

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**EL DELITO DE DIFAMACIÓN EN CAJAMARCA: ENTRE LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL HONOR**

POR

Kelly Anabel Chávez Atalaya

Erika Noemi Guevara Sánchez

ASESOR

Manuel Sánchez Zorrilla

Cajamarca – Perú

Marzo – 2020

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO



UPAGU

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera Profesional de Derecho



TESIS

PARA OBTENER EL TÍTULO DE ABOGADO

**EL DELITO DE DIFAMACIÓN EN CAJAMARCA: ENTRE LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL HONOR**

**Tesis presentada en cumplimiento parcial de los requerimientos para optar el
Título Profesional de Abogado**

Bach. Kelly Anabel Chávez Atalaya

Bach. Erika Noemi Guevara Sánchez

Asesor: Mg. Manuel Sánchez Zorrilla

Cajamarca – Perú

Marzo – 2020

COPYRIGHT © 2019 de

Kelly Anabel Chávez Atalaya

Erika Noemí Guevara Sánchez

Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTONIO GUILLERMO URRELO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

APROBACIÓN DE TESIS PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL

**EL DELITO DE DIFAMACIÓN EN CAJAMARCA: ENTRE LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN Y EL HONOR**

Presidente: Juan Vargas Carrera

Secretario: Augusto R. Quevedo Miranda

Asesor: Manuel Edgardo Sánchez Zorrilla

A:

A Dios por ser la guía de mi vida, por darme la fuerza para poder cumplir una meta más en mi vida. Y de una manera muy especial a mi querido padre Ignacio, por brindarme su amor, apoyo, confianza y sobre todo por realizar el gran sacrificio para ser profesional. A mis hermanas Rosabel y Karina quienes siempre me brindaron su apoyo incondicional en todas las etapas de mi vida.

Kelly

Al todo poderoso por permitirme alcanzar mi meta.

Mis padres Martha y Tiodilo por brindarme su apoyo emocional y económico a lo largo de toda mi trayectoria y mis hermanas Roxana y Rosmery.

Erika Noemi

TABLA DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS.....	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT	xi
CAPÍTULO 1.....	1
1. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del Problema	2
1.1.1. Descripción de la realidad problemática	2
1.1.2. Definición del problema	3
1.1.3. Objetivos	3
1.1.4. Justificación e importancia	4
CAPÍTULO 2.....	5
2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN...5	
2.1. Antecedentes teóricos	5
2.2. Evolución histórica de la libertad de expresión	7
2.2.1. En el ámbito filosófico	7
2.3. Doctrina jurídica de la libertad de expresión e información.....	12
2.3.1. Concepción dual	13
2.3.2. Dimensiones de la libertad de expresión.....	14
2.3.3. Libertad de expresión en los tratados internacionales.....	15
2.3.4. La libertad de expresión la jurisprudencia internacional	18
2.3.5. La libertad de expresión en el tribunal constitucional.....	20
2.4. La Constitución Política de 1993.....	21
2.5. Legislación penal y procesal penal vigente	23
2.6. Libertad de expresión y la libertad de información	24
2.7. El derecho a la libertad de información y el principio de veracidad	26
2.7.1. La apología del terrorismo y las libertades de opinión y expresión.....	28
2.8. Fuentes necesarias a fin de analizar los límites de la libertad de expresión	30
2.8.1. Las normas constitucionales:.....	30
2.8.2. El derecho internacional de los derechos humanos	31
2.8.3. La legislación sobre libertad de expresión.....	32

2.8.4.	La jurisprudencia:	34
2.9.	La ponderación en la libertad de expresión y el honor	35
2.9.1.	Introducción a la teoría de la ponderación.....	35
2.9.2.	La ponderación del Tribunal Constitucional y en casos emblemáticos: entre la libertad de expresión y el honor	37
2.10.	Marco conceptual de los delitos contra el honor	42
2.10.1.	Aproximación fáctica o psicológica del honor	42
2.10.2.	Aproximación normativa del honor	43
2.10.3.	Aproximación fáctico-normativa	44
2.10.4.	Concepto funcional de honor	44
2.10.5.	Política Criminal.....	45
2.10.6.	El derecho al honor en el derecho comparado.....	46
2.10.7.	Análisis del delito de Injuria en la legislación peruana	51
2.10.8.	Análisis del delito de Calumnia en la legislación peruana.....	55
2.10.9.	Análisis del delito de difamación en la legislación peruana	58
2.10.10.	La exceptio veritatis.....	61
2.10.11.	El principio de confianza.....	63
2.11.	Hipótesis.....	65
3.	CAPÍTULO 3	66
	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	66
3.1.	Tipo de investigación.....	66
3.2.	Diseño de investigación.....	66
3.3.	Área de investigación	66
3.4.	Dimensión temporal y espacial	66
3.5.	Unidad de análisis, población y muestra	67
3.6.	Métodos	67
3.7.	Técnicas de investigación	68
3.8.	Instrumentos.....	68
3.9.	Limitaciones de la investigación	68
4.	CAPÍTULO 4	69
	ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS: ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN	69
4.1.	Breve descripción de los hechos	69
4.1.1.	Las aulas del instituto	69
4.1.2.	Whatsapp	70

4.1.3.	Los médicos	71
4.1.4.	Los roba mototaxis	72
4.1.5.	La prescripción también es útil.....	73
4.1.6.	Declaraciones peligrosas	74
4.1.7.	También intervienen las rondas	76
4.1.8.	Ahora le toca el facebook	76
4.1.9.	Política y difamación	77
4.1.10.	La brujería también se usa.....	78
4.1.11.	Coautoría.....	78
4.1.12.	Minera Yanacocha	79
4.1.13.	También se revoca.....	80
4.1.14.	Y también los fiscales	81
4.2.	Sobre los resultados específicos	82
4.2.1.	Datos generales	82
4.2.2.	Datos específicos	87
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		94
Conclusiones		94
Recomendaciones		95
REFERENCIAS		96
5.	Anexos	100
Anexo 1: Criterios de los jueces sobre delitos contra el honor		100
Anexo 2. Hoja de recojo de datos Delito de Difamación		108

ÍNDICE DE TABLAS Y FIGURAS

Tabla 1. Tipo de difamación	82
Tabla 2. Nivel de sentencia	82
Tabla 3. Pronunciamiento del juez sobre la libertad de expresión	87
Figura 1. Resultados de sentencia. Se ha extraído en dos, como condena y absolutorias. Las condenas son mínimas.	86
Figura 2. Frecuencias de características en sentencias absolutorias.	90
<i>Figura 3.</i> Frecuencias de características en sentencias condenatorias.	92

RESUMEN

Esta investigación busco analizar la realidad jurisprudencial cajamarquina, en cuanto al delito de difamación, por eso se respondió a la pregunta ¿Cuáles son los criterios jurídicos que toman en cuenta los jueces penales para ponderar entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación en el distrito de Cajamarca, periodo 2014 al 2018? Su respuesta involucró tener que analizar primero la libertad de expresión desde el punto de vista jurídico-filosófico, para luego interpretar los delitos contra el honor en la legislación peruana y, finalmente se tuvo que evaluar los criterios de los jueces de Cajamarca cuando deciden los límites entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación en Cajamarca, periodo 2014 al 2018. Así, se llegó a concluir que siempre tendrá un mayor peso la libertad de expresión frente al honor del sujeto pasivo, cuando este sea un funcionario público, pues en los tres casos encontrados (que equivalió al 100% con estas características), han concluido absolviendo al demandado.

Palabras Clave:

Libertad de expresión, funcionario, delitos contra el honor, difamación.

ABSTRACT

This research sought to analyze the case-law reality Cajamarca, regarding the crime of defamation, so the question was answered: What are the criteria that criminal judges take into account to weigh between freedom of expression and honor in defamation crimes in Cajamarca, district period 2014 to 2018? His response involved having to first analyze the freedom of expression from the legal-philosophical point of view, then interpret crimes against honor in Peruvian legislation and, finally the criteria of the judges of Cajamarca had to be evaluated when deciding the limits between freedom of expression and honor in defamation crimes in Cajamarca, period 2014 to 2018. Thus, it was concluded that freedom of expression will always be more important compared to the taxpayer's honor, when he is an official public, because in the three cases found (which amounted to 100% with these characteristics), they have concluded by absolving the defendant.

Keywords:

Freedom of expression, official, crimes against honor, defamation.

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

En la presente tesis se ha creído por conveniente estudiar el delito de difamación, pero no se lo ha hecho únicamente desde una perspectiva exegética, analizando tipos penales, sino que se ha creído conveniente evaluar la actuación judicial, es decir que también se han revisado casos que se presentaron en Cajamarca durante el periodo 2014 al 2018. Inicialmente se pensó que los jueces penales harían siempre un breve análisis o comentario sobre la ponderación entre la libertad de expresión y el honor, pero los resultados muestran que, en realidad, dicho análisis no es tomado en cuenta. Por ello, lo que interesa a los jueces estudiados es que el demandante acredite adecuadamente la comisión del delito.

Esta tesis cumple con los parámetros establecidos por el protocolo de la universidad y se ajusta a todos sus criterios, por más que hubiéramos deseado que tuviera una estructura más conveniente para los trabajos jurídicos. Así se iniciará señalando el problema a encontrar, luego se realizará un análisis teórico-legislativo-interpretativo de la libertad de expresión y de los delitos contra el honor. Luego se explica la metodología usada para que, enseguida, se expongan los datos encontrados y se arribe a unas conclusiones.

1.1. Planteamiento del Problema

1.1.1. Descripción de la realidad problemática

El ordenamiento penal supone trasladar la iniciativa de parte al Estado, quien se constituye como el único titular de la acción penal, específicamente le corresponde al Ministerio Público este papel, y es mediante sus razonamientos, inferencias e interpretaciones quien decidirá si es un hecho, de apariencia ilícita, debe merecer una investigación. Esto se realiza, primero, para optar por la acusación respectiva de los implicados y así iniciar un juicio. Esto sucede en lo que se llama el proceso ordinario penal, con sus etapas correspondientes: investigación preliminar, preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. Sin embargo, por su naturaleza procesal también existen otros procesos que son denominados procesos especiales: el inmediato, por razón de la función pública, de seguridad, terminación anticipada, la colaboración eficaz.

A parte de estos procesos, también existen otros dos que no deben su diferencia a su naturaleza procesal sino a la naturaleza de delitos que se ven involucrados, estos son el proceso por faltas y por ejercicio de la acción privada de la acción. De estos dos, solamente el último procede por iniciativa de parte, como una acción privada y está reservado, de forma exclusiva, para los delitos contra el honor.

Efectivamente, nuestro legislador ha creído pertinente que el honor sea un bien jurídico protegido por la legislación penal y ha regulado como tipos penales su vulneración, la cual va creciendo en función del mayor daño que se cause su vulneración, así va desde la injuria (art. 130), pasando por la calumnia (art. 131) hasta la difamación (art. 132). De ellos es el delito de difamación el que frecuentemente envuelve a los periodistas por la naturaleza de su actividad, por

ello, el Poder Judicial debe ser cuidadoso al evaluar los delitos de este tipo ya que están en juego dos derechos fundamentales: el de honor y el de libertad de expresión. Por eso es de esperarse que cuando suceda una denuncia de este tipo, será el juez quien deba decidir entre estos dos derechos. De ahí que sea conveniente conocer cómo han venido resolviendo, nuestros jueces locales, este tipo de delitos.

1.1.2. Definición del problema

¿Cuáles son los criterios jurídicos que toman en cuenta los jueces penales para ponderar entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación en el distrito de Cajamarca, periodo 2014 al 2018?

1.1.3. Objetivos

La investigación se llevó a cabo bajo el cumplimiento de cuatro objetivos: uno general y tres específicos. El general es:

Determinar los criterios jurídicos que toman en cuenta los jueces penales para ponderar entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación en el distrito de Cajamarca, periodo 2014 al 2018.

Lo que motivó que se cumplan con estos tres objetivos específicos:

- a) Analizar la libertad de expresión desde el punto de vista jurídico-filosófico.
- b) Interpretar los delitos contra el honor en la legislación peruana tomando en cuenta la teoría de la ponderación.

- c) Evaluar los criterios de los jueces penales de Cajamarca cuando deciden entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación en Cajamarca, periodo 2014 al 2018.

1.1.4. Justificación e importancia

La investigación propuesta es importante por dos hechos fundamentales: (1) cubrirá un vacío del conocimiento existente en nuestra localidad sobre los delitos contra el honor y (2) brindará una evaluación de los criterios interpretativos que se vienen exponiendo por cuenta de los jueces penales de nuestra localidad.

Bajo la primera contribución señalada, esta investigación va a contribuir con los trabajos generales a nivel nacional que existen; por ello, la investigación será significativa ya que tocará los temas del delito contra el honor y la libertad de expresión, además que sabremos cómo se están tratando estos temas a nivel jurisprudencial.

Vinculado con el punto anterior es posible inferir la siguiente importancia de la investigación pues, al hacer uso y revisión de la sentencia local, es pertinente generar un diagnóstico de la forma en que vienen evaluando los jueces penales de Cajamarca la ponderación entre libertad de expresión y la posterior vulneración del derecho al honor. Así, se va a beneficiar a la comunidad pues se puede evidenciar malos usos o interpretaciones de la legislación, de modo tal que en las recomendaciones (p. 91) se van a dejar sentadas las bases para posteriores estudios.

CAPÍTULO 2

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN

Este capítulo corresponde a los aspectos teóricos de nuestra investigación. Se han tenido en cuenta dos componentes claves de ella, a saber: la libertad de expresión y el delito de difamación. Pero antes de abordar su estudio específico se procederá a realizar una revisión de los antecedentes encontrados.

2.1. Antecedentes teóricos

El delito de difamación ha sido estudiado de múltiples formas en nuestro territorio. Sin embargo, solamente las investigaciones más vinculadas a esta investigación han sido tomadas en cuenta.

En una de ellas, la de Chero Marrero (2017), es una investigación muy confusa, poco precisa y sin criterios claros. En donde, basándose en una encuesta de opinión, que según afirma fueron aplicadas a los “internos” (p. 50), llegan a establecer que “la tipicidad del delito de difamación limita el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información” (p. 63)

Existe otra tesis que inicia con la siguiente pregunta: “¿Cuáles son los criterios de los Juzgados Unipersonales que tienen mayor influencia en la aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial del Santa, 2017?” (Huapaya Izaguirre y Saucedo Valiente, 2018, p. 34), para esta pregunta los tesisistas plantean como hipótesis alternativa: “Los criterios de los Juzgados Unipersonales sí influyen en la aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial del Santa, 2017” (Huapaya Izaguirre y Saucedo Valiente, 2018, p. 35).

Como se aprecia desde el inicio se presentan incoherencias metodológicas¹ las que se mantendrán en el transcurso de toda su tesis hasta llegar a concluir:

Los criterios de los Juzgados Unipersonales en cuanto a la aplicación del delito de Difamación en el Distrito Judicial de Santa, se viene aplicando un criterio de archivo por no cumplirse varios requisitos en el Código Procesal Penal, como los medios probatorios que no eran suficientes para probar el hecho imputado y la sanción penal no se ajusta a los parámetros ya determinados en la norma procesal penal; por lo que al imponerse dichas sanciones encontramos que son muy severas, puesto que no se cumplen con las formalidades, es por ello que muchos procesos son archivados por falta de interés de las partes. (p. 64)

Puede notarse la imprecisión al mencionar “varios” y no cumplimiento de “formalidades”. También se cuenta con una tesis de significativo desarrollo y alcance, por lo que resulta siendo importante para esta investigación, se trata de la tesis de Palomino Ramírez (2015), quien propone como una conclusión:

El ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se halla dentro del marco del riesgo permitido, por lo que la intervención penal no resultará necesaria. La solución frente al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor, da cara a la configuración del delito de difamación, no debe trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino que debería ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal que tome en cuenta que la institución del

¹ La pregunta obedece a la mención de los criterios que influyen (cuáles), pero la hipótesis estadística responde a una relación entre estos criterios y la aplicación. De todos modos, esta relación implica que ya se han localizado los criterios.

riesgo permitido se presenta como un filtro para la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son penalmente relevantes de las que no gozan de tal carácter lesivo (p. 259)

Lo ingenioso de esta tesis es que nos permite hablar de imputación objetiva bajo el supuesto del riesgo permitido, por lo cual no es pertinente de hacer mención a lo antijurídico.

2.2. Evolución histórica de la libertad de expresión

La libertad de expresión constituye uno de los derechos fundamentales más importantes que ha conquistado el ser humano a lo largo de la historia y que ha sentado las bases de su ejercicio en un Estado democrático, teniendo en cuenta que su ejercicio implica no trastocar el ámbito constitucionalmente protegido de otros derechos.

Por ello, a fin de comprender la esencia del presente derecho, es importante conocer cómo ha ido evolucionando a lo largo de la historia.

2.2.1. En el ámbito filosófico

Aristóteles (384 a. C.-322 a. C.). - En su obra “La política”, plantea que el hombre es político por naturaleza, a excepción de aquellas personas sometidas a la esclavitud, pues al encontrarse sometido a la potestad de alguien más, no expresa sus propias ideas y decisiones.

Como se aprecia, el filósofo estagirita, nos presenta:

La condición mínima de libertad con la que debe contar toda persona para poder ser parte integrante de la sociedad, para poder desenvolverse con

autonomía, pero no toma en cuenta un elemento fundamental que permite valorar la libertad en sentido intrínseco a la condición humana para tener en cuenta una de las condiciones que la vida en sociedad impone: la garantía de su ejercicio por parte del Estado (González, 2012, párr. 12).

Por otro lado, respecto al abuso de la libertad, Aristóteles, en su obra indicada, refiere que este actuar deshonesto, resulta ser contrario a los principios morales.

