

Universidad Austral de Chile

From the Selected Works of Fernando Muñoz

2013

¿Es punible la parodia a través de Twitter?

Fernando Muñoz, *Universidad Austral de Chile*



Available at: <https://works.bepress.com/fernandomunoz/19/>

¿Es punible la parodia a través de Twitter?

Is Parody Through Twitter Punishable?

FERNANDO MUÑOZ LEÓN

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

RESUMEN El artículo 214 del Código Penal sanciona al que «usurpare el nombre de otro». Este trabajo sostiene que dicho tipo penal no es aplicable a quien realiza una parodia de un personaje público mediante una cuenta en la red social conocida como Twitter. Tal conclusión se sustenta en dos argumentos: uno, inmanente a las propias normas penales, que sostiene que la parodia no lesiona el bien jurídico protegido por el tipo en cuestión; el segundo, propio del ámbito de los derechos fundamentales, que sostiene que la parodia corresponde a un ejercicio constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Todo ello supone una cierta comprensión teórica sobre la parodia sustentada en la pragmática lingüística, comprensión que se delinea aquí.

PALABRAS CLAVE Twitter, redes sociales, parodia, pragmática lingüística, usurpación de nombre, libertad de expresión.

ABSTRACT Article 214 of the Penal Code punishes those who «usurp someone else's name». This work argues that this crime does not affect who parodies a public person through an account on the social network known as Twitter. This conclusion is grounded on two arguments: the first, immanent to penal law, claims that parody does not harm the juridical good at stake; the second, belonging to the field of fundamental

rights, contends that parody is a constitutionally protected exercise of free speech. All this presupposes a certain theoretical understanding of parody rooted on linguistic pragmatics, understanding that it is sketched here.

KEYWORDS Twitter, social networks, parody, linguistic pragmatics, name usurpation, freedom of speech.

INTRODUCCIÓN

El sistema judicial chileno se ha visto enfrentado a la siguiente pregunta: a la luz de nuestra legislación, ¿es punible la creación de una cuenta en la red social Twitter con el nombre de una persona de público reconocimiento y con el fin de parodiarla?¹ Si bien el caso concreto que suscita

1. Véase «Formalizan a abogado por usurpación de identidad de Andrónico Luksic en Twitter», disponible en <<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/02/680-509766-9-formalizan-a-abogado-por-usurpacion-de-identidad-de-andronico-luksic-en-twitter.shtml>>: «Más de dos años pasaron para que la fiscalía pudiera obtener evidencias del supuesto responsable de la usurpación de identidad de Luksic. Según la fiscalía, una de las pericias clave para identificar al presunto responsable se obtuvo tras enviar un requerimiento internacional al Departamento de Estado de Estados Unidos, entidad que ordenó a la empresa Twitter a entregar antecedentes del creador de la cuenta, así como también del *Internet Protocol* (IP que crea un número único de conexión a la red). Con dichos antecedentes, peritos del Cibercrimen de la PDI llegaron hasta el departamento del profesional, ubicado en [...]. Registro del Poder Judicial aseguran que [...] juró como abogado el [...] de [...] de [...]. Actualmente se desempeña en el área de la [...]». La forma que adoptó la persecución penal de este hecho despierta en sí misma numerosos cuestionamientos desde el punto de vista de los derechos fundamentales, particularmente de la intimidad y la igual protección de la ley. El presidente de la ONG Derechos Digitales, Claudio Ruiz, señaló que «aquí hay una transgresión a la vida privada del imputado» (disponible en <<http://www.biobiochile.cl/2013/04/19/rechazan-querrela-de-andronico-luksic-contr-a-usuario-acusado-de-usurpar-su-identidad-en-twitter.shtml>>). El vicepresidente de la misma organización, Francisco Vera, agregó lo siguiente sobre la vulnerabilidad de la información personal de usuarios de la red en relación a este caso: «Aquí hay una situación respecto a legislación de datos personales, donde Chile está muy detrás de estándares internacionales, citando el caso europeo. En Chile no hay órgano público que cautele los datos personales y sepa quién tiene bases de datos y qué hace con ello. Más que un problema en torno a cautelar privacidad, no hay herramientas para cautelar

estas líneas terminó mediante sobreseimiento definitivo en la audiencia oral realizada ante el 7.º Juzgado de Garantía de Santiago,² la seguridad jurídica en materia de libertades públicas recomienda que dicha decisión judicial sea respaldada desde un espacio académico como éste con la adecuada teorización que el caso merece.

Desde luego, hay que señalar que el uso de una cuenta de Twitter con propósitos de parodiar a un personaje público se encuadra dentro de la normativa interna de la red social en cuestión,³ la cual establece que «los usuarios de Twitter tienen permitido crear cuentas de parodias, comentarios y admiradores». Dicha directriz contiene recomendaciones de buenas prácticas —calificadas por la propia normativa como «sugerencias»— inspiradas por el deseo de «evitar la suplantación de identidad», tales como «incluir una afirmación que se distinga de la identidad real, por ejemplo ‘Esto es una parodia’». Para la directriz de Twitter, lo importante es que «la cuenta no debe tratar de engañar o llevar a malas interpretaciones sobre tu identidad a través de comunicaciones públicas o privadas con otros usuarios [...], dejar muy en claro que el creador de la cuenta no es realmente la misma persona o entidad que es sujeto de su parodia o comentario».

nuestros datos personales. En el caso de [...], vemos que el fiscal solicitó información sin ninguna autorización judicial» (disponible en <<http://radio.uchile.cl/noticias/196559>>).

