



Mauricio Funes
Presidente de la República

ASAMBLEA LEGISLATIVA	
Gerencia de Operaciones Legislativas	
Sección de Correspondencia Oficial	
HORA:	5:15
Recibido el:	30/09/2011
Por:	<i>Xandra Monge</i>

San Salvador, 29 de septiembre de 2011

SEÑORES SECRETARIOS:

El día 20 del presente mes y año, recibí de parte de esa Honorable Asamblea Legislativa, para su correspondiente sanción, el Decreto Legislativo N° 836, aprobado el día 8 del mismo mes y año, el cual contiene REFORMAS AL CÓDIGO PENAL.

Al respecto y haciendo uso de la facultad que me otorga la Constitución de la República en sus artículos 137, inciso tercero, por el digno medio de ustedes, devuelvo a esa Honorable Asamblea Legislativa el citado Decreto Legislativo N° 836, con **OBSERVACIONES**, en virtud de las razones que expongo a continuación:

A. ACTUAR POR OTRO

El artículo 1 del Decreto, que sustituye al inciso primero del artículo 38 del Código Penal, establece que la figura del "actuar por otro" no será aplicable para los delitos de calumnia, difamación e injuria.

Una de las clasificaciones más importantes de los delitos, es aquella que los divide en delitos comunes, en cuanto pueden ser realizados por cualquier persona y así lo establece el tipo penal, y delitos especiales, en los casos en que la ley exige determinadas cualidades para ser sujeto activo de estos; sujeto activo en estos últimos solo puede serlo la persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo (deudor, funcionario público, etc.). Ejemplos de este tipo son el homicidio, "El que matare a otro (...)"; la privación de libertad, "El que privare a otro de su libertad individual (...)"; entre otros. Ejemplos de los segundos son el cohecho propio, "El funcionario o empleado público, agente de autoridad o autoridad pública, que por sí o por persona interpuesta, solicitare o recibiere una dádiva (...)"; defraudación al fisco, "El que omitiere declarar hechos generadores, o declarare costos, gastos, compras o créditos fiscales inexistentes, con el propósito de evadir impuestos (...)", entre otros.

Para el caso específico de los delitos contra el honor, estos no son delitos especiales, sino comunes, pues aunque en la práctica los medios de comunicación estén más expuestos, por la naturaleza de su



Mauricio Funes
Presidente de la República

función, a incurrir en ellos, pueden ser cometidos por cualquier persona, no siendo necesaria ninguna cualidad especial para ser sujeto activo de estos.

Por otro lado, si se pretende proteger a las personas dedicadas a la actividad periodística de algún tipo de imputación realizada a la persona jurídica a la cual representan, el Decreto presentado a consideración del suscrito ya plantea suficiente cobertura en el artículo 10 de la reforma que adiciona un artículo 191-B y en el artículo 191 vigente y su reforma.

Por todo lo antes manifestado, el suscrito considera que la adición realizada al artículo 38 del Código Penal generaría una distorsión innecesaria de la figura del "actuar por otro", que puede crear confusión al momento de la aplicación de la ley penal, por cuanto se están incluyendo figuras que no son consistentes con el contenido del artículo. Se recomienda suprimir la exclusión añadida.

B. INHABILITACIÓN ESPECIAL

El artículo 5 del Decreto, que reforma el artículo 180 del Código Penal presenta una pena accesoria a ser impuesta por los delitos contra el honor regulados en el Libro II, Título VI, Capítulo I de dicha ley. En la redacción vigente, los supuestos para la aplicación de dicha figura son dos: el primero, que los delitos se cometan a través de un medio de comunicación social y, el segundo, que los sujetos activos en la comisión del mismo sean profesionales o personas dedicadas al ejercicio de la función informativa.

La reforma presentada al suscrito adiciona un nuevo supuesto para la procedencia de la inhabilitación especial: que los hechos se hubieren cometido mediante precio o recompensa.

Debe tenerse en cuenta que los tres delitos contra el honor regulados en el Código presentan un tipo subjetivo específico para que el delito se configure, como es el dolo de dañar la dignidad del sujeto pasivo y la falsedad de la atribución, aunque circunscrita a información cuya difusión sea legítima, para el caso de la difamación. En este sentido, el tipo penal de los delitos en estudio no contemplan en ningún momento la tercera condición que se pretende añadir con la reforma: el precio o recompensa.

Es necesario advertir, que la pena accesoria está indefectiblemente unida a la pena principal y en el fondo, para este caso, esta responde a la necesidad de evitar el ejercicio irresponsable de una labor tan trascendente en una sociedad democrática, como es la función informativa de los medios de comunicación. No parece razonable entonces que, habiéndose cumplido todos los supuestos contemplados en el tipo penal para cada delito, no se aplique la inhabilitación, por el no cumplimiento de un supuesto adicional que no está relacionado ni con la estructura misma del delito, ni con el responsable ejercicio de la función periodística. En este sentido, se recomienda no adicionar la condición antes mencionada.



