

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?

Walter Palomino Ramírez*

"Ganador del Primer Puesto del Premio Nacional de Investigación Jurídica organizado por la Revista Derecho & Sociedad"

Con el paso de los años el tema de la protección del honor de las personas a través de causas judiciales se ha vuelto cada vez más recurrente, gracias a la notoriedad dada por los medios de comunicación a este tipo de casos. Pero a la vez, al tratarse de tipos poco objetivos, se ha insertado un debate que ha comenzado a cuestionar los tipos penales que atañan a estas conductas y como estos deberían ser aplicados.

Así, el autor, a través de la exposición de las distintas teorías en la materia, busca explicarnos cómo debemos entender los delitos de honor al momento de aplicarlos a los casos y a su vez analiza cada uno de los tipos existentes para brindarnos su opinión. Definitivamente, este es un artículo que aporta significativamente a la discusión ya en tablada y que será de mucha ayuda al lector para conocer un poco más del tema.

I. Previo

Como sabemos, los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación) se encuentran regulados en el Título II de nuestro Código Penal (CP), abarcando los artículos 130° a 138° del citado texto punitivo. Dicha previsión normativa corresponde con lo previsto en el art. 2 inc. 7 de nuestra Constitución (Const.), el cual establece que *"todas las personas tienen derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (...)".* Así también, con lo señalado en el inc. 4 del mencionado artículo, que refiere que *"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".*

Asimismo, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado en su fallo recaído en el Exp. No 2790-2002-AA/TC, FJ 3, que el derecho al honor y a la buena reputación *"forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2° de la Constitución, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, derecho consagrado en el artículo 1° de la Carta Magna; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comuniqua, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva".*

No obstante ello, desde hace un tiempo, como señala MEINI MÉNDEZ¹, la protección penal que el sistema jurídico brinda al honor se ha visto seriamente criticada, pues, según sostiene una corriente de opinión, el Derecho Civil sería el medio idóneo para dispensar una reparación proporcional al daño que se produciría con tal comportamiento². En esta misma línea, un sector de la doctrina nacional ha afirmado que la regulación penal de las lesiones al honor produce un *límite prohibido al ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática*³.

Desde un extremo menos radical de la doctrina, pero aún dentro de la misma corriente crítica, se ha manifestado la necesidad de modificar la sanción prevista en el art. 132° CP, que castiga con pena privativa de libertad al delito de difamación, conservándose, de ese modo, la vigencia de los delitos contra el honor en nuestro texto punitivo, pero con penas distintas a la prisión. Así, se propuso al interior de la COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL (CERCP), señalándose la necesidad de modificar la sanción prevista en el art. 132° CP (difamación) por una pena limitativa de derechos como la prestación de servicios a la comunidad, pues para los proponentes la pena privativa de libertad efectiva resultaba muy gravosa como sanción para el delito de difamación⁴.

* Alumno del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1 MEINI MÉNDEZ, IVÁN. "La Tutela Penal del Honor", En: *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*, Lima (Ara Editores), 2009, p. 343.

2 Así, por ejemplo, lo señala el Proyecto de Ley N° 912/2006- CR.

3 VALLE RIESTRA, JAVIER. "Despenalización de los Delitos contra el honor", En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2, Lima (Gaceta Jurídica), 2009, p145. El citado autor ha indicado que: "Debemos despenalizar constitucional y legislativamente las infracciones denominadas contra el honor, y sustituir su procedimiento por uno de naturaleza civil que comience con un acto reconciliatorio, que, de no prosperar, conduciría a una audiencia sumarisima de pruebas. Si se demuestra una lesión moral, la sentencia debe censurar al responsable y disponer la publicación a su costa del fallo. Porque la tendencia doctrinaria moderna es la aceptación a la crítica, en particular a los funcionarios, por más casuística que sea".

4 Así, lo sostuvo la Comisionada Ayasta Nassif Fernanda, quien en su calidad de integrante de la CERCP, sostuvo que la pena de prestación de servicios a la comunidad tenía efectos mucho más positivos, tanto para la comunidad como para el condenado, que la pena privativa de libertad.

