se tiene que el legislador, en el inciso analizado, ha optado por efectuar una exclusión de la responsabilidad penal para determinados sujetos, sin tener en cuenta:

a. Su responsabilidad social, ya que, de manera general, “los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado Social de Derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general. La responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos de informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto de la dignidad y de los demás derechos de las personas” (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-094/00, del 2 de febrero de 2000).

En cuanto a los deberes y responsabilidades que acarrea el ejercicio de la libertad de expresión, en particular respecto de los periodistas, el TEDH ha enfatizado que, “cualquiera que ejerce su libertad de expresión asume ‘deberes y responsabilidades’, cuyo ámbito depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado.” (Caso *The Sunday Times vrs. el Reino Unido*, 1979).

b. La posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, según lo establecido en el art. 6 inc. 1° Cn., por vulneración a derechos fundamentales.

c. La posibilidad de aplicación del art. 38 inc. 1° del C. Pn. –máxime cuando no se ha justificado la exclusión de responsabilidad penal–, el cual establece lo siguiente: “Actuar por otro. El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieran en la persona en cuyo nombre o representación obrare”.

De lo anterior se concluye, que *el inc. 3° del art. 191 del C. Pn. realiza una exclusión de responsabilidad penal absoluta y en abstracto, sin permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto.*

B. Para determinar si el art. 191 inc. 3° del C. Pn. otorga un tratamiento privilegiado a los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del

programa, al excluirlos de toda responsabilidad penal por la publicación o difusión de opiniones desfavorables, es necesario realizar un análisis constitucional del principio de igualdad.

a. La Constitución salvadoreña ha determinado en su art. 3 inc. 1° que *todas las personas son iguales ante la ley*. Jurisprudencialmente ha interpretado esta Sala que la igualdad tiene dos dimensiones: una objetiva, como *principio constitucional de igualdad*; y otra subjetiva, como *derecho fundamental a la igualdad*.

Ambas dimensiones de la igualdad –el principio y el derecho– operan en dos niveles distintos: la *igualdad ante la ley*, que tiene eficacia vinculante en la aplicación de la ley y en las relaciones entre particulares; y la *igualdad en la ley*, por la que el legislador está obligado a configurar el sistema normativo de manera que, ante supuestos de hecho idénticos o similares, se determine la misma consecuencia jurídica, o que, ante supuestos de hecho diferentes, se atribuyan diferentes consecuencias (Sentencia de 24-X-99, Inc. 3-95; y Sentencia de 6-VI-2008, Amp. 257-2007).

El análisis del art. 191 inc. 3° del C. Pn., desde la perspectiva de la igualdad, se circunscribe a determinar si su configuración vulnera o no el *principio de igualdad en la ley*, dado el privilegio a una determinada situación jurídica que realiza el legislador para la exclusión de responsabilidad penal.

El principio de igualdad en la ley carece de un contenido material propio, es decir, no protege ningún ámbito concreto de actividad de los ciudadanos. Es un mandato dirigido al legislador, quien está obligado a respetarlo en el momento en que regula situaciones jurídicas de distintos grupos, en el sentido de prever las mismas consecuencias para supuestos de hecho con equivalentes características o prever distintas consecuencias para supuestos de hecho dispares.

Dada la indeterminación estructural del principio de igualdad en la configuración de la ley, es la jurisdicción constitucional la que debe determinar el contenido del art. 3 Cn., a fin de concretar los parámetros bajo los cuales se someten a control de constitucionalidad las disposiciones infraconstitucionales o los actos de autoridad, cuando exista alegación de vulneración al principio de igualdad.

La igualdad es un concepto relacional, no una cualidad que acompañe a sujetos, objetos o situaciones, y cuya existencia no puede ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada. Más bien, surge de una relación que se da, al menos, entre dos personas, objetos o situaciones. Por tanto, no protege ningún ámbito concreto de la actividad humana, sino que es alegable frente a cualquier diferenciación o equiparación normativas que carezcan de justificación suficiente. En ese sentido, el principio de igualdad no necesariamente postula la paridad en el trato entre las situaciones normadas, sino que sólo exige que, mediante pautas objetivas y razonables, se justifique la diferencia.

