

Problemática Penal del Honor y de las Libertades de Información y de expresión ¿Libertad de Información o libertinaje informativo

JULIO RODRIGUEZ DELGADO¹

Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Estos últimos meses, la prensa ha sido noticia, debido a la gran cantidad de querellas interpuestas por diversos personajes públicos contra periodistas, tanto de la prensa escrita como de la prensa televisiva. No obstante, estos últimos son los que han generado mayor publicidad y expectativa social. Además, de los escándalos de corrupción que han quedado grabados en videos, y transmitidos por diversos medios de comunicación social.

La utilización del Derecho penal para solucionar los atentados contra el Honor es una novedad en términos aplicativos, pues desde la entrada en vigencia del Código Penal de 1991, existía tal posibilidad, incluso en el Código Penal de 1924 ya se preveía un capítulo para delitos contra el honor. Lo que ha sucedido estos últimos años es parte de una creciente importancia que han tomado las comunicaciones en nuestra vida cotidiana. Incluso el empleo de la Internet puede ser considerado como un medio de comunicación social idóneo para la comisión de delitos contra el honor.

Sin embargo, el empleo de las querellas en estos días ha generado un gran alboroto en la prensa nacional. Incluso se señala que un artista o político que se preste de tener mucha popularidad, alguna vez tendría que haber sido querellado.

El presente trabajo busca profundizar en algunos aspectos ligados a la comisión de delitos mediante el uso de los medios de comunicación social. Sin embargo, se buscará esclarecer algunos conceptos de los tipos penales que se requieren para la perpetración de las citadas conductas, aunque no se utilicen los citados medios.

Adicionalmente, se debe resaltar que existe un interés cada vez más creciente de la prensa por la noticia criminal, la misma que ocupa un lugar preferente en los demás medios. A ello tiene que sumarse, la influencia que ejerce la prensa en el órgano encargado de la administración de justicia². Esta influencia llega a niveles de prejuizgamiento por parte de los medios de comunicación, que determinan con anterioridad al juicio

1 Abogado de la PUCP, Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (U. de Barcelona), Doctor en Derecho Penal y Ciencias Penales (U. de Barcelona), Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2 Esta afirmación no puedo verificarla, aunque su grado de verdad parece ser aceptado de forma general. De la misma opinión se puede consultar Fabricio GUARIGLIA, Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad, en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Editorial del Puerto, Buenos Aires 1997, página 89.

si una persona es culpable o no. Nadie desconoce la necesidad de que el principio de publicidad³ sea respetado en un sistema democrático de gobierno, para fiscalizar la labor que realizan Jueces y Fiscales⁴. No obstante, esta apertura del proceso penal a la prensa como garantía política que impide la realización de un proceso secreto –históricamente arbitrario– genera una serie de conflictos.

En algunos casos, los medios de comunicación social quebrantan la reserva del proceso (lo que se conoce también como el secreto del sumario), pues con el secreto sumarial se persigue una segura represión del delito, lo que en buena cuenta implica una restricción a la libertad de información, “pero esta limitación sólo puede aceptarse en la medida en que lo que se quiere difundir haya sido obtenido ilegítimamente, quebrantando el secreto mismo del sumario, pero tal figura no autoriza a excluir de la libertad de información elementos de la realidad social, sucesos singulares o hechos colectivos con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias judiciales.”⁵ En buena cuenta, lo que es innegable es el derecho de la colectividad a estar informada sobre los aspectos generales de un proceso penal, siempre y cuando no entorpezcan la investigación, ni comprendan la difusión de material obtenida de forma ilícita.

Los juicios cada vez son más publicitados, y estos encierran en si mismos una fuente –al parecer

inagotable– de problemas jurídicos. A manera de ejemplo, suelen ser dos los derechos que chocan en este dilema; de un lado el derecho a la libertad de información de los profesionales del periodismo, y, de otro el derecho al Honor de todo ser humano que vive en sociedad y que resulta imputado en uno de estos juicios⁶. El problema se centra en determinar cuál de los dos debe primar, y las razones para ello. En el presente trabajo, se intentará dar algunos alcances para precisar los límites de los derechos vinculados a la información y a la libertad de expresión⁷.

I. Bien Jurídico Penalmente Protegido

En estos delitos se protege el Honor. Es indiscutible, que por su ubicación sistemática en el Capítulo Único del Título II del Libro Segundo del Código Penal, el honor resulta el bien jurídico penalmente protegido. La relevancia penal del honor va a estar dada en atención sólo a las efectivas consecuencias disfuncionales del hecho típico para un sistema social determinado⁸.

El honor tiene dos acepciones, el aspecto objetivo o perspectiva normativa (reputación) y el aspecto subjetivo o perspectiva fáctica (auto estima)⁹. El Derecho penal no puede proteger una perspectiva fáctica dado que imposibilitaría darle una valoración en términos normativos. Además, se debe tener presente que no se está protegiendo la dignidad de la persona, pues esto es

3 Parece ser que la única posibilidad de que el principio de publicidad sea realmente eficaz, es que co-exista con proceso penal donde prime la oralidad. El proceso escrito (característica más generalizada en el procedimiento sumario), vulnera la oralidad y le resta, en gran medida, vigencia al principio de publicidad en nuestro sistema procesal.

4 Tomado de Aurelia María ROMERO COLOMA, Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia, Editorial Civitas, Madrid 2000, página 18.

5 ROMERO COLOMA, Aurelia María, ob. cit., 2000, página 31.

6 Más información en ROMERO COLOMA, Aurelia María, ob. cit., 2000, página 13.

7 Estos últimos días el Perú ha sido testigo de unos cambios políticos trascendentales, de unas libertades de prensa e información que estaban parcialmente maniatadas, se ha pasado a una liberación de los medios de comunicación social (el parangón lo constituye la devolución de Frecuencia Latina a Ivcher).

8 En el mismo sentido se puede consultar Alfonso CARDENAL MURILLO-José L. SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Protección Penal del Honor, Editorial Civitas, Madrid 1993, página 22.

9 Igual opinión se encuentra en Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES-María del Carmen GARCÍA CANTIZANO, Manual de Derecho Penal: Parte Especial, 4ª Edición, Editorial San Marcos, Lima 1998, página 135. En sentido similar ver Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ, Derecho Penal Español: Parte Especial, 3ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona 1996, página 222, en donde el autor incluso enfatiza que el honor no es una realidad material apreciable directamente por los sentidos, sino que le es asignada a una persona tras una valoración.

inherente a su condición de ser humano¹⁰. Ambas concepciones no priman de manera absoluta, siendo ambas por sí mismas insostenibles¹¹.

Por ello se dice, que el honor penalmente protegido es “la pretensión de que a su titular se le reconozca las características necesarias para poder participar en la vida de relación social que le sea propia.”¹² Ello implica que sólo podrá vulnerarse el bien jurídico en aquellos casos en que se quiebre la citada pretensión; en otras palabras, si se lesiona la capacidad que una persona tiene de participar en las relaciones sociales¹³. Estas relaciones sociales deben ser entendidas de forma amplia, lo cual implica que se deberá tener presente los diversos aspectos en los cuales el ser humano se relaciona, es decir, en el plano laboral, amical, personal, profesional, familiar, entre otros¹⁴. Esto debe ser concordado con lo estipulado en el artículo 2º, inciso 7 de la Constitución Política del Estado¹⁵, en donde se le otorga un lugar preferente en el orden jerárquico de protección a manos del Derecho

penal. Esto indiscutiblemente lleva a formar un concepto de honor eminentemente normativo¹⁶, desubjetivizándolo, esto es, para no utilizar el Derecho penal de forma subjetiva y movido por intereses personales y desleales¹⁷.