Hoy en día, dicha idea ha recobrado vigor, pues, como es de público conocimiento, la COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA aprobó un dictamen que, según resaltan distintos medios de comunicación, “despenalizaría” el comportamiento de *difundir ante varias personas alguna noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación* (art. 132º CP), pues se buscaría reemplazar la pena privativa de libertad por una de multa o prestación de servicios a la comunidad⁵ (¿?).

Sobre la base de lo señalado, realizaremos un conciso análisis acerca de la necesidad de tutelar penalmente el honor, evaluando para ello el contenido del mismo, ya que entendemos que sólo a partir de una adecuada conceptualización del citado derecho se podrá determinar lo adecuado o erróneo de su tutela penal. Así también, elaboraremos un estudio sobre la actual regulación de los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación) y emitiremos nuestra apreciación, de *lege ferenda*, sobre cómo deberían tipificarse en aras de una adecuada tutela del citado derecho.

II. ¿Es Posible Elaborar un Concepto sobre el Derecho al Honor?

Como una primera aproximación, consideramos oportuno indicar que, como bien manifiesta BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, el honor es uno de los conceptos cuyo contenido se hace más difícil precisar, *“tanto por su carácter inmaterial como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en la peculiaridades del instrumento de tutela”*⁶.

En efecto, el concepto de honor se ha presentado a través del tiempo como uno de los temas más difíciles de definir, esbozándose sobre el mismo las más diversas opiniones que, aunque insuficientes, han contribuido a la realización de un intenso debate tanto en el ámbito doctrinario como también jurisprudencial en busca de su adecuada conceptualización⁷.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la República, según indica en el Acuerdo Plenario (AP) N° 3-2006/CJ-116, ha considerado conveniente apuntar que:

El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación

depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva objetiva, aluden a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido subjetivo el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos (...)⁸.

Por su lado, la connotada sentencia del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. N° 22 – 2008 que sentenció a MAGALY JESÚS MEDINA VELA y a NEY VÍCTOR GUERRERO ORELLANA por el delito de difamación a través de un medio de comunicación social, ha señalado que:

El artículo segundo, inciso séptimo de la Constitución Política del Perú señala que: *“toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación”*. Dada la ubicación que tiene dicho bien jurídico dentro de la Carta Política, es evidente que su consideración es la de un derecho fundamental, *en la medida que el honor consiste en el conjunto de relaciones de reconocimiento que se derivan de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Defraudar las concretas expectativas de reconocimiento que emanan de estas relaciones constituye un comportamiento lesivo para el honor*⁹.

No obstante ello, líneas más adelante la misma sentencia, compartiendo la postura del citado AP, indicó que:

(...) la conducta de los querrelados (...) lesionó el bien jurídico protegido honor, *siendo de tipo subjetivo en cuanto se trata de la autovaloración personal que tiene cada persona de sí mismo; y objetivo cuando lo es de la reputación de la que goza toda persona frente al resto de sujetos que conforman la sociedad* (...) ¹⁰.

Sobre la base de lo observado, podemos apreciar, como seguidamente desarrollaremos, que el AP N° 3-2006/CJ-116, como también la última cita de la mencionada sentencia de la Corte Superior, se inclinan por una clásica concepción del honor denominada como teoría fáctica o psicológica¹¹, mientras que la primera cita de la referida sentencia se decanta por una teoría normativa del honor, consecuencia todo ello de la falta de unidad en el criterio jurisprudencial en lo referente al concepto del derecho al honor¹².

5 Ver: <http://m.elcomercio.pe/politica/919419/noticia-congreso-dictamino-no-penar-carcel-delito-difamacion#> [última consulta: 16.08.11].

6 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO. “revisión del contenido del bien jurídico honor”. En: *Temas de Derecho penal*, Perú (Cultural Cuzco SA), 1993, p. 249.