2. En dicha audiencia, la jueza titular de dicho tribunal Carla Cappello expresó lo siguiente: «En cuanto al sobreseimiento respecto a la causa de la cuenta *Los Luksic* que se solicitó de conformidad a la letra a) del artículo 250, atendido que se han dado a conocer al tribunal algunas partes del contenido de esta cuenta Twitter, que no ha sido desvirtuado por la parte querellante ni por la fiscalía, efectivamente a todas luces el contenido de esa cuenta es a modo de sátira e ironía y además que *no se cumple con el requisito del ánimo subjetivo de arrogarse como si fuera propio el nombre*, en este caso la víctima el señor Andrónico Luksic, cuestión que se saca de la propia definición de usurpación o usurpar de diccionario de la Real Academia Española. Por lo tanto, entendiendo que no existe este ánimo subjetivo de usurpación y que los comentarios efectuados están efectivamente hechos a modo de sátira y de ironía, no existiendo gravemente un compromiso a la dignidad o al nombre de la persona involucrada, el tribunal va a hacer lugar a lo solicitado sobreseyendo definitivamente esta imputación referente a la letra a) del artículo 250, entendiendo que los hechos no son constitutivos de delito» (énfasis nuestro). «Individualización de Audiencia de Sobreseimiento», documento en archivo del autor.

3. Véase «Directrices para cuentas de parodia, comentarios y admiradores», en <<https://support.twitter.com/articles/371626-parodias-imitaciones-y-cuentas-de-admiradores>>.

Por cierto, una pregunta totalmente distinta, y que en consecuencia requiere una respuesta autónoma de la anterior constatación, es si dicha parodia vía Twitter se encuentra penalizada por nuestro ordenamiento jurídico. Ante dicha pregunta específica este trabajo ofrece una respuesta negativa, en virtud de consideraciones tanto penales como constitucionales. Así, aquí se exponen dos argumentos. El primero es inmanente al propio derecho penal, y consiste en sostener que la parodia no lesiona el bien jurídico protegido por el tipo en cuestión, consistente en la «vida de relación». El segundo pertenece al ámbito de los derechos fundamentales, y sostiene que la parodia corresponde a un ejercicio constitucionalmente protegido de la libertad de expresión. Ahora bien, antes de desglosar dichos argumentos, se expondrán aquí algunas nociones lingüísticas imprescindibles para comprender la dimensión comunicativa que le es específica a la parodia, y que a su vez inciden en el análisis penal y constitucional de ella.

PRAGMÁTICA DE LA PARODIA

Los argumentos aquí avanzados suponen comprender adecuadamente qué es la parodia en cuanto acto comunicativo. Dicha comprensión requiere una breve introducción a la lingüística y las distintas consideraciones que han ido conformando el análisis de su objeto de estudio.⁴

La lingüística se inicia como disciplina académica con el trabajo de Ferdinand de Saussure (2005), quien, influido por similares desarrollos en otras áreas del conocimiento social, intenta darle un carácter ‘científico’ a la comprensión y descripción del lenguaje. En su caso, su esfuerzo se traduce en identificar un conjunto de presupuestos conceptuales e instrumentos de análisis orientados a comprender la producción de significado a través de la elaboración de una teoría del signo. El signo consiste en una unidad abstracta de representación vocal o textual que es capaz de evocar, en la mente de los participantes del proceso comunicativo, un cierto concepto o idea; en otras palabras, el signo consiste en la unión entre un significante y un significado.

La teoría saussureana del signo dio paso al análisis semántico de los

4. Los lectores interesados en análisis más detallados sobre los usos irónicos y paródicos del lenguaje pueden acudir a Wilson y Sperber (1992).

procesos comunicativos; esto es, enfocado en el estudio del significado de oraciones aisladas de todo contexto situacional. Paulatinamente, sin embargo, nuevas generaciones de estudiosos llegaron a la conclusión de que dicho nivel de análisis no era suficiente. Un importante aporte en el proceso de llegar a dicha conclusión vino desde la filosofía; particularmente, de la idea de ‘juegos del lenguaje’ elaborada por Wittgenstein (2003) y, sobre todo, del análisis de los usos del lenguaje de Austin (1991). Austin enfatizó la dimensión performativa (del inglés *performance*, actuación) del lenguaje, esto es, el hecho de que el lenguaje no sólo describe la realidad sino que también interviene en ella, actúa. De ahí que Austin describa su investigación como un intento por comprender cómo hacer cosas con palabras. Ella distingue conceptualmente dentro de su unidad de análisis, el acto de habla, la presencia simultánea de tres actos: el acto *locutivo*, consistente en lo que se dice; el acto *ilocutivo*, correspondiente a lo que se quiere decir; y el acto *perlocutivo*, equivalente al resultado de la comunicación. De particular interés es la interacción entre el acto locutivo y el acto ilocutivo. ¿Cómo deduce el receptor lo que *se quiere decir* a partir de lo que *se dice*?