Debido a la anterior característica, la igualdad normativa presupone una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, los cuales constituyen el término de comparación (*tertium*

comparationis). Y es que –se insiste– el marco normativo aplicable a determinado sector de la sociedad no es discriminatorio en sí mismo, sino en relación con otro régimen.

El fundamento de la diferenciación que realiza el legislador en la regulación de las situaciones en que se encuentran dos o más sectores de la sociedad, debe permitir el análisis *jurídico* del principio de igualdad; concretamente, *el control de la diferenciación normativa debe partir de la propia Constitución*. Así, se dejan de lado determinados juicios valorativos u otro tipo de consideraciones que podrían haberse tomado en cuenta para justificar la diferenciación. Lo anterior no significa que los criterios de diferenciación deban establecerse explícitamente en la Constitución, sino que al menos *su justificación sea constitucionalmente legítima, es decir, que no esté prohibida definitivamente por la Constitución*.

Con la finalidad de determinar el carácter igualitario o discriminatorio de un régimen normativo respecto a otro es que se realiza el *juicio de igualdad*. Dentro de éste se considera el *juicio de razonabilidad* de las medidas legislativas. La función de este juicio es la de determinar si la clasificación que el legislador hace de determinadas situaciones jurídicas, respecto a las consecuencias previstas, evidencia diferencias relevantes en cuanto a su fundamento y, por tanto, la norma correspondiente es constitucional.

Así, el *juicio de razonabilidad* de la clasificación normativa trata en síntesis de determinar si, con base en la razón de ser de dicha categorización (es decir, su fundamento), la situación jurídica impugnada admite distintas consecuencias jurídicas. Esto debido a que el principio de igualdad implica la prohibición de establecer *diferenciaciones o equiparaciones arbitrarias* entre situaciones que carezcan o posean –según el caso– disimilitudes relevantes, partiendo del fundamento que sea perceptible en la disposición.

Una categorización se convierte en irrazonable y, por ende, en *inconstitucional* cuando los parámetros bajo los cuales se realizó la clasificación normativa de determinadas situaciones, carecen de un fundamento racional proveniente de la naturaleza de los sujetos, objetos o situaciones. También la clasificación será *inconstitucional* cuando es *inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto a un derecho fundamental*.

Por tanto, el principio de igualdad en la ley se vulnera cuando un sector destinatario de una norma, en comparación con otro que posee las mismas características y sin que existan diferencias relevantes que así lo justifiquen, es tratado de manera distinta, o bien cuando un sector, en comparación con otro que posee distintas características, injustificadamente es tratado de manera igual.

El Constituyente consagró las libertades de expresión e información –art. 6 Cn.– con la finalidad de que toda persona se encuentre lo suficientemente informada –para poder tomar decisiones teniendo en cuenta todos los datos y perspectivas posibles– y de crear una opinión pública libre. Al advertirse la posibilidad de que su ejercicio lesione derechos constitucionales, el legislador tipificó una serie de conductas como delitos contra el honor, la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, también aprobó el art. 191 inc. 3º del C. Pn., en virtud del cual ciertos

sujetos pueden ejercer las libertades de expresión e información sin posibilidad alguna de persecución penal por las opiniones o informaciones publicadas o difundidas, aun cuando se emitan con el ánimo de injuriar o difamar.

b. Se tiene que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una exclusión absoluta de responsabilidad penal, dejando sin efecto los límites a las libertades de expresión e información establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn., y desarrollados en el art. 191 incs. 1° y 2° del C. Pn. Es decir, *se establece un ejercicio irrestricto de las libertades de expresión e información, desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para los sujetos que se encuentran comprendidos en el supuesto de hecho del inc. 3° de la disposición impugnada.*

Cabe acotar que una discriminación normativa puede adoptar las siguientes formas: regulación explícita, exclusión tácita o exclusión expresa. El art. 191 inc. 3° del C. Pn. realiza una *exclusión expresa* de responsabilidad penal.

Por otro lado, debe aclararse que la formulación lingüística de dicho inc. 3°, cerrada, impide interpretar que, al igual que para los incs. 1° y 2°, el ánimo injurioso desactiva la eximente de responsabilidad. Lo confirma el Considerando VI del Decreto Legislativo que contiene la disposición impugnada: “es necesario reformar el Código Penal con el objetivo de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, *sin restricción alguna*, en sus dos dimensiones antes expresadas”.