Tomás Moro (1478-1535), sostiene que la libertad es un don proveniente de Dios, la cual se expresa en las decisiones que opta el ser humano, teniendo en cuenta, que estas, no deben contravenir los principios de verdad, justicia, siendo necesario el debido respeto a los derechos del prójimo.

La libertad que propone Tomas Moro se complementa con el derecho a expresar las ideas, debido a la posibilidad de allegarse información y elegir qué es lo que se quiere saber y qué no. En efecto, la libertad está relacionada con la construcción de los pensamientos, pero esa relación no implica que el hombre pueda expresar sin limite su odio, desprecio o las burlas que considere, pues ello haría que la libertad aplicada al ámbito de la expresión verbal o corporal se torne ofensiva y contraria a una expresión armónica a la libertad de los demás (González, 2012, párr. 9).

John Locke (1632-1707) Quien es el padre del liberalismo moderno. John Locke, plantea que la persona se encuentra en un estado de naturaleza real, lo que implica que todas las personas son iguales, son independientes, sin embargo, si sales de dicha naturaleza mediante dos contratos: a) el que crea a la sociedad y se

llama *pacto societatis*, esto es, una *Commonwealth*, y b) el pacto de sumisión política para crear a la autoridad.

La existencia de estos dos pactos implica que los derechos naturales se conservan como límites al poder del gobernante, el único derecho al que se renunciará es al de hacer justicia por propia mano. Debido a la existencia de un ordenamiento jurídico, de un juez, a fin de civilizar el conflicto, a fin de inspirar la creación de los derechos positivos (2012, párr.8-9).

Emmanuel Kant (1724-1804) Filósofo alemán, marcó la línea divisoria entre la teoría clásica y la moderna, además planteó la idea de la autonomía, vista como la capacidad de autorregulación moral.

Para Kant la relación en el mundo debe ser una Federación de estados libres (repúblicas) que además esté compuesta por ciudadanos libres.

Ahora bien, también hace referencia sobre el principio de publicidad, el cual, esencialmente rescata la idea de actuar públicamente, que toda acción que realice el Gobierno, debe darse a conocer. Esto para que la sociedad, pueda pronunciarse sobre el buen o mal funcionamiento de este (2012, párr.1-7).

Alexis de Tocqueville (1805-1859) Su obra más importante fue *De la démocratie en Amérique* publicada en 1835. La idea principal de dicha obra: “La defensa de la libertad es lo que más debe importar y, por el otro, el principio de igualdad entre la sociedad” (Gonzáles, 2012, párr.2).

Como se aprecia la visión que nos presenta busca establecer una directriz para la construcción de un sistema democrático, pues no solo se enfoca en la

protección individual de los derechos, sino que prevé, que dicha protección implique la conservación de derechos de toda una sociedad.

John Stuart Mill (1806-1873) El contexto en el cual se desarrolla las ideas planteadas por el presente autor es en Inglaterra, en la época de la llegada de la imprenta, la cual constituyó, aquel instrumento esencial de la libertad de expresión, acontecimiento que generó una gran preocupación en los gobernantes de aquella época; por ello, a fin de “controlar” este momento de desarrollo de la humanidad, se impuso la censura previa.

Muñoz Machado (como fue citado en Climent, 2016) describe la intervención en Inglaterra sobre las obras escritas:

Los autores o impresores tenían que someter sus obras a un control previo que, dependiendo de la materia sobre la que versaba el libro o impreso, correspondía evaluar a diferentes instituciones; si era un libro sobre derecho, se examinaba por magistrados designados para tal fin; si de historia, por la Secretaría de Estado competente; si de religión, física o filosofía o semejantes, por autoridades religiosas o universitarias. La opinión que daban los censores se refería a originales que guardaban en sus oficinas para que, una vez editada la obra, pudiesen comprobar que no se habían producido añadidos o modificaciones. Las obras editadas se inscribían en un registro que llevaba la Compañía de Libreros (Company of Stationers).

Continuando en el contexto de la época, se nota que la inconformidad procedía de John Milton. Autor conocido por ser un apologeta de la libertad,

mediante la publicación de su obra “Aeropagítica”, en 1644, que constituye el alegato más contundente contra la censura de la época, así:

La idea principal en la obra de Milton es que el libre intercambio de ideas y opiniones es un requisito ineludible para el progreso del conocimiento y para la búsqueda de la verdad. Ello requiere que dichas ideas puedan fluir libremente, sin ningún tipo de cortapisas. Así, el ser humano, en tanto que sujeto racional y consciente, es autosuficiente para seleccionar las ideas que le suministra su entorno. De esta manera, se realiza como ser racional y consciente, ejerciendo su autonomía. Imponer restricciones a dicho libre mercado de las ideas supone convertir al individuo en un menor de edad o en un incapaz (Climent Gallard, 2016, párr.6).

John Rawls (1921-2002), sostiene que cada sociedad es diferente, haciendo alusión a la una multiculturalidad, por tanto, al no existir una protección adecuada al derecho de la libertad de expresión, se origina la desigualdad social, la cual debe superarse, al respecto se pregunta ¿cómo se puede lograr una sociedad justa, con instituciones justas y cómo es una sociedad justa? Su respuesta:

La sociedad justa trata de que se cuente con los bienes primarios en condiciones de igualdad que le permitan llevar a cabo el plan de vida que pensaron elegir autónomamente su proyecto de vida e intentar llevarlo a efecto. Si éste no se materializa, no quiere decir que la vida sea injusta, pues lo injusto sería que no se le otorguen los bienes primarios para intentarlo (González, 2012, párr.5)

En este repaso histórico también contamos con Luigi Ferrajoli, quien refiere que la función que desempeña el poder legislativo es esencial a fin de otorgar la protección debida al derecho de la libertad de expresión; es decir, que debe generar leyes que otorguen la protección debida y la promoción de este derecho, y ante el incumplimiento de estas leyes, las sanciones respectivas o medidas adecuadas que concientice a la ciudadanía y a las diversas entidades de una sociedad el respeto a los derechos de la libertad. “Asimismo, dichas leyes, deben permitir el acceso a la información que requiera el ciudadano, en su debida oportunidad, salvo que se trate de información reservada” (González, 2012, párr. 3-7).

2.3. Doctrina jurídica de la libertad de expresión e información

Como podemos apreciar la libertad de expresión era concebida como libertad de imprenta, pues durante el siglo XVII, existía limitaciones en cuanto a la publicación de diversos libros.

Actualmente, al referirnos a la libertad de expresión o libertad de información se hace alusión a los derechos vinculados a la libre comunicación de las ideas y hechos.

En este sentido, la Constitución peruana de 1993, siguiendo al texto de 1979, se refiere a las “libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento”. Y se ha hecho notar que “El contenido de estos derechos, especialmente de las libertades de información y expresión, constituye un paso fundamental para delimitar sus alcances y verificar cuándo una norma o una conducta puede afectarlos” (2000, p. 8).

2.3.1. *Concepción dual*

La libertad de expresión e información, presentan una doble dimensión: una dimensión individual, al ser derechos subjetivos que otorgan ciertos poderes a personas concretas; y una dimensión institucional, al ser elementos imprescindibles para la construcción de la opinión pública, elemento clave en una sociedad democrática. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español, que en la sentencia 121/1989, dice que:

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente que las libertades del art. 20 de la Constitución no son sólo derechos fundamentales de la persona, sino también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando estas libertades dotadas por ello de una eficacia que trasciende a la común y propia de los demás derechos fundamentales. (Sentencia 121/1989, p. 2)

La libertad de expresión y la de información son dos derechos distintos. Fernández Rodríguez (2002), sostiene que la libertad de expresión, significa manifestar ideas, opiniones, juicios de valor, creencias, a través de diversos medios de comunicación. Sin embargo, el hacer uso de este derecho implica el respeto a la dignidad de las otras personas, es decir evitar los excesos innecesarios y agresivos. “En cambio, la libertad de información tiene un sentido diferente, el cual si bien es cierto implica dos aspectos: comunicar y otra a recibir, es decir un derecho a informar y el derecho a ser informado” (2002, p. 106).

De esta manera, se afirma que la libertad de información comprende los derechos: a) a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación; derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo). Al respecto en el Informe Defensoría N°48, señala:

Como puede apreciarse existe una estrecha vinculación entre la libertad de expresión y la libertad de información. De ahí que se sostenga que ambos derechos son manifestaciones de un derecho general a la libre comunicación.

Las similitudes se aprecian especialmente en su faceta activa pues en ambos casos se trata de actos destinados a la comunicación. Sin embargo, la distinción se evidencia en el contenido de lo que se transmite, pues mientras que en la libertad de expresión se exterioriza el pensamiento (concepción subjetiva), en la libertad de información se difunden datos o hechos (2000, pp. 8-9).

2.3.2. Dimensiones de la libertad de expresión

El presente derecho tiene una dimensión subjetiva, que se sustenta en la dignidad humana; y una dimensión objetiva o institucional, al ser considerado como un supuesto básico para la vigencia de un Estado democrático.

Respecto a la dimensión objetiva, Juan José Solozábal (como se citó en el Informe emitido por Defensoría del Pueblo N°48, 2010), refiere que las

Elecciones y votos pueden desempeñar su correspondiente función sólo cuando el ciudadano se encuentra en la posición de poderse formar un

juicio sobre las cuestiones decisivas y cuando sabe lo bastante de la conducta de los gobernantes para poder aprobar o rechazar su gestión. La opinión pública presupone información sobre la cosa pública (p. 10).

Asimismo, dicho Informe considera que:

Las libertades de expresión e información se fundamentan en tres instituciones básicas: el pluralismo, la libertad de conciencia y la dignidad de la persona.

La comprensión de su fundamento ayuda no sólo a reconocer el carácter esencial de la libertad de expresión, sino que permite definir su especial status en un determinado régimen constitucional inspirado en el principio democrático. Asimismo, contribuye a resolver los eventuales conflictos que su vigencia suscita cuando se presenten colisiones con otros derechos fundamentales (pp. 9-10).

2.3.3. Libertad de expresión en los tratados internacionales

Según Carlos Huaccha (2011), el liberalismo clásico, resalta la importancia que posee el derecho a libertad de expresión, al ser equiparado como un derecho consustancial como es a la vida, seguridad y libertad; en razón de que contribuye al fortalecimiento de la democracia (p. 23).

Los tratados internacionales que reconocen el derecho a la libertad de expresión son:

a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este tratado podemos ver su regulación en el artículo 19, que empieza señalando que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones” y complementa con:

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

b) Declaración Universal de Derechos Humanos

En esta declaración aparece regulada en el artículo 19, en donde se precisa que “todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión”; además se puntualiza que este derecho incluye “el de no ser molestado a causa de

sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

c) Convención Americana sobre Derechos Humanos

También en este tratado encontramos una regulación, específicamente en el artículo 13 que literalmente prescribe:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente 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:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Es de apreciarse que se protege bajo todo aspecto la libertad de expresión, pero también se deja claro que su exceso puede acarrear consecuencias futuras. Además, que se señala con toda claridad los actos reprochables que no pueden configurarse como libertad de expresión y que por eso se los prohíbe, estos son los regulados en el inciso 5.

d) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

En esta declaración se puede observar en el artículo IV que prescribe: “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio”.

2.3.4. La libertad de expresión en la jurisprudencia internacional

El tratamiento de la libertad de expresión se remonta a años atrás, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-5/85 de 13

de noviembre de 1985 dejó marcado dos dimensiones de la libertad de expresión, al sostener que:

31. En su dimensión individual, 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. Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas ‘por cualquier (...) procedimiento’, está subrayando que la expresión, la difusión del pensamiento y la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. (...).

32. En su dimensión social, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos. Así como comprende el derecho de cada uno a tratar de comunicar a los otros sus propios puntos de vista implica también el derecho de todos a conocer opiniones y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia”.

Las dos dimensiones de la libertad de expresión que han sido expuestas por la Corte Interamericana, dan una pauta sobre el contenido de este derecho.

Puede afirmarse que la concepción de la libertad de expresión en nuestro medio debe entenderse conforme a los tratados y convenios a los que el Perú se encuentra vinculado, esto es, acoge una concepción unitaria al comprender a la libertad de expresión en sentido estricto, es decir, “la libre comunicación de ideas u opiniones, así como a la llamada libertad de información que tiene por objeto la transmisión de hechos o datos” (Defensoría del pueblo, 2000, pp. 10-12).

2.3.5. La libertad de expresión en el tribunal constitucional

En cuanto al contenido esencial en el derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional peruano ha sostenido, que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales², posee un “contenido no esencial” y un “contenido esencial”.

Según Espinoza (2015):

El primero es claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, mientras que el segundo es absolutamente intangible para el legislador; y, extramuros del contenido constitucionalmente protegido, un contenido adicional formado por aquellas facultades y derechos concretos que el legislador quiera crear impulsado por el mandato genérico de asegurar la plena eficacia de los derechos fundamentales (2015, p.94).

² STC del 08 de julio del 2005. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC. Asunto: Manuel Anicama Hernández, F.J. 20.

Respecto al contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, Díez-Picazo (como se citó en Espinoza, 2015) comentando sobre el núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, señala que ello:

Se corresponde con aquellos mensajes comunicativos verbales (tanto orales como escritos) sobre asuntos políticos. En el halo de incertidumbre (zona de penumbra), dada la complejidad que presenta la caracterización del “mensaje comunicativo” que puede ser susceptible de tutela, es preciso analizar cada uno de sus elementos para lograr esa delimitación *prima facie* del contenido protegido constitucionalmente por la libertad de expresión. A estos efectos resulta relevante tratar tanto los elementos objetivos (forma de expresión, contenido, medios de expresión del mensaje), como también los subjetivos (sujeto emisor y receptores del mensaje), que en definitiva vienen a definir no solo el mensaje comunicativo; sino, en general, la “relación comunicativa” susceptible de protección constitucional (2015, p. 95).

Ello quiere decir que el contenido esencial de protección de la libertad de expresión, se halla constituido no solo por los mensajes orales o escritos sino también por otras formas de lenguaje simbólico que podrían ser dignas de tutela constitucional.

2.4. La Constitución Política de 1993

La Constitución de 1993 ha reconocido la libertad de expresión como un derecho fundamental en el artículo 2º inciso 4), el cual señala lo siguiente:

Toda persona tiene derecho: 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

La disposición descrita condensa una libertad genérica de comunicar y recibir ideas, pensamientos o informaciones, es decir se hace referencia a la libertad de expresión en sentido amplio.

A su vez, de acuerdo al inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, toda persona que se siente afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación, tiene el derecho a que se rectifique dicha información a través del mismo medio en forma gratuita, inmediata y proporcional.

Sin embargo, conviene tener presente que, por expreso mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, tanto la libertad de expresión como el derecho de rectificación deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Ello obliga a tener en cuenta en la interpretación de la libertad de expresión y el derecho de

rectificación en el ordenamiento jurídico nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la interpretación que de ella realicen los órganos del sistema interamericano de protección como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los cuales han sido expuestos previamente.

2.5. Legislación penal y procesal penal vigente

Tanto el Código Penal (1991), el Código de Procedimientos Penales (1940), como leyes especiales regulan determinadas figuras delictivas y procedimientos penales que inciden en la vigencia de la libertad de expresión.

Precisamente uno de sus principales problemas se presenta en su tensa relación con la protección penal del honor a través de las normas que tipifican los delitos de injuria (artículo 130°); calumnia (artículo 131°) y difamación (artículo 132)17. Cabe anotar que el Código Penal vigente, a diferencia del anterior (1924), excluye a las personas jurídicas como posibles sujetos pasivos de tales delitos.

Haciendo un poco de historia, desde un punto de vista procesal, cuando estos delitos son cometidos a través de un medio de comunicación, el antiguo Código de Procedimientos Penales (artículos 314, 315 y 317, juicios por delito de imprenta y otros medios de publicidad), establecía un proceso especial que consiste en una sumaria investigación. Este proceso se inicia e impulsa a instancia de parte y, por expreso mandato del inciso 4) del artículo 139° de la Constitución, siempre es público.

El Juez se encuentra obligado a realizar la sumaria investigación en el término de 8 días y a resolver dentro de 5 días, bajo responsabilidad. El incumplimiento de la publicidad y de los plazos señalados es causal de nulidad del

proceso, criterio asumido por la Corte Suprema, tal como por ejemplo lo ha ratificado la Ejecutoria Suprema de fecha 6 de marzo de 1999, recaída en el Expediente N° 4117-99.

De otro lado se mantiene vigente el delito de apología del terrorismo previsto en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2547520.

El informe emitido por Defensoría del Pueblo (2010), puntualiza que el tipo penal de apología del terrorismo, cuando estuvo previsto en el Decreto Legislativo N° 46, fue objeto de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, el cual no pudo dictar sentencia por no haber obtenido los seis votos conformes que le exigía su ley orgánica. En tal oportunidad tres magistrados consideraron que dicha figura era inconstitucional mientras que cinco entendieron que no lo era (p.16).

Finalmente, en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el inciso 4) del artículo 2° de la Constitución, el artículo 169° del Código Penal sanciona como delito: Cuando un funcionario público, haciendo un uso abusivo de su cargo, realiza la suspensión, clausura, impedimento de circulación o difusión de un medio de comunicación.

2.6. Libertad de expresión y la libertad de información

Ambos derechos fundamentales se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú (Art. 2, inc.4) y el Tribunal Constitucional peruano sostiene que se debe distinguir la libertad de expresión de la libertad de información en la medida que “el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de

información y expresión no es semejante”. El fundamento que sostiene el TC, son los siguientes:

- a) La libertad de expresión protege la transmisión de juicios de valor y la libertad de información protege la transmisión de hechos noticiosos.
- b) En conexión a lo anterior, ambas libertades presentan límites diferentes; es decir que la libertad de información implica difundir hechos veraces; en cambio esta exigencia no puede trasladarse a la libertad de expresión, en razón que una opinión es factible de ser subjetiva y no necesariamente se exige su veracidad; sin embargo, el ejercicio del derecho de la libertad de expresión, tiene como límite la libertad no la dignidad de las personas. (Exp. N° 0866–2000–AA/TC, f. j. 2.).