7 En este mismo sentido ROY FREYRE, LUÍS E. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I*, Lima (EDDILI), 1986, p. 423, señala que la *“importancia del bien jurídico honor, por paradoja, corre pareja con el obstáculo que existe en precisar su concepto”*.

8 Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, FJ 6.

9 Sentencia recaída en el Exp. N° 22–2008, FJ 1 emitido por del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. (cursiva nuestra)

10 Sentencia recaída en el Exp. N° 22–2008, FJ 9 emitido por del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. (cursiva nuestra)

11 CASTILLO GONZALES, FRANCISCO. *La Excepción de Verdad en los Delitos Contra el Honor*, Costa Rica (Ediciones Pasdiana), 1988, p. 42.

12 Así, por ejemplo, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Diccionario penal jurisprudencial*, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal), 2009, p. 336: Exp. N° 4732-1997-Lima: “En los delitos de difamación e injuria el bien jurídico tutelado es el honor, el cual consiste en la valoración que otros hacen de nuestra personalidad ético social, estando representado por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social”. Así también, VILLAVICENCIO TERREROS, *Diccionario...* p. 209: Exp. N° 5510-1997-Arequipa: “El delito de difamación se configura cuando ante varias personas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, se atribuye a una persona, un hecho o una cualidad que pueda perjudicar su honor o reputación”; RN N° 381-2005-Junin: “Es el delito de difamación uno de mera actividad. Se consuma con la imputación del hecho determinado, sin que sea necesaria la generación del desprecio o el odio público, o que se produzca un daño a su honor o reputación, bastando que el hecho imputado sea potencialmente apto o suficiente para colocar en condición de ser objeto de tales sentimientos adversos”.

Es más, en principio el citado AP al hacer referencia a que el *“honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico”*, sostiene una concepción normativa, pero que luego *“transforma”* en una postura fáctica al adoptar la bifurcación objetiva y subjetiva del honor, produciendo con ello un concepto híbrido sobre el derecho al honor. A continuación, haremos una breve presentación de las principales teorías.

A. Teoría Fáctica o Psicológica del Honor

La teoría fáctica o psicológica del honor parte de una clásica visión bipolar, pues entiende que el mismo presenta un lado subjetivo (que se relaciona con la autoestima, esto es, la valoración personal que cada persona tiene de sí misma) y un aspecto objetivo (que es la visión que los demás tienen de una determinada persona: su grado de reputación social).

Así pues, como señala GARCÍA CANTIZANO, se puede indicar que el honor, de acuerdo a esta postura, presenta la existencia de 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 (reputación)¹³.

A nuestro criterio, dicha postura presentaría serios inconvenientes en su coherencia interna, así como también graves consecuencias prácticas, pues la protección jurídica brindada a una determinada persona estaría sujeta a su discrecionalidad, ya que sólo ella sabría si su honor se ha vulnerado en el plano subjetivo¹⁴.

En este sentido, el profesor CARO JOHN señala que en un *“sistema basado en una protección del honor desde un plano estrictamente subjetivo podría llegarse al absurdo de considerar que existe una afectación del derecho al honor cuando una persona se refiere a otra incluso por el uso de su nombre sin que le anteceda un determinado título nobiliario, pues lo que realmente va a interesar no es lo que el estándar social determine como honor, sino lo que la persona considere para sí como digna de su más alta estima”*¹⁵.

En cambio, en el plano objetivo el reconocimiento del honor estaría sujeto a la valoración social que recaería sobre una determinada persona, lo que ocasionaría

graves conflictos en el ejercicio de actividades socialmente desaprobadas, pero jurídicamente permitidas, como es el caso de la prostitución¹⁶. De este modo, tendríamos que determinadas personas se encontrarían en una clara desventaja en comparación a otras, ya que se verían afectadas por los prejuicios sociales (plano objetivo) que se tienen de ellos.

Asimismo, con dicha teoría podríamos llegar al extremo de afirmar que un ladrón o una prostituta no tendrían derecho al honor, lo que constituiría una clara violación al principio de igualdad en tanto se les podría injuriar libremente¹⁷.