Como ya se manifestó, el desarrollo de las libertades de expresión e información contenido en el art. 191 inc. 3° del C. Pn., que se concreta en una despenalización absoluta para ciertos sujetos, se ha intentado justificar legislativamente en que así supuestamente se protegen aquéllos derechos. Sin embargo, ese desarrollo legal de los derechos fundamentales mencionados necesariamente debe estar *limitado* por la protección que el mismo legislador debe otorgar a otros derechos constitucionales, específicamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen –arts. 2 inc. 2°, y 6 inc. 1° Cn.–, en caso de colisión entre unos y otros.

Entonces, debe analizarse si la referida despenalización es acorde con la Constitución, en la medida en que protege las libertades de expresión e información o, por el contrario, mediante una diferenciación arbitraria, lesiona los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen.

El Derecho Penal, en relación con los derechos fundamentales, ofrece dos facetas. Por una parte, constituye una limitación a los mismos, particularmente, a la libertad personal. Pero, por otra parte, paradójicamente *el Derecho Penal también protege derechos fundamentales, en la medida en que busca prevenir violaciones a los mismos, concretamente, los ataques más fuertes.*

En esa línea, *el Constituyente salvadoreño creyó necesario proteger mediante el Derecho Penal los ataques más graves al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn.). Esto obligaría a preguntarse si la despenalización de determinadas conductas potencialmente lesivas de esos derechos es conforme con la protección que ex Constitutione se espera del legislador ordinario.*

Debe en este punto de la argumentación recordarse que una disposición de derecho fundamental puede contener distintas normas y, por ende, distintos derechos, y que cada derecho es un haz de modalidades jurídicas activas. Acorde con ello, el art. 2 inc. 2º Cn. genera distintas modalidades activas.

Consecuentemente, aunque los derechos mencionados son considerados clásicos *derechos de libertad*, nada más alejado de la realidad que sólo adopten esa específica modalidad activa. Y es que está ampliamente superada la concepción ideológica que identificaba los derechos fundamentales con las libertades. La realidad jurídica y la teoría admiten hoy día que todo derecho fundamental ubica a su titular en distintas posiciones: unas, por ejemplo, para exigirle al Estado una prestación; otras para exigirle al mismo Estado y a los particulares que no obstaculicen el ejercicio del derecho; otras para producir efectos jurídicos respecto al Estado o a los particulares, etc.

Desde la perspectiva del Estado, todo derecho fundamental puede generar uno o varios de los siguientes tipos de obligaciones: (i) de respetar –no violar los derechos por acción u omisión–; (ii) de proteger –velar porque los particulares no violen los derechos–; (iii) de garantizar –adoptar medidas en caso de que la persona sea incapaz de satisfacer el derecho por sí misma–; y (iv) de promover –adoptar medidas de largo alcance con el fin de fortalecer el derecho–.

Partiendo de lo anterior, se infiere que los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, incluyen un *derecho a protección penal* adscrito al art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* Cn. Por el contrario, el Órgano Legislativo, sin perjuicio de darle algún cumplimiento a este derecho, ha adscrito al art. 6 inc. 1º frase 1ª Cn. un supuesto derecho de los propietarios de los medios de comunicación social a publicar y a difundir crítica política, etc. y conceptos desfavorables, sin que en ningún caso (o sea, ni siquiera cuando exista un propósito calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen) incurran en responsabilidad penal; una suerte de derecho absoluto (al menos en su colisión con ciertos derechos).

Cabe aquí recordar lo dicho respecto a las ponderaciones del Órgano Legislativo: son admisibles siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad –art. 246 inc. 1º Cn.–. Éste tiene dos vertientes: la prohibición de exceso y la prohibición de protección deficiente. Nos interesa en esta oportunidad referirnos a la segunda.

Podemos definir la prohibición de protección deficiente (del alemán “*Untermaßverbot*”, Tribunal Constitucional Federal Alemán, Caso Aborto II, BVerfGE, 88, 203, 254), como un criterio de interpretación iusfundamental, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal vulnera el *derecho fundamental a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional*. Se parte, pues, de que el legislador debe garantizar éste en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. No cumpliría el legislador dicho mandato cuando las medidas que haya adoptado fueran insuficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho a recibir protección.