Según Luis Castillo (2016), esta distinción es básicamente teórica, pues en los hechos que puedan suscitarse, los mensajes comunicativos estarán conformados tanto por hechos (elementos objetivos) como por juicios de valor (elemento subjetivo). Motivo por el cual, el autor en mención sugiere que:

Es conveniente tratar ambas libertades como si de un sólo derecho fundamental se tratase: como un derecho que permite la transmisión de mensajes comunicativos conformados tanto por hechos como por juicios de valor, de manera que en los casos concretos no haya que preguntarse si está en juego la libertad de expresión o de información, sino que lo que se ha de preguntar es por el contenido del mensaje a transmitir, de manera que si está presente el elemento objetivo se exija el test de veracidad, y si a

la vez está presente el elemento subjetivo se exija también que no sea injurioso o insultante. (2016, p.8)

2.7. El derecho a la libertad de información y el principio de veracidad

La Constitución Política reconoce, en su artículo 2° inciso 4), el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información.

Tal como señala el Tribunal Constitucional, estos derechos tienen diferentes ámbitos de protección: Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz.

A fin de realizar un ejercicio legítimo del derecho a la información, el contenido de la información que se difunde debe ampararse en la veracidad (Expediente N° 02976-2012-AA, Fundamento 6), el TC refiere que la veracidad no es sinónimo de exactitud en la difusión de un hecho noticioso, “sino que exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecúen a la verdad en sus aspectos más relevantes, es decir, que presente una adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido”.

En similar sentido, el Informe emitido por Defensoría del Pueblo (2016), cita a la Corte Constitucional de Colombia, cuando hace referencia al principio de veracidad informativa, la cual establece que este principio se vulnera cuando:

i) El dato fáctico fuese contrario a la realidad, siempre que la información se hubiese publicado por negligencia o imprudencia del emisor. ii) La información es inexacta o cuando se presenta como hechos ciertos y definitivos juicios de valor u opiniones. iii) La información se sustente en rumores, invenciones o malas intenciones o que induzca a error o confusión al receptor.

Conforme a lo expresado, lo que se protege es el deber de diligencia, a tal punto que, aun cuando la información fuese falsa pero el difusor de dicha información actúe con diligencia en la verificación de la información; es decir, creyendo que la información es verdadera, entonces estaremos frente a un supuesto de atipicidad subjetiva, ya que el dolo no habría alcanzado al tipo objetivo y solo corresponderían realizar las precisiones y rectificaciones que ameriten.

A nivel doctrinario, esto se conoce como la doctrina de la “real malicia”, la cual postula que:

Cuando se trate de hechos de interés público, no basta que los mismos sean verdaderos en todos sus extremos, sino que, además, se exige que el difusor actúe a sabiendas de la falsedad de la información o haya tenido un temerario desinterés o, precio por confrontar la veracidad de la misma (Castillo Alva, 2016, p.3).

De esta manera, es posible que “una información objetivamente falsa esté amparada por el derecho constitucional a la libertad de información, siempre que

haya habido un mínimo de diligencia en la comprobación de los hechos y no se actúe con manifiesto desprecio a la verdad” (Castillo Alva, 2016, p.3).

2.7.1. La apología del terrorismo y las libertades de opinión y expresión

La Convención Americana de Derechos Humanos, en el numeral 5 de su artículo 13, establece que

estará prohibida por ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan instigaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Ante ello Praeli (2003), afirma que se tiene como objetivo establecer un límite y una prohibición a la difusión de opiniones o expresiones que promuevan el odio o la violencia de cualquier tipo o hagan apología de éstas.

En el ámbito nacional, diversas normas de la legislación antiterrorista contemplaban el delito de “apología del terrorismo”. Como se afirmó en su momento, estas normas fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad, dirigida contra un conjunto más amplio de la legislación sobre esta materia, que mereció una importante sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente No. 010-2003-AI/TC). De todo ello el Tribunal Constitucional concluye que:

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que el artículo 7 del Decreto Ley N.º 25475 y, por extensión, el artículo 1 del Decreto Ley No. 25880, son inconstitucionales en cuanto tipifican el delito de apología

del terrorismo, en su versión genérica y agravada. En efecto, dichos tipos penales no describen con precisión el objeto sobre el que ha de recaer la apología y lo que debe entenderse por ella. Ello constituye, por un lado, una infracción al principio de legalidad penal y simultáneamente una violación de la libertad de información y expresión, pues conjuntamente considerados permiten una limitación desproporcionada e irrazonable de dichas libertades. (...) detrás de tipos penales de esta naturaleza, en ocasiones se ha pretendido silenciar la expresión de grupos minoritarios u opositores al régimen de turno.

Por ello, el Tribunal considera que, en el resguardo de estas libertades, los jueces del Poder Judicial deben ser especialmente sensibles en su protección, y, por lo tanto, deberán aplicar estos tipos penales de conformidad con el artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, esto es, en el sentido de que lo prohibido es la apología que constituya incitación a la violencia o a cualquier otra acción ilegal (...).

La interpretación que le ha dado Praeli (2003) a la sentencia es que la penalización genérica de la apología del terrorismo es:

por violar los principios de legalidad y tipicidad en materia penal, pero, en armonía con el Artículo 13.5 de la Convención Americana, interpreta que la apología sí resulta válidamente sancionable cuando conlleva o supone también una forma de incitación al delito o instigación a la violencia. No sucedería lo mismo cuando se queda en el terreno de la mera opinión o no

tiene destinatarios directos que serán incitados al terrorismo o a la realización de actos violentos (2003, p.46).

2.8. Fuentes necesarias a fin de analizar los límites de la libertad de expresión

Según se ha venido exponiendo y tomando en cuenta lo señalado por Huerta Guerrero (2010), las fuentes que nos permiten analizar los límites a la libertad de expresión, son las siguientes:

2.8.1. *Las normas constitucionales:*

Las normas constitucionales reconocen el derecho fundamental a la libertad de expresión, estableciendo garantías mínimas, por lo que el legislador y los tribunales, a través de una labor hermenéutica, establecen los límites del derecho en mención.

En el derecho comparado, las normas constitucionales sobre límites a la libertad de expresión no son uniformes. Así, por ejemplo, en Estados Unidos de América y Colombia, la jurisprudencia constitucional de ambos países, se encarga de precisar los lineamientos sobre esta materia. En cambio, en países como Alemania y España, sus respectivos textos constitucionales establecen como obligación dirigida al legislador, a fin de que las normas que emita respeten el contenido esencial de este derecho.

En el Perú, en todos los textos constitucionales la libertad de expresión ha tenido un reconocimiento constante, tanto del siglo XIX como del siglo XX. Las constituciones del siglo XIX otorgaron reconocimiento y protección a la denominada libertad de imprenta y contemplaron un conjunto de garantías a su

favor, como la prohibición de censura previa y la responsabilidad posterior por su ejercicio. Asimismo, establecieron algunas razones que justificaban la aplicación de estas responsabilidades, como la protección de los derechos de los demás, el orden público y la moral.

En la Constitución de 1979, se reconoció a la libertad de expresión como derecho fundamental en el artículo 2 inciso 4; posteriormente la Constitución de 1993, reiteró en gran parte lo dispuesto en la Constitución de 1979 sobre la libertad de expresión.

2.8.2. El derecho internacional de los derechos humanos

Se expresa mediante instrumentos declarativos como convencionales, así como en importantes decisiones (recomendaciones o sentencias) de órganos internacionales.

En el ordenamiento jurídico peruano, la importancia del derecho internacional de los derechos humanos, nos remite al artículo 55 de la Constitución de 1993, que reconoce que los tratados ratificados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho interno. Pero más importante resulta la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que obliga a interpretar los derechos fundamentales en ella reconocidos, de conformidad con las normas internacionales y la jurisprudencia internacional, esto último por mandato del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional.

Las normas internacionales abordan el tema de las restricciones a los derechos fundamentales a través de disposiciones generales (aplicables a todos los derechos) o disposiciones específicas (sobre un derecho en particular).

Dado que el objetivo de las normas internacionales es garantizar los derechos humanos, en ellas no suele establecerse alguna limitación concreta a algún derecho, sino más bien se precisan los requisitos que las restricciones que se impongan deben cumplir para que sean compatibles con los estándares internacionales (Huerta Guerrero, 2010, p. 330).

En su jurisprudencia, la Corte Interamericana, ha precisado la importancia de ponderar los derechos en conflicto además de considerar las características de la información que se difunde, así como las cualidades de las personas sobre las que se emite una información o juicio de valor. “En términos generales, los criterios de necesidad y proporcionalidad son los más empleados por la Corte Interamericana para resolver los casos sobre libertad de expresión” (Huerta Guerrero, 2010, p. 331).

2.8.3. *La legislación sobre libertad de expresión*

En esta ocasión corresponde analizar las leyes que son las fuentes donde se establecen las conductas relativas a la libertad de expresión que no pueden llevarse a cabo y que, en caso de incumplimiento, originan responsabilidades posteriores. Es sabido que las normas pueden limitar la expresión de un determinado discurso (restricción sobre el contenido) o establecer límites en cuanto a la forma de expresar el discurso (restricciones neutras) (Huerta Guerrero, 2010). En el ordenamiento jurídico peruano es posible encontrar diversas normas que establecen límites a la libertad de expresión, previstas en diferentes cuerpos normativos.

Así, por ejemplo:

- Código Civil correspondiente a los «Derechos de la Persona» contiene tres disposiciones que se relacionan con la libertad de expresión, en tanto condicionan la difusión de información vinculada con la intimidad, la imagen, la voz y las comunicaciones privadas, al consentimiento que para tal efecto ofrezcan los titulares de estos derechos o sus familiares. Si la información es difundida sin haber obtenido ese consentimiento, se originan responsabilidades posteriores por el ejercicio de la libertad de expresión.
- “Ley Orgánica de Elecciones” (Ley 26859), referidas a la forma o el momento para emitir un determinado discurso, en este caso relacionado con la propaganda política. En ningún supuesto se establecen restricciones sobre el contenido del mensaje político que se quiere transmitir.
- “Ley de Radio y Televisión” (Ley 28278), se pronuncia de forma expresa sobre la pornografía. En este sentido, el artículo 43 establece que los servicios de radiodifusión no pueden difundir programas con contenido pornográfico. Se trata de una limitación no relacionada con el contenido del discurso sino con el medio a través del cual no se encuentra permitida su difusión.

Existen algunas normas en el ordenamiento jurídico peruano que establecen límites específicos a la libertad de expresión de determinadas autoridades o funcionarios. Así, por ejemplo:

- Artículo 184 inciso 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los jueces y vocales de este órgano del Estado se encuentran obligados a no emitir públicamente ninguna información relacionada con los procesos sobre los cuales han asumido competencia.
- El Decreto Legislativo 276, que regula el régimen laboral de algunos trabajadores de la administración pública, establece en el artículo 23 inciso d) que los servidores públicos se encuentran prohibidos de emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente.

2.8.4. La jurisprudencia:

Es importante considerar dos ámbitos:

El primer ámbito, referente a la función que desempeñan los jueces cuando evalúan la compatibilidad entre los límites establecidos legalmente y la Constitución. Esto obliga al juez, en un primer supuesto que la norma a aplicar no cumple con los requisitos formales, por lo que deberá ser derogada o inaplicada por los jueces al caso concreto.

El segundo escenario, si la norma que establece un límite a la libertad de expresión es considerada compatible con la Constitución, es competencia de los órganos jurisdiccionales evaluar si ha sido correctamente aplicada en un caso concreto, respetándose los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De no ser así, tendrá que concluirse que ha habido una incorrecta aplicación de la norma restrictiva del derecho fundamental

De ambas formas se construye la jurisprudencia en materia de límites a la libertad de expresión, lo cual afianza la democracia en un sistema político.

Otro aspecto a considerar, en el ámbito del derecho comparado, son los factores culturales, históricos o sociales, sin embargo, a fin de resolver alguna controversia sobre la libertad de expresión, implica analizar cada caso, complementado dicha actividad con criterio de interpretación emitidos por los tribunales.

2.9. La ponderación en la libertad de expresión y el honor

2.9.1. Introducción a la teoría de la ponderación

La ponderación es una estrategia que permite decidir cuando dos derechos fundamentales se ven enfrentados. Se afirma que esta forma de razonar es propia de las épocas actuales que está viviendo el derecho, en donde se ha notado que no toda la legislación puede aplicársele por simple subsunción, sino que, gran parte del derecho actual, exige el criterio de ponderación para decidir (Alexy, Atienza).

Para entender más sobre el uso de la ponderación, se debe recordar que todo el derecho es un conjunto de normas; sin embargo, esas normas pueden ser reglas o principios. La noción aceptada de principios es la de ser normas de optimización, que puede ser cumplida en diversos grados, a diferencia de las reglas que siempre tienen que cumplirse. Una regla es un mandato que por ser válido debe cumplirse, y es en este conjunto de reglas en donde se aplica la subsunción. En cambio, para los principios existe la ponderación (Alexy, 2019, p. 92; 2017, pp. 458-459).

Es pertinente entender que bajo esta teoría es posible derivar que pueden existir conflictos entre principios y que, por ello, la subsecuente forma de resolver estos conflictos es mediante la ley de ponderación. Robert Alexy (2019) sostiene lo dicho y le da mayor precisión al afirmar que:

El hecho de que la teoría de los principios implique el principio de la proporcionalidad significa que sus tres subprincipios, es decir, los principios de idoneidad, de necesidad y de la proporcionalidad en estricto sentido, se derivan de manera lógica de ella y son, en estricto sentido, deducibles a partir de ella. (p. 95)

Importante entonces es entender que el principio de proporcionalidad está conformado por los principios de, en primer lugar: *idoneidad*, luego el de *necesidad* y, finalmente de *proporcionalidad propiamente dicho*.

En el caso de la idoneidad, de lo que se trata es que estemos frente a dos principios, frente a dos Derechos Constitucionales. Así, lo que se busca es que la medida proteja una de rango constitucional. Por ejemplo, en el caso específico de

nuestro tema de tesis, si es que se publica una noticia sobre alguien, va a ser válida si prima el bien común o la seguridad del Estado, por ejemplo. La intención es que la acción se realice para “fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo” (Sentencia TC Ex. 0048-2004-PI-TC. Fund. 65.1).

La intención, en el examen de “necesidad” es la de ver si existe alguna medida menos lesiva, de menor gravedad para que sea empleada está en lugar de la otra. Resulta siendo problemático entender la aplicación de este subprincipio en un caso específico, por cuanto involucraría o una denuncia por medio de la fiscalía o acciones que no tengan que ver con la difusión de la información, por lo cual la libertad de expresión se vería restringida a su límite.

En cuanto a la ponderación en estricto, se trata de un tema que será tratado en el siguiente punto.

2.9.2. La ponderación del Tribunal Constitucional y en casos emblemáticos: entre la libertad de expresión y el honor

Antes de tocar el tema específico de la libertad de expresión y el honor, vamos a hacer una breve descripción de la ponderación por el TC peruano, para lo cual nos valdremos del trabajo de Rubio Correa (2018), quien afirma que a partir del año 2002 se empieza a madurar la idea de ponderación y se llega a plasmar el año 2005, con la sentencia 0054-2004-PI-TC.

En esta sentencia se establecen seis elementos que permitirán el análisis de ponderación en nuestro medio, siendo estos: «determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación; determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad; determinación

de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin); examen de idoneidad; examen de necesidad y; la ponderación en sentido estricto».

En la sección anterior nos ocupamos de la ponderación según el diseño que presentó Robert Alexy y anunciamos para esta sección el tratamiento de la ponderación en sentido estricto. Esto es así por cuanto, la idea central de Alexy es de dotar de una mayor objetividad posible a las decisiones entre la primacía ente un derecho y otro, por ello crea lo que llamó la “fórmula de peso”. Esta fórmula trata de darle peso determinado a los derechos enfrentados, para que de este modo sea más objetiva la primacía de un derecho sobre el otro.

Sin embargo, como se nota en las sentencias del TC peruano, en nuestro medio no se utiliza esta fórmula de peso, posiblemente por su complejidad. Por eso Rubio Correa (2018) afirma que lo que hace nuestro tribunal “Es una ligera analogía en cuanto a las grandes etapas del test, pero el trabajo requerido por Alexy en su metodología y el que plantea el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia peruano no son parecidos en absoluto” (p. 118).

Entonces no hemos de esperar una ponderación como la propone Alexy, pero sí debemos esperar el análisis de los dos principios que se encuentran en juego en el delito contra el honor. Así pues, veremos tres ejemplos:

- (1) Magaly-prostivedetes (Tribunal Constitucional: Exp. N° 6712-2005-HC/TC). En esta sentencia resulta siendo clave para nuestra investigación pues acá se evalúa los límites de la libertad de expresión y también la configuración del derecho al honor, el cual tiene como límite las

características de las personas públicas, como se puede apreciar de los fundamentos que se han transcrito:

En el caso de la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada, máxime si ha habido circunstancias que demuestran la desproporcionalidad del reportaje emitido. (Fund. 50)

Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material. (Fund. 57)

Por tal razón, cuando una información no cumple un fin democrático y se convierte en un malsano entrometimiento que afecta el derecho a la vida privada de un tercero, el grado de protección del primer derecho fundamental habrá de verse distendido,

sobre todo si se afecta la protección de la dignidad de las personas, establecida en el artículo 1 ° de la Constitución. (Fund. 58)

Si bien es aceptable que una persona pueda informar sobre un asunto como es la prostitución clandestina, no puede ser válido que ello se realice presentando uno o dos casos (pues también se presentó otro vídeo de similares connotaciones), a través de la transmisión de imágenes inútiles para la investigación periodística. Se puede decir que los demandantes buscaron ejercitar su derecho a la información, cumpliendo con el respeto a su contenido esencial de veracidad, pero el problema se encuentra en mantener incólume su contenido accidental. Justamente, el derecho a la vida privada es uno de los límites que posee el derecho a la información, y es precisamente este derecho el que protegía a la querellante. Ante tal circunstancia, era necesario determinar cuál era el contenido de cada uno de estos derechos. (Fund. p. 60)

Se puede notar que el TC hace mención a que “la relación entre vida privada e información, se procura que ambos derechos tengan la mayor efectividad posible, y que uno y otro sean protegidos de una manera adecuada”, por lo que luego va a realizar una ponderación en su propio estilo y señalará los conceptos de proyección pública e interés público como limitantes del delito de honor, pero esto va en paralelo a que “el derecho a la vida privada es uno de los límites que posee el derecho a la información, y es precisamente este derecho el que protegía a la querellante”.