En esta misma línea, consideramos oportuno señalar que el plano objetivo de la teoría fáctica o psicológica del honor solo representa *“un traslado de valoración de lo individual a lo social, dependiendo la determinación del honor finalmente de una psicología social. O sea, se disfraza lo subjetivo individual con un ropaje subjetivo colectivo”*¹⁸. Así, la determinación de la afectación o no al honor queda sujeta a lo que la mayoría discrecionalmente (arbitrariamente) considere lesivo o no del mismo.

Las objeciones presentadas a la citada teoría corresponden con lo enunciado por el TC, pues el mismo ha indicado categóricamente que *“la dimensión interna [honor subjetivo] resultaría del todo subjetiva al apelar a las apreciaciones de cada persona que se vea afectada en tal derecho. Las consecuencias serían, al propio tiempo, absurdas, pues atendiendo a tal dimensión, encontraríamos personas que tienen un nivel de autoestima mayor que otras, con lo que la dimensión interna del honor resultaría hasta discriminatoria. Otro tanto habría que decir de la dimensión externa [honor objetivo] del honor, pues sujeta a las apreciaciones colectivas, sociológicas o culturales diversas, 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”*¹⁹.

De acuerdo a ello, para el citado tribunal el concepto fáctico o psicológico del honor presentaría serias incongruencias que imposibilitarían su suscripción, por lo que sería *“necesario construir un concepto de honor que sea lo más objetivo y razonable posible y que permita, al mismo tiempo, un grado de tutela compatible con los demás valores y principios del Estado Democrático”*²⁰.

13 GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN. “El delito de Difamación y la aplicación de la *Exceptio Veritatis*”, En: Actualidad Jurídica. Tomo 89, Lima (Gaceta Jurídica), 2001, p. 63.

14 MEINI MENDEZ, IVÁN. “La Tutela Penal del Honor, En: *Imputación...*”, pp. 344 y 345.

15 CARO JOHN, JOSÉ. “La protección penal del honor de la persona jurídica”. En: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 309.

16 MEINI MENDEZ, IVÁN. “La Tutela Penal del Honor, En: *Imputación...*”, p. 345.

17 MONTOTOY CHAVEZ, Víctor. “El Honor Frente a la Expresión y a la Información. Un conflicto que quiso ser resuelto por la Corte Suprema”. En: Ríos Guzmán Carlos (coord.) *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema*, Lima, GRUJLEY, 2008, p. 689: “Se acusa a esta postura porque si una prostituta o un presidiario buscan tutelar su honor, estos se verían seriamente afectados por las consideraciones sociales -prejuicios- que tendrían para con ellos, negándoseles en la práctica la existencia de honor, sin embargo, la tutela jurídica penal no podría replegarse ante una realidad social completamente injusta”.

18 CARO JOHN, “La protección penal...”, p. 309.

19 Sentencia recaída en el Exp. N° 4099-2005-AA/TC, FJ 3.

20 Exp. N° 4099-2005-AA/TC, FJ 4. A lo señalado, el TC ha añadido en el FJ 5 de la citada sentencia que: “En este contexto, y para decirlo en términos sencillos, el honor está constituido por aquella esfera de inmunidad frente a cualquier trato que ofenda o agrede la condición de la persona humana en su relación con los demás o en su relación con los poderes públicos. El derecho al honor protege, entonces, la intangibilidad de la dignidad en la dinámica social de un tiempo determinado. Como ha sostenido nuestro par español, en criterio que hacemos nuestro, *“El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental (...) es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión”* (STC 185/1989, FJ, 4)”.

B. Teoría Normativa del Honor

Ante las dificultades presentadas por la teoría fáctica o psicológica, aparece en escena el criterio normativo del derecho al honor. Así, tal concepción sobre 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"²¹, identificándose, de este modo, tal "honor interno" con la dignidad del ser humano y tanto la autoestima como la fama constituirían el reflejo exterior de tal dignidad²².