Concebido el lenguaje como una forma de intervenir en nuestro entorno, y enfatizada la necesidad de explicar la deducción de lo ilocutivo a partir de lo locutivo, la comprensión del proceso comunicativo adoptó nuevos rumbos. Fue así como Jakobson (1960) modificó los modelos analíticos en aquel entonces disponibles —particularmente, el modelo del *órganon* de Karl Bühler— para incluir entre las funciones del lenguaje aquello que él denominó como la función referencial, función del lenguaje que toma en consideración aspectos tales como el contexto y la situación comunicativa (1960). Por su parte, Émile Benveniste (1978) concentró su atención en el acto mismo de producir un enunciado, esto es, en el momento en que un emisor se apropia del habla a través de su utilización, apropiación a la que denominó como *enunciación*.

Estos elementos sugieren un conjunto de preguntas de alto interés para el análisis del proceso comunicativo: quién dice algo, dónde lo dice, por qué lo dice, ante quiénes lo dice, en qué tono lo dice, qué sabe el emisor sobre su audiencia, qué conocimientos compartidos existen entre emisor y receptor, qué parámetros son empleados por la comunidad comunicativa para juzgar la relevancia de los contenidos de la comunicación. Es a partir de todos estos supuestos teóricos y prescripciones metodológicas que surge una nueva subdisciplina de la lingüística, la

pragmática. A su vez, otras subdisciplinas vendrán a complementar este enfoque contextual del lenguaje. Entre ellas se encuentra la sociolingüística, la cual, a partir del estudio de la estratificación social del lenguaje en Nueva York realizado por Labov (1966), se abocará al análisis de las relaciones entre identidad social y las variaciones del lenguaje, detectando la presencia de dialectos sociales o *sociolectos*.

Todo esto es fundamental para comprender la localización de la parodia dentro del amplio espectro de la comunicación humana. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la parodia de manera simple y directa, como una «imitación burlesca». ¿Cómo se produce dicha imitación burlesca en términos comunicativos? Quisiera sugerir que ella se produce de dos formas. La primera consiste en la repetición literal de lo dicho por otro; la segunda consiste en la mimetización con otro a fin de decir cosas que el otro nunca ha dicho. Quizás podríamos denominar a la primera como *parodia locutiva*, pues es en el plano locutivo en el que existe una imitación, y a la segunda como *parodia en la enunciación*, pues es la identidad y el contexto de quien emite el enunciado lo que evidencia la intención de imitar.⁵ Ambas son, si se piensa, formas de imitación burlesca; desde luego, en la medida en que exista una intención burlesca y ella sea eficazmente realizada. También podría darse el caso de que uno repitiera lo dicho por otro con el propósito de enfatizar lo ya dicho, de memorizarlo, de homenajear; lo mismo que uno podría mimetizarse con otro para representar o recrear artísticamente una situación, para homenajearlo, para engañar.

5. Por ejemplo, las parodias de Stefan Kramer constituyen un sofisticado ejemplo de parodia en la enunciación. El humorista imita las vestimentas, los rasgos y expresiones faciales, los modismos y entonación del imitado, «apropiándose» de su identidad; todo ello constituye la situación de enunciación que evidencia la intención ilocutiva de la parodia. El caso de @losluksic es, en cambio, un ejemplo de parodia en la enunciación muy simple, que consiste únicamente en la adopción del nombre del imitado. Otros ejemplos son las cuentas de Twitter @lolborne y @lolgueira. Esta última cuenta emite mensajes tales como «Comó sacar el olor a pobre de la camiseta polo después de andar en las poblaciones?», mensaje que problematiza la identidad social del imitado, Pablo Longueira, con el despliegue político en poblaciones que le caracteriza; o «Ena Von Baer, Iván Moreira, no boten sus afiches. Hagan como yo, que reciclé los afiches del container de @lolborne», donde la cuenta se burla del devenir de las precandidaturas presidenciales y parlamentarias de la Unión Demócrata Independiente.

Estas observaciones nos permiten hacer uso de las observaciones teóricas antes reseñadas a fin de analizar a la parodia como acto comunicativo. Debido al caso que despierta originalmente mi interés, me concentraré en el segundo tipo de parodia. Utilizaré en este análisis las nociones de *acto locutivo*, *ilocutivo* y *perlocutivo*, de *contexto comunicativo* y de *situación de enunciación*. Mi sugerencia es que la definición formulada de parodia como una imitación burlesca nos debe llevar a determinar si estamos frente a una parodia preguntándonos sobre su dimensión ilocutiva, en la cual deberemos buscar la intención de parodiar, y la que podemos determinar a partir de las contradicciones o desajustes entre los contenidos locutivos de la comunicación y el contexto y situación de enunciación del mismo. En términos más simples, si alguien dice algo, si el contexto sugiere que dicha persona no pretende estar imputando tales dichos a su propia persona sino que a otra, y si la imputación de tales dichos a esta otra persona reviste un carácter burlesco debido, entonces estamos frente a una parodia. La forma en que la parodia realiza su propósito burlesco es a través de una disonancia entre el acto locutivo, el contexto y la situación de enunciación.

Analicemos a la luz de lo señalado algunos de los mensajes emitidos por la cuenta de Twitter @losluksic,⁶ involucrada en el litigio mencionado al comienzo de este trabajo, a fin de entender su desenvolvimiento como acto comunicativo paródico:

- «¿cómo les quedó el ojo?, nosotros si tenemos plata poh.»
- «¿en serio donamos mil millones? Uta que estábamos curaos.»
- «Dejen de preguntar, NO TENEMOS HIJAS SOLTERAS, YA?»
- «Nos encantan los @intiillimani porque nos representan... Mi padre siendo tan pobre dejo una herencia fastuosa.»