(2) También está el caso de Magaly-Paolo Guerrero (Sentencia Juzgado). Es este caso que también fuera protagonizado por la periodista del caso anterior,

Magaly Medina, es considerado emblemático por cuanto la demandada tuvo que ir a prisión. En seguida se transcribirán algunos párrafos de la sentencia.

El honor como bien jurídico no puede menoscabarse a consecuencia del ejercicio de la libertad de información, vale decir, no por expresarse libremente se tiene que conculcar necesariamente el derecho al honor, máxime si ambos derechos pueden coexistir perfectamente, debiendo existir un toque de ponderación obligatoria por parte de quién tiene a su cargo el rol de información y/o opinión, tanto más si la veracidad, constituye un requisito esencial en el ejercicio de la libertad de información, debiéndose observar aquellos deberes objetivos de cuidado imprescindible para evitar que se puedan poner en peligro bienes jurídicos protegidos por otros derechos (Fund. 3)

El presente caso, cabe resaltar que nos encontramos frente a un delito de Difamación, que afecta al honor en sentido objetivo, vale decir al buen nombre, al prestigio, a la reputación que goza una persona dentro del medio social en que se desenvuelve, en tal sentido es preciso señalar que se verifica la comisión del ilícito subjudice independientemente de la autenticidad del contenido de la versión propalada por el agente activo, la propia querellada haber difundido la noticia submateria referido a la persona del accionante (Fund. 5)

En tal sentido es preciso señalar que se verifica la comisión del ilícito subjudice independientemente de la autenticidad del contenido de la versión propalada por el agente activo, aceptando la propia querellada

haber difundido la noticia submateria referido a la persona del accionante, indicando en su declaración inductiva que efectivamente éste es un jugador irresponsable, basada en las fotos que tuvo a la vista y que es el equipo de investigación de la Revista Magali Te Ve, quienes tienen la misión de recabar la información y confirmar la noticia, basándose en el principio de confianza, argumento que no resiste el menor análisis lógico jurídico; si se tiene en consideración que como ella misma refiere es directora de la revista y del programa televisivo Magali Te Ve, es decir tiene la facultad de decidir que noticia se divulga o no como ella misma reconoce en su inductiva, siendo así a pesar de no contar dicha querellada con título profesional que la avala como periodista, sin embargo estando a la experiencia que refiere tener de varios años por haber laborado en diferentes medios de comunicación, no puede pretender eludir su responsabilidad argumentado que por confianza en su equipo de investigación y en el fotógrafo de la revistas [...] da por ciertas que las fotos sub judice se efectuaron en horas de la madrugada, siendo en este extremo señalar que el mencionado autor fotográfico de las mismas al prestar su testimonial ante esta Judicatura, reafirma que tomó las fotos en horas de la madrugada, sin embargo dicha testimonial al ser examinada por la

Aquo con la objetividad que el caso requiere, ha sido desvirtuado plenamente con las demás pruebas que obran en el expediente (Fund. 5)

Acá se hacer notar que la estrategia de la periodista fue la de justificarse bajo el “principio de confianza”, procedente la de la imputación objetiva, para que así pueda liberar su actuar de responsabilidad. Sin embargo, esta postura fue rechazada por el juzgador.

(3) Caso “Peluchín”- Cathy Saez (Corte Suprema de la República –Sala

Permanente. R. N. 1358-2018)

La libertad de expresión –cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones, que incluye las apreciaciones y los juicios de valor– y el derecho a comunicar información –que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables– tienen límites. Primero, la difusión acerca de hechos son susceptibles de prueba de la verdad o diligencia en su averiguación –la verdad es el límite interno de la libertad de expresión, entendida como seriedad de esfuerzo informativo; “la información ha de ser veraz no en el sentido de que constituya una realidad absoluta e inmovible sino que suponga un propósito aceptable de acercarse al conocimiento de los hechos que posteriormente se difunden” [...] Segundo, las opiniones no protegidas son aquellas que contengan expresiones intrínsecamente vejatorias, que no tengan interés público y, por tanto, resulten impertinentes e innecesarias para su exposición –la libertad de expresión dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente vejatorias sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para las mismas [...] (Fund. 7)

El principio de confianza, residencia en la división del trabajo, requiere de una labor

de concreción que permite establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae. Así, especificando el punto, cuando una situación ha sido preparada previamente por un tercero (el productor del programa), el primero (el conductor del programa) debe tener la confianza en que este tercero actuó correctamente en la etapa anterior [...] Acotados los lineamientos dogmáticos sobre el particular, es de resaltar que, como apuntó el querellado absuelto Madrid Degregori, solo se dan pautas al conductor, quien específicamente tiene la responsabilidad por los comentarios espontáneos que realiza. Se estableció que lo que se dijo respecto de un encuentro sexual explícito atribuido a la querellante Sáenz Ayón era falso, y que el querellado Gonzales Lupis tenía en su poder el diario “Ajá” y que lo que se propaló en el programa de Magaly Medina no permitía, sin datos adicionales incluso, sostener tal sindicación. El conductor pues no ha sido ajeno a la conducta riesgosa y lo que pudo decir la producción era fácilmente constatable. Además, el conjunto de expresiones proferidas, sus comentarios, ya no son de competencia del productor, sino de él mismo. No cabe, por tanto, alegar el principio de confianza como factor para negar la imputación objetiva del delito de difamación agravada. (Fund. 8)

Es en la parte final de la transcripción en donde se puede observar un mayor desarrollo del principio de confianza. Este principio también había sido mencionado como justificatorio a la conducta del demandado.

En el Anexo 1 de esta tesis se incluyen un conjunto de sentencia y también el Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116, en donde se dan pautas para que se pueda usar la ponderación en los casos específicos, pero como se verá en el capítulo 4, esto no ha sido cumplido.

2.10. Marco conceptual de los delitos contra el honor

Ante la ausencia de una teoría desarrollada de los delitos contra el honor, se va a tomar como punto de partida el marco conceptual de estos delitos, se empezará a desarrollar en seguida.

El derecho penal, al ser considerado “*la última ratio legis*”, marca la pauta para sancionar de forma más grave aquellos comportamientos peligrosos para la sociedad y de esta forma proteger el bien jurídico correspondiente ante la comisión de algún delito.

Desde un enfoque político criminal, es necesario la intervención del derecho penal, solamente cuando se han superado las prescripciones dadas por los principios básicos del derecho penal, como son “el de subsidiariedad, que significa que, se acude al derecho penal cuando han fallado los demás controles sociales y, el principio de fragmentariedad, es decir que se castigan aquellas conductas lesivas de bienes jurídicos que revisten mayor afectación” (Palomino, 2011, p. 7). Estos principios serían un test previo para poder justificar el uso del poder punitivo estatal.

2.10.1. Aproximación fáctica o psicológica del honor

García Cantizano (citado en Palomino, 2011) refiere que el derecho al honor se halla constituido por dos planos, a) honor subjetivo, que puede entenderse como la autovaloración del sujeto, y b) el honor objetivo, que sería la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social del mismo.

La presente teoría según el TC, vulnera el principio de seguridad jurídica y legalidad:

En tanto que el honor subjetivo al hacer énfasis en la autoapreciación de cada persona, lo cual está relacionado con la autoestima, implicaría que aquellas personas con mayor autoestima frente a aquellas con autoestima baja, resultaría discriminatorio.

En relación con el honor objetivo, el honor de las personas resultaría del todo incontrolable jurídicamente y el derecho se vería así sometido a una suerte de escrutinio social que podría desvirtuar su nivel de garantía. (Sentencia recaída en el Exp. N° 4099-2005-AA/TC, FJ 3).

2.10.2. Aproximación normativa del honor

Según Castillo Gonzáles (citado en Palomino, 2011), afirma que el honor se fundamenta en “el valor interno de la persona humana, de tal modo que toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene el derecho a no ser tratada inmerecidamente por debajo de su valor” (p. 4).

La crítica a la presente teoría es que al ser esencialmente normativa se equiparó el concepto de dignidad al de honor, por lo que no llega a otorgar un contenido específico al derecho tutelado en los delitos de injuria, calumnia y difamación.

Además, el TC ha señalado que el honor también es aplicable a las personas jurídicas (EXP. N.º 04611-2007-PA/TC, FJ 37 y 38), lo cual colisiona con la presente teoría.

2.10.3. Aproximación fáctico-normativa

Según Meini Méndez (citado en Palomino, 2011) refiere:

Cada quien configura su honor a partir de sus comportamientos libres, autónomos y responsables en sociedad. Al ordenamiento jurídico le interesa que el resto de personas no distorsionen, por infravaloración, el honor del sujeto, es decir, le interesa que se le trate de manera más fiel al significado que sus actos cobran según el conjunto de valores que la Constitución prevé y que emanan de ella. La protección jurídica del honor es entonces protección a las expectativas de reconocimiento que los actos generan en sociedad según los valores del modelo constitucional (p.5).

Como se aprecia lo resaltante de esta teoría es el patrón de valores que permitiría evaluar los actos de las personas en sociedad, la crítica que realiza Palomino es que se mezcla entre lo normativo y lo ontológico identificando al ser humano y a las personas como concepto indesligable siendo opuesto a la línea que sigue nuestro TC con respecto a la persona jurídica.

2.10.4. Concepto funcional de honor

Según Caro John (citado en Palomino, 2011) señala que:

Para un esquema de interpretación funcional normativista se imputa a la persona y no al individuo; es decir, sólo la persona puede ser imputable jurídico penalmente. Y la persona imputable es aquella “portadora de un rol”, en virtud del cual ella es titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados (p.5).

Ello quiere decir según Palomino (2011):

Todas las personas (entendemos naturales y jurídicas) tienen, sobre la base de su comportamiento meritorio, la capacidad de ser titulares del honor, pero el solo hecho naturalístico de su condición de ser humano, a nuestro parecer, no le genera la posesión de dicho estatus (p.6).

Para el autor en mención, el ser humano tiene la capacidad de ser titular de honor, el cual se va construyendo con el actuar de cada persona de acuerdo a derecho, en la sociedad.

Según Villavicencio, el concepto de honor no es absoluto, motivo por el cual, al ser confrontado con otros derechos como la libertad de expresión e información, debe emplearse el método de la ponderación y por ende recurrir al derecho constitucional (2017, p. 493). Punto de vista que debe ser tomado en cuenta y que es asumido en esta tesis, pues consideramos que siempre debe existir un pronunciamiento en sede judicial, cuando estamos ante alguno de los tres delitos mencionados.

2.10.5. Política Criminal

Dentro de la política criminal se discute lo pertinente de tener una sanción penal (“protección”) o la vulneración del honor solo por la vía civil. Así, existen posiciones encontradas en la doctrina respecto a si se debe proteger penalmente el bien jurídico honor de la persona o debe ser materia del derecho civil. Los fundamentos a favor de la protección del honor en el ámbito civil son:

- Dogmática penal; como se viene apreciando al establecer un concepto de honor reviste una gran complejidad, por lo que, al no poseer un contenido específico no existe bien jurídico penal afectando el principio de lesividad, aspecto importante a fin de establecer una pena.
- Político criminal, Como es de conocimiento ante la comisión de algún delito contra el honor, en la mayoría de casos no se efectiviza la pena privativa de libertad, sino que se tiene que cumplir con el pago de la reparación civil, en consecuencia, sería suficiente la aplicación de una sanción económica en la vía extrapenal.

En opinión de Villavicencio (2017), el bien jurídico honor de la persona debe seguir siendo protegido en el ámbito penal, por razones de prevención general y de prevención especial. Respecto a la primera se debe evitar que el honor sea cuantificado económicamente, lo cual generaría efectos negativos en la sociedad. En relación con la prevención especial, significa que al imponerse excepcionalmente una pena privativa de libertad como sucedió por ejemplo en el caso Paolo Guerrero contra Magaly Medina (pp.492-493).

2.10.6. El derecho al honor en el derecho comparado

A fin de poder conocer el tratamiento del derecho al honor en el ámbito mundial se ha recurrido al autor Mendocilla Ulloa (2017), quien realiza un estudio sistemático del tratamiento del derecho en mención en el ámbito de la legislación de cada país, motivo por el cual en seguida se presentará un resumen de su trabajo:

Alemania. La Constitución alemana consagra en el artículo 5.1 el derecho a la libertad de expresión de opiniones ya sea por escrito o por imágenes, además establece límites constitucionales al ejercicio del derecho indicado.

Respecto al derecho al honor se halla en las disposiciones de las leyes generales y disposiciones para la protección de la juventud, lo cual implica trasladarse hasta el ámbito de los derechos de la personalidad tal y como se desprende del artículo 1 de la ley fundamental alemana.

Cabe resaltar que se busca mantener un equilibrio entre el honor personal y la libertad de expresión, en razón de que el derecho al honor no figura como un derecho protegido por la Constitución, asimismo existe una gran discusión doctrinaria sobre el contenido de este bien jurídico inmaterial, motivo por el cual se han esbozado teorías fáctica, normativa, hasta constitucional, siendo su mayor exponente Schmidt, quien sostiene que la noción del bien jurídico honor debe ser conforme a la Constitución.

Austria. La Ley Constitucional Austriaca de 1920 no reconoce al derecho al honor, sin embargo, la Ley Fundamental del Estado 21 de diciembre de 1867, la cual se ha adherido al texto constitucional. Dicha ley hace referencia a los derechos generales de los ciudadanos.

Existen 3 sectores de la doctrina del ordenamiento estatal dónde se ha disciplinado la protección del derecho al honor: a) El Código Civil, que prevé la protección del honor, considerado en virtud del artículo 16 del mismo cuerpo normativo como un derecho innato del hombre; b) en el artículo 1330 de la ley de derecho de autor y la ley de los medios hacen lo propio en el artículo 78 y en el

artículo 6 respectivamente; c) el Código Penal en el que los delitos contra el honor se hallan tipificados en los artículos 111-117, sección 14ª de la parte especial.

Respecto al bien jurídico el honor, en la doctrina austriaca existe uniformidad en cuanto al contenido de este, pues es considerado como un derecho irrenunciable y también como un deber, el cual surge de la dignidad humana, por lo que merece un trato basado en el respeto, es decir se le otorga un concepto normativo.

Portugal. El artículo 26 de la Constitución de la República de Portugal dice así:”1. Se reconocen a todos los derechos a la identidad personal, al desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, a la ciudadanía, al buen nombre y reputación a la imagen, a la palabra, a la reserva de la intimidad de la vida privada y familiar, y a la protección legal contra cualquier forma de discriminación”.

Lo más resaltante de la doctrina, es que nos presenta la dicotomía honor-consideración, Silvia Días (citada en Mendocilla, 2017), señala que el honor se halla directamente relacionado con el reconocimiento de su dignidad, la cual debe ser protegida por el derecho penal; respecto a la consideración como aquella valoración que va adquiriendo el ser humano al desenvolverse en la sociedad, es decir su reputación, su imagen.

Italia. El Código Penal italiano tipifica los delitos de injuria y difamación en los artículos 594 y 595 respectivamente, enmarcados en el capítulo segundo del título doceavo de delitos contra la persona, bajo la rúbrica de los delitos contra el honor.

Dos infracciones para la tutela jurídico penal del honor. Respecto al delito de calumnia no se incluye en el capítulo de delitos contra el honor ni tampoco tiene por finalidad la protección del bien jurídico honor.

La jurisprudencia italiana se aproxima a la concepción constitucional planteada por Mantovany, la cual se enmarca en el ámbito constitucional,

vinculando el honor con la dignidad personal a través de referencias a los artículos 2 y 3 de la Constitución Italiana, por ello se propone una construcción del honor conectada con el concepto de la dignidad de la persona Consistente en el reconocimiento de su identidad y en la intelección del honor como un atributo emanado de la personalidad individual y que impone el deber de respeto mínimo de un honor (Villavicencio, 2017, p.38).

Francia. Los atentados punibles contra el honor están regulados en Francia en la ley de Libertad de prensa de 1881, en el marco del apartado III titulado “delitos contra las personas”.

Los delitos de injuria y difamación no están regulados en el Código Penal francés, sino en una ley especial referida a la libertad de prensa, sin embargo el código en mención regula otros tipos penales destinados a la protección del honor como es la injuria y difamación perpetrada sin publicidad previstas como contravenciones al artículo 621-1 y 622-1, al delito de denuncia calumniosa del art. 226-10, y al caso particular del delito de chantaje regulado en el artículo 312-10 del código Penal Francés.

La Ley de Libertad de Prensa francesa, posee protección constitucional a diferencia del derecho de honor que no ha sido elevado a la consideración de derecho fundamental.

Otra característica de la legislación francesa respecto los delitos señalados es que solo se impone multas.