Sin embargo, a dicha teoría "puramente" normativa se le criticó el hecho de que al partir de la "dignidad humana" como atributo inherente a toda persona postuló la total identificación entre honor y dignidad, por lo que no logró dotar al derecho tutelado en los delitos de injuria, calumnia y difamación un contenido específico. Dicha crítica se agrava aún más cuando, como sabemos, "la dignidad constituye un principio genérico aplicable por igual a todos los derechos fundamentales"²³, por lo que su vinculación con el derecho al honor no es distinto ni más intenso.

No obstante lo señalado, un sector de la doctrina nacional ha indicado que, a pesar de todo, la concepción normativa "explica el contenido del bien jurídico honor de modo más objetivo y en concordancia con derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional como es la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su personalidad"²⁴, constituyendo esto último el enlace entre los aspectos interno y externo del honor²⁵.

A nuestro criterio, a partir de lo anotado, podemos apreciar que sobre la base de tal teoría normativa únicamente la persona natural o física podría ser titular del derecho al honor, más no la persona jurídica, pues esta carece de las especiales atribuciones que caracterizan a la persona humana: la dignidad. Señalar lo contrario, creemos nosotros, sería desarticular la base misma sobre la que se asienta la citada teoría normativa del honor.

En coherencia con lo señalado, podemos indicar que dicha postura, a nuestro criterio, colisiona frontalmente con la línea seguida por el TC, ya que el citado tribunal ha señalado que el "(...) honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del

honor (...) "²⁶. De esta manera, el máximo intérprete de la Constitución reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas, protegiéndolas ante el hecho de que su capacidad para interactuar en sociedad se vea frustrada. Nos preguntamos: ¿tal reconocimiento sería posible cuando se parte de un concepto como la dignidad humana? Consideramos, como lo desarrollaremos más adelante, que la respuesta es negativa.

C. Tesis Fáctico-Normativas

Ahora bien, otro sector de la doctrina sostiene que la esencia del honor se encuentra correctamente situada en la dignidad personal, pero es necesario retomar "la vista a la realidad social, al plano fáctico, para graduar el alcance concreto del citado derecho"²⁷, de modo que el merecimiento de tutela del mismo podría variar en razón de la forma e intensidad de la participación de tal persona en la vida social o del grado de cumplimiento de determinados deberes ético sociales (¿?).

Así, por ejemplo, en el ámbito nacional MEINI MÉNDEZ, quien consideramos que parte de la línea del profesor BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE²⁸, ha señalado que el honor se refiere a las *expectativas de reconocimiento que el sujeto genera en sociedad*. Así, menciona que el referido derecho al honor de las personas se configura en dos momentos: "en primer lugar, por su condición de ser humano y el derecho inalienable que tiene de desarrollar libremente su personalidad (...) "²⁹ y, luego, en un segundo momento, tales expectativas de reconocimiento de la persona variarían en función de su comportamiento, llevado a cabo libremente, en sociedad, evaluando su vulneración sobre la base del conjunto de valores que la Constitución prevé y no según la mera subjetividad del grupo social, quizás, dominante.

En pocas palabras, el citado autor hace mención a un momento "estático" en la valoración del honor, en el cual todas las personas tienen las mismas expectativas de reconocimiento, en tanto todos tienen por igual el mismo derecho a la autorrealización e integración social. Y, luego, en un segundo momento "dinámico", el honor ya no será igual para todos, pues se graduará en función de los actos de los sujetos. En estricto, el citado autor señala que:

(...) cada quien configura su honor a partir de sus comportamientos libres, autónomos y responsables en sociedad. Al ordenamiento

21 CASTILLO GONZALES, Francisco. *La Excepción de Verdad...*, p. 54.

22 LAURENZO COPELLO, Patricia. "El bien jurídico en los delitos contra el honor". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Tomo 11-12, Lima (Idemsa), 2002, p. 41.