Estos son los contenidos locutivos transmitidos. Ahora bien, ¿cuál es la situación de enunciación? En otras palabras, ¿quién emite estos contenidos? La cuenta de Twitter que emitió dichos mensajes tenía como imagen de perfil una foto de billetes cayendo del cielo, y la siguiente descripción: «Tenemos cualquier plata». A fin de comprender el contexto, hagámonos la siguiente pregunta: ¿qué conocimientos compar-

6. Información obtenida de <<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/02/20/todo-el-poder-de-andronico-luksic-contra-el-tuitero-que-lo-parodio>>.

tidos existen entre el emisor de dichos contenidos locutivos, esto es, el protagonista de la enunciación, y sus destinatarios, esto es, los usuarios chilenos de la red social Twitter? Lo primero, por supuesto, es el conocimiento compartido existente sobre quiénes son los Luksic: una familia de empresarios chilenos, ubicados en el año 2012 en el lugar 32 del *ranking* de las fortunas más grandes del mundo y en el primer lugar del mismo *ranking* para Chile.⁷ Aquí resulta de gran utilidad la noción de *sociolecto*, pues un hablante competente inmerso en la realidad lingüística chilena sabe que las expresiones locutivas enunciadas en la cuenta @losluksic no corresponden al lenguaje que un influyente y prestigioso empresario emplearía en público. A eso se suma un hecho adicional que constituyó el contexto específico de los mensajes anteriormente identificados: la donación de más de US\$ 2 millones por parte de Iris Fontbona, viuda de Andrónico Luksic Abaroa, a la Teletón de 2010.⁸ Así, es tomando en consideración y de manera conjunta toda esta información que un integrante medianamente competente de la comunidad lingüística chilena deduciría con facilidad: 1) que el emisor de los enunciados ya identificados no es ningún Luksic, y 2) que, ilocutivamente hablando, dichos enunciados buscan parodiar a la familia Luksic apuntando ostentosamente a su gran riqueza.

A continuación, y ya explicadas las características comunicativas de la parodia, se abordarán por los argumentos jurídicos ya avanzados. Las explicaciones de estos argumentos se beneficiarán del análisis pragmático antes realizado.

DOGMÁTICA DE LA USURPACIÓN DE NOMBRE

¿Cómo emplear las prescripciones deónticas contenidas en las fuentes jurídicas, particularmente en la ley, a la resolución de casos? Las aportaciones de la teoría jurídica contemporánea sugieren que dicho propósito requiere una articulación entre dichas reglas de conducta y diversas reglas de aplicación o de uso. Algunas de éstas están recogidas en los

7. Véase <<http://www.forbes.com/profile/iris-fontbona/>>.

8. Véase, por ejemplo, «Familia Luksic entrega mil millones de pesos a la Teletón», en <<http://www.latercera.com/noticia/entretencion/2010/12/661-312591-9-familia-luksic-entrega-mil-millones-de-pesos-a-la-teleton.shtml>>.

propios textos legales, pero otras son desarrolladas por la teoría jurídica para facilitar el proceso en cuestión. Paradigmáticamente se emplea la expresión dogmática jurídica para denominar al producto de la sistematización de normas hecha con el auxilio de la teoría jurídica.

La pregunta sobre la punibilidad de la parodia vía Twitter requiere la realización de un ejercicio de dogmática jurídica; un ejercicio de dogmática no tan extenso y abarcativo como los contenidos en los grandes tratados de derecho penal, pero un ejercicio de dogmática al fin y al cabo. Este ejercicio de dogmática debe tomar en consideración la fuente jurídica relevante, el artículo 214 del Código Penal, y analizarlo a la luz de la teoría jurídica relevante, en este caso la teoría del bien jurídico protegido.

El artículo 214 del Código Penal sanciona con las penas allí indicadas al que «usurpare el nombre de otro [...] sin perjuicio de la pena que pudiese corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado». El bien jurídico, por su parte, corresponde a un estado de cosas consideradas valiosas por el ordenamiento jurídico y en cuya protección intensificada acude el derecho penal. Zaffaroni invoca en la explicación de este concepto el así llamado *principio de lesividad*, según el cual «ningún derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo» (2002: 128). Zaffaroni observa que este principio «impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro» (2002: 491).

Como se ha adelantado, este artículo sostiene que dicho tipo penal no es aplicable a quien realiza una parodia de un personaje público. Para dar sustento a esta afirmación es necesario responder a la siguiente pregunta: ¿cómo podemos delimitar el adecuado ámbito de extensión del tipo penal de usurpación de identidad? La respuesta, a la luz de las anteriores observaciones, es simple: ello requiere identificar los bienes jurídicos protegidos que están en juego en el tipo penal en cuestión.