España. Es importante considerar los siguientes aspectos: el primero, según Bustos (citado en Mendocilla Ulloa, 2017) considera “a los delitos contra el honor como delitos de lesión considerando que se menoscaba el honor cuando se obstaculiza el desarrollo participativo del individuo en las relaciones sociales” (p. 42); en segundo lugar, un sector de la doctrina española considera a estos delitos como delitos de lesión; y un tercer sector, sustenta sus afirmaciones en el ámbito del derecho constitucional, pues se considera el derecho al honor como un derecho fundamental.

Otra postura doctrinal, concibe los delitos contra el honor como delitos de peligro, “el tipo penal se consume con la mera puesta en peligro, es decir solo con la apuesta en peligro del honor para cubrir las exigencias típicas del delito, con independencia de que la autoestima del sujeto se vea lesionada” (2117, p.43).

Inglaterra y Estados Unidos. El modelo teórico de mayor aprobación es “*the social foundation of defamation Law: Reputation and the Constitution*”, en el cual la reputación es considerada como un ideal que comprende tres perspectivas:

Concibe a la reputación como una propiedad intangible.

Puede analizarse desde su relación con el honor que la sociedad reconoce a una persona en atención a la función que desempeña.

Depende del estatus que la sociedad le otorgue a la función que desempeña la persona. Desde la perspectiva del derecho del *common law*, este componente colectivo de la reputación se manifiesta en los pronunciamientos jurisprudenciales que castigan las expresiones difamatorias, por denigrar a una persona ante la sociedad.

La difamación adopta dos formas: el “*libel*”, es una difamación por escrito o, que reúna las cualidades lesivas potenciales de las palabras escritas; y el “*slander*”, alude a la acción difamatoria realizada mediante el lenguaje hablado, gestos transitorios, empleando un medio diferente al *libel*.

En el “*Common Law*”, aquella persona natural o jurídica, tiene legitimación para acceder ante un tribunal para una acción por difamación, sea *libel* o *slander*.

El derecho a la reputación carece de sustento constitucional en Estados Unidos, con excepción del Estado de Pensilvania y el Estado de Arkansas.

Por lo que se afirma que el derecho a la reputación es un derecho de creación constitucional.

2.10.7. Análisis del delito de Injuria en la legislación peruana

Se ha creído conveniente realizar un análisis del delito en mención utilizando las nociones de la teoría general del delito.

A) Tipicidad

Como se ha hecho costumbre, se iniciará revisando la tipicidad, para lo cual se transcribe el tipo, en seguida:

Artículo 130.- “El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa”.

Según Bacigalupo (citado en Villavicencio, 2017) el delito de injuria constituye una forma atenuada de la calumnia, “debido a la menor lesión del honor que tiene la manifestación de menosprecio en la que el sujeto pasivo no es tratado como delincuente” (p.504). Hay que tener en cuenta también que las palabras, gestos o vías de hecho puedan ser o no verdaderas, lo que interesa acá es que “el sujeto pasivo se sienta ofendido en su honor para accionar penalmente y solicite tutela jurisdiccional” (Salinas Siccha, 2010).

Bien jurídico: Es el honor de la persona, específicamente en su aspecto subjetivo relacionado al sentimiento de prestigio, reputación y estimación.

Sujeto Activo: No se requiere de características especiales, en el autor del delito puede ser cualquier persona.

Sujeto pasivo: Puede ser una persona natural o jurídica.

Criterios de imputación objetiva: También pueden ser empleados los criterios de la imputación objetiva, los que son:

- **Riesgo permitido:** cuando las ofensas se mantienen en el marco de la aceptación social.

- Prohibición de regreso: por ejemplo, el mensajero que se encarga de comunicar el contenido de las palabras injuriantes a otra persona.
- Principio de confianza: Por ejemplo: quien comenta a otra persona tales referencias con contenido injurioso y éste se refiera a la víctima, solo responderá penalmente quien las profirió.
- Imputación a la propia víctima: Quien ofende a otra persona en una acalorada discusión, debe soportar las ofensas que se las atribuye.

Al ser un delito de mera actividad, es suficiente la sola realización de la conducta jurídica penalmente relevante y su ejecución es de carácter instantáneo.

Conducta típica: comporta dos modalidades delictivas: la de ofender o la de ultrajar el honor.

La conducta desplegada debe reunir la doble calidad objetivamente injuriosa.

Se entiende por Ofender, aquella expresión que causa una grave afectación a la estima personal.

La conducta también debe ser ultrajante, es decir, que se orienta a humillar o afrentar con palabras.

Víctima: La acción delictiva debe estar dirigida a otro, no se configura cuando el autor exteriorice la ofensa a la víctima y está no se encuentre presente en el lugar o está inconsciente.

Medios típicos: Lo constituyen las palabras o vías de hecho, que deben ser empleadas con un propósito ofensor.

Imputación subjetiva: Es necesario que la persona actúe con dolo, es decir con conocimiento e intención de que el hecho atribuido a la víctima tiene la capacidad de dañar su honor.

Tentativa y consumación: el delito se configura cuando el agravio ofensor o ultrajante alcance a la víctima.

Se trata de un delito de mera actividad y de ejecución instantánea, sin embargo, en los casos de las injurias por escrito, puede presentarse la tentativa cuando sea posible distinguir temporalmente entre la conducta desarrollada y el resultado.

Participación: El autor quien realiza las ofensas o ultraja, utilizando uno de los medios típicos, el honor de la víctima. También se puede presentar casos de autoría mediata (Ejemplo: cuando utiliza a un menor para ofender a otro) o coautoría. La participación es admitida, tanto en su forma de instigación como la complicidad.

B) Causas de justificación

No existe ninguna dificultad para admitir la legítima defensa como una causa de justificación en el delito de injuria, siempre y cuando cumpla los requisitos legales para su configuración (art.20, inc.3, CP).

Villavicencio, refiere que:

debe distinguirse la legítima defensa del animus retorquendi, el cual consiste en injuriar a su vez, al que le injurió antes, siendo la diferencia con la legítima defensa en que, la mera retorsión al ataque inicial que se repela, ya ha terminado.

También se admite el estado de necesidad en las injurias para solucionar conflictos de bienes jurídicos que se pueden presentar (2017, p.512).

2.10.8. Análisis del delito de Calumnia en la legislación peruana

Como en el caso anterior, se partirá precisando el tipo penal, el cual se encuentra en:

A) Tipicidad

Artículo 131.- “El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días multa”.

Según Peña Cabrera (pp. 342-348):

Bien Jurídico: El honor de las personas tanto en su aspecto objetivo como subjetivo.

Sujeto activo: Puede ser cualquier persona se trata de un delito de dominio.

Sujeto pasivo: Solo la persona física (natural), excluyéndose a la persona jurídica, por cuanto, en la legislación actual, estas no pueden cometer delitos.

Modalidad típica: Según Cabrera Freyre, se desprenden los siguientes elementos:

-A fin de que se configure el delito de calumnia debe atribuirse a la víctima la comisión de un delito, debe tratarse de un comportamiento cuya lesividad social ingresa en contradicción con el derecho penal vigente.

- El delito que se atribuye puede hacer referencia a la infracción de una norma prohibitiva o de una norma de mandato, por ejemplo, de haber dado muerte a la víctima de propia mano o de que la muerte se haya producido por una omisión, cuando el sujeto era garante.

- El delito que se imputa puede aparecer en su fase de consumación o tentativa.

- En lo que respecta a la identificación de los grados de participación punible es importante considerar la autonomía en sus tres variantes (autoría inmediata, co-delincuencia y autoría mediata), así como a los cómplice primarios o secundarios y al instigador.

- En cuanto a la esfera anímica del agente se evalúa el dolo (directo y eventual), la imprudencia, así como la mixtura del dolo con la culpa, lo cual genera la figura del delito preterintencional, por ejemplo art. 48 del C.P.

- La imputación puede realizarse de manera verbal, por escrito o por cualquier otro medio por ejemplo a través de caricaturas.

- El presente delito se configura cuando la imputación delictiva se dirige contra una persona, afectando su honor, sin necesidad de que ésta sea falsa o verdadera.
- Aunque el delito imputado a otra persona haya prescrito, sin embargo, generara una afectación al honor, su descrédito ante la sociedad estaría latente.
- Como puede apreciarse de la descripción típica del delito de calumnia, la imputación debe versar sobre un hecho de un injusto penal.
- No existe delito de calumnia cuando se atribuye la comisión de un delito que ha sido despenalizado.

B) Delimitación normativa con el tipo penal de denuncia calumniosa. La denuncia calumniosa se halla regulada en el art.402 del código penal, a fin de poder delimitarla con el delito de calumnia es necesario recurrir al principio de especialidad.

De allí que se afirma que el delito calumnia implica una afectación al honor de las personas, y en cuanto a la denuncia calumniosa implica no solo la afectación a la persona sino también a la administración de justicia.

Según Soler (citado en Peña Cabrera, 2010), en el delito de denuncia calumniosa concurren dos intereses públicos lesionados: el interés de que la administración de justicia sea conducida a emitir fallos injustos, y el interés de tutelar el honor de las personas.

Otro principio que debe tenerse en cuenta según Peña Cabrera, es el de consunción, en razón que el delito de denuncia calumniosa incluye al de calumnia, agregándole un mayor disvalor: el de denunciar ante las autoridades estatales.

2.10.9. Análisis del delito de difamación en la legislación peruana

El hecho punible que se conoce con el *nomen iuris* de difamación, el mismo que dicho sea de paso se constituye en el ilícito penal de mayor gravedad entre los que lesionan el honor, se encuentra tipificado en el tipo penal 132 del Código Penal, en los términos siguientes:

Art.132.- “El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación [...] Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena [...] Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesentaicinco días multa”.

A fin de realizar el análisis del presente según la teoría del delito se tendrá en cuenta lo señalado por Villavicencio Terreros:

A) Difamación básica (1° párrafo)

El bien jurídico en este delito es el honor de la persona física o jurídica, considerada en su vertiente subjetiva y objetiva, al señalar el tipo penal: honor o reputación.

Sujeto activo, se trata de un delito de dominio; el sujeto pasivo puede ser una apersona natural o jurídica, a quien se le atribuye un hecho o una conducta o característica ofensiva para su honor o reputación.

El injusto surge cuando se difunde aquella noticia que afecta el honor de una persona. Debe comprenderse por noticia, como aquel mensaje que contenga un hecho desconocido hasta ese momento y que será difundido.

La conducta típica consiste en la ofensa emitida por el sujeto activo y esta sea difundida ante varias personas.

La realización de la conducta típica puede presentarse tanto por acción como por omisión.

- a) **Consentimiento:** Al ser el honor un bien jurídico personal y disponible, es posible que su titular de forma voluntaria manifieste su consentimiento, a fin de que se transmita determinada información.
- b) **Imputación Subjetiva:** Se necesita de un actuar doloso, es decir que el sujeto activo tenga la intención de ofender y que a la vez sea propalada.
- c) **Ampliación de la imputación:** Es un delito de mera actividad y que se consuma cuando la imputación deshonrosa es difundida, también es posible la tentativa.

Se admite la participación en sus dos formas (instigación y complicidad).

B. Difamación Calumniosa (2° Párrafo): Constituye una gravante del delito de calumnia, también conocida como injuria difamatoria. El fundamento de la agravante radica en que se afecta en mayor medida el honor social de una persona cuando las ofensas son públicas, reduciendo las posibilidades de revertirlas inmediatamente.

C. Difamación por medio de comunicación social (3° párrafo), El bien jurídico protegido es el honor en su ámbito subjetivo como objetivo, siendo su objeto material es valorable socialmente.

- a) **Sujeto activo:** Puede ser cualquier persona que publica alguna ofensa en los medios típicos establecidos en el tipo penal.
- b) **Sujeto pasivo:** Pueden ser las personas físicas y las personas jurídicas.

Son aplicables los criterios de imputación objetiva de la conducta (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y la imputación a la propia víctima).

Se puede realizar tanto por acción como por omisión impropia.

- c) **Los medios típicos:** Para su realización (STC, Exp.N°2790-2002-AA, fundamento 3) pueden ser tanto libros, revistas, periódicos, video, etc. Siendo lo esencial la publicidad que puede ser oral, visual, escrita, por cualquier medio o soporte, programas de radio-televisados. La ofensa debe surgir del texto en totalidad y no de frases o palabras concretas.

Palomino, considera respecto a la sanción asignada al delito de difamación, debería ser modificada por prestación de servicios a la comunidad, al tener un mayor impacto social. Para ello se fundamenta en lo expresado por Prado Saldarriaga señala con respecto a la pena limitativa de derechos que sus “ventajas penales son destacadas con relevante amplitud por la doctrina. En particular se realza su potencialidad resocializadora y la ausencia de efectos estigmatizantes (citado en Palomino, 2011)”.

Por todo ello, Palomino propone que se:

modifique la sanción prevista para el tipo penal de difamación, pues creemos que la pena privativa de libertad debe de ser utilizada únicamente cuando las demás penas no sean capaces de cumplir con sus fines ya que, en las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, no cabe duda de que la pena privativa de libertad es la sanción penal más grave, por lo que tendría que resolverse solo para los hechos más intolerables dentro del contexto de ultima ratio del Derecho penal, entiéndase aquellos que afectan bienes jurídicos como la vida, la salud personal, la libertad e indemnidad sexual e, incluso, el patrimonio del Estado, etc. (2011, p.8).

2.10.10. La *exceptio veritatis*

En el Perú existe la figura que doctrinariamente se le llama la *exceptio veritatis*, o la *excepción de la verdad*. Esta se encuentra regulada en el artículo 314 que se refiere a la “prueba de la verdad de las imputaciones”. En efecto, en este artículo se empieza prescribiendo que “El autor del delito previsto en el

artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones”, si esto sucede, este artículo culmina prescribiendo que “Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena”.

Brevemente cuando se habla de que se estará “exento de pena” lo que se quiere decir es que se trata de una conducta delictuosa, pero a la cual no se la va a penar. Por eso se dice que es el “perdón judicial”, la cual “es la más antigua excepción intra proceso al principio de legalidad, tanto en su vertiente penal, como procesal penal” (Sánchez Muñoz, 2014, p. 53).

Regresando a nuestro tema, es factible notar que el artículo remite al delito de difamación, pero en los párrafos siguientes especificará que solamente se presentará en cuatro supuestos.

En el primer supuesto se especifica que procederá dicha prueba de los hechos cuando “la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones”. Acá el legislador ha querido proteger el carácter público de los implicados y de ahí que especifique “el ejercicio de sus funciones”.

En el segundo supuesto se señala “cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida”. Esto significa que el proceso penal aún no ha concluido y por eso, ha creído el legislador que sea factible la posibilidad de certeza de los hechos de los cuales se ha referido el demandado, de modo tal que este no debería merecer pena.

En el tercer supuesto tenemos a “Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia”. En este caso,

consideramos que es de aplicación lo que Peña Cabrera Freyre (2015) afirma que se presenta “cuando quien profiere la noticia o la divulga, lo realiza en el marco del ejercicio legítimo de un derecho, en cuanto al derecho a informar, a fin de formar una opinión pública veraz y objetiva” (p. 211).

El cuarto supuesto “Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido”. Este supuesto resulta claro y no requiere mayor explicación.

2.10.11. El principio de confianza

Este es un principio que se encuentra dentro de la teoría de la imputación objetiva, y que, como se vio en la parte correspondiente, en nuestros días ha sido reclamado como justificante de un atentado contra el honor, por parte de los periodistas, quienes se basaban en la información basada por su equipo para emitir sus correspondientes “apreciaciones” que resultaron difamantes para otras personas.

En efecto, el punto central de la división de confianza es que la división de trabajo plantea que haya asuntos que exceden a nuestro alcance, y que, por lo tanto, resulta siendo necesario confiar en lo que haya hecho el otro, para que nosotros podamos hacer nuestro trabajo sin preocuparnos de una actividad previa. Así: “quien realiza un comportamiento riesgoso, en general lícito, actúa confiado en que, quienes participan con él, van a actuar correctamente conforme a las reglas preexistentes” (Villavicencio Terreros, 2006, p. 327). En el caso de nuestro delito, tal responsabilidad recaería en el equipo de investigación.

Sin embargo, como muy bien dejó notar la Corte, no siempre puede ser empleado este principio, pues no supone que nadie, de forma ingenua, confié en cualquiera.

2.11. Hipótesis

El delito de difamación tiene que ser evaluado en función de los criterios de verdad y de las características de las personas que se ven involucradas, tanto como sujeto activo y sujeto pasivo. Por ello, siempre tendrá un mayor peso la libertad de expresión frente al honor del sujeto pasivo cuando se trate de funcionario público.

CAPÍTULO 3

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de investigación

Esta investigación busca conocer y estudiar los criterios de los jueces penales de Cajamarca al momento de evaluar la ponderación entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación; por ello la investigación es básica, dado que no propone ningún cambio de la realidad solo busca describirla.

3.2. Diseño de investigación

La presente investigación es no experimental por cuanto no es posible realizar una manipulación de variables para conocer los criterios de los jueces penales de Cajamarca al momento de evaluar la ponderación entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación, ya que estos tienen que haber sido plasmados antes en las sentencias respectivas que se han emitido.

3.3. Área de investigación

La investigación se encuentra formando parte del área de Criminología y conductas criminales, y en específico de la línea

3.4. Dimensión temporal y espacial

La presente tesis se hizo dentro del distrito de Cajamarca en el período 2014-2018.

3.5. Unidad de análisis, población y muestra

La unidad de análisis estuvo constituida por una sentencia firme del delito de difamación (entre el 2014 al 2018, dentro del distrito de Cajamarca).

La población, en el periodo de estudio, con sentencia firme entre el 2014 al 2018, dentro del distrito de Cajamarca, llega a 130 sentencias del delito de difamación.

La muestra fue una no probabilística por conveniencia. Se optó por esta muestra pues, la probabilística involucraba la posibilidad de tener que consultar sentencias del archivo, esto no era posible por los tesisistas, pues para su consulta era necesario pagar una tasa correspondiente, por eso se emplearon formas de acceso para disminuir en lo menor posible este pago, como búsqueda en los juzgados y en los abogados que participaron en los procesos. Como resultado, se contó con 15 sentencias como muestra.