23 LAURENZO COPELLO, Patricia. "El bien jurídico...", p. 44.

24 SALINA SICCHA, RAMIRO. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Ed., Lima (GRULEY), 2008, p. 261.

25 LAURENZO COPELLO, Patricia. "El bien jurídico...", pp. 41 y 42: "El enlace entre los aspectos interno y externo del honor -esto es, entre la dignidad abstracta y su plasmación en la autoestima y la fama- se realiza a través de la idea de libre desarrollo de la personalidad. La libertad de autodeterminación se presenta, en efecto, como una consecuencia directa de la consideración de la persona como ser racional, de donde se sigue que el respeto de la esencia misma de la dignidad -representada por el honor interno- necesariamente ha de traducirse, en el contexto exterior, en términos de respeto a las opciones vitales de cada ciudadano, cualquiera sea el contenido de estas".

26 EXP. N.º 04611-2007-PA/TC, FJ 37 y 38.

27 LAURENZO COPELLO, Patricia. "El bien jurídico...", p. 45.

28 BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, "revisión del contenido...", p. 260: "Este aspecto del honor requiere una serie de precisiones. Mientras el contenido de la dignidad es estático en cada momento histórico, el del libre desarrollo de la personalidad es variable y está constitucionalmente enmarcado. De donde, el contenido de las relaciones de reconocimiento, que emanan del libre desarrollo de la personalidad, serán distintas en función de los ámbitos de participación social que comprendan y de su adecuación al marco de lo socialmente esperado constitucionalmente descrito".

29 MEINI MENDEZ, IVÁN. "La Tutela Penal del Honor". En: *Imputación...*, p. 346.

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*³⁰.

Por nuestra parte, somos de la idea de que el reconocimiento del derecho al honor encuentra su base directa en la Constitución Política del Perú (art. 2, inc. 7), así como también encuentra en ella, coincidiendo con MEINI MÉNDEZ, el patrón de valores que nos servirá de parámetro en la evaluación de los actos de las demás personas en sociedad, impidiendo así que se distorsione o infravalore el comportamiento de las personas en la interacción social.

Sin embargo, opinamos que lo adecuado es alejarnos de aquel contenido ontológico, pues la consecuencia directa de un concepto normativo de honor dependiente de la dignidad humana es que resultaría más que cuestionable poder seguir afirmando un concepto propiamente normativo de honor, ya que se obtendría una mezcla entre lo normativo y lo ontológico con claro trasfondo *iusnaturalista*, identificando con ello al ser humano y a la persona como conceptos indesligables³¹.

Así pues, con un concepto “normativo” dependiente de la dignidad humana se terminaría por desconocer a las personas jurídicas como titulares del derecho al honor, lo cual, como ya hemos señalado, se opone a la línea seguida por el TC.

III. Nuestra Apreciación: Concepto Funcional del Honor

La “dogmática tradicional” partía de la base de que con la sola causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumplía con el tipo objetivo³², de modo que si a ello le agregábamos el dolo se obtenía como resultado la responsabilidad del agente. Sin embargo, hoy en día, dicha afirmación ha sido rebatida por un sector importante de la doctrina, pues se ha indicado que el sistema jurídico penal no debe apoyarse en leyes del ser, sea la causalidad o la

finalidad, sino que debe tener su construcción determinada por conceptos normativos.

En este sentido, entendemos que la orientación actual del Derecho penal no debería seguirse elaborando sobre la base de elementos prejurídicos, sino de modo acorde con los fines y funciones que cumple el Derecho penal en la sociedad: *el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta en el sistema social, apuntando en este sentido a una normativización de corte funcionalista en la teoría del delito*³³.

Sobre la base de lo señalado, para el sistema normativo-funcionalista el análisis de la parte objetiva del hecho empezará por fijar la relevancia penal de la conducta del actuante en la posición que él ocupa en el mundo normativo, esto es, en su “rol” de “persona” que forma parte de la sociedad³⁴. Así pues, el concepto de persona se erige como uno normativo y no naturalístico, englobando tanto a la persona física como a la persona jurídica. En este sentido, coincidiendo con CARO JOHN, podemos señalar 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 determinados³⁵.