Dicha identificación no es hecha por el propio texto de la ley, por lo que ha de ser realizada por la teoría jurídica; y es en ella donde habremos de localizar tal bien.⁹ Así, por ejemplo, Garrido Montt sostiene que el

9. Podría darse el caso de que el texto de la ley invocara un cierto bien jurídico en la

bien jurídico protegido por el artículo 214 «es la vida de relación, pues en el tráfico jurídico la ocultación de la propia identidad mediante el empleo de un nombre que no corresponde al real, puede provocar serias confusiones en la sociedad» (2005: 137). Como se observa, no es el nombre en sí lo que constituye un objeto de protección sino aquello que Garrido Montt denomina «la vida de relación» y que ocurre en el contexto del «tráfico jurídico». En la misma línea, han señalado las cortes que en este tipo «se requiere utilizar el nombre de otra persona como si fuera propio, con todas las consecuencias tanto personales como patrimoniales que para ese otro sujeto ello implica».¹⁰

Los nombres en sí mismos constituyen un objeto de protección en sociedades tribales, donde se imputan propiedades mágicas a los nombres de diversas entidades y seres humanos.¹¹ Sin embargo, en sociedades modernas como la nuestra —modernas en el sentido sociológico de que presentan una diferenciación interna entre diversas esferas o subsistemas relativamente autónomos entre sí—, el nombre pasa a ser relevante en la medida en que su mala utilización produzca resultados indeseados para la vida económica y jurídica. En refuerzo a nivel teórico general de esta construcción del tipo penal en cuestión podemos observar que

penalización de una determinada conducta, y que la teoría detectara una falta de relación entre tal bien y la conducta efectivamente criminalizada. Al menos en principio, ello no sería un problema serio para la cognición jurídica, que puede verse en la necesidad de corregir teóricamente las afirmaciones de la legislación, pero desde luego podría dar paso a una discusión específicamente penal sobre la legitimidad de la norma de cara a su contradicción y, en consecuencia, de su afectación de los principios específicamente penales como el principio de tipicidad.

10. Corte de Apelaciones de Arica, sentencia del 28 de septiembre de 2012, rol 239-2012, recurso de nulidad «Ministerio Público con Carrasco Carpio», considerando 8.º)

11. La formulación clásica de este fenómeno, si bien con una terminología que hoy nos parece despectiva y que a su vez revela las teorías contemporáneas al autor sobre la relación entre lenguaje y realidad, la ofrece Frazer (1981: 290): «Incapaz de diferenciar claramente entre palabras y objetos, el salvaje imagina, por lo general, que el eslabón entre un nombre y el sujeto u objeto denominado no es una mera asociación arbitraria e ideológica, sino un verdadero y sustancial vínculo que une a los dos de tal modo que la magia puede actuar sobre una persona tan fácilmente por intermedio de su nombre como por medio de su pelo, sus uñas, o cualquier otra parte material de su persona. De hecho, el hombre primitivo considera su nombre propio como una parte vital de sí mismo, y en consecuencia, lo cuida».

«la expectativa ante cuya defraudación se reacciona tiene que ser, con independencia ya del derecho penal, una expectativa social, pues de otra forma no armonizan sociedad y derecho penal» (Jakobs, 2004: 77).

Ahora bien, ¿constituye la parodia por Twitter una afectación de la «vida de relación»? Para responder esta pregunta debemos comprender que existen muchos contextos en los que nos podemos apropiarse enunciativamente del nombre de otros; la usurpación del nombre de otro constituye tan sólo una de las muchas formas en que esto puede ocurrir. Por ejemplo, un sujeto puede adoptar legalmente el nombre de otra persona, por ejemplo si esta otra lo ha adoptado; o bien puede emplear un seudónimo artístico que haga referencia a ella, como ocurre con los imitadores de Elvis; o bien puede en un determinado momento adoptar el nombre de otro para hacer una broma telefónica. Para saber si estamos ante una usurpación de nombre tenemos que tomar en consideración el contexto de enunciación en el cual se realiza la acción de apropiación nominativa en cuestión, puesto que dicho contexto de enunciación determina la intención ilocutiva del sujeto que se apropia del nombre de otro, determina las expectativas y conocimientos del receptor de su mensaje, y en general determina todo aquello que está en juego en la enunciación misma y que constituye el contexto de la misma. ¿Es la apropiación del nombre de otro parte de un espectáculo teatral? ¿O de una interacción pública en un medio que, como ocurre con Twitter, está caracterizado por la presencia de altas dosis de ironía? ¿O ocurre ella en una interacción entre privados mediante correo electrónico y orientada a la realización de transacciones económicas? Como se ve, en cada caso un mismo acto locutivo y enunciativo, la afirmación de ser quien no se es, adquiere tintes distintos a efectos del bien jurídico protegido por el artículo 214; conclusión que confirma la afirmación de Jakobs según la cual el derecho penal cumple su función «tomando el hecho punible en su significado, como aportación comunicativa, como expresión de sentido» (2004: 75).

La usurpación de nombre es, entonces, una variedad fraudulenta de la acción, más general y no tipificada en sí, consistente en apropiarse del nombre de otro. Lo que permite calificarla como fraudulenta es que ella persigue la formación de un engaño mediante técnicas comunicativas de todo tipo que reducen la posibilidad de descubrir la falsedad de dicha representación, a fin de lograr resultados en el plano ya sea de las interac-

ciones jurídicas —la creación, modificación o extinción de derechos—, ya sea de las transacciones económicas, o bien de ambos. Por lo tanto, es un requisito para la configuración del tipo penal de usurpación que ella afecte la «vida de relación», es decir, los lazos jurídicos y económicos que son objeto de preocupación del derecho. Si no existe esta afectación, no hay tipicidad.