Corresponde determinar, entonces, en este caso concreto, si el legislador penal salvadoreño, mediante la emisión del inc. 3º del art. 191 del C. Pn., violó la prohibición aludida – art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* Cn.– en relación con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen –art. 2 inc. 2º Cn.–

Lo primero que procede –al igual que en el *juicio de proporcionalidad* en su vertiente de prohibición de exceso– es dilucidar si la finalidad de la omisión legislativa es constitucionalmente legítima, o sea, que no está prohibida de modo definitivo por la Constitución (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004).

Como ya se había dicho, *la finalidad de la omisión del inc. 3º del art. 191 del C. Pn. (no penalizar ciertas conductas) es, según los Considerandos del Decreto Legislativo impugnado la de garantizar la libre expresión y difusión del pensamiento en beneficio de la colectividad, y ésta es constitucionalmente legítima.*

Establecido el fin, debe analizarse, a efecto de verificar el respeto a la prohibición de protección deficiente, que la omisión legislativa en abstracto sea idónea para satisfacer de alguna manera aquél fin. En el presente caso, sin embargo, se advierte que *la despenalización no es idónea para fomentar de ninguna manera la finalidad perseguida con la misma, pues, cuando se ejercen las libertades de expresión e información con los propósitos de injuriar o calumniar, no se informa a los ciudadanos ni se contribuye a la formación de una opinión pública libre, en beneficio de la sociedad, sino todo lo contrario: se proporcionan datos falsos, se desinforma y se afecta a ciertos miembros del colectivo, violándoles sus derechos fundamentales, desnaturalizándose, de esa manera, la libertad de información.*

Habiendo determinado, entonces, que la medida legislativa que contiene el art. 191 inc. 3º del C. Pn. (la exclusión absoluta de responsabilidad penal para una categoría de sujetos) no es idónea para fomentar el fin que con la misma se persigue (garantizar las libertades de expresión e información), *se concluye que la diferenciación que aquélla implica, con la consiguiente desprotección para los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen –art. 2 inc. 2º Cn.–, es desproporcionada a la luz del art. 6 inc. 1º Cn. y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley –art. 3 inc. 1º Cn. –. Por lo que así deberá declararse en esta sentencia.*

C. Por último, el demandante alegó que el art. 191 inc. 3º del C. Pn., en la medida en que es contrario a los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH, viola por acción refleja el criterio de ordenación de las fuentes del Derecho salvadoreño establecido en el art. 144 inc. 2º Cn., en cuya virtud las leyes internas no pueden contradecir el contenido de los tratados internacionales, a lo que esta Sala también le ha llamado “fuerza pasiva” de los tratados internacionales (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerando V 3).

El art. 17 del PIDCP consagra los derechos a la vida privada y familiar (párr. 1), a la honra y reputación (párr. 1) y a la protección legal contra las injerencias o ataques a los mismos

(párr. 2). El Comité de Derechos Humanos en su *Observación General n° 16 (Artículo 17- Derecho a la intimidad)* sostuvo que “Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho” (párr. 1). Además, manifestó que “El artículo 17 garantiza la protección de la honra y la reputación de las personas, y los Estados tienen la obligación de sancionar legislación apropiada a ese efecto. También se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques” (párr. 11).

Por su parte, el art. 19 párr. 3 letra “a” del PIDCP establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en su *Observación General n° 10 (Artículo 19- Libertad de opinión)* afirmó que “es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determina el ámbito real del derecho de la persona” (párr. 3). Agregó que “el párrafo 3 [del art. 19 del PIDCP] subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto”.

La CADH, su art. 11 consagra –de manera casi idéntica al PIDCP– los derechos a la honra (párr. 1), a la vida privada y familiar (párr. 2) y a la protección legal contra injerencias o ataques contra los mismos (párr. 3). Por su parte, el art. 13 párr. 2 letra “a” de la CADH establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Finalmente, el art. 14 párr. 3 de la CADH dispone que, para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión, tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

En cuanto a las restricciones y a las responsabilidades ulteriores que implica el ejercicio de la libertad de expresión, la CrIDH ha expresado que: “el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar ‘el respeto a los derechos o a la reputación de los demás’ o ‘la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de

expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” (Caso Palamara vrs. Chile, párr. 79).

Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales citadas, así como los precedentes y jurisprudencia de los órganos respectivos, se concluye que *en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos los derechos al honor e intimidad, en un extremo, y la libertad de expresión y de información, en el otro, se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en los casos concretos donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico.*

Ahora bien, se ha establecido que el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, y 6 inc. 1° Cn., ya que excluye de toda responsabilidad penal a una categoría de sujetos, aun cuando actúen con un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de otras personas. *Dicha exclusión también es contraria a las normas internacionales citadas, ya que éstas no dan cobertura alguna al ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión y de información. Por el contrario, claramente ordenan a los Estados que protejan legalmente los derechos a la vida privada y familiar y a la honra de todo ataque proveniente de particulares, con independencia de la condición personal de éstos.*

Por las razones anteriores, se concluye que *el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola por acción refleja el art. 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH), y así deberá declararse en esta sentencia.*

VIII. Habiéndose determinado que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no es inconstitucional, por admitir una interpretación conforme con la Constitución, y que el inc. 3° de dicha disposición sí es inconstitucional, deben hacerse las siguientes aclaraciones:

I. A. La interpretación realizada por esta Sala del inc. 2° del art. 191 del C. Pn., según la cual es posible que las personas que ejercen el periodismo, al igual que quienes no lo ejercen (inc. 1° del art. 191 C. Pn.), incurran en responsabilidad penal cuando actúan con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la propia imagen, *no implica el establecimiento de un nuevo tipo penal especial, en virtud del cual la actividad periodística sea penalizada.* Ello en virtud de que, mediante la interpretación efectuada, se ha determinado su sentido y ámbito de aplicación, el cual, si bien puede diferir del que en la práctica le han dado los operadores jurídicos, *no implica la creación de una norma distinta a la previamente establecida y hoy dotada de significado.* En ese sentido, al determinarse que las personas que ejercen el periodismo pueden responder penalmente, se hace alusión a la posibilidad de que se les impute la comisión de delitos *previamente establecidos por el legislador*, siempre y cuando concurren los elementos necesarios para ello.

B. Así las cosas, frente a las imputaciones que se efectúen en contra de las personas que ejercen el periodismo, de conformidad con lo establecido en el art. 183 del C. Pn., es posible que

se excluya de responsabilidad penal al probarse los hechos o situaciones que se han atribuido, es decir, haciendo uso de la prueba de la veracidad (*exceptio veritatis*). Ésta implica que la conducta penal contra el derecho al honor se considera atípica cuando la imputación materia de inculpación ha sido probada y, por tanto, es verdadera. En ese sentido, cuando la atribución de determinado hecho punible o de una conducta sea falsa, lo que el acusado debe probar es la certeza procesalmente válida del hecho o conducta atribuida, ya que su prueba objetiva permitirá que la conducta se repunte atípica por inexistencia de falsedad. Asimismo, el sujeto imputado puede demostrar que verificó la fiabilidad de la información, lo que también generará la atipicidad de la conducta debido a la existencia de una veracidad objetiva (Tribunal Constitucional Español, STC 126/2003 de 30 de junio)

Lo anterior tiene sustento en que, al corroborarse la veracidad del hecho o conducta atribuida, no habría una afectación al derecho al honor. Ello porque derechos como éste “se esculpen por el titular y si existen pruebas que demuestren un comportamiento digno de punición por parte del Derecho penal, no habría un daño contra [...] una reputación, un reconocimiento social que él mismo ha destruido ante los demás miembros de la sociedad con su comportamiento” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417/09 de 26-VI-2009)

2. En cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 191 del C. Pn., por vulneración a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1° y 144 inc. 2° Cn., la misma obviamente conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma respectiva.

En virtud de ello, los sujetos a los que la disposición invalidada excluía de manera absoluta de responsabilidad penal (los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa), al igual que cualquier persona, deberán responder penalmente por la vulneración a los derechos fundamentales de los demás, al cometer cualquiera de los tipos penales previamente establecidos por el legislador.