3.6. Métodos

La investigación se llevó a cabo usando el método jurídico de hermenéutica, esto es así pues permitió realizar la interpretación de la legislación correspondiente a los delitos contra el honor y la vinculada a la libertad de expresión, para luego proceder al análisis interpretativo de las sentencias encontradas.

Este método propició que se recurra al análisis de los expedientes y de ellos a las sentencias, las cuales tuvieron que ser cuidadosamente leídas y procesadas, según los criterios gramaticales, de historia y de contextualización.

3.7. Técnicas de investigación

Se usaron dos técnicas de investigación, la del fichaje para la consulta de la doctrina y, la de la observación documental, para el estudio de las sentencias encontradas.

3.8. Instrumentos

Los instrumentos que derivan de las técnicas anteriores son: las fichas que se emplearon de forma individual para la doctrina consultada y, las hojas de observación (anexo 2) que fueron empleadas para el análisis individual de las sentencias.

3.9. Limitaciones de la investigación

La principal limitación fue el acceso a las sentencias, pues la ausencia de convenios entre la Universidad y el Poder Judicial, no nos permitió realizar una consulta mayor, ya que las tasas de pago para tal fin no nos lo permitieron.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS: ENTRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DELITO DE DIFAMACIÓN

En este capítulo interesa hacer el análisis de las sentencias estudiadas, en virtud de su relación con la hipótesis planteada. Para esto se ha procedido, primero a describir los casos, luego de lo cual se procedió a su categorización en función de las variables presentadas.

4.1. Breve descripción de los hechos

Brevemente se procede a la descripción de los hechos, para lo cual se han anonimizado a las partes involucradas.

4.1.1. Las aulas del instituto

La querellante (A) atribuye a los querellados (F y S), la comisión del delito contra el honor en sus modalidades de injuria y difamación, derivado del hecho ocurrido el 29 de octubre de 2005, en circunstancias que la querellante se encontraba en las instalaciones del Instituto Superior Pedagógico “AAAAAAA” se enteró de la existencia de rumores que se venían propalando- entre los docentes y alumnos- por los querellados dos semanas atrás, referidos a que la querellante y el profesor (X) habrían sido sorprendidos besándose en un aula y en el patio de la institución educativa.

La querellante (A) ante tal situación, fue en busca del querellado (F) procedió a exigirle las explicaciones del caso, ante lo cual le (F) le respondió “la

he visto besándose en el aula con un profesor... estuvo besándose en el patio de la institución”, afirmación que resquebrajó el honor y prestigio de la querellante, así como de (X).

Sin embargo, dicha afirmación no fue debidamente probada, puesto que los testigos que acudieron a brindar su declaración afirmaron no haber presenciado el momento en el cual el querellado (F) expresó lo que indica la querellante, puesto que indicaron solo lo que ella les refirió.

En el desarrollo del proceso, el juez aprecia que entre los sujetos del proceso e incluidos los testigos, existe muestras de encono, lo cual genera bastante subjetividad, además refiere que al no haberse configurado el delito denunciado en cuanto a que no ha sido divulgado ante más de una persona, sino que la querellante fue quien contó al personal docente y/o testigos que presenta en audiencia, en consecuencia, se concluye el proceso con la absolución de los querellados (F y S).

4.1.2. *Whatsapp*

La querellante (E) refiere que la querellada (X) a través de su celular, envió mensajes de whatsapp al también querellado (R) y (A), mediante los cuales se la califica con cualidades y conductas que han ofendido su honor y reputación de mujer.

La querellante (E) toma conocimiento de ello cuando le comunica su ex enamorado (Y) al enviarle las capturas de pantalla. Posteriormente (E), presenta un escrito de querrela complementaria, en el cual refiere que ha sido la querellada, quien ha difundido estas conversaciones por whatsapp.

Sin embargo, la testigo (L) desvirtúa que la querellada haya difundido los mensajes por whatsapp, ya que ella toma conocimiento de estos mensajes por una amiga (D) y a esta amiga le envió el mensaje otro amigo (T). Llegándose a probar únicamente la conversación sostenida por X y R.

Posteriormente, no se llegó a probar que la querellada haya sido quien ha difundido las conversaciones por whatsapp.

4.1.3. Los médicos

La querellante (E) refiere que la querellada (F) emitió un informe ante el jefe de Departamento de Medicina, imputándole conductas como: maltrato psicológico y discriminación, tratar mal a pacientes humildes y a otra persona del centro de labores.

La querellante afirma que el contenido del informe fue divulgado por la querellada, accionar que, a decir de E, se afectó su honor.

En el desarrollo del proceso se concluye que nos encontramos ante una causal de atipicidad relativa, pues (F) está en su derecho de presentar un reclamo o queja cuando considere que se le está afectando sus derechos, lo cual ha seguido su trámite, sin haberse comprobado que las conductas atribuidas en dicho informe hayan sido difundidas por la querellada en un acto público frente a varias personas reunidas o separadas, por lo cual la conducta de la querellada no ha afectado el honor de la querellante, consecuentemente no puede realizarse el juicio de tipicidad del tipo penal difamación, debido a la ausencia del ánimo de difamar, tampoco se podría adecuar la conducta al tipo penal de calumnia por la

falta del elemento subjetivo y menos de injuria; en razón a lo señalado se absuelve a la querellada (F).

4.1.4. Los roba mototaxis

(X) formula querrela contra los señores (w y f) directores de los periódicos (W y F), pues en la publicación efectuada se indica el nombre del querellante (F).

El titular de los periódicos decía lo siguiente: “CAPTURAN A SUJETOS ACUSADOS DE ROBAR MOTOTAXIS” (pág.7).

El querellante refiere que a partir de dicha publicación y al haber sido incluido su nombre se ha mancillado su honor y buena reputación, motivo por el cual denuncia a los representantes de los periódicos por el delito contra el honor, en su figura de difamación.

Además, indica que, si bien es cierto el día 27 de mayo de 2014, fue intervenido por el Serenazgo, y que el Ministerio Público inició las diligencias correspondientes, por la presunta comisión del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones y contra el patrimonio en la modalidad de daños, sin embargo, fue archivado mediante Disposición N° 03 de fecha 26 de agosto de 2014.

La publicación efectuada, ha ocasionado que sea despedido de su centro de labores.

En el desarrollo del presente caso y de los medios probatorios aportados, el querellante no ha podido demostrar que el actuar de los querellados haya tenido como finalidad causar daño a su honor, pues realizan la publicación como

consecuencia de información vertida por el Serenazgo, donde había sido intervenido el querellante e investigado a nivel fiscal, como está debidamente probado, por lo que, la conducta de los querellados, se evidencia la ausencia del *animus difamandi*.

En consecuencia, la conducta imputada no se adecúa al tipo penal, encontrándonos ante lo que en doctrina se conoce como atipicidad relativa, dado que el tipo penal existe, pero la conducta penal no se puede adecuar a dicho tipo penal.

Finalmente se absolvió a (W) y (F) de los cargos formulados en su contra.

4.1.5. La prescripción también es útil

Al encontrarnos ante una sentencia de vista, es necesario referirnos brevemente a sentencia emitida en primera instancia, mediante la cual se absuelve a las querelladas (W, X, Y) de la presunta comisión del delito de difamación. La querellante (A) impugna dicha sentencia a fin de que sean las querelladas condenadas al pago de una reparación civil y la sanción penal correspondiente.

Pero es importante reparar en que nos hallamos ante un ilícito penal de ejecución instantánea; por lo que el plazo de la prescripción de la acción penal, iniciará su cómputo a partir del día en el que se consumó el delito.

En el presente caso el hecho imputado habría ocurrido el día 04 de noviembre de 2014, como se advierte de los medios probatorios actuados en primera instancia, en consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se inició el día 04 de marzo de 2014.

Posteriormente, debe considerarse que mediante la resolución número cuatro de fecha 09 de marzo de 2015, se produjo la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, pues constituye la primera actuación de la autoridad judicial.

A partir de ello se analiza si el plazo de prescripción ya ha operado o no.

Se tiene en cuenta lo estipulado en los artículos 80° y 83° del Código Penal, y se concluye:

- El plazo ordinario de la prescripción de la acción penal es de dos años; y el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal asciende a tres años, de ello se afirma que el plazo de prescripción de la presente causa: 03 años (plazo ordinario de la prescripción penal más una mitad del mismo)- venció el pasado 03 de noviembre de 2017.

En consecuencia, la acción penal en el presente caso ha prescrito, además es imposible acoger la pretensión impugnatoria planteada (se condene a las querelladas); y al haberse verificado que la acción penal se ha extinguido debido a la prescripción de la misma, se archivó la presente causa y se dispuso la anulación de los antecedentes generados contra las querelladas (W, X, Y).

4.1.6. Declaraciones peligrosas

El querellante (X) refiere que la querellada (F), ha incurrido en el delito de difamación mediante medios de comunicación, aludiendo que la familia de (X) se apropió de una zona perteneciente a la municipalidad Provincial de Cajamarca, y

que ello ha generado que 50 familias de dicha zona no puedan acceder al servicio de desagüe.

Según el querellante se le estaría atribuyendo a su familia de ser delincuentes y que ha afectado su honor.

En el desarrollo la audiencia estelar, de la actuación de los medios probatorios, se constata que (F) declara en una calle ante una persona, pero no se advierte que tales declaraciones hayan sido difundidas por medios televisivos, y menos aún que la querellada haya expresado palabras difamantes que afecten el honor del querellado, en los términos que este refiere.

Al realizarse el análisis de los elementos del tipo penal como: a) Imputación directa de una cualidad o hecho que pueda perjudicar al querellante; b) la difusión o publicidad de la imputación, y c) el *animus injuriando*.

El accionar de la querellada no se subsume en el tipo penal, no lográndose desvirtuar la presunción de inocencia.

Por lo que, no dándose los elementos del tipo penal, puesto que la declaración que realiza F se efectuó dentro del contexto de solicitar apoyo al alcalde para la instalación de desagüe, no se demostró que exista información difamatoria en los medios de comunicación social; tampoco se acreditó la intención de afectar el honor del querellante; en consecuencia, se absolvió a (F).

El principal criterio para la absolución es que no se desvirtuó el principio de presunción de inocencia con el que ingresó al proceso la querellada, así como la prescripción de la responsabilidad objetiva.

4.1.7. También intervienen las rondas

El querellante (A) refiere que la querellada (B), ha incurrido en el delito contra el honor en sus figuras de injuria, difamación y calumnia, pues el día 29/04/2014, en una reunión que la querellada tuvo con la conviviente del querellante, le insultó.

A raíz de lo indicado se desarrolla el presente proceso, y se conoce que anteriormente se produjo una discusión entre la querellada y su hermana, debido a problemas familiares, esta última es esposa del querellante.

Por ello, el día 29/04/2014, ambas fueron conducidas al local de las rondas de Quiritimayo, en donde ambas se disculparon, hecho que fue probado en la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, respecto a los términos ofensivos que indicó (A), no fue probado debido a que la versión de los testigos resultó ser contradictoria, no desvirtuando la presunción de inocencia de la querellada, por tanto, fue absuelta.

4.1.8. Ahora le toca el facebook

El día 6 de noviembre de 2015 el querellado (X) habría realizado comentarios ofensivos mediante Facebook en el muro del querellante(S).

Mediante sentencia emitida por el *a quo*, contenida en la resolución número cuatro de fecha 14 de junio de 2016 se resolvió absolver a (X) de los cargos formulados en su contra por falta del elemento objetivo del tipo penal-relación de causalidad- es decir por atipicidad relativa.

Frente a lo resuelto, la defensa técnica del querellado (X), presenta recurso de apelación contra la sentencia indicada sobre el extremo que exime a S de pago de costas procesales.

Por lo que, se procede a analizar si el querellante tenía razones serias y fundadas para intervenir en el proceso además de no haber obrado con temeridad o mala fe.

De esta forma los magistrados resuelven que el querellante no actuó por arbitrariedad, pues actuó motivado por la afectación a su honor que le causó publicaciones contenidas en su muro de Facebook.

En consecuencia, los argumentos sostenidos por la parte impugnante no cuentan con la entidad suficiente para acoger la pretensión formulada, por ello se confirma el extremo que exime del pago de costas al querellante.

4.1.9. Política y difamación

El querellante (X) en su condición de empresario, político y excandidato a la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, propuso la creación de un parque industrial, propuesta que fue publicada por un periodista (Y) en su facebook, posteriormente el querellado (A) realizó un comentario al respecto, cuyo contenido era de carácter vejatorio.

En el desarrollo de la audiencia de juicio oral se probó indubitablemente que el querellado (A) lo difamó además se acreditó el animus con que procedió en insultar y difamar mediante las redes sociales irrogando inevitablemente graves daños al querellante (X).

La conducta desplegada se subsume en el artículo 132° del Código Penal, por ello fue condenado como autor del delito de difamación agravada en agravio del ciudadano (X).

4.1.10. La brujería también se usa

Los querellantes (x, z, t) denuncian a (B) por la presunta comisión del delito de calumnia y difamación calumniosa.

El querellado afirmó que los querellantes se dedican a la brujería y hechicería, además afirma que por un terreno mataron a su padre mediante actos de brujería, ante ello los querellantes afirman que el actuar de B se subsume en los delitos tipificados en los artículos 131 y 132.

Sin embargo, de los medios probatorios aportados al proceso se aprecia que no se ha configurado el delito indicado y respecto a las garantías personales solicitada por el querellado ante la Gobernación, no fue objeto de divulgación pues quedó en el ámbito del conocimiento de las partes, por lo que, no se afectó el honor de los querellantes.

En consecuencia, se absolvió a (B).

4.1.11. Coautoría

El querellante (X) refiere que el día 05 de agosto de 2013 en el programa periodístico *¿y ahora qué?*, que se transmite por canal 43 Exitosa, el ya sentenciado (A) se refiere al querellante (X) estar sustrayendo bienes de una institución cajamarquina y que ha construido su clínica con ello y que ha llevado a la señora (E), quien es su amante a dicha institución.

Según refiere estos hechos constituyen delito de difamación agravada y que el querellado (F) por ser gerente general del canal de televisión es coautor del delito de difamación calumniosa.

Al respecto (F) señala que desconoce los hechos señalados por (X).

En el desarrollo de la audiencia de juzgamiento y en virtud a los medios probatorios aportados, no se probó que F sea coautor, solo por el hecho de ser gerente, en consecuencia, se absolvió al querellado.

4.1.12. *Minera Yanacocha*

El querellante (X) le atribuye al querellado (Y), haber afirmado en conferencia de prensa que (X) dirige un complot creado con la finalidad de desprestigiar a periodistas y consejeros regionales, quienes serían asalariados por Minera Yanacocha, y que el querellante ha tenido conversaciones por Facebook con (Z), donde se evidenciaría conversaciones para comprar opiniones de periodistas y funcionarios, pero lo más grave sería que dicho complot proviene de la Gerencia del Gobierno Regional, entidad que se en contraría financiando.

En el desarrollo del proceso y de la actuación de los medios probatorios, se colige que el querellado ha actuado como periodista, realizando una investigación periodística previa y diligente, probando la existencia del blog difamador en su contra, por lo que realizó una denuncia pública, a fin de proteger su honor y dignidad, sin afectar los derechos al honor interno del querellante, tampoco se probó el dolo en la conducta realizada por el querellado ni el ánimo de difamar.

Por ello, se absolvió al querellado

4.1.13. También se revoca

Es importante referir que el querellado (X) apela la sentencia contenida en la Resolución N°8 de fecha 23 de agosto de 2016, que lo condenó por la comisión del delito de difamación a un año de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida en su ejecución bajo determinadas reglas de conducta y el pago de S/. 3000.00 soles por concepto de reparación civil a favor del querellante (Y).

En cuanto a lo acaecido, se aprecia que el querellante (Y) debido a la confianza que depositó en su momento en el querellado (X) lo hizo partícipe de la compra-venta de un vehículo, que meses antes adquirió de la señora (A), cancelando un promedio del 90% del precio pactado, sin embargo a efectos de protegerse de los posibles daños materiales a su vehículo por parte de una tercera persona que le imputaba la paternidad de un supuesto hijo lo cual fue desvirtuado en el proceso a fin; le solicita al querellado que suscribiera a su favor el acta de transferencia vehicular que en un principio puso a su nombre, sin embargo, el querellado, cambió de actitud, y se llevó los documentos del vehículo.

El querellado, en su defensa le interpuso una denuncia de apropiación ilícita e hizo público mediante prensa escrita y radial.

El órgano jurisdiccional revisor considera que la conducta desplegada por el querellado (X) al divulgar los pormenores del proceso que viene afrontando con el querellante (Y), no ha sido con la intención de perjudicar el honor de (Y), pues el caso concreto es la pugna entre ambos por la propiedad de un vehículo automotor.

Por ello, no se evidencia el *animus difamandi*, por lo que revocan la sentencia contenida en la Resolución N°8 de fecha 23 de agosto de 2016 en todos sus extremos y se absuelve al querellado (X) declarándose fundado el recurso de apelación.

4.1.14. Y también los fiscales

La querellante (X) denuncia al querellado (A) por el delito contra el honor, en su figura de difamación agravada.

Debido a que el día 25 de febrero de 2016, se publicó en el diario de propiedad de A una nota señalando que la querellante había sido *destituida* de sus funciones como fiscal, por serios cuestionamientos, dicha información refiere la querellante que afectó su honor e imagen además cuando postuló a un puesto de trabajo no fue considerada debido a ello.

La querellante afirma que su contrato de trabajo había *concluido*, que nunca fue destituida, afirmación que fue debidamente probada en la audiencia de juzgamiento.