A fin de entregar una imagen panorámica de la regulación penal en cuestión, hay que señalar que si bien la parodia en Twitter no constituye una usurpación a efectos del artículo 214 del Código Penal, ello no significa que las interacciones en Twitter estén exentas de la posibilidad de incurrir en ilícitos tipificados. En primer lugar, desde luego podría ocurrir que alguien sí se hiciera pasar por otro en Twitter para, mediante el engaño conocido popularmente como «el cuento del tío», terminar defraudando a alguien y logrando que le hiciera transacciones electrónicas de dinero. También puede ocurrir, como lo sugiere la frase final del artículo 214 («sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderle a consecuencia del daño que en su fama o intereses ocasionare a la persona cuyo nombre ha usurpado») que quien toma el nombre de otro por Twitter incurra en un delito de injurias o en un delito civil de daño. Finalmente, también puede ocurrir que quien tome el nombre de otro por Twitter realice el tipo de discurso odioso (*hate speech*) prohibido por el artículo 31 de la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo.¹²

Para concluir esta sección, es importante tener en cuenta aquella afirmación según la cual «un derecho penal que se dirija contra el arraigado espíritu de los tiempos, no produce una cohesión con sentido, sino una mezcolanza de manifestaciones individuales incoherentes» (Jakobs, 2004: 77). Habitualmente, dicha discordancia entre valores sociales y derecho penal se explicará en la existencia de distorsiones ideológicas, o derechamente en la intervención, como en este caso, de grupos de poder, factores que den cuenta de una desviación del ‘derecho en acción’

12. «El que por cualquier medio de comunicación social realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia, se podrá elevar la multa hasta doscientas unidades tributarias mensuales.»

de los fines de justicia a los que los pueblos esperan que aquel satisfaga. Que un hecho manifiestamente atípico haya sido investigado por el Ministerio Público, y que en ello se hayan empleado recursos fiscales y se hayan afectado los derechos del investigado a través de la vulneración de su privacidad, sólo porque los interesados en su persecución son la familia más rica de Chile, corresponde a aquel tipo de injusticias que fueran denunciadas en su momento por Novoa Monreal como ejercicios de «justicia de clases» (1993: 305).

LA CRÍTICA LITERAL Y LA CRÍTICA PARÓDICA COMO EJERCICIOS CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El anterior, cabe señalar, es un argumento inmanente al derecho penal; un argumento sobre su correcta interpretación. Ahora bien, rodeando al derecho penal, y actuando como sus supuestos, existen ciertas tesis axiológicas recogidas por el ordenamiento constitucional en la forma de derechos fundamentales. Una, que resulta genérica a todo el derecho penal, es el principio de tipicidad estricta y previa, recogido en el artículo 19 núm. 3 de nuestro texto constitucional;¹³ otro, de especial relevancia en esta materia, consiste en el principio de protección de la libre expresión, contenido en el artículo 19 núm. 12 del mismo cuerpo normativo.¹⁴ Así como el principio de tipicidad estricta y previa estructura internamente el argumento dogmático antes avanzado, el principio de protección de la libre expresión nos entrega la razón de por qué es valiosa la interpretación estricta del tipo penal de la usurpación de nombre, cuál es el bien jurídico protegido en el acto de interpretar de manera estricta dicho tipo.

La importancia de dicho bien jurídico protegido —esto es, de la libre expresión— es tal, que me atrevo a sostener que dentro de la constelación de derechos fundamentales protegidos dentro de un Estado democrático de derecho, la libertad de expresión ocupa funcionalmente —esto

13. «La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado. Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.»

14. «La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio.»

es, al margen de lo que los propios textos jurídicos digan— un lugar protagonista, protagonismo sólo rivalizado por el derecho a sufragio.

Tal importancia se debe a que la libertad de expresión constituye el medio a través del cual se forma la voluntad soberana que, a través del sufragio y el proceso legislativo, determina los contenidos del ordenamiento jurídico. Tal actitud, por cierto, ha sido recogida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Estados Unidos en su doctrina de la *preferred position*, la que sostiene que la libertad de expresión ocupa una «posición preferente».¹⁵ Intentando darle articulación teórica a la misma, Post ha sostenido que «los derechos de quienes hablan están protegidos, ante todo, porque crean la oportunidad para que el ciudadano democrático se identifique con la voluntad colectiva a través de su propia participación potencial activa» (2013: 153).

En consecuencia, la medida en que un ordenamiento jurídico protege la libertad de expresión es un reflejo de la profundidad del compromiso de dicha sociedad con la democracia. Como ha expresado Fiss en el contexto norteamericano, «la concepción de la libertad de expresión según la cual la expresión es un instrumento de la democracia [...] creció en importancia y centralidad a lo largo del siglo XX, y lo hizo porque también creció nuestro compromiso con la democracia» (2010: 29).¹⁶

Es importante señalar que, debido a las características de los procesos comunicativos, por lo general heterogéneos tanto en su contenido como en sus continentes, la libertad de expresión política requiere de una protección expansiva en estos dos mismos sentidos. En primer lugar, proteger la expresión con propósitos políticos supone proteger comunicaciones cuyo contenido es sólo indirectamente político, e incluso comunicaciones cuya vinculación con lo político no es evidente. Todas estas formas de comunicación sirven como fundamento, respaldo o punto de partida para comunicaciones de carácter político. Así, por ejemplo, la

15. *Murdock v. Pennsylvania*, 319 U.S. 105, 115 (1943).