Lo anterior implica que *la expulsión del ordenamiento jurídico del inciso declarado inconstitucional no genera un vacío normativo*. En efecto, pudiera pensarse que los sujetos en él mencionados no poseen una regulación penal específica que les prohíba emitir opiniones o informaciones lesivas a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que los tipos penales que regulan los delitos, por ejemplo, de calumnia y de difamación, son delitos susceptibles de aplicarse a cualquier persona; ahora bien, tal como lo ha afirmado la CrIDH al referirse al principio de legalidad penal, “la tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa;” lo cual implica “una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales” (Caso Kimel vrs. Argentina, párrs. 77 y 63).

En consecuencia, *cualquier persona, incluidos los sujetos que eran excluidos de responsabilidad penal en el inc. 3° del art. 191 del C. Pn., puede ser sometida a una sanción penal cuando la conducta reprochable se adecue a los tipos regulados en la legislación penal. Y*

es que –como reiteradamente se ha señalado– el art. 6 inc. 1º frase 2ª *in fine* del C. Pn., establece claramente que cualquier persona deberá responder por los delitos cometidos, no estableciendo ninguna exclusión que permita concluir que cierto grupo de personas no responderán penalmente por las conductas que vulneren los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y artículos 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º y 144 inciso 2º de la Constitución; y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. *Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad* del segundo inciso del art. 191 del Código Penal, emitido mediante el Decreto Legislativo nº 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial nº 105, tomo nº 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el Decreto Legislativo nº 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. nº 217, tomo nº 365, de 22-XI-2004, consistente en la violación a los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que dicho inciso admite una interpretación conforme con la Constitución, según lo expuesto en el Considerando VII de esta Sentencia.

2. *Declárase que* el tercer inciso del art. 191 del Código Penal, emitido y reformado por los Decretos Legislativos antes mencionados, *es inconstitucional*, por violar los arts. 2 inc. 2º, 3 inc. 1º, 6 inc. 1º, y 144 inc. 2º de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.

3. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

4. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

VO

TO DISCORDANTE DEL MAGISTRADO JOSÉ NÉSTOR MAURICIO CASTANEDA SOTO.

Discrepo con la mayoría del tribunal respecto a la inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 191 C. Pn., por las razones siguientes:

La premisa de la que se parte para determinar la compatibilidad del art. 191 inc. 3° C. Pn. con los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1° 6 inc. 1° y 144 inc. 2° Cn. es que dicha disposición penal “...hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos, pero, a diferencia de éstos (*sic*), contempla una categoría de sujetos que no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal [...] realiza una exclusión de responsabilidad penal absoluta y en abstracto, sin permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto [...] dejando sin efecto los límites a las libertades de expresión e información establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y desarrollados en el art. 191 incs. 1° y 2° del C. Pn. [...] una suerte de derecho absoluto...” Creo que esta premisa es equivocada y que este error inicial de juicio infecta de un vicio lógico (falacia de la premisa falsa) las sucesivas consideraciones realizadas en la sentencia.

La sentencia comienza por reconocer que el art. 191 inc. 3° C. Pn. “...hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos” e inmediatamente después afirma que el inc. 3° incorpora una distinción sobre la responsabilidad penal de los sujetos normativos aludidos en dicho inciso. Es decir que a pesar de la relevancia y la complejidad del asunto examinado y de la exacerbada demostración –casi alarde– de erudita capacidad analítica realizada en los apartados previos de la sentencia, en este punto, *al establecer el carácter y el contenido normativo del inc. 3° del art. 191 C. Pn. se pasa con ligereza a determinarlo como una “exclusión de responsabilidad penal absoluta”, sin detenerse siquiera en el examen de los términos utilizados en dicha disposición para “hace[r] referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos”.*

La exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° del art. 191 C. Pn. efectivamente se hace en “referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos” y para ello se utiliza la expresión lingüística siguiente: “En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores...” Si no se evade el análisis de esta frase puede afirmarse que, dentro de la tipología de los elementos normativos evocados en la sentencia, se trata de una condición de aplicación de la norma cuestionada. En otras palabras, la exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° aludido no es ni puede ser absoluta, sino que está condicionada a que se trate de “situaciones reguladas en los dos incisos anteriores”. La fórmula “no incurrirán *en ningún tipo* de responsabilidad penal” no debe interpretarse aisladamente, sino que debe ponerse en relación con la cláusula condicional que le precede.