El honor por ende es uno sólo, no puede haber diversos tipos de honor, ya que ello atentaría contra el principio de igualdad recogido en el inciso 2 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado. En este orden de ideas, se puede afirmar de forma categórica que el honor de una prostituta y el honor del presidente de la república son lo mismo, no hay un honor mayor o menor¹⁸. Todo sujeto por el hecho de participar en la vida social tiene honor, pues ello le garantiza su posición actuante frente a los demás, que ha de ser de la misma calidad que la de cualquier otro miembro de la relación social¹⁹.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que los colectivos (instituciones públicas o privadas) no pueden

- 10 Opinión favorable se puede ver en QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 223. En sentido contrario se puede consultar CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., Curso de Derecho Penal Español: Parte especial, Tomo I, Editorial Marcial Pons, Madrid 1996, página 464; también se puede ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Manual de Derecho Penal: Parte Especial –Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil-, Editorial Ramón Areces, 3ª Edición, Madrid 1995, páginas 278 y 286, quien establece que el honor como bien jurídico objeto de tutela por el Derecho penal cada vez esta más cerca de los conceptos de dignidad y respeto humano, y por ende los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona en sus materializaciones mínimas de autoestima y fama (heteroestima); en la misma línea de pensamiento ver VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, Derecho Penal: Parte Especial, Editorial Tirant lo blanch, Valencia 1999, página 310, quienes señalan que desde una concepción jurídica de honor, este es la esencia misma de la dignidad humana. Además, se puede consultar CARDENAL MURILLO, Alfonso-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., ob. cit., 1993, página 39, quienes señalan que el bien jurídico honor emana de dos consideraciones distintas -honor interno o autoestima y honor externo o heteroestima-, pero ambas tienen su génesis en el concepto de dignidad humana. Debe señalarse que el hacer la equivalencia o dependencia del bien jurídico honor del concepto de dignidad humana, lleva consigo no sólo restarle su funcionalidad dinámica en el sistema social, sino adicionalmente implica convertir el honor en sinónimo de dignidad humana, concepto éste último mucho más amplio que el primero y que es parte inherente de la condición de ser humano.
- 11 De la misma opinión CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., ob. cit., 1996, página 464; también de la misma opinión se puede ver JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, 2ª Edición, Editorial Ariel, Barcelona 1991, página 142, quien señala que el concepto de honor debe recoger una perspectiva normativo-fáctica, sobre la base de valores ético-sociales de actuación.
- 12 QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 223.
- 13 En sentido exactamente igual se puede consultar BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 142, quien señala que el honor es un concepto que esta ligado eminentemente a un sentido de participación, y que cobra importancia cuando los sujetos tienen capacidad para actuar en sociedad, es decir, que poseen necesariamente una posición en la relación social y en el desarrollo de sus actividades (desarrollo participativo). También de la misma opinión CARDENAL MURILLO, Alfonso-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., ob. cit., 1993, página 24, en donde señalan que el honor esta vinculado a concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.
- 14 Siempre y cuando las relaciones sociales que se vean perjudicadas sean, no sólo socialmente aceptadas, sino además, que se trate de relaciones sociales lícitas (jurídicamente permitidas o reconocidas). De lo contrario, se podría decir que al sicario que se le atribuye el arrepentimiento de matar a una persona, tendría la vía libre para iniciar un proceso penal, pues en su esfera de relaciones “profesionales” su honor ha sido vulnerado con tal afirmación. Verbigracia, al terrorista que se le llama “cobarde” por no hacer detonar una bomba, entre otros supuestos. Opinión similar se puede encontrar en Carlos CREUS, Derecho Penal: Parte Especial, Tomo I, Editorial Astrea, 6ª Edición, Buenos Aires 1997, página 125, quien refiere que el honor tiene que ser entendido en el ámbito de desarrollo social del individuo.
- 15 Es importante señalar que en el citado artículo de la Constitución, así como en el artículo 132º del Código Penal, parece ser que se buscara proteger la buena reputación, lo cual implicaría una abierta lesión al derecho a la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, pues aquellas personas que por diversos motivos sean objeto de una censura social, no tendrían derecho al honor y a la buena reputación. Estoy pensando en el caso de las prostitutas (censura moral), personas sentenciadas por un delito (censura criminal), políticos que cambian de partido con el cambio de gobernante (censura política), entre otros. Sin embargo, como todos son seres humanos, tienen derecho a relacionarse socialmente de la manera que lo crean conveniente, y ello no puede restarles “honor” frente a los demás.
- 16 Opinión similar se encuentra en QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 231.
- 17 No obstante, este concepto de honor no evita que sea considerado en cierta medida vago o difuso. El honor debe ser entendido dentro del marco condicionado por la sociedad, lo cual lo convierte en un bien jurídico relativo, cambiante, circunstancial y versátil. Ello evidencia su complejidad, pluridimensionalidad y lo contradictorio que puede ser. Opinión similar se encuentra en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 286.
- 18 Opinión exactamente igual se puede encontrar en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 142.
- 19 Tomado de BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 142.

ser sujeto pasivo de una conducta ilícita contra el honor. Más aún se debe resaltar que el bien jurídico implica la capacidad de desenvolverse en relaciones sociales propias del individuo, y dichos colectivos no pueden ser atacados en un bien jurídico que se considera personalísimo²⁰. Se discute mucho en doctrina, si la persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito contra el honor. En doctrina española las opiniones se encuentran divididas, mas no en jurisprudencia del país ibérico, pues allí si hay una posición favorable y se ha establecido que las personas jurídicas si pueden ser afectadas en su reputación societaria²¹.

Teniendo en cuenta que el honor es un bien jurídico personalísimo, y que por ello su titular puede disponer de él como crea conveniente se pueden presentar problemas sobre su disponibilidad, máxime si la tramitación de los delitos contra el honor es a instancia de parte por el propio perjudicado²². No obstante, los problemas se presentan en aquellos casos, en que existe colisión con bienes jurídicos

como el Derecho a la información, la libertad de opinión o la intimidad²³, derechos distintos al honor²⁴, con los que muchas veces se produce un conflicto. En esos supuestos, resulta indispensable valorar si existe consentimiento válidamente emitido, ya sea de forma expresa o tácita para que opere como una causa de justificación²⁵.

En este orden de ideas, en cuanto se trata de un bien jurídico disponible²⁶, se comete el error de pensar que todo ataque al honor constituye un injusto penal. El Derecho penal debe sancionar sólo aquellas conductas que revisten gravedad, pues no todos los bienes jurídicos

requieren protección jurídico-penal, el Estado debe intentar proteger los bienes jurídicos con otros instrumentos (menos lesivos) del sistema jurídico. Ello implica, que se busque el grado de prevención imprescindible, a un costo social mínimo. “Entra en juego

“ El honor por ende es uno sólo, no puede haber diversos tipos de honor...”

así el “principio de subsidiariedad”, según el cual el Derecho penal ha de ser ultima ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros medios lesivos. El llamado

20 Tomado de CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., ob. cit., 1996, página 465, en donde se señala que el honor es un bien jurídico íntimamente conectado y ligado a la personalidad del individuo.

21 La sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional Español estableció que las personas jurídicas no pueden ser excluidas de la protección penal del honor. Tomado de CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., ob. cit., 1996, página 477, con lo cual se aparta de anteriores posturas jurisprudenciales (verbigracia Sentencia del Tribunal Constitucional Español 107/1988, en donde se señalaba que el honor tiene un significado personalista, referido a personas individualmente consideradas); en el mismo sentido consultar, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, páginas 228 y 229. En el caso de la doctrina nacional ver a favor BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 137, quienes señalan expresamente que las personas jurídicas si pueden ser susceptibles de padecer un delito contra el honor. Punto de referencia para formar un criterio sobre la eventual responsabilidad de la persona jurídica en un delito contra el honor —como lo puede ser un medio de comunicación social— ver Iván MEINI MÉNDEZ, La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1999. En sentido contrario ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, páginas 288 y 309, quien señala que las personas jurídicas como tales no pueden tener derecho al honor, pero cuando la agresión trasciende a los miembros de la misma, sí puede haber delito contra el honor en la medida que son personas físicas las afectadas por la conducta ilícita. Además, este último autor señala que en el ámbito civil las personas jurídicas tienen la posibilidad de tutelar el crédito y el aprecio público, pues existe la protección del honor profesional o mercantil.