16. En Estados Unidos la libertad de expresión recibe, según Sedler, «quizás la más fuerte protección entregada a cualquier derecho individual en nuestro sistema constitucional» (1991: 458). Este autor identifica aquello que denomina como «el derecho de la primera enmienda», esto es, el cuerpo de «conceptos, principios y doctrinas específicas» elaboradas por la Corte Suprema de Estados Unidos y «diseñadas para asegurar que el disenso pueda ocurrir y las ideas impopulares puedan ser expresadas» (1991: 463).

parodia a la familia Luksic puede ser el punto de partida para discusiones sobre la concentración del poder y la riqueza en Chile.

Por otro lado, la expresión adopta formas que van de lo lingüístico-textual a lo performativo, pasando por una amplia variedad de discursos que despliegan su intencionalidad de manera pragmática. Como dice Young, requiere valorizar «los aspectos metafóricos, retóricos, lúdicos del lenguaje corporalizado que representan un importante aspecto de su efecto comunicativo» (1990: 118). La parodia, así, se enmarca en una comprensión expandida de la expresión, como la propia lingüística lo comprueba a través de la aplicación de sus modelos a este fenómeno. La consecuencia jurídica es que ella debe recibir las mismas protecciones que otras formas de comunicación reciben.

Lo anteriormente dicho me lleva a concluir dos cosas. La primera, es que la aplicación del artículo 214 del Código Penal a casos de parodia entraría en pugna con el principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 núm. 3 de la Constitución. La segunda, es que una hipotética regulación penal que castigara la apropiación del nombre de otro en sí, al margen de la existencia de lesiones a la «vida de relación» consistentes en la obtención de ganancias fraudulentas mediante dicha apropiación, actuaría en desconocimiento de la protección constitucional de la libre expresión consagrada en el artículo 19 núm. 12 de la Constitución.¹⁷

La segunda de dichas conclusiones es particularmente relevante porque, precisamente en materia de libre expresión, nuestra jurisprudencia evidencia un déficit histórico, el que se arrastra desde antes del quiebre institucional de 1973.¹⁸ La pregunta sobre la protección concedida a la

17. Esta iniciativa es poco viable dadas las comprensiones culturales occidentales sobre la libertad de expresión, pero no imposible. Para una iniciativa de este tipo en Estados Unidos, véase la propuesta legislativa presentada en enero de 2013 por la representante republicana Michelle Ugenti ante la legislatura del Estado de Arizona, la cual intenta penalizar la personificación en línea, disponible en <<http://legiscan.com/AZ/text/HB2004/id/670151>>. Desde luego, esta iniciativa, además ser poco probable que sea aprobada, sería con toda seguridad declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Estados Unidos.

18. Para un estudio más detallado de nuestra historia en material de libertad de expresión, véase Ruiz-Tagle (1997). Para un reciente análisis sobre el sustrato filosófico de esta libertad en la historia de las ideas occidentales, véase Vega (2012).

libertad de expresión debe tomar en cuenta esta (mala) tradición para someterla a escrutinio y revertirla.

Esta historia de desprotección de la libre expresión está profundamente vinculada al combate partisano contra concepciones políticas redistributivas. Un hito ejemplar de esta historia corresponde el desafuero del senador Carlos Altamirano concedido por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema en septiembre de 1967 en virtud de una conferencia universitaria sobre la Revolución Cubana, publicada en la revista *Punto Final* y que se estimó como constitutivo de injuria contra el Presidente de la República y las Fuerzas Armadas (Hilbink, 2007: 80). Otro hito significativo es la condena de Clodomiro Almeyda a manos del Tribunal Constitucional en 1987 por haber formulado declaraciones consideradas por dicho órgano como contrarias al artículo 8.º de la Constitución en aquel entonces vigente. En estos casos, la criminalización de la expresión cumple evidentes funciones políticas represivas en el marco de una contienda sobre la estructura social, la distribución del poder y las vías para lograr una sociedad igualitaria.

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones en materia de recurso de protección a partir de 1990 en adelante no superó este registro. Ello se vio expresado paradigmáticamente en los casos *Luksic con Martorell*, fallado en 1993, en el que Andrónico Luksic logró detener a través de la intervención de la Corte de Apelaciones de Santiago la publicación de un libro que a su juicio le resultaba infamante; y *La última tentación de Cristo*, resuelto en 1997, donde la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema impidieron la exhibición de esta película por considerarla ofensiva a las creencias religiosas de los católicos (Couso, 2005: 117-118). Estos últimos casos, a diferencia de los anteriores, constituyen ejemplos del uso del derecho por parte de sectores sociales poderosos a fin de aplastar formas de expresión que les resultan molestas.

Lo interesante del caso *Luksic con Martorell* —además del hecho de que los actores de éste vuelven a la carga en el juicio que suscita estas líneas— es que sirvió para que la Corte de Apelaciones de Santiago elaborara, en su Considerando 8.º, una teoría sobre la articulación entre derechos fundamentales que deja a la libertad de expresión, por así decirlo, en una *posición desventajosa*.

Nadie discute que el Constituyente siguió, aunque no lo diga expresamente, un orden de prelación en las garantías y derechos que consagra

el artículo 19. Desde luego, la ordenación en que aborda tales derechos y garantías no es arbitraria, como lo prueba la sucesión descendente de su importancia. Así, se comienza con la vida y la integridad personal, luego la igualdad ante la ley, después la igual protección ante la ley y, en seguida, en el número 4, la honra, en circunstancia que la libertad de información está contemplada en el número 12.