El querellado al ser gerente de un medio de comunicación periodístico, toma conocimiento de los hechos a raíz de una carta notarial cursada por la querellante, y tomó las medidas correspondientes como amonestar al periodista que editó dicha nota y ordenó que se elimine la publicación de la página web, asimismo se realizó la aclaración al respecto.

Asimismo, de la declaración vertida por el autor de la nota, en calidad de testigo, afirmó que fue él quien redactó la nota mas no el querellado, y se basó en

la Resolución emitida por la entidad en la cual laboraba la querellante, sin embargo, asume haberse confundido al redactar los términos de destitución por conclusión.

La querellante no acreditó el *animus difamandi* del querellado por lo que fue absuelto, sin embargo, se deja a salvo el derecho de la querellante de subsumir el actuar del querellado como tercero civilmente responsable al ser el gerente del Diario F.

4.2. Sobre los resultados específicos

4.2.1. Datos generales

En cuanto al tipo de difamación se ha presentado los resultados que se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. Tipo de difamación

Difamación	
Simple	Agravada
8	7

Se analizó un total de 15 sentencias, de las cuales 8 fueron de difamación simple y 7 de difamación agravada.

Tabla 2. Nivel de sentencia

Nivel de sentencia	
Sentencia primera instancia	Sentencia de vista
11	4

En las sentencias de vista, se aprecia que se revoca la sentencia y se otorga la razón al apelante, como puede ser respecto si se efectivamente se vulneró o no el honor del querellante, otra sentencia versa sobre instituciones como la prescripción en el ámbito penal:

Expediente N°: 1029-2015-0-0601-SP-PE-03, de los hechos observados es importante referir que el querellado (X) apela la sentencia contenida en la Resolución N°8 de fecha 23 de agosto de 2016, que lo condenó por la comisión del delito de difamación a un año de pena privativa de la libertad con carácter de suspendida en su ejecución bajo determinadas reglas de conducta y el pago de S/. 3000.00 soles por concepto de reparación civil a favor del querellante (Y).

En cuanto a lo acaecido, se aprecia que el querellante (Y) debido a la confianza que depositó en su momento en el querellado (X) lo hizo partícipe de la compra-venta de un vehículo, que meses antes adquirió de la señora (A), cancelando un promedio del 90% del precio pactado, sin embargo a efectos de protegerse de los posibles daños materiales a su vehículo por parte de una tercera persona que le imputaba la paternidad de un supuesto hijo lo cual fue desvirtuado en el proceso a fin; le solicita al querellado que suscribiera a su favor el acta de transferencia vehicular que en un principio puso a su nombre, sin embargo, el querellado , cambió de actitud, y se llevó los documentos del vehículo.

El querellado, en su defensa le interpuso una denuncia de apropiación ilícita e hizo público mediante prensa escrita y radial.

El órgano jurisdiccional revisor considera que la conducta desplegada por el querellado (X) al divulgar los pormenores del proceso que viene afrontando con el querellante (Y), no ha sido con la intención de perjudicar el honor (Y), pues el caso concreto es la pugna entre ambos por la propiedad de un vehículo automotor.

Por ello, no se evidencia el *animus difamandi*, por lo que revocan la sentencia contenida en la Resolución N°8 de fecha 23 de agosto de 2016 en todos sus extremos y se absuelve al querellado (X) declarándose fundado el recurso de apelación.

Expediente: 548-2015-0-0601-JR-PE-02:

Al encontrarnos ante una sentencia de vista, es necesario referirnos brevemente a sentencia emitida en primera instancia, mediante la cual se absuelve a las querelladas (W, X, Y) de la presunta comisión del delito de difamación. La querellante (A) impugna dicha sentencia a fin de que sean las querelladas condenadas al pago de una reparación civil y la sanción penal correspondiente.

Pero es importante reparar en que nos hallamos ante un ilícito penal de ejecución instantánea; por lo que el plazo de la prescripción de la acción penal, iniciará su cómputo a partir del día en el que se consumó el delito.

En el presente caso el hecho imputado habría ocurrido el día 04 de noviembre de 2014, como se advierte de los medios probatorios actuados en primera instancia, en consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal, se inició el día 04 de marzo de 2014.

Posteriormente, debe considerarse que mediante la resolución número cuatro de fecha 09 de marzo de 2015, se produjo la interrupción del plazo de prescripción de la acción penal, pues constituye la primera actuación de la autoridad judicial.

A partir de ello se analiza si el plazo de prescripción ya ha operado o no.

Se tiene en cuenta lo estipulado en los artículos 80 y 83 del Código Penal, y se concluye:

El plazo ordinario de la prescripción de la acción penal es de dos años; y. el plazo extraordinario de la prescripción de la acción penal asciende a tres años, de ello se afirma que el plazo de prescripción de la presente causa: 03 años (plazo ordinario de la prescripción penal más una mitad del mismo)- venció el pasado 03 de noviembre de 2017.

En consecuencia, la acción penal en el presente caso ha prescrito, además es imposible acoger la pretensión impugnatoria planteada (Se condene a las querelladas); y al haberse verificado que la acción penal se ha extinguido debido a la prescripción de la misma, se archivó la presente causa y se dispuso la anulación de los antecedentes generados contra las querelladas (W, X, Y).

En la mayor parte de sentencias analizadas se absuelve al querellado, pues los medios probatorios presentados no logran desvirtuar el principio de presunción de inocencia, como se aprecia en la figura 1.

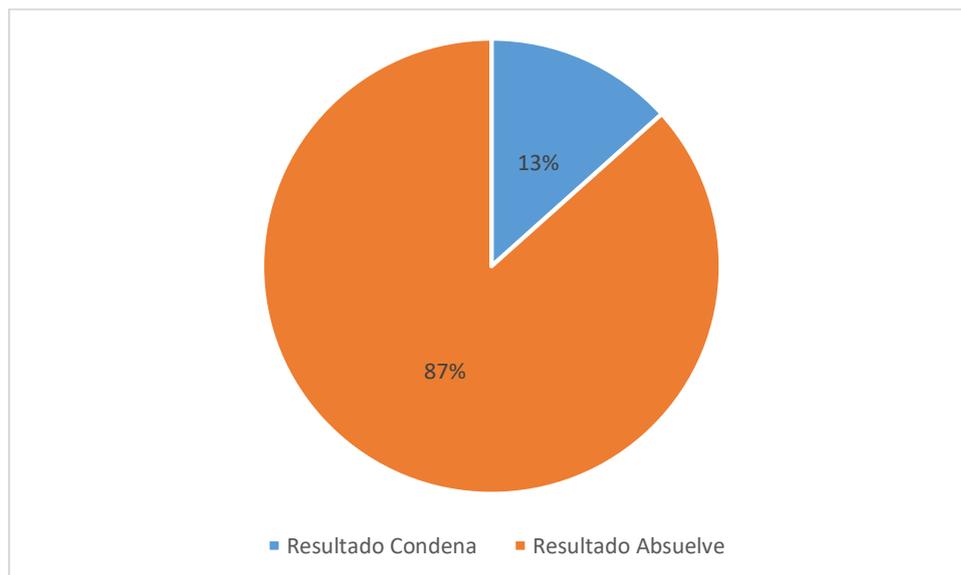


Figura 1. Resultados de la sentencia. Se ha extraído en dos, como condena y absolutorias. Las condenas son mínimas.

Expediente: 651-2017-0-0601-JR-PE-04, la querellante (E) refiere que la querellada (F) emitió un informe ante el jefe de Departamento de Medicina, imputándole conductas como: maltrato psicológico y discriminación, tratar mal a pacientes humildes y a otra persona del centro de labores.

La querellante afirma que el contenido del informe fue divulgado por la querellada, accionar que, a decir de (E), se afectó su honor.

En el desarrollo del proceso se concluye que nos encontramos ante una causal de atipicidad relativa, pues (F) está en su derecho de presentar un reclamo o queja cuando considere que se le está afectando sus derechos, lo cual ha seguido su trámite, sin haberse comprobado que las conductas atribuidas en dicho informe hayan sido difundidas por la querellada en un acto público frente a varias personas reunidas o separadas, por lo cual la conducta de la querellada no ha afectado el

honor de la querellante, consecuentemente no puede realizarse el juicio de tipicidad del tipo penal difamación, debido a la ausencia del ánimo de difamar, tampoco se podría adecuar la conducta al tipo penal de calumnia por la falta del elemento subjetivo y menos de injuria; en razón a lo señalado se absuelve a querellada (F).

4.2.2. *Datos específicos*

En este apartado, en específico se quiere saber la forma en que los jueces razonan y cómo evalúan la libertad de expresión, teniendo en cuenta que esta tendrá su contraparte que es el honor. Entonces, será necesario ver si el juez se pronuncia sobre la libertad de expresión, lo que se refleja en la tabla 3.

Tabla 3. Pronunciamiento del juez sobre la libertad de expresión

El juez se pronuncia sobre la libertad de expresión					
Sí	No				
3	12				
Necesidad de pronunciamiento sobre la libertad de expresión					
	<table border="1"> <thead> <tr> <th>Si</th> <th>No</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>8</td> <td>4</td> </tr> </tbody> </table>	Si	No	8	4
Si	No				
8	4				

Los resultados obtenidos reflejan que, aun cuando las sentencias abordan casos referentes a los delitos de difamación simple o agravada, el juez en la mayor parte de las sentencias analizadas, no se pronuncia sobre la libertad de expresión.

Esto ocurre a pesar de que resulta siendo necesario que se analice en mayor profundidad sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión y se contraste con el caso en concreto, a fin de verificar si hubo o no una vulneración en el ejercicio de este derecho y así determinar si con dicho actuar se afectó otros derechos como el honor, la imagen de la otra parte.

Ejemplo:

Expediente: 2118-2017-1-0601-JR-PE-02, La querellante (E) refiere que la querellada (X) a través de su celular, envió mensajes de *whatsapp* al también querellado (R) y (A), mediante los cuales se la califica con cualidades y conductas que han ofendido su honor y reputación de mujer.

La querellante (E) toma conocimiento de ello cuando le comunica su ex enamorado (Y) al enviarle las capturas de pantalla. Posteriormente (E), presenta un escrito de querrela complementaria, en el cual refiere que ha sido la querellada, quien ha difundido estas conversaciones por *whatsapp*.

Sin embargo, la testigo (L) desvirtúa que la querellada haya difundido los mensajes por *whatsapp*, ya que ella toma conocimiento de estos mensajes por una amiga (D) y a esta amiga le envió el mensaje otro amigo (T). Llegándose a probar únicamente la conversación sostenida por (X) y (R).

Posteriormente, no se llegó a probar que la querellada haya sido quien ha difundido las conversaciones por *whatsapp*.

De conformidad con los resultados bajo comentario, es importante que se haya hecho referencia a la libertad de expresión mediante la utilización de las redes sociales como Facebook, *whatsapp*, entre otras, debiendo realizar el juez

una mejor motivación al respecto como precisar criterios que está empleando para dilucidar la afectación o no del honor e imagen de la denunciante.

De los hechos expuestos por ambas partes se observa que el mensaje ha sido difundido y conocido por más de una persona, sin embargo, no se llegó a determinar quién inició la difusión de estos mensajes, y si a pesar de ello se afectó o no el honor de la querellante.

A fin de concluir, sobre el análisis de resultados se aprecia que en pocas sentencias se ha hecho referencia al derecho a la libertad de expresión, así, por ejemplo:

Expediente:425-2015-0-0601-JR-PE-02, se observa que la Sentencia emitida se subsumen los hechos denunciados con el tipo penal difamación agravada, art.132° tercer párrafo, el juez procede a realizar el análisis correspondiente, recurriendo a la doctrina penal, e indica que el honor es el bien jurídico tutelado en el ilícito penal de difamación; además resalta la importancia de la libertad de expresión e información y los presupuestos del ejercicio de este derecho que forma parte de los principios esenciales de un Estado Social y Democrático de Derecho.

En cuanto a características en las sentencias absolutorias, se puede apreciar que, de trece de ellas, solo en tres se trató de un funcionario, como se aprecia en la figura 2.

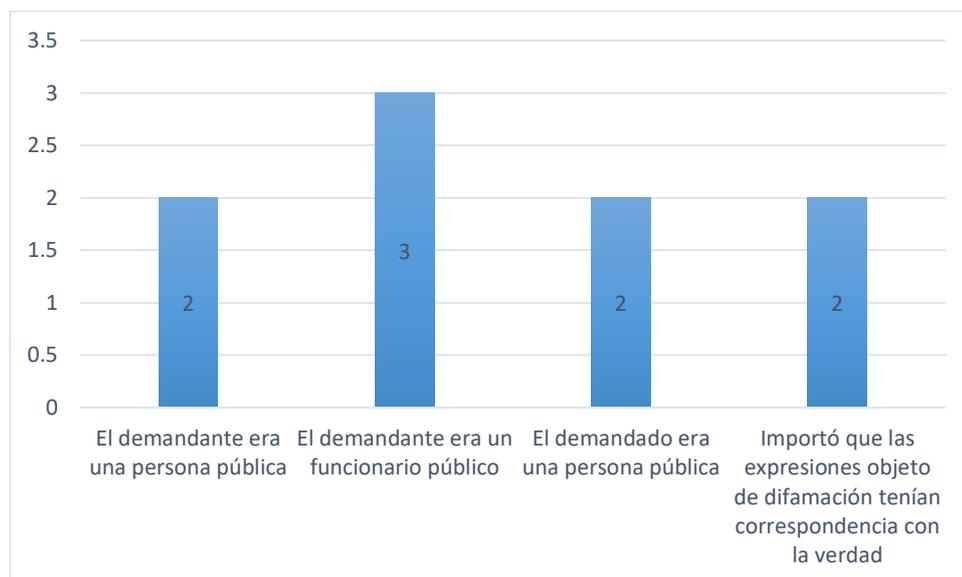


Figura 2. Frecuencias de características en sentencias absolutorias.

La mayor parte de sentencias absolutorias se orienta por la aplicación de la presunción de inocencia, motivo por el cual el demandante puede alegar que la otra parte realizó determinadas afirmaciones en su denuncia presentada, sin embargo, al no acreditar de forma idónea los hechos afirmados en el desarrollo del proceso, el magistrado aplica la presunción indicada.

Expediente N°0004-2016-0-0601-JR-PE-02, La querellante (Y) atribuye a los querellados (F y S), la comisión del delito contra el honor en sus modalidades de injuria y difamación, derivado del hecho ocurrido el 29 de octubre de 2005, en circunstancias que la querellante se encontraba en las instalaciones del Instituto Superior Pedagógico “AAAAAAA” se enteró de la existencia de rumores que se venían propalando- entre los docentes y alumnos- por los querellados dos semanas atrás, referidos a que la querellante y el profesor (X) habrían sido sorprendidos besándose en un aula y en el patio de la institución educativa.

La querellante (Y) ante tal situación, fue en busca del querellado (F) procedió a exigirle las explicaciones del caso, ante lo cual (F) le respondió: “la he visto besándose en el aula con un profesor... estuvo besándose en el patio de la institución”, afirmación que resquebrajó el honor y prestigio de la querellante, así como de (X).

Sin embargo, dicha afirmación no fue debidamente probada, puesto que los testigos que acudieron a brindar su declaración afirmaron no haber presenciado el momento en el cual el director del instituto expresó lo que indica la querellante, puesto que indicaron solo lo que ella les refirió.

En el desarrollo del proceso, el juez aprecia que entre los sujetos del proceso e incluidos los testigos, existe muestras de encono, lo cual genera bastante subjetividad, además refiere que al no haberse configurado el delito denunciado en cuanto a que no ha sido divulgado ante más de una persona, sino que la querellante fue quien contó al personal docente y/o testigos que presenta en audiencia, en consecuencia, se concluye el proceso con la absolución de los querellados (F, S).

De la sentencia analizada podemos concluir que existe la posibilidad de que fueran ciertas las afirmaciones señaladas por la querellante, sin embargo, no logra demostrar que dichas expresiones fueron divulgadas ante la presencia de más personas, es decir no solo frente a los querellados, además por percatarse el Juez de la existencia de rivalidades entre las partes, consideró a bien aplicar el principio de presunción de inocencia.

En cuanto a las sentencias condenatorias, solo se encontraron dos de ellas, y en estas se pudo encontrar los resultados que se muestran en la figura 3.

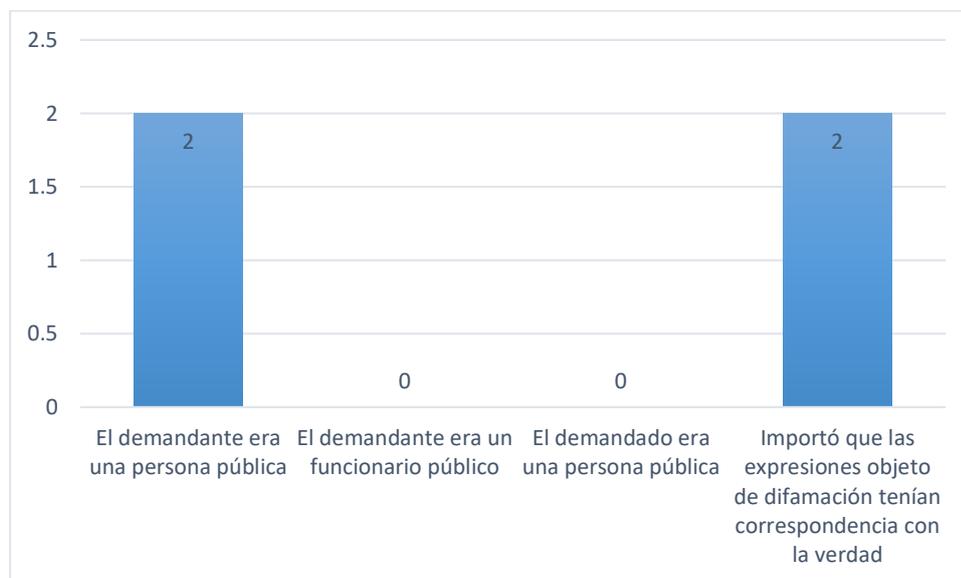


Figura 3. Frecuencias de características en sentencias condenatorias.