22 Los artículos 302º y siguientes del Código de Procedimientos Penales, establecen la forma de tramitación de los delitos contra el honor, lo que se ha denominado “querrela”, y exige pues que el agraviado por la conducta ilícita inicie la acción penal correspondiente. Son los llamados delitos de acción privada, y no como erróneamente se les denomina: “delitos privados”; pues siendo la norma penal y la procesal penal normas de orden público, no pueden existir delitos privados en un Estado Democrático de Derecho, que tiene de forma exclusiva el monopolio del ius puniendi.

23 Estas libertades públicas son indiscutiblemente —por lo menos— una limitación al derecho al honor que tiene el individuo. En el mismo sentido consultar CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., ob. cit., 1996, página 466.

24 En el mismo sentido ver VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., 1999, página 313.

25 No es el tema central del presente trabajo, sin embargo, es importante resaltar que se trata de delitos impulsados a instancia de parte, y por ende el perjudicado es el único capaz de iniciar la acción penal, caso contrario se entenderá que ha habido un consentimiento tácito. A ello hay que agregar que se trata de un bien jurídico eminentemente disponible. Esto debe ser concordado con lo señalado por el artículo 20º, inciso 10 del Código Penal, que prevé al consentimiento válidamente emitido como causa de justificación, siempre que se trate de bienes jurídicos de libre disposición. En sentido similar, es decir, considerando al consentimiento de la víctima como causa de justificación para delitos contra el honor ver CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, Í., ob. cit., 1996, página 478.

26 Opinión idéntica se encuentra en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 290.

<<carácter fragmentario del Derecho penal>> constituye una exigencia relacionada con el anterior. Ambos postulados integran el llamado <<principio de intervención mínima>>²⁷.

Por ello, nuestro sistema prevé un mecanismo opcional para que en los casos de vulneraciones al honor, la persona afectada tenga el derecho de exigir una rectificación, tratándose de información vertida a través de medios de comunicación social. La ley N° 26847, regula el derecho a exigir una rectificación, la misma que deberá guardar un criterio de inmediatez y proporcionalidad con la emisión periodística que suscitó la rectificación, siendo obligatoria por el medio de comunicación social.

En esta línea de análisis, QUERALT JIMÉNEZ²⁸ señala que el honor es una cuestión civil, y es en esa parte del sistema jurídico en donde se encuentra protegido de mejor manera que en el sistema jurídico-penal. Adicionalmente, existe una serie de mecanismos en la vía civil que pueden garantizar la protección del honor, entendiendo que la misma puede ser incluso más eficaz que el empleo del procedimiento penal.

II. Delito de Injuria

II.1 Tipicidad Positiva

En este aspecto, se exige la presencia tanto de los elementos objetivos como de los elementos subjetivos del tipo penal, para la configuración del tipo positivo.

II.1.1 Tipicidad Objetiva

La conducta típica exigida no es alternativa, aunque aparentemente parezca que el legislador ha intentado construir un tipo penal alternativo (en donde cualquiera de las conductas configuradas como típicas, por sí solas verifican la perpetración del injusto). La acción típica consiste en ofender²⁹ o ultrajar³⁰, verificándose una redacción disyuntiva, en términos meramente terminológicos, pues se trata de sinónimos.

Sin lugar a dudas, se trata de un delito de peligro concreto (de acuerdo a la lógica de la estructura del tipo), puesto que no puede ser concebido como un delito de resultado³¹. Los delitos de peligro se subdividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los primeros, se exige una efectiva puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección. Mientras que en los segundos, se exige una peligrosidad general para determinados bienes jurídicos, o en su caso la idoneidad para la producción de un determinado resultado³²; es decir, que la conducta desplegada por el autor sea adecuada para producir el resultado lesivo en el bien jurídico objeto de protección por la norma penal. Por ello, las formulas de peligro abstracto muchas veces vulneran garantías constitucionales y penales elementales (verbigracia presunción de inocencia, principio de mínima intervención, principio de legalidad, principio de culpabilidad, entre otros)³³.

Se considera un delito de comisión, aunque se discute la posibilidad de ser cometido por omisión

27 Santiago MIR PUIG, Derecho Penal: Parte General, 5ª Edición, Editorial PPU., Barcelona 1998, página 89.

28 En tal sentido se puede consultar, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, páginas 219 y SS.

29 La acción típica alternativa del citado tipo penal parece ser que no es tal, ya que el verbo típico ofender, significa "injuriar de palabra o denostar; decir o hacer algo que muestre falta de respeto" (Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 21ª Edición, Editorial Espasa-Calpe, Madrid 1992). Sentido similar al usado para la definición de injuriar, que significa: "agraviar o ultrajar con obras o palabras". Esto nos lleva al cuestionamiento sobre la supuesta alternatividad del tipo penal en cuanto a la acción típica.

30 El Código, sorprendentemente, utiliza para el verbo típico de la injuria un sinónimo del mismo, esto es, el vocablo ultrajar, que de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española significa injuriar, despreciar o tratar con desvío a una persona. No obstante, se debe entender que la acción típica implica el despreciar a la persona mediante los medios típicos previstos en el numeral bajo análisis.

31 QUERALT señala que se trata de una fórmula de peligro, pues de lo contrario siempre las conductas de injuria quedarían en fase de tentativa inacabada. Más información en QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, páginas 223, 224 y 230. En donde el autor incluso establece que se trata de un delito de resultado y no de lesión. En sentido contrario se puede ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 146, quien señala que se trata de un delito de lesión y no de peligro (debe destacarse que los comentarios a los que hace referencia el citado autor se refieren a la legislación española ya derogada y no al Código Penal de 1995).

32 Más información en JESCHECK, Hans-Heinrich, ob. cit., 1981, Volumen Primero, páginas 358 y SS., quien pone como ejemplo del delito de peligro abstracto la conducción bajo los efectos del alcohol, pues ello genera una peligrosidad genérica para los demás sujetos que intervienen en el tráfico.

33 Algunos autores aceptan la implementación de formulas de peligro abstracto para el Derecho Administrativo Sancionador, no obstante en el presente trabajo no se aceptan las modalidades de peligro abstracto, incluso para esa rama del ordenamiento jurídico. A favor se puede consultar CARMONA SALGADO, C., y otros., ob. cit., 1997, páginas 178 y 183-184.

impropia³⁴. Por este motivo, no debe confundirse el hablar mal de alguien con la injuria³⁵, pues la crítica no puede ser considerada una conducta punible, máxime si la Constitución Política del Estado establece la absoluta libertad de opinión en el artículo 2º, inciso 4³⁶.

Los instrumentos típicos para la perpetración del hecho antijurídico son las palabras, los gestos o las vías de hecho. Ello implica que son estos últimos los únicos medios que permite el Código Penal para poder ser considerado autor de la conducta ilícita. En primer lugar, cabe señalar que la referencia al empleo de la palabra puede abarcar su forma oral o escrita³⁷. En segundo lugar, el empleo de los gestos se entiende como la expresión hecha a través del rostro; y finalmente, las vías de hecho se refieren a cualquier movimiento hecho con el cuerpo, en otras palabras importa alguna forma de expresión a través del uso de alguna extremidad del cuerpo para ofender o ultrajar a una persona³⁸.

Resulta claro, y no requiere de mayor profundización la posibilidad de que sujeto activo sea cualquier persona, no sucede lo mismo para el caso de la víctima o sujeto pasivo en donde hay más discusión si es

posible que personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos del injusto, así como el caso de los colectivos, o el caso de honor de los fallecidos, o el caso del honor de los incapacitados³⁹. Sin embargo, como se verá más adelante para otras modalidades de lesión al honor se requiere de ciertas condiciones especiales en el sujeto activo.