La condición de aplicación (o “las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores”) de la exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc. 3° del art. 191 C. Pn. consiste en que se trate de una actividad comunicativa, informadora o expresiva que no demuestre un propósito

calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona, en cuyo caso sí se desactiva la eximente de responsabilidad. Este es el contenido que la propia sentencia le reconoce a los incs. 1º y 2º del art. 191 C. Pn. y en vista de la interdependencia expresa que tienen los tres incisos de la disposición, la exclusión punitiva del inc. 3º debería recibir la misma interpretación *condicional o condicionada* que se le ha dado a los dos incisos previos. Este es justamente el mismo método de análisis que la sentencia realiza con el texto del inc. 2º, al expresar la mayoría del tribunal que: “cuando dice “[d]e igual manera”, hace referencia directa al inc. 1º, con base en lo cual existe la necesidad de tomar éste (*sic*) en consideración al hacer el examen de constitucionalidad de aquél.”

Es patente que el enunciado o la fórmula lingüística de la condición de aplicación del inc. 3º del art. 191 C. Pn. (“En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores...”) es distinto del enunciado de la condición de aplicación del inc. 2º (“De igual manera...”), pero la proposición, o idea que comunica un determinado significado, es la misma: que las conductas referidas en ambos incisos están sujetas a los límites definidos en el inc. 1º del art. 191 C. Pn. Si respecto del inc. 2º se utilizó una especie de interpretación sistemática para salvar su constitucionalidad y el inc. 3º comparte lógicamente la misma proposición condicional, el resultado debería ser igual en ambos casos: afirmar que la eximente de responsabilidad está condicionada en los dos incisos (2º y 3º) y que no es absoluta en ninguno de ellos. Como lo dice la propia sentencia, esta forma de comprensión viene exigida por el principio de interpretación conforme a la Constitución, de modo que “el art. 191 del C. Pn. [todo él, sin exclusión de alguno de sus incisos –añado–] debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la interrelación directa que tienen sus disposiciones.”

El inexplicable abandono de esa forma de interpretación empleada respecto del inc. 2º del art. 191 C. Pn. al momento de interpretar el carácter y el contenido del inc. 3º de esa misma disposición origina, además del vicio lógico ya indicado, una grave inconsistencia en la sentencia como un todo, pues el uso de argumentos interpretativos deja de parecer objetivo e imparcial y se aproxima riesgosamente a un arbitrio incontrolado. Si es falso que el inc. 3º del art. 191 C. Pn. da un tratamiento diferenciado a los sujetos normativos a que se refiere (o, en otras palabras, si es falso que les reconoce una exclusión absoluta de responsabilidad penal), carece de sentido el resto del análisis efectuado por la sentencia, con relación a la razonabilidad y proporcionalidad (en su manifestación de prohibición de protección deficiente) de dicha distinción de trato. *Al partir de una premisa falsa, la conclusión obtenida también es falsa.*

En mi opinión, el inc. 3º del art. 191 C. Pn. también admite, igual que el inc. 2º, una interpretación conforme a la Constitución, en el sentido de que la exclusión de responsabilidad penal de los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso también está condicionada a la ausencia de propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona. La fórmula “en *ningún tipo* de responsabilidad penal” –que por lo demás es equivalente al enunciado “no son

punibles” de los incs. 1° y 2° del artículo en mención– interpretada en armonía con la cláusula condicional que le precede, significa exclusión de responsabilidad penal *si y sólo si* en la comunicación realizada está ausente el *animus injuriandi*. Cuando este propósito de dañar aparezca, la exclusión de responsabilidad penal se desactivará y corresponderá al juez en cada caso concreto verificar si los sujetos normativos del inc. 3° del art. 191 C. Pn. deben responder penalmente por las lesiones ocasionadas a otros derechos fundamentales, evitando en todo caso cualquier tipo de responsabilidad objetiva (art. 4 inc. 1° C.Pn.).

Por estas razones considero que se debió declarar que el inc. 3° del art. 191 C. Pn. admite la interpretación conforme a la Constitución antes expuesta y por ello *no existe la inconstitucionalidad alegada*.