Mauricio Funes
Presidente de la República

C. LEGÍTIMA DIFUSIÓN

El artículo 6 del proyecto de reforma, que sustituye el inciso 3º del artículo 183 del Código Penal, modifica los parámetros sobre lo que debe entenderse por legítima difusión; sin embargo, en la versión presentada al suscrito, se eliminan aspectos que son fundamentales para limitar de manera razonable la difusión a que se alude. Dichas limitaciones, en su versión actual, procuraban que el ejercicio del derecho a la información pública no se ejerciera en detrimento de otros derechos de aquellos que son sujetos de la información difundida.

El artículo 183, inc. 3º vigente, establece como condición que los hechos se refieran a personas que tengan algún tipo de relevancia pública y su difusión satisfaga la función del libre flujo de información de una sociedad democrática, de manera copulativa, a diferencia de los tres condicionantes establecidos en la reforma planteada, que son requisitos individuales; y, lo más esencial, la disposición vigente establece expresamente que la difusión no es legítima cuando se afecte a hechos protegidos por el derecho o la intimidad personal o familiar. Es decir, que frente a una colisión entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad, como categoría constitucional, el legislador da preponderancia al segundo frente al primero, lo cual en opinión del suscrito es totalmente justificable, por lo que no se encuentra razón a su eliminación.

Se recomienda la siguiente redacción:

“Art. 6.- Sustitúyese en el Art. 183, inciso último, por el siguiente:

Salvo que con ello se afecte a hechos protegidos por el derecho a la intimidad personal o familiar, se entenderá legítima difusión, cuando concurren las siguientes condiciones:

- a) Que la difusión satisfaga la función del libre flujo de información de una sociedad democrática;
- b) Que los hechos se refieran a personas que tengan algún tipo de relevancia pública y su conocimiento será de interés general; y,
- c) Que se refieran a hechos publicados por personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, quienes sin tener conocimiento de la falsedad de la información y habiendo contrastado diligentemente las fuentes, la divulga.



Mauricio Funes
Presidente de la República

D. DERECHO DE RESPUESTA

El artículo 7 del proyecto de reforma, que agrega un artículo 183-A al Código Penal, establece una condición objetiva de procesabilidad, previo inicio de la acción penal: la acreditación fehaciente de que no se obtuvo o no se permitió el derecho de respuesta.

El derecho de respuesta o de rectificación es aquel que tiene toda persona que ha sido ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social para que manifieste su versión de los acontecimientos o rectifique lo declarado por el medio, en forma gratuita y por el mismo medio que emitió dicha información. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho derecho se encuentra plasmado desde la misma Constitución, en su artículo 6.

No obstante lo antes apuntado, el suscrito considera que la regulación en estudio no se ha establecido en función de la protección del derecho de respuesta, sino más bien como protección de aquel que pueda haber realizado una conducta tipificada como delito; pues si se afirma que la acción penal solo procederá cuando sea acreditado en forma fehaciente que no se obtuvo o no se permitió el ejercicio del derecho de respuesta, parecería que al no cumplirse ninguna de dichas situaciones, no procede la acción, al no verificarse la condición objetiva de procesabilidad. Lo anterior no parece razonable, pues bastaría que el medio de comunicación brindara tal derecho para que se imposibilite el inicio de la acción penal, lo cual no es congruente de ninguna manera con el fin perseguido por nuestro ordenamiento jurídico penal, de ser la última ratio en la protección de bienes jurídicos para el caso, el honor.

En adición a lo antes manifestado, el suscrito es de la opinión que, siendo el derecho de respuesta una categoría jurídica establecida desde la misma Norma Suprema, como antes se apuntó, es necesario establecer una regulación más clara en cuanto al ejercicio de este. Si bien pareciera que el Código Penal no es la norma más idónea para dicha regulación, las consecuencias de dejar en el vacío dicha institución pueden ser lesivas para la efectiva tutela de los bienes jurídicos objeto del mencionado Código.

Se recomienda la siguiente redacción

"Art. 7.- Adiciónase el Art. 183-A, de la siguiente manera.

DERECHO DE RESPUESTA

Art. 183-A.- Tratándose de delitos cometidos a través de un medio de comunicación social y los responsables fueren personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, la acción penal proveniente de cada uno de los delitos contemplados en estos Capítulos deberá extinguirse, cuando



Mauricio Funes
Presidente de la República

sea acreditado en forma fehaciente que se ejerció el derecho de respuesta, por acuerdo entre el imputado y la víctima.

Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el inciso anterior, el medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente y de forma gratuita la respuesta del afectado, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica.

Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación en el plazo expresado, se publicará esta en el número siguiente. Si la noticia o información se difundió en espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la periodicidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el afectado que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo.”

E. CRITERIOS DE PONDERACIÓN

El artículo 9 del decreto, que adiciona un artículo 191-A, establece una regla especial respecto a los fundamentos que deberá tener en cuenta el juez al momento de resolver el fondo, en un caso concreto, en el que los derechos de libertad de expresión e información colisionen con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El tópico en análisis hace referencia a aspectos que son propios del sistema de valoración de la sana crítica, contenido en el artículo 179 del Código Procesal Penal. Si bien es adecuado lo relacionado con la ponderación de bienes para resolver la posible colisión entre derechos, el texto de la reforma impone criterios muy generales, limitando la aplicación de otros que también podrían ser relevantes para una resolución correcta. Por ejemplo, cuando el derecho a la libre información entra en colisión con el honor, debería tomarse en cuenta: el interés público, la necesidad del medio empleado, lo no utilización de lenguaje manifiestamente ofensivo, entre otros.

Por lo antes apuntado, el suscrito considera que la disposición en análisis limita las posibilidades de resolución y valoración que puede alcanzar un juez, imponiendo una solución taxativa, lo que no resulta conveniente en materia penal, debido a la amplitud de casos que se ventilan en los tribunales y las particularidades de cada uno de ellos.

Se recomienda la siguiente redacción:

Art. 9.- Agrégase el Art. 191-A, de la siguiente manera:



Mauricio Funes
Presidente de la República

"CRITERIOS DE PONDERACIÓN

Art. 191-A. El juez en los casos concretos sometidos a su conocimiento, cuando observare una colisión entre el ejercicio de los derechos de libertad de expresión e información con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, deberá considerar como criterios de ponderación, interpretación e integración, entre otros que sean relevantes al caso concreto, los siguientes:

- a) Si la conducta corresponde con la función social del ejercicio del periodismo.
- b) Si se trata de contribuir a la formación de una opinión pública libre, de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del artículo 183 de este Código.

En el caso de la letra a), el Juez deberá tomar en cuenta, los frecuentes riesgos, propios del ejercicio de la función periodística y de la obtención de la información a partir de su fuente.

En ambos casos el Juez deberá motivar la preponderancia de uno de los derechos en colisión, respecto del otro."

F. RESPONSABILIDAD COMO AUTORES O COAUTORES

El artículo 10 del Decreto de reforma, que adiciona un artículo 191-B al Código Penal, establece que los periodistas, reporteros, jefes de redacción, directores, editores, gerentes, representantes legales o propietarios del medio en que se hubiere dado la acción que genere un delito, solo serán responsables penalmente, en la medida de su intervención, como autores o coautores del delito.

Al respecto, cabe señalar que existen múltiples formas de participación en la comisión de un delito, tal como lo señala el artículo 32 del Código Penal: "*Incurren en responsabilidad penal por el delito cometido, los autores, los instigadores y los cómplices*". En este sentido, la reforma planteada establece una excepción a la regla general del artículo antes mencionado, la cual el suscrito considera no conveniente, pues es posible la existencia de casos de participación en un hecho delictivo contra el honor que, en virtud de la disposición en análisis, quedarían excluidos de toda responsabilidad penal, cuando dicha participación es punible en los demás delitos contemplados en el Código. Resulta palmario, que la disposición comentada tiene como fin que la responsabilidad penal recaiga sobre quienes efectivamente participaron en la acción; sin embargo, se hace necesario aclarar el artículo en los términos arriba indicados.

Por lo anterior, se recomienda la siguiente redacción:



Mauricio Funes
Presidente de la República

"Art. 10.- Adiciónase el Art. 191-B, de la siguiente manera:

RESPONSABILIDAD PERSONAL

Art. 191-B.- Los periodistas, reporteros, jefes de redacción, directores, editores, gerentes, representantes legales o propietarios del medio en que se hubiere emitido la crítica, comentario, noticia o equivalente, que genere un delito de los que trata este título, solo serán responsables penalmente, como autores o partícipes del delito en cuestión, realizado por su medio.

Por todo lo expuesto, hago uso de la facultad que la Constitución de la República me concede **OBSERVANDO** el Decreto Legislativo N° 836, por las razones ya señaladas, dejando constancia de mis consideraciones sobre el particular a los Honorables Diputados y Diputadas en el presente escrito, por lo que me permito devolverles el cuerpo normativo y haciendo uso del control inter-órganos que la misma Constitución me concede frente a la Asamblea Legislativa, en este caso, el derecho de observar los Decretos Legislativos.

DIOS UNIÓN LIBERTAD



SEÑORES
SECRETARIOS DE LA HONORABLE
ASAMBLEA LEGISLATIVA,
PALACIO LEGISLATIVO
E. S. D. O.