Para que la conducta sea considerada típica no se requiere que el sujeto pasivo tome conocimiento de la ofensa o ultraje, basta con que llegue al conocimiento de otra persona distinta al sujeto pasivo. No obstante, es improbable (sobre todo en sentido práctico) hablar de tentativa, pues incluso en aquellos casos en que se utiliza el correo para remitir los textos injuriantes, alguien tiene que tomar conocimiento de los mismos, incluso si se tratase de una persona distinta del destinatario ya se produjo la acción

“Resulta claro, y no requiere mayor profundización la posibilidad de que el sujeto activo sea cualquier persona ...”

típica exigida⁴⁰.

II.1.2 Tipicidad Subjetiva

Se trata de un delito doloso, tal como lo señala el artículo 12º del Código Penal. Por dolo se debe entender la consciencia y voluntad de perpetrar el hecho ilícito. Es lo que el finalismo ortodoxo denomina el dolo natural, y está compuesto de un aspecto volitivo y de un aspecto

34 Para mayor información favorable a la posibilidad de un delito de injuria por omisión, ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 137; también en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 308 y en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 144, que señala que lo más complicado será determinar los casos en que exista posición de garante. En sentido contrario se puede consultar QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 230, quien señala expresamente que no es factible la modalidad omisiva de la injuria.

35 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 71.

36 En este aspecto la Constitución Política del Estado es más clara, cuando establece en el artículo 2º inciso 3, de forma expresa la proscripción de cualquier fórmula que tipifique un delito de opinión. Ello garantiza de forma irrestricta el derecho a emitir libremente una opinión en el sentido que más le parezca a la persona, lo cual asienta las bases de un Estado Democrático de Derecho.

37 La forma escrita no debe implicar una difusión masiva, pues en esos casos estaremos ante un delito de difamación.

38 Para más información se puede ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 137.

39 Todos estos casos ofrecen una problemática muy particular. En el caso de las personas jurídicas y los colectivos ver la introducción del presente trabajo. En el caso de la persona fallecida, el artículo 138º del Código Penal ofrece una solución muy particular, pues allí se establece que la memoria de una persona fallecida también es objeto de protección jurídico-penal, y la acción penal podrá ser iniciada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos. No obstante, ello contraviene la definición de honor estructurada como bien jurídico objeto de tutela penal. Si se considera que el honor es la capacidad de desenvolverse socialmente por el individuo, la persona ya fallecida no tiene capacidad alguna de relacionarse normalmente en la sociedad, y por ello no merece tutela el honor de un difunto por ser imposible que en la práctica pueda ser materializado el citado bien jurídico. Por ende, si lo que se protege es la memoria, parece ser que la vía penal no es la indicada, y para ello queda expedita la vía civil para iniciar la demanda por daños y perjuicios. En el supuesto de los incapaces, se debe entender que para los menores de edad el daño al honor es muy grave, pues tienen todo un futuro por delante, es decir, tienen un ámbito de relaciones sociales que establecer, y una conducta ilícita contra su honor los perjudicaría sobremedida pues no los dejarían establecer las relaciones sociales propias de todo ser humano. En el mismo sentido consultar, QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, páginas 227 y 228. Opinión similar respecto de la persona fallecida, en donde lo que se protege no es el honor sino la memoria, se encuentra en BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 155.

40 En sentido contrario se puede consultar BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 309, quien se decanta a favor de la existencia de tentativa.

cognitivo⁴¹. Por ello, no se permite en este tipo de delitos que las conductas punibles se produzcan de forma inconsciente e involuntaria⁴², puesto que de lo contrario se estaría ante un delito culposo. En el Código penal peruano, todos los delitos contra el honor son dolosos⁴³.

Se habla, por un sector de la doctrina nacional, que se debe perpetrar la conducta típica con animus injuriandi⁴⁴. En mi opinión no es necesario un elemento de tendencia interna trascendente⁴⁵, ya que nuestra legislación no lo exige de forma expresa. Adicionalmente, el citado tipo penal tiene su origen en el Código Penal Suizo y no en el Código Penal Español, y su fuente de inspiración no requiere de un elemento subjetivo distinto al Dolo. Por ende, la supuesta necesidad de un elemento subjetivo distinto al Dolo sin el cual no se realiza el tipo, el Animus Injuriandi, que supuestamente consiste en una intencionalidad ofensiva de aislar al otro en su desarrollo o en socavar su posición en la relación social⁴⁶, se encuentra plenamente abarcado por el Dolo.

II.2 Pena

El artículo 130° del Código Penal peruano establece que la pena para este injusto es alternativa, toda vez que se puede imponer prestación de servicio comunitario oscilante entre 10 y 40 jornadas o 60 a 90 días-multa.

Sin lugar a dudas, la pena conminada para el injusto penal en análisis resulta respetuosa del principio

de proporcionalidad, toda vez que la gravedad del delito de injuria es menor que la de otros injustos penales contra el honor, atendiendo siempre a la peligrosidad y dañosidad social de la conducta.

III. Delito de Calumnia

III.1 Tipicidad Positiva

En definitiva, se trata de un injusto penal que requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, al igual que el ilícito analizado anteriormente, de lo contrario la conducta devendría en atípica. El citado tipo penal se encuentra previsto en el numeral 131° del Código Penal.

III.1.1 Tipicidad Objetiva

Hay que reiterar que se trata de un tipo penal de peligro (peligro concreto), al igual que el delito de injuria anteriormente analizado⁴⁷. La diferencia con las injurias radica en que se debe atribuir a una persona la comisión de una conducta ilícita.

El tipo penal en análisis, indiscutiblemente, es una fórmula de peligro concreto en la cual el legislador no exige que se produzca el resultado lesivo, sino que le basta con la imputación falsa. La imputación tiene que ser falsa y puede versar sobre cualquier injusto penal (sea un delito de acción privada como una de acción pública)⁴⁸, pues

41 Para mayor información ver MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1998, páginas 240 y SS.

42 En este caso, resulta innecesaria la diferenciación entre culpa consciente (con representación) y culpa inconsciente (sin representación), para mayor información en sentido similar ver MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1998, página 270.

43 El sistema jurídico-penal nacional se ha adherido a la Teoría Numerus Clausus para delitos culposos, por ello no puede haber ningún injusto penal contra el honor que sea sancionable en su fórmula culposa.

44 En ese sentido consultar BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 137 o también BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 306. En sentido contrario se puede ver QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, páginas 243 y 244, quien señala que incluso para la jurisprudencia española se ha convertido el animus en un elemento exigido en este delito, pero que la legislación no hace tal exigencia (Código Penal Español de 1995), y refiere de forma clara que el animus injuriandi no es más que la plasmación del dolo, en otras palabras, se trata de la coloración del Dolo, y de ninguna manera se puede hablar de otro elemento subjetivo. En ese mismo sentido se puede consultar CREUS, Carlos, ob. cit., 1997, página 127.

45 "La ausencia del elemento subjetivo del injusto determina la exclusión de la tipicidad de la conducta, aunque persista el dolo." Ignacio BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Luis ARROYO ZAPATERO, Nicolás GARCÍA RIVAS, Juan Carlos FERRE OLIVE, y José Ramón SERRANO PIEDECASAS, Lecciones de Derecho Penal: Parte General, tomado del Material de la Academia de la Magistratura (Módulo de Derecho Penal), página 32. Sin lugar a dudas, en ciertos tipos penales el elemento subjetivo distinto al dolo es exigido, más aún cuando la norma expresamente realiza esa exigencia. Verbigracia en los delitos patrimoniales cuando se exige el "animus lucrandi".

46 Tomado de BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 145.

47 En el Código Penal Español de 1995, la calumnia no es una figura autónoma sino que constituye una modalidad especial (prevista en los artículos 205° y 206°), y la doctrina señala que constituye una especialidad de las injurias, para más detalle ver QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 247.

dentro de una concepción de Derecho penal garantista, la interpretación en este sentido –aparentemente extensiva y no restrictiva- no lesiona las bases de un Derecho penal en un Estado Democrático de Derecho⁴⁹.