En este caso se puede notar que para la existencia de una condena existe una correspondencia de las expresiones objeto de difamación con la verdad, y también que el demandante era una persona pública.

De los resultados obtenidos el principal criterio para la condena es que sí importó que las expresiones objeto de difamación guarden correspondencia con la verdad, es decir, que el querellante logre acreditar de forma eficaz los elementos del tipo penal. Por ejemplo

Expediente N°1450-2016: El querellante (X) en su condición de empresario, político y excandidato a la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Cajamarca, propuso la creación de un parque industrial, propuesta que fue

publicada por un periodista (Y) en su Facebook, posteriormente el querellado (A) realizó un comentario al respecto, cuyo contenido era de carácter vejatorio.

En el desarrollo de la audiencia de juicio oral se probó indubitablemente que el querellado lo difamó además se acreditó el animus con que procedió a insultar y difamar empleando las redes sociales irrogando inevitablemente graves daños al querellante.

La conducta desplegada se subsume en el artículo 132° del Código Penal, por ello fue condenado como autor del delito de difamación agravada.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

1. Los jueces penales del Distrito de Cajamarca, en el periodo 2014 al 2018, no se han preocupado por realizar una evaluación detallada sobre la ponderación entre la libertad de expresión y el honor en los delitos de difamación. A pesar de ello siempre se prefiere la libertad de expresión frente al honor del sujeto pasivo, cuando se trate de funcionario público.
2. La libertad de expresión, desde el punto de vista jurídico-filosófico, ha sido objeto de un sin número de debates desde tiempos antiguos. La tendencia actual es propugnar su protección como tal, lo que significa que sus únicos límites son el honor de las personas involucradas.
3. En nuestro país aún existen delitos contra el honor, aunque su “persecución” es de índole privada, el legislador ha creído conveniente conservarlo como un delito que pueda merecer la pena privativa de cárcel.
4. Aunque los jueces penales del distrito de Cajamarca, en el período 2014 al 2018, no se detienen a analizar la ponderación entre libertad de expresión y el honor, se aprecia que prefieren a la primera cuando se trata de funcionario público, pues en los tres casos encontrados, cuando el demandante era funcionario público, la sentencia concluyó absolviendo al demandado.

Recomendaciones

1. Se recomienda profundizar los estudios en cuanto a la caracterización de los elementos en comunes que tienen todos estos delitos contra el honor. Es decir: ¿Cuál es la conducta que es considerada como la de mayor persecución privada? ¿Cuál es la conducta mayormente sancionada? ¿Cuáles son los argumentos que han sido tomados en cuenta por los jueces? Para responder a todas estas preguntas debe ampliarse el periodo espacio-temporal de lo que se hizo en esta tesis.
2. Estudiar sobre la situación de los medios de prensa en lugares alejados, su relación con el poder y el uso de este tipo de delitos.

REFERENCIAS

Botero, C; Guzmán, F.; Jaramillo, S. y Gómez, S. (2017). *El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado para jueces y operadores jurídicos en las Américas. Guía curricular y materiales de estudio. Bogotá-Colombia: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, de justicia*. Recuperado de: <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>

Castillo Córdova, L. (2016). *Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información. (Tesis de maestría)*. Universidad de Piura, Piura. Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/7965/Tesis%20Maestr%C3%ADaX%20-%20Pepe%20J.%20V%C3%A1squez%20Cabanillas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Climent, J. (2016). *Análisis de los orígenes de la libertad de expresión como explicación de su actual configuración como garantía institucional*. [*Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*](#). Recuperado de: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572016000200011

Defensoría del Pueblo. (octubre, 2000). *Situación de la libertad de expresión en el Perú. Setiembre 1996- Setiembre 2000. (N°48)* Recuperado de: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf

Defensoría del Pueblo. 2016. *Informe de adjuntía N°03-2016-DP/AAC*.

Disponible en:

<https://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2016/IA-003-2016-DP-AAC.pdf>

Espinoza, J. (2015). *El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad religiosa ¿existe un derecho a blasfemar? a propósito del caso de la revista Charlie Hebdo*. Recuperado de:

revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/717

Exp. N° 22-2008. Recuperada de:

<https://lawiuris.files.wordpress.com/2008/10/sentencia-efectiva-magaly-medina.pdf>

Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Recuperada de:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

Fernández, J.J. (2002). *En torno a las nuevas dimensiones de la libertad de expresión ante el fenómeno de Internet. Pensamiento Constitucional*.

Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3276/3117>

González, L. (2012). *La libertad en parte del pensamiento filosófico*

constitucional. Cuestiones Constitucionales. Recuperado de:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932012000200005#nota

Huaccha, J.C. (2011). *Libertad de expresión: Información veraz, doctrina de la real malicia y el secreto profesional del comunicador social*. Piura-Perú: Gráfica y Servicios San Martín SRL.

Huerta, L. (2010). *Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio*. *Pensamiento Constitucional*. Recuperado de: revistas.pucp.edu.pe › Inicio › Vol. 14, Núm. 14 (2010)

Jurisprudencia actualizada y relevante de delitos contra el honor. Recuperado de: <https://legis.pe/jurisprudencia-actualizada-relevante-delitos-contrahonor/>

Mendocilla, E. (2017). *La protección jurídica del derecho al honor en la Corte Superior de Justicia de La Libertad (2014-2016)*. (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad. Recuperado de: http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/8247/MendocillaUlloa_E.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Palomino, W. (2011). Análisis del Concepto de Honor y de los Delitos de Injuria y Difamación: ¿Será Cierto que el Derecho Penal es la Vía Adecuada para su Tutela?. *Derecho y Sociedad*. N°37. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13183/13796>

Peña Cabrera, A. (2010). *Derecho penal. Parte especial*. Lima, Perú: Editorial Moreno S.A.

Praeli, J. (2003). Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Ius Et Veritas* 27. Recuperado de:
revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/16262/16678

R. N. 1358-2018, Recuperado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ac4f730048e57346aa75ee0375cdf40c/SPP-RA-1358-2018-LIMA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ac4f730048e57346aa75ee0375cdf40c>

Sánchez Muñoz, M. del C. (2014). *Aplicación de la exención de la pena en la ciudad de Cajamarca del distrito judicial de Cajamarca, durante el periodo 2010-2013*. (Tesis de título), Universidad Nacional de Cajamarca Recuperada de <http://repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/332>

Vásquez, P. J. (2016). *Los delitos contra el honor y la tutela del derecho a la vida privada de las personas*. (Tesis de maestría). Universidad Nacional de Trujillo, La Libertad. Recuperado de:
dspace.unitru.edu.pe/.../Tesis%20MaestríaX%20-%20Pepe%20J.%20Vásquez%20Cabani...

Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho penal. Parte especial*. Lima: Grijley

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley

5. Anexos

Anexo 1: Criterios de los jueces sobre delitos contra el honor

- **Delitos contra el honor personal y derecho a la libertad de expresión e información [Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116]**

Fundamento destacado: 8. La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión -manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información -imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho-principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación, valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado. [ESTE ACUERDO SE PUEDE OBSERVAR ÍNTEGRAMENTE AL FINAL DE ESTE DOCUMENTO]

- **Derecho al honor vs. libertad de expresión (caso Rafo León) [R.N. 2780-2016, Lima]**

Sumilla: En los delitos contra el honor, a efectos de solucionar los efectos de solucionar los problemas que existen cuando se presenta un conflicto entre los derechos al honor y a la libertad de expresión, se establece que ambos gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro.

• **Difamación: responsabilidad de los periodistas en un «reportaje neutral»** [R.N. 1281-2010, Lima]

Fundamento destacado.- Cuarto: Que de la evaluación de los medios probatorios que obran en autos no se advierte que los querellados hayan actuado con animus injurandi en su condición de directivos del citado programa periodístico, en tanto que fue el periodista Adrianzén Gonzáles -cuya imagen aparece en dichos reportajes-, quien realizó una denuncia tras sindicar al querellante como uno de los autores del atentado realizado en su contra, y quien será parte de una red de terror, por lo que estamos frente a un reportaje neutral; que, en tal sentido, el Acuerdo Plenario número tres – dos mil seis / CJ – ciento dieciséis, estableció que para los supuestos de reportaje neutral no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona -debidamente identificada- que lo proporciona -a éste se le exige la veracidad de lo expresado-, siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determine quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase.

• **Difamación: ¿qué es el «animus retorquendi»?** [R.N. 3912-2009, Lima]

Fundamento destacado: Tercero. Que no está en discusión la realidad de las frases que profirió el imputado contra el agraviado –cuyo contenido ofensivo es incuestionable–, sino si en paridad pueden calificarse como expresión de una legítima defensa. (...) Además, no puede responderse a la crítica negativa o la descalificación personal con un atentado al honor de quien aparece como responsable del reportaje televisivo.

El denominado ius retorquendi -que se da cuando una persona difamada responde a quien previamente la ofendió mediante otro atentado a su honor no constituye una modalidad específica de legítima defensa, pues, en realidad, cuando se ejercita la retorsión esta ya no es actual ni inminente en relación a la agresión ilegítima, que debe haber cesado con anterioridad. Por lo demás, el animus retorquendi no relega el animus injuriandi ya que, en todo caso, el segundo nuevo atentado al honor se habría perpetrado con idéntico ánimo de difamar que el primero.

En consecuencia, si bien el querellante se refirió negativamente al imputado desvalorándolo ante la opinión pública, la respuesta del primero en modo alguno puede significar la tolerancia, disculpa y exculpación a las ofensas que desproporcionadamente profirió contra el agraviado. La antijuridicidad y culpabilidad de su conducta, incurra en el tipo legal de difamación agravada, es evidente. El recurso defensivo debe ser desestimado.

- **Se configura difamación por medio de prensa en agravio de alcalde, por ser expresiones que no inciden en la esfera pública de su actividad [R.N. 5358-2006, Ayacucho]**

Fundamento destacado.- Tercero: Que si bien el querellante es un personaje público (Alcalde Provincial), las expresiones publicadas contra él (matoncito de poca monta, enano erótico o bruto por naturaleza) no inciden en la esfera pública de su actividad, carecen de interés público y tampoco importan una crítica política (justificada en virtud a los principios del pluralismo democrático); que se trata de frases objetivamente injuriosas e insultos vejatorios, que están desconectadas de una finalidad crítica o informativa, y son innecesarias para expresar un pensamiento o idea en ese sentido.

- **¿Cómo probar el delito de difamación agravada cometida por medios de comunicación? [R.N. 2436-2011, Ucayali]**

Fundamento destacado: 4. Conforme al tercer y último párrafo del artículo ciento treinta y dos del Código Penal, la difamación se torna agravada por el medio empleado cuando el agente actúa haciendo uso de medio de comunicación social (vg. radio) para atribuir un hecho, cualidad, o conducta que pueda perjudicar al honor del aludido. Tal agravante, según precisa SALINAS SICCHA se explica en que al difamarse a una persona haciendo uso de dicho medio, aquél tiene un mayor e inmediato alcance, y, por tanto, la desestimación o reprobación al ofendido será conocida por un mayor número de personas. Es decir, un número incalculable de personas conocerían los hechos, cualidades o conductas injuriosas, ocasionando un enorme daño a la reputación o fama de la víctima. Por ende, la magnitud del perjuicio personal que puede ocasionar al difamado, es lo que al final de cuentas pesa para tener como agravante el uso de los medios de comunicación social masivo.

5. Así, establecido en qué se funda el mayor injusto de los delitos de difamación agravada, cometidos a través de medios de comunicación, dada su estructura típica, la prueba requerida para crear certeza respecto de la responsabilidad penal del querellado -en todos los casos- versará necesariamente sobre los siguientes puntos:

I) La atribución a una persona de un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación del querellante, es decir, la existencia de las afirmaciones o comentarios difamatorios.

II) La identificación plena del querellado como el agente difamante, es decir como el autor de las afirmaciones o comentarios difamatorios.

III) La determinación inequívoca del medio de comunicación social específico empleado por el agente para la comisión del delito.

IV) La forma y demás circunstancias en que se efectuó la difusión de las afirmaciones difamantes a través del medio de comunicación social, en especial, la fecha exacta en que tuvo lugar.

V) El dolo de dañar el honor y la reputación del querellante.

• **Difamación: frases ofensivas deben dirigirse a la persona en particular y no de forma genérica [R.N. 3517-2008, Ancash]**

Fundamento destacado.- Quinto: Que, como ya se tiene dicho, el tipo penal de difamación requiere necesariamente que las frases reputadas como ofensivas se dirijan a una persona en particular –que puede ser natural o jurídica, pues estas últimas también tienen derecho al honor en su aspecto objetivo, es decir, gozan de reputación, tal como ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número novecientos cinco – dos mil uno-AA-TC, del catorce de agosto de dos mil dos, asunto: Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín–, pues de lo contrario no puede entenderse una afectación al bien jurídico protegido al tratarse de un derecho personalísimo; que, en el presente caso, el querellante al proferir las frases cuestionadas de manera genérica, sin referirse directamente al querellante País Hurtado o a la asociación que representa –tampoco se puede inferir del contexto en que se dijeron que se dirigieron a sus afiliados–, no permite concluir que las expresiones que profirió el encausado se subsuman en el referido tipo penal, ante la imposibilidad de determinar al sujeto pasivo de la acción, sin que ello signifique que las personas que se sientan aludidas o afectadas, puedan ejercer sus derechos en la vía civil correspondiente.

• **Elementos para la configuración del delito de difamación por medio de prensa [R.N. 3680-2010, Lima]**

Fundamento destacado: Tercero: Que, a manera de introducción para que se configure el delito de difamación agravada -por medio de prensa- previsto en el último párrafo del artículo ciento treinta y dos del Código Penal, tienen que concurrir los siguientes elementos:

I) la imputación de un hecho, cualidad o conducta que pudiera perjudicar el honor o la reputación de una persona,

II) la difusión o propalación de dicha imputación a través de un medio de prensa, capaz de llegar a una gran cantidad de personas, y,

III) que exista intención de vulnerar y maltratar el honor del querellante mediante las aseveraciones descritas precedentemente sin que haya realizado alguna labor de investigación sobre los hechos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado el “ánimus difamandi”.

Constituyendo otra circunstancia agravante, conforme lo estipula el segundo párrafo de este mismo articulado, cuando la difamación se refiere a hechos previstos en el artículo ciento treinta y uno de la aludida norma sustantiva; esto es, cuando el agente, con la única finalidad de lesionar el honor, definido como el derecho a ser respetado por los demás por el simple hecho de constituir un ser racional dotado de dignidad personal, le atribuye, inculpa, achaca o imputa a su víctima, la comisión de un hecho delictuoso que es falso; en este sentido, el delito de calumnia se encuentra subsumido como una circunstancia agravante del tipo penal de difamación, por lo que el Colegiado Superior deberá determinar si existe un aparente concurso de delitos, previo traslado a las partes para que informen al respecto.

• Difamación agravada: Condena por publicación en página web de empresa [R.N. 1700-2017, Lima]

Sumilla: El bien jurídico protegido, es el honor entendido como el valor que otros realizan de nuestra personalidad ético-social, representado por la apreciación o estimación de nuestros valores y cualidades morales, debiendo estar valorada dentro del contexto situacional en el que se ubica el sujeto activo como el sujeto pasivo.

- **Anulan sentencia de difamación agravada por falta de análisis del «animus difamandi» [Exp. 5454-15]**

Fundamento destacado: Sétimo.- Que, haciendo el análisis de la sentencia recurrida, se tiene que la A quo ha incurrido en la causal de motivación insuficiente, en razón que evaluó las pruebas sobre el hecho denunciado, encuadrando la conducta del imputado dentro del tipo penal previsto en la parte pertinente del artículo 132° del Código Penal -difamación agravada- empero no hizo la valoración en cuanto a la tipicidad subjetiva; es decir no se analizó el dolo con que hubiese actuado el sentenciado, aún más si la naturaleza del delito imputado es un delito que tiene como bien jurídico protegido el honor de la persona humana y como lo es en los delitos de difamación se precisa del elemento fundamental que en la doctrina penal se denomina “animus difamadi” por parte del encausado, esto es que tenga la voluntad específica de lesionar el honor de la agraviada; extremo que no fue evaluado por la A quo en la sentencia recurrida que condenó al recurrente.

Anexo 2. Hoja de recojo de datos Delito de Difamación

N° de expediente: _____

1. Difamación:
Simple () Agravada ()

2. Nivel de sentencia:
Sentencia primera instancia () Sentencia de vista ()

3. Resultado:
Condena () Absuelva ()

4. Breve descripción de los hechos:

.....
.....
.....
.....
.....

5. El juez se pronuncia sobre la libertad de expresión: Sí () No ()
a. En caso de ser afirmativa la respuesta, responder: ¿Cómo se pronuncia sobre la libertad de expresión?
b. En caso de ser negativa la respuesta, responder: ¿Fue necesario que se pronuncie sobre la libertad de expresión? Sí () No ()
¿Por qué?

6. ¿Cuál es el principal criterio para la absolución?
a. El demandante era una persona pública: Sí () No ()
b. El demandante era un funcionario público: Sí () No ()
c. El demandado era una persona pública: Sí () No ()
d. Importó que las expresiones objeto de difamación tenían correspondencia con la verdad: Sí () No ()

7. ¿Cuál es el principal criterio para la condenación?
a. El demandante era una persona pública: sí () No ()
b. El demandante era un funcionario público: sí () No ()
c. El demandado era una persona pública: Sí () No ()
d. Importó que las expresiones objeto de difamación tenían correspondencia con la verdad: Sí () No ()