Ruiz-Tagle formuló la crítica canónica a esta tesis, a la que denominó «numerológica», afirmando que ella «no reconoce que el balance entre la garantía constitucional de la libertad de expresión y el derecho a la honra no tiene soluciones absolutas y, en casos de conflicto, deben considerar las motivaciones y las circunstancias del caso» (1997: 39). A esta crítica podría agregarse que, si se va a establecer algún tipo de posición preferente, siempre debidamente contextualizada en el balance exigido por el caso concreto, dicha posición preferente debiera ir en beneficio de la libertad de expresión, debido a la importancia central ya apuntada que tiene en la estructuración de un orden social y político libre y democrático.

Por su parte, el caso de *La última tentación de Cristo* dio pie a la condena internacional al Estado chileno por su insensibilidad ante la libertad de expresión. En su Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que «la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios» (§ 65). En consecuencia, declaró la Corte que «la prohibición de la exhibición de la película *La última tentación de Cristo* constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención» (§ 71). A la luz de todas estas consideraciones, la Corte declaró que el Estado chileno «violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana» (§ 73).

Este legado jurisprudencial abre numerosas preguntas. Más allá de los cambios legales introducidos a consecuencia de la sanción determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ¿ha cambiado la actitud y la valoración de la libre expresión por parte de nuestros jueces? La existencia de nuevas tecnologías, que funcionan como cajas

de resonancia de la expresión, vuelven más inmediata y más cotidiana esta pregunta. Ellas permiten que cada ciudadano disponga de una audiencia, democratizando el acceso al discurso público. Pero dicha democratización en el acceso, tarde o temprano, y como de hecho ocurrió en el caso referido al inicio de este trabajo, permitirá evaluar de manera más concreta el compromiso con la libre expresión de nuestro sistema de administración de justicia. En este caso, el saldo es más bien positivo. Ya veremos en el futuro cómo sigue esta historia.

CONCLUSIONES

¿Puede nuestro derecho exhibir mayor sensibilidad ante la libertad de expresión? Desde luego, aquél contiene los elementos de texto suficientes como para lograrlo. ¿Requiere ello de un cambio de actitud por parte de perseguidores, sentenciadores y operadores jurídicos en general? Sí. El caso identificado al principio de este artículo problematiza dicha actitud y sugiere que, si bien todavía hay sectores insensibles a la libertad de expresión, empiezan a prevalecer aquellos sectores que sí valoran dicho derecho. Es un avance.

REFERENCIAS

- AUSTIN, John Langshaw (1991). *Cómo hacer las cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.
- BENVENISTE, Émile (1978). *Problemas de lingüística general, Vol. II*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- COUSO, Javier (2005). «The Judicialization of Chilean Politics: The Rights Revolution that Never Was». En Alan Angell y otros (editores), *The Judicialization of Politics in Latin America*. Nueva York: Palgrave Macmillan.
- FISS, Owen (2010). *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.
- FRAZER, James George (1981). *La rama dorada. Magia y religión*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- GARRIDO MONTT, Mario (2005). *Derecho Penal, Tomo IV, Parte Especial*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- HILBINK, Lisa (2007). *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile*. Nueva York: Cambridge University Press.
- JAKOBS, Günther (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Civitas.
- JAKOBSON, Roman (1960). «Closing statements: Linguistics and Poetics». En Thomas A. Sebeok (editor), *Style in language*. Cambridge: The MIT Press.
- LABOV, William (1966). *The Social Stratification of English in New York City*. Washington D.C.: Center for Applied Linguistics.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1993). «Justicia de clase». En *Obras Escogidas. Una crítica al derecho tradicional*. Santiago: Centro de Estudios Políticos Latinoamericanos Simón Bolívar.
- POST, Robert (2013). «Igualdad y autonomía en la jurisprudencia sobre la primera enmienda». En Robert Post y Reva Siegel, *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- RUIZ-TAGLE, Pablo (1997). «Apuntes sobre libertad de expresión y censura en Chile». *Derecho y Humanidades*, 5: 21-52.
- SAUSSURE, Ferdinand de (2005). *Curso de Lingüística General*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- SEDLER, Robert (1991). «The First Amendment in Litigation: The 'Law of the First Amendment'». *Washington & Lee Law Review*, 48: 457-485.
- VEGA, Hugo (2012). «El derecho a la libertad de expresión: ¿una limitante al poder estatal? (a propósito del diálogo intersubjetivo en una sociedad democrática)». *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 19: 355-369.
- WILSON, Deirdre y Dan SPERBER (1992). «On verbal irony». *Lingua*, 87: 53-76.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (2003). *Investigaciones filosóficas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- YOUNG, Iris Marion (1990). *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2002). *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar

SOBRE EL AUTOR

FERNANDO MUÑOZ LEÓN es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, master y doctor en Derecho por la Universidad de Yale, y profesor auxiliar en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Es asimismo investigador responsable del Proyecto Fondecyt de Iniciación núm. 11121191, titulado «El concepto de ‘grupos desaventajados’ como complemento a la dogmática constitucional chilena sobre igualdad». Su correo electrónico es <fernando.munoz@uach.cl>. El autor agradece las observaciones y aportes de Paula Aguilar Peña, así como las sugerencias de los árbitros anónimos que evaluaron este trabajo.

Este trabajo fue recibido el 17 de mayo de 2013 y aprobado el 27 de mayo de 2013.