El verbo típico consiste en “atribuir”⁵⁰, y ello debe entenderse como la imputación de un delito. Esta forma de tipificar implica necesariamente que el agente atribuya a una persona la comisión de un delito de forma genérica, pues no requiere de una imputación en sentido técnico⁵¹. En otras palabras, incluso puede haber un error sobre la conducta ilícita objeto de atribución (error en el nomen iuris del injusto: robo por hurto), pero basta que se entienda que el agente se esté refiriendo a una conducta punible⁵².

La conducta objeto de imputación debe ser falsa, ello debe entender que la atribución de un hecho punible no debe guardar relación con la realidad, pues de lo contrario no se configuraría el tipo penal bajo análisis⁵³.

Además, debe quedar determinado el sujeto a quién se imputa la conducta ilícita. La claridad implica la determinabilidad de la persona, pues los atentados encubiertos contra el honor son punibles (el usar verbos en condicional, por ejemplo). Por ello, es indispensable que

se designe claramente a la persona contra quien se dirige la imputación, y sin que se exija la calificación precisa del delito⁵⁴. Más discutible es excluir la tipicidad en aquellos casos en que el delito atribuido se encuentra prescrito⁵⁵; no obstante, resulta más conveniente, desde una perspectiva de política-criminal, excluir estas conductas, pues la especialidad y mayor gravedad de la calumnia respecto de las injurias, esta dada por la posibilidad de que se inicie una acción penal en contra del calumniado, posibilidad que desaparece cuando la acción típica imputada ha prescrito. Pero, no esta vedada la posibilidad de que se inicie la acción por el delito de injuria.

El sujeto pasivo del injusto no tiene que ser necesariamente- una persona imputable, esto es puede ser una persona a la cual no se le puede atribuir la comisión de un injusto penal⁵⁶.

III.1.2 Tipicidad Subjetiva

En cuanto al aspecto subjetivo, se exige la presencia del dolo, de acuerdo al artículo 12° del Código Penal, al igual que el delito de injuria. En este orden de ideas, se debe tener presente que el dolo abarca de forma absoluta toda intencionalidad del agente, y la exigencia de

48 En lo que respecta a esta interpretación, en doctrina nacional no se ha dicho nada al respecto, y no hay un criterio jurisprudencial que permita dilucidar cual es la interpretación más acertada. No obstante, se debe tener presente que cuando el código habla de delito, se tiene que estar refiriendo al injusto, y por ende puede ser cualquier tipo penal, incluso uno culposo o uno que se debe iniciar a instancia de parte, pues no se puede distinguir en donde la ley no hace distinción alguna. En sentido similar consultar QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 248; también CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, I., ob. cit., 1996, página 475. Pero debe dejarse claro que las faltas están excluidas de las imputaciones que pueden ser consideradas como conducta ilícita para el tipo de calumnia, pues el código habla claramente de “delito”. Igual opinión se encuentra en BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 140; También en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 304, y en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 147.

49 Para más información sobre las bases del Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho consultar lo señalado por MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1998.

50 La acción típica debe equivaler a imputar falsamente un delito, en sentido similar se puede consultar BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 147.

51 En el mismo sentido se puede ver QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 248. Del mismo criterios se puede ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 304. Del mismo modo opina BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 139, quien además señala que no se requiere una calificación jurídica correcta del injusto objeto de atribución, y menos aún se puede exigir la presencia de otros elementos de la antijuricidad o la culpabilidad.

52 En el mismo sentido se puede apreciar la jurisprudencia de española (sentencia del 6 de noviembre de 1997), más detalle en QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 248.

53 En el mismo sentido se puede ver para más información QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 249.

54 Más detalle se puede hallar en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 304.

55 A favor se puede ver BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 305.

56 La jurisprudencia nacional no señala nada al respecto de forma clara. Sin embargo, la jurisprudencia española no toma posición de forma definitiva, pues a favor de la calidad de sujeto pasivo del delito de calumnia de un imputable ver sentencias del 3 de febrero de 1984 y 4 de julio de 1985; en contra se puede consultar sentencia del 7 de diciembre de 1989. Tomado de BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 306.

un elemento subjetivo distinto al dolo es, no sólo innecesaria, sino además no se desprende del texto expreso de la ley⁵⁷.

III.2 Pena

El artículo 131° del Código Penal establece una pena que oscila entre 90 y 120 días-multa. Esta pena esta más acorde con la tendencia minimalista observada en la moderna doctrina penal, y ha sido una de las pocas figuras ilícitas en el Código Penal que no ha sido objeto de modificación.

IV. Delito de Difamación

IV.1 Generalidades

El delito de difamación en la legislación nacional ha merecido una tipificación autónoma, ha diferencia de lo sucedido en otras legislaciones (como la española) en donde suele ser una modalidad de injuria agravada con un componente típico adicional, que es la publicidad de la lesión contra el honor. Por ende, el nomen juris se lo debe a la forma de publicitar la agresión contra el honor.

En ocasiones se puede presentar un concurso de delitos con el injusto de violación de la intimidad, previsto y sancionado en el artículo 154° del Código Penal⁵⁸. Este precepto evidencia la absoluta intangibilidad de la intimidad personal y familiar que no puede ser objeto vulneración⁵⁹.

Adicionalmente, se han hecho públicos numerosos casos de delitos contra el honor a través de la prensa. Con ello se ha evidenciado la relativización de este derecho fundamental del ser humano por parte de los propios periodistas, generando una poca seriedad de los medios de comunicación al emitir una noticia respecto de una persona popular o pública. Adicionalmente, en muchos casos la información propalada no es cierta, sino que peor aún, se justifican semejantes vejámenes al honor de las personas al amparo del manto protector del empleo ilegal y abusivo de la libertad de información, que se instrumentaliza con fines poco altruistas, y muchas veces egoístas⁶⁰.

IV.2 Tipicidad Positiva

Nuevamente, se trata de un injusto penal que requiere de la presencia de los elementos objetivos y subjetivos, al igual que el ilícito analizado anteriormente, de lo contrario la conducta devendría en atípica. El citado tipo penal se encuentra previsto en el numeral 132° del Código Penal.

IV.2.1 Tipicidad Objetiva

En el aspecto objetivo, el tipo penal prevé una serie de conductas alternativas y/o agravadas que por sí solas son suficientes para la configuración del injusto.

En primer lugar, se exige una acción típica consistente en la atribución de un hecho, una cualidad o

57 En sentido contrario se puede ver BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 140, quien señala que existe un elemento subjetivo adicional, que no es otro que el ánimo de injuriar o deshonrar. En sentido favorable consultar CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, I., ob. cit., 1996, página 478, quien señala que el tipo penal no precisa la concurrencia de ningún ánimo especial, y es suficiente el conocimiento de la lesividad de la conducta perpetrada para la configuración del tipo. No obstante, se debe dejar claro que la incorporación de más elementos dentro de la antijuricidad implica mayores exigencias para la tipificación del delito, generándose –simultáneamente– más complejidad para su verificación en la realidad; lo cual implica darle mayores garantías –en términos genéricos– al sistema de justicia penal, pues se hace más difícil la perpetración de la figura ilícita. Lo que sucede en los delitos contra el honor, es que por tratarse de tipos de peligro, en donde de producirse efectivamente la lesión al bien jurídico tutelado, su reparación en sentido literal deviene en casi imposible (sobre todo en aquellos casos en donde interviene la prensa), por ende la exigencia de un ánimo especial en el tipo subjetivo implicaría –prácticamente– la impunidad de estas figuras, y su absoluta desnaturalización de acuerdo a la fuente legislativa que sirvió de inspiración para nuestro legislador.

58 Debe quedar claro que el honor y la intimidad son derechos próximos pero no coincidentes, pues incluso en nuestra legislación existen formas distintas de tutela, empezando porque los delitos contra el honor son de acción privada, y los delitos contra la intimidad son de acción pública. Opinión similar se encuentra en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 286.