De acuerdo a ello, queda claro que la postura funcional-normativa se aleja de la plena subjetividad del actuante y del resultado en el mundo exterior que, de cualquier forma, un sujeto pueda causar. En su lugar, lo valora como una *estructura normativa* que tiene lugar en el sistema jurídico³⁶, por ello nada impide que a la persona jurídica se le reconozca el derecho al honor, pues qué duda cabe que en la actualidad “la persona jurídica es un actor corporativo provisto de un estatus en el plano formal con el deber de fomentar una ‘cultura empresarial de fidelidad al derecho’ y, en el plano material, como ciudadano corporativo que ‘participa en los asuntos públicos’ ”³⁷.

En coherencia con lo señalado, a nuestro criterio, las teorías que afirman que la persona por el sólo hecho de ser persona [humana] tiene honor confunden “la

30 MEINI MÉNDEZ, IVÁN. “La Tutela Penal del Honor”. En: *Imputación...*, pp. 348 y 349.

31 CARO JOHN, “La protección penal...”, p. 314.

32 ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. 2da ed. Alemana, p. 362.

33 Ver: GARCÍA CAVERO, Percy, “Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal”. En: JAÉN VALLEJO (DIR.)/REYNA ALFARO (COORD.) *Sistemas penales iberoamericanos*. Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario, Lima (Ara Editores), 2003, p. 160. “El funcionalismo tiene larga tradición en la sociología como manera de comprender la sociedad y sobre todo la interacción social, siendo quizá Talcott Parsons el representante más importante de esta línea de pensamiento, No obstante, la perspectiva funcionalista que ha encontrado eco en la discusión jurídico-penal no proviene de una relación directa con el pensamiento de Parsons, sino que se encuentra como punto de contacto, más bien, la figura del sociólogo Niklas Luhmann. El acercamiento del planteamiento jurídico-penal de Jakobs al funcionalismo de Luhmann puede apreciarse claramente en *Strafrecht* de 1983, en donde muchos de los aspectos centrales de la concepción del Derecho penal responden a la comprensión sociológica del Derecho que esbozara Luhmann en 1972 en su *Rechtssoziologie*. No obstante, un seguimiento de la producción científica de estos autores alemanes muestra que, a partir de entonces, cada uno ha emprendido una evolución propia de pensamiento que no necesariamente los lleva por el mismo camino. Ante esta situación, resulta comprensible preguntarnos qué queda entonces del funcionalismo en el Derecho penal, lo cual sólo podrá responderse si se tiene en cuenta el punto de encuentro de ambos planteamientos y las líneas de desarrollo que finalmente han conseguido cada uno de ellos.”

34 CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”. En: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 28.

35 CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista...”, p. 30.

36 CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista...”, p. 33. Asimismo, MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES refieren que: “El Derecho penal funcional toma como base la idea de la sociedad en su constitución normativa. Es decir, el análisis de la sociedad como compendio de normas que tienen una caracterización propia. Norma es la expectativa de comportamiento a través de la cual el sujeto, considerado en su individualidad, alcanza una identidad normativo-social. Esto es, puede ser considerado como persona. El mantenimiento de la sociedad así entendida, de las normas, es función que se le asigna al Derecho penal. Es decir, responder ante los atentados a la vigencia de las normas estructurantes de una determinada sociedad. Preservar la sociedad bajo estas características es la función del Derecho penal. De esta manera, la identidad social del individuo, la personalidad jurídica del sujeto, también será preservada.”

37 CARO JOHN, “La protección penal...”, pp. 318 y 319.

*inalienable capacidad para ser titular de honor con el estatus de honor que se posee en un momento determinado*³⁸. Así, la persona tiene la capacidad de poseer honor, ya que existe un *interés público* en la comunicación veraz, esto es, que el honor consiste en que se le imputa a una persona su comportamiento como meritorio: honor es *imputabilidad meritoria*³⁹, por el contrario si únicamente predominan los comportamientos imputables como negativos habrá deshonor⁴⁰.

“ (...) el honor trasciende a su titular e incumbe a la sociedad desde que nuestro sistema jurídico les reconoce a las personas el derecho a integrarse, participar y desarrollarse en sociedad.”