59 Cabe señalar que entre el ámbito de la esfera íntima y la privada existe diferencias. La esfera íntima es intangible, mientras que la privada muy excepcionalmente puede ser objeto de excepción. Hay circunstancias en las cuales las informaciones referentes a la esfera privada tienen trascendencia pública o implican un interés público, y es en esos casos en donde deberá primar el derecho a la información. De igual opinión se puede consultar José MUÑOZ LORENTE, Libertad de Información y Derecho al Honor en el Código Penal de 1995, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 161.

60 Opinión similar se puede hallar en MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 26.

una conducta a una persona. Por ello la acción típica consiste en atribuir, y sólo puede verificarse mediante un comportamiento comisivo del agente, ya que su forma omisiva resulta muy difícil de representarse como probable en la realidad⁶¹.

Hay una característica que es muy importante destacar en este tipo de delito, y es que las afirmaciones que se hagan sobre una persona no requieren ser falsas. Esto es, que no interesa en el caso concreto que la atribución hecha sea verdadera, pues en cualquiera de los dos casos se considera que la conducta se ha perpetrado⁶². Tampoco se exige que el sujeto se entere de la conducta difamatoria para que se consuma el injusto, pues basta que se haya verificado la realización de la acción típica, ya que la construcción hecha en el artículo bajo análisis no requiere que se entere el agraviado de la acción difamatoria⁶³.

Otra característica del injusto penal bajo análisis es que se trata de un tipo penal de peligro, pues de su redacción se desprende que no se requiere una efectiva lesión del bien jurídico objeto de tutela penal, sino que basta que la conducta desplegada por agente represente un peligro para el bien jurídico (el artículo 132° establece textualmente: "... que pueda perjudicar su honor o reputación, ..."). Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, tal como se menciono anteriormente al comentar el delito de injuria. En los primeros, se requiere expresamente la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro)⁶⁴, es decir se trata de una proximidad concreta de lesión. Mientras que, en los segundos no se requiere ningún peligro efectivo, más aún se trata de un peligro presunto⁶⁵. En este orden de ideas, el tipo penal bajo

comentario debe ser interpretado como un tipo penal de peligro concreto, en donde se exige una conducta que efectivamente ponga en peligro el honor, y evitar las presunciones de peligro, pues ellas lesionan varias garantías substanciales del Derecho penal.

IV.2.1.1 Agravantes

El segundo y el tercer párrafo del artículo 132° del Código Penal prevén las formulas agravada y la super agravada.

El segundo párrafo del artículo bajo análisis prevé una circunstancia agravante por la calidad de la afirmación atribuida, esto es cuando el agente difunde la noticia falsa de la comisión de un delito. Ello implica que se comete el delito de calumnia con el agregado de la difusión de la noticia. Sin lugar a dudas, esto debe ser concordado con lo previsto en el numeral 2 del artículo 134° del Código Penal que prevé los supuestos en que se permite la aplicación de la excepción de la verdad (*exceptio veritatis*). En el citado numeral se establece que si contra la persona que es la ofendida existe un proceso penal abierto preexistente, para que pueda haber un proceso por delito contra el honor se tendría que esperar el resultado del proceso penal abierto, y de ser absuelto el imputado, puede iniciar la acción penal correspondiente. Evidentemente, no se puede exigir la prueba de la verdad, pues la verdad de los hechos será esclarecida por la autoridad judicial⁶⁶.

La formula super agravada del artículo bajo comentario, se construye sobre la base del medio empleado para difundir la noticia. Los medios típicos para el tercer párrafo del artículo 132° del cuerpo punitivo son

61 En el mismo sentido se puede consultar BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 141. Opinión igual se encuentra en CARMONA SALGADO, C., MORILLAS CUEVA, L., PORTILLA CONTRERAS, G., GONZÁLEZ RUS, J.J., POLAINO NAVARRETE, M., SEGRELLES DE ARENAZA, I., ob. cit., 1996, página 484, quienes señalan que la omisión debe ser rechazada como forma de comisión de dicha infracción de la norma penal.

62 Opinión similar se encuentra en BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, página 142. No obstante, se debe tener presente lo señalado en el artículo 134° del Código Penal, que prevé los supuestos en que se permite el *exceptio veritatis*, es decir, los casos en que se exige la prueba (o excepción) de la verdad en las atribuciones hechas. Sin embargo, CARDENAL MURILLO, Alfonso-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., ob. cit., 1993, página 42, señalan que con la exteriorización de hechos verdaderos no se considera que se ha cometido el injusto, pues hay un derecho a decir la verdad que prevalece de forma clara, y aún cuando se lesione la autoestima, la libertad de expresión debe ser absolutamente predominante. Ello contradice, lo que posteriormente se analizará respecto a la libertad de información y de expresión, pues no en todos los casos la información verdadera debe ser causal de impunidad.

63 Los antecedentes históricos de la difamación, como tipo de injuria, la caracterizaba por ser proferida a espaldas del destinatario. Más información en VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER, CARBONELL MATEU Y GONZÁLEZ CUSSAC, ob. cit., 1999, página 309.

64 Más detalle en MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1996, páginas 208 y SS.

65 Tomado de MIR PUIG, Santiago, ob. cit., 1996, página 209.

66 En el mismo sentido se puede consultar BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto-GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, ob. cit., 1998, páginas 147 y 148.

el libro, la prensa (escrita, radiofónica o televisiva) u otro medio de comunicación social. Se trata de un tipo penal abierto en cuanto al medio típico exigido para la comisión del injusto. Es importante destacar que la tipificación a través de tipos penales abiertos lesiona el principio de legalidad, sin embargo en virtud a la velocidad en que los medios de comunicación social evolucionan, parece ser que resulta adecuada —de acuerdo a razones de política-criminal— una conceptualización abierta del tipo penal. No obstante, se debe hacer el hincapié en el término “comunicación social”⁶⁷ para restringir al mínimo la incorporación de medios típicos idóneos para perpetrar la conducta lesiva. Dentro de medios de comunicación social se debe entender en la actualidad las comunicaciones a través de correo electrónico (electronic mail) o la comunicación a través de Internet. La ratio essendi de la circunstancia agravante radica en la lesividad para el bien jurídico de la difusión a través de los medios de comunicación, pues llegan a mucho más personas, y no sólo ponen en peligro el bien jurídico sino que lo lesionan gravemente. Verbigracia, la imputación de una conducta deshonrosa a través de la televisión es de impacto masivo, y el perjuicio sobre el bien jurídico es inmediato y casi irreparable. Por estos motivos, las llamadas difamaciones encubiertas son punibles⁶⁸. Tal es el caso del empleo de verbos en condicional (Verbigracia: sería ..., podría...), los casos de reportajes periodísticos en donde se emite información “por confirmar” o “sin confirmar”, la manipulación de titulares de periódicos o revistas. En estos casos, el receptor de la información ya asume como cierta dicha emisión de noticias, lo cual lesiona de forma indubitable a la persona en los casos en donde no se cumplen con los requisitos para que la libertad de información sea considerada como una causa de justificación.

IV.2.2 Tipo Subjetivo

En cuanto al aspecto subjetivo, se exige la presencia del dolo, en concordancia con lo preceptuado por el numeral 12° del Código Penal, al igual que en los delitos de injuria y calumnia. En este orden de ideas, se debe tener presente que el dolo abarca de forma absoluta toda intencionalidad del agente, y la exigencia de un elemento subjetivo distinto al dolo es, no sólo innecesaria, sino además no se desprende del texto expreso de la ley⁶⁹.

IV.3 Pena

El artículo 132° del Código Penal establece penas diversas de acuerdo a la gravedad de la conducta ejecutada por el agente. Para el caso de la difamación simple (primer párrafo) la pena es conjuntiva y comprende privación de libertad no mayor de dos años y una pena de multa que oscila entre 30 y 120 días-multa.

Para el caso de la difamación agravada (segundo párrafo) la pena será de privación de libertad no menor de un año ni mayor de dos años. Pero como también se trata de una pena compuesta también se debe imponer una multa oscilante entre 90 y 120 días-multa.

Finalmente, para el caso de la difamación super agravada (tercer párrafo) la sanción a imponerse será pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de tres. De la misma forma, se exige conjuntamente la aplicación de una multa que fluctúa entre los 120 y los 365 días-multa. Esta agravante guarda relación con la mayor lesividad sobre el bien jurídico que supone el empleo de un medio de comunicación de social.

67 La legislación española (artículos 205°, 206°, 208° y 209° del Código Penal español de 1995) habla de un criterio de publicidad, estableciéndola en razón de este concepto que incluye la publicidad oral, visual o escrita. De igual manera, ha previsto una tipificación abierta en razón del medio típico pues habla de cualquier otro medio o soporte.

68 Opinión similar se puede encontrar en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., 1991, página 144.

69 En los dos delitos antes analizados se han dado los motivos porque la tesis del elemento subjetivo adicional es innecesaria y lleva a errores en la aplicación de estos tipos penales.

V Derecho a la Información y Libertad de Expresión

V.1 Generalidades

El derecho a la información y la libertad de expresión se encuentran previstos en el artículo 2º, inciso 4 de la Constitución⁷⁰, en un mismo apartado, pero del tenor de la redacción de dicho precepto se colige que se trata de dos derechos distintos y diversos, pero que muchas veces son confundidos⁷¹. El interés del Estado en garantizar este derecho, lo ha llevado incluso a establecer una prohibición expresa del monopolio de los medios de comunicación social y de los medios de expresión, tanto para el caso del Estado como para el caso de particulares (artículo 61º de la Constitución).

La Constitución de 1979 ya contenía un precepto de las mismas características⁷², siendo una de las primeras cartas magnas (conjuntamente con la Constitución Española de 1978⁷³) en separar ambas libertades. Esto evidencia que libertad de expresión y libertad de información no son, de ninguna manera, sinónimos. La Constitución de 1993 recoge el citado artículo de forma muy similar, por ello se evidencia la adopción de la tesis dualista, es decir la diferenciación entre la libertad de información y la libertad de expresión⁷⁴.

Por otro lado, es conveniente reconocer, en primer lugar, que se trata de conceptos muy cercanos entre sí, y que “tienen una finalidad idéntica consistente en el logro y consecución de una opinión pública libre que, a su

vez, conlleva y posibilita el ejercicio libre de otros derechos fundamentales –especialmente los de participación política- y el libre desarrollo de la personalidad de todos los ciudadanos.”⁷⁵

Lo que no se puede, es negar que “el derecho a la información se afianza cada vez más y se configura en la actualidad como un puntal decisivo en los principios ideológicos democráticos.”⁷⁶ No se puede concebir una sociedad respetuosa del régimen democrático que no garantice el derecho de información a sus ciudadanos.

De igual manera, como se exige un cumplimiento de estas libertades, también es importante destacar que ambas no se pueden ejercer de manera absoluta, sino que tienen, necesariamente, que ser limitadas⁷⁷. No existe derecho alguno que sea absoluto, y todos ellos deben coexistir de forma pacífica, pues eso garantiza en la sociedad la vigencia de todos los derechos fundamentales. Cuando se esta en disyuntiva entre alguno de ellos, es que se produce un conflicto.

Cuando el ejercicio el derecho a la información o expresión afecte al honor o a la intimidad de las personas, se esta produciendo un conflicto de derechos (o de bienes jurídicos), y ambos tienen un rango fundamental, por lo será complicado optar por uno o por otro⁷⁸.

El derecho a la información implica la transmisión de hechos que sean verdaderos, la libertad de información se constituye como un derecho al hecho, a la transmisión de datos fácticos verdaderos⁷⁹. Mientras que

70 La 1ª y 14ª enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica prevé mecanismos similares de protección de la libertad de expresión, que esta enfocada más hacia una libertad de prensa. Para más información ver Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica N° 398 U.S. 6w (1970) *Greenbelt Cooperative Publishing Association, Inc. v. Bresler*, en donde se hace expresa referencia a esas dos enmiendas constitucionales, en un caso en donde el supremo tribunal norteamericano estableció que hay términos opinativos que pueden ser exagerados, pero que por ello no constituyen delito de difamación, estableciendo que hay vocablos con doble significado que de acuerdo al contexto no implican un perjuicio de la reputación de la persona. En sentido similar sentencia de la jurisdicción federal N° 418 U.S. 264 (1974), *Old Dominion Branch No. 496 Association of Letter Carriers v. Austin*.

71 Nuestro Tribunal Constitucional no ha dado mayores pautas para su diferenciación, sin embargo, en jurisprudencia extranjera existe un mayor grado de discusión sobre el tema. Más detalle sobre el concepto esbozado en el Tribunal Constitucional Español consultar MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 33.

72 El artículo 2º inciso 4 de la Constitución de 1979 recoge un precepto casi igual, y en la parte que corresponde a la libertad de expresión e información es el mismo texto.

73 El artículo 20.1 a) y d) separa ambas libertades implicando su necesaria diferenciación, siendo uno de los textos constitucionales pioneros en tal sentido. Más información se puede encontrar en MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 38.

74 Es de resaltar que sistemáticamente ambas libertades están separadas, es decir, son enumeradas conjuntamente en el precepto constitucional, lo que implica una diferenciación innegable.

75 MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 33.

76 ROMERO COLOMA, Aurelia María, ob. cit., 2000, página 30.

77 Más información en ROMERO COLOMA, Aurelia María, ob. cit., 2000, página 30.

78 En la misma línea de opinión se puede ver ROMERO COLOMA, Aurelia María, ob. cit., 2000, páginas 30 y 31.

79 Igual opinión se encuentra en MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 60.

la libertad de expresión implica la garantía de la transmisión de opiniones, ideas, juicios de valor, pensamientos, entre otros; todos ellos conceptos meramente subjetivos que no están sujetos al principio de veracidad⁸⁰.

V.2 La Libertad de Información como Causa de Justificación

En los casos del delito de Difamación mediante el empleo de la prensa, existe la necesidad de realizar una ponderación de bienes jurídicos en conflicto, a fin de determinar si existe una conducta ilícita o una conducta jurídicamente tolerada⁸¹. En este caso, se establece que los bienes jurídicos colectivos deben prevalecer sobre los bienes jurídicos individuales en supuestos en que exista un respeto por el principio de veracidad⁸². Dicho principio es el límite formal, ex-ante, para poder determinar si la información divulgada se hace respetando la veracidad, en otras palabras, esto permite verificar que la información propalada se ajusta a la verdad.

Los bienes jurídicos en conflicto suelen ser el Derecho a la Intimidad, el Honor, el Derecho a la Opinión y la Libertad de Información. Todos ellos tienen reconocimiento constitucional, el problema es determinar cual de ellos debe prevalecer sobre el otro. Es en ese orden de ideas, que existe un criterio para determinar si la difusión de información por medio de la prensa ha dañado el derecho al Honor. El Derecho a la Información debe estar sometido al principio de veracidad —como se

mencionó anteriormente- lo cual no debe confundirse con la exactitud ex-post, sino que debe hacerse una valoración tan sólo ex-ante. Si ex-ante la información divulgada es veraz, no puede haber un delito contra el honor, aún cuando la información vertida lesione el honor, pues en esos casos prima el bien jurídico colectivo sobre el bien jurídico individual⁸³.

En lo que respecta al derecho a la opinión, la Constitución es muy clara al señalar que no hay delito de opinión en el Perú, por ello toda forma de opinión no podrá ser objeto de sanción penal. «Dado que los juicios de valor no son susceptibles de verificación, quedan sometidos a la necesidad de su emisión para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática»⁸⁴. Los juicios de valor u opiniones tienen que ser emitidas en virtud a la idea de formación de una opinión pública democrática, pues lo que subyace es la libertad de expresión⁸⁵. «La libertad de expresión es vista como una condición necesaria para la existencia de un debate público sobre asuntos políticos o de interés general.»⁸⁶ Es por tanto, el interés público o general el límite formal al ejercicio de la libertad de expresión. Es este sentido, no debe confundirse el interés público con el “morbo social”. El interés público está relacionado con el soporte esencial para la convivencia democrática⁸⁷, mientras que el morbo social sólo implica el querer saber detalles de la vida privada de ciertas personas populares (sobre todo las vinculadas al ambiente de la farándula).

80 Es difícil diferenciar cuando existe un hecho o una opinión, pues parece ser que en la práctica diferenciar enunciados de hechos de enunciados opinativos no es fácil, más aun porque los enunciados de hechos al ser narrados o al ser contados se “contaminan”. Pero, la Constitución al tutelar la libertad de información no tiene por función impedir manifestaciones inevitables de subjetividad al exponer los hechos, lo que busca es que los enunciados de hechos puedan ser comprobados de forma fáctica y empírica, a través de la vigencia del principio de veracidad. Tomado de MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 65.

81 El sistema jurídico no puede amparar el abuso del derecho, y en esa medida se establecen límites externos e internos a los derechos fundamentales, como lo es la libertad de información, que ocupa una posición preferente, más detalle se puede encontrar en MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, páginas 132 y SS.

82 La libertad de información es un derecho funcional, cuya finalidad es la formación de la opinión pública libre, por ende sólo aquella información veraz que contribuya a formar dicha opinión pública serán legítimas, y su exteriorización se encontrará dentro de los límites constitucionales del ejercicio de la libertad de información, lo que implica necesariamente su carácter prevalente sobre otros bienes jurídicos. Más detalle en MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, páginas 160 y SS.

83 Esta exigencia de veracidad sobre la información de hechos implica la tutela de la formación de la opinión pública, mientras que la vulneración de dicho principio (emisión de hechos falsos) genera la desinformación pública, y esta pues, implica la deformación de la opinión pública.

84 QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, ob. cit., 1996, página 238.

85 Los tipos penales no pueden tipificar conductas que restrinjan la libertad de expresión, salvo casos muy concretos y excepcionales (verbigracia la apología del terrorismo), en donde la acción típica no puede ser cometida mediante la difusión de hechos sino, únicamente, mediante la expresión de opiniones o juicios de valor. En el mismo sentido consultar MUÑOZ LORENTE, José, ob. cit., 1999, página 67.

86 Santiago FELGUERAS, El derecho a la libertad de expresión e información en la jurisprudencia internacional, en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, compiladores Martín Abregú y Christian Courtis, Editorial del Puerto, Buenos Aires 1997, página 476.

87 Más información se puede encontrar en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 286.

La libertad de expresión implica el reconocimiento y garantía de una institución pública fundamental, que es la opinión pública libre⁸⁸, indisolublemente ligada al pluralismo y tolerancia política, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento transparente del Estado democrático⁸⁹. La opinión pública se rige por el interés público, es decir, por aquello que es de importancia mayúscula para la construcción del Estado Democrático de Derecho, por ende la lesión al honor se puede justificar en la medida en que no afecte la vida privada e íntima de las personas⁹⁰.

Para ello también se utiliza la teoría de la posición preferencial⁹¹, que implica la prevalencia de las libertades de expresión e información frente al derecho al honor. No obstante, se tiene que hacer una valoración casuística para determinar que bien jurídico prevalece, esto implica que estos bienes jurídicos ocupan diferente orden jerárquico.

La libertad de información para que pueda ser una eximente (como causa de justificación) necesita cumplir con ciertos requisitos. En primer lugar, la información vertida debe ser veraz⁹², sin que la veracidad baste por sí sola para eximir. En segundo lugar, que el objeto no afecte exclusivamente la esfera privada (carácter público o relevancia pública de la noticia). Finalmente, la información u opinión propalada debe tener alguna necesidad para cumplir un objeto lícito y socialmente aprobado (los ataques al honor absolutamente innecesarios son punibles)⁹³. Una vez que se cumple con estos requisitos el ejercicio regular del

derecho a la información o la libertad de expresión pueden ser considerados como una causa de justificación (artículo 20º, inciso 8, del Código Penal)⁹⁴.

VI. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones del presente trabajo se pueden señalar las siguientes:

1. La conceptualización del bien jurídico honor depende de las condiciones específicas de una sociedad en un momento determinado, pues se trata de un concepto eminentemente funcional.
2. El honor implica la tutela de la capacidad de relacionarse de un ser humano en la sociedad en cualquier ámbito (laboral, familiar, vecinal, amical, entre otros), pero no debe ser confundido con dignidad humana. Tampoco puede implicar la tutela de la buena reputación, pues eso permitiría que existan desigualdades.
3. En los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación), no se exige un elemento subjetivo distinto al dolo, pues toda intencionalidad especial o específica se encuentra plenamente abarcada por el dolo. La exigencia de la doctrina nacional y en algunos casos de la jurisprudencia, no sólo es innecesaria, sino que incluso convierten a dichas conductas en delitos de lesión y no de peligro.
4. Las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de la conducta ilícita, en la medida que un atentado contra la reputación societaria podría implicar la vulneración de la capacidad de relacionarse de dicha enteléquia

88 No debe confundirse la opinión pública con la opinión publicada, pues no tienen que ver la una con la otra. La opinión publicada es la que recogen usualmente los medios de comunicación social, mientras que la opinión pública es el sentir de la colectividad respecto a un tema en particular, que no requiere ser publicado por la prensa, pues muchas veces el acceso a los medios de comunicación social es restringido por muchos factores exógenos y endógenos.

89 Tomado de en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 297.

90 La Sentencia del Tribunal Constitucional Español 165/1987 del 27 de octubre señala expresamente que prevalece el honor frente a la libertad de expresión en aquellos casos en que no se refiera a personas públicas, sino por el contrario a personas privadas que no participan de forma voluntaria en la controversia pública. Más detalle se puede encontrar en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 299.

91 Más información se puede hallar en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 297.

92 La veracidad implica un especial deber de comprobación de parte del informador, empleando para ello la diligencia debida. En otras palabras, significa que la información propalada debe ser comprobada ex-ante según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo rumores, chismes o meras insidias. Más detalle se puede ver en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, página 300.

93 Tomado de en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, ob. cit., 1995, páginas 292, 298 y SS.

94 Debe recalcar que la libertad de información y expresión son distintas, y por ende el único límite para que la libertad de expresión sea considerada una causa de justificación, es que la opinión propalada o publicada verse sobre circunstancias de interés público.

jurídica. Por otro lado, la posibilidad de imputar la comisión de un delito contra el honor a una persona jurídica estará normada por lo previsto en el artículo 27° del Código Penal.

5. En el delito de calumnia debe entenderse que la imputación de la conducta ilícita debe abarcar cualquier tipo de delito, esto es delitos perseguibles a instancia de parte o de oficio; no obstante, siempre deben excluirse las faltas.
6. En el delito de difamación, sobre todo en la formula super agravada, se puede apreciar la existencia de un conflicto de bienes jurídicos, como son la libertad de información, la libertad de expresión en contra del derecho al honor. Estos conflictos se resuelven de manera muy peculiar, dependiendo del caso. Cuando existe un conflicto entre la libertad de información y el

honor, se debe preferir la primera siempre y cuando se respeten tres requisitos (principio de veracidad, relevancia pública de la información, y necesidad de la información), lo que implica que la conducta se encuentra amparada por una causa de justificación. De lo contrario, se prefiere el honor y se configuraría el injusto.

7. Cuando el conflicto se produce entre la libertad de expresión y el honor, se debe preferir usualmente a la primera, siempre y cuando la opinión verse sobre un tema de interés público, pues en el sistema jurídico nacional se encuentra proscrita toda formula que sancione penalmente la libertad de opinión, pues esta es la base para la formación de una opinión pública libre (necesaria en todo Estado Democrático de Derecho). [D&S](#)