Así, en un sistema social como el nuestro, las afirmaciones se constituyen en un interés valioso por tutelar, ya que no se puede (no se debe) encargar al receptor que el mismo se cuide de la veracidad de las comunicaciones que recibe, por el contrario, existe un *interés público* en que tales sean ajustadas a la realidad⁴¹. Solo basta imaginar una sociedad en la cual estuviese permitida que cada persona pudiese imputar a otra un comportamiento demeritorio y no ajustado a la realidad, para preguntarnos: ¿podría garantizarse el funcionamiento y la evolución de aquel sistema social? Consideramos, aunque obvia, que la respuesta es negativa.

En efecto, basta observar qué tipo de tutela dispensa el Derecho penal al sistema social para darnos cuenta de la importancia de garantizar la interacción a través del *reconocimiento social necesario atribuible a las personas para el logro de sus cometidos sociales*. Así pues, la tutela que el Derecho penal suministra al sistema social se lleva a cabo “intentando evitar que se produzcan aquellas conductas que suponen una grave perturbación para la existencia y evolución del sistema social y asegurando de este modo las expectativas de los integrantes de esa comunidad”⁴².

De esta manera, se observa que las expectativas de los integrantes del sistema social portan una gran importancia, la cual en ningún sentido es ajena a la funcionalidad del concepto sobre el honor, el cual se evaluará de acuerdo al “(...) conjunto de valores que el modelo constitucional plantea, y no la que, en algunas ocasiones, de facto la sociedad impone.”⁴³.

En este orden de ideas, consideramos que todas las personas tienen la capacidad de ser titular de

honor (imputación meritoria), en tanto a través de su adecuada organización en la interacción social produzcan expectativas de reconocimiento meritorio. Según lo dicho, entonces, 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.

El ser humano tendría, en coherencia con lo argumentado, la capacidad de ser titular de honor, pero no una cualidad inherente que le asegure el mismo en un momento determinado. Tal estatus se construiría sobre la base de su comportamiento ajustado a Derecho, siendo que en tanto no se conduzca de tal modo en lugar de honor tendrían deshonor.

La mencionada capacidad de ser titular de honor, como bien lo ha expresado el propio TC, aunque partiendo de una base ontológica, lo hará competente para “*aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación*”, pues, según entendemos, sus expectativas de reconocimiento así lo exigen.

Por el contrario, el no ajustar su propia organización de modo adecuado al haz de derechos y deberes que sobre la base de su rol se le requieren reduciría sus expectativas de reconocimiento (o, acaso, ¿participa igualmente en sociedad aquel que esta privado de su libertad con respecto a otro que no? o ¿una empresa que contamina el ambiente en comparación a otra que se conduce según los parámetros indicados en la normativa del sector?), lo que producirá también una merma en su capacidad de participación en el sistema social, llevado a cabo mediante un juicio que se adecue al sistema de valores constitucionales y no a la arbitrariedad de un determinado grupo social, así sea el mayoritario.

De este modo, se entenderá que el honor trasciende a su titular e incumbe a la sociedad desde que nuestro sistema jurídico les reconoce a las personas el derecho a integrarse, participar y desarrollarse en sociedad⁴⁴. Así también lo entiende el profesor CARO JOHN cuando señala que:

El honor deja de ser un concepto derivado de la personalidad, para ser visto como lo que es, un concepto social, más exactamente un concepto funcional, en la medida que sirve para el mantenimiento de las estructuras de comunicación social. El honor tiene un contenido propio en el que condensa la atribución o la imputación social meritoria a favor de una persona

38 JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección jurídico-penal del honor*. En: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Editorial Civitas), 1997, p. 434.

39 JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección...*, p. 434.

40 JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección...*, p. 433: “Al tener en cuenta el interés público, se obtiene una explicación de que el comportamiento injurioso se halle circunscrito a las afirmaciones (...). La limitación a las afirmaciones solo deriva del interés público en que se proteja (en algunos ámbitos) precisamente esa forma de comunicación (...).”

41 JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección...*, p. 432.

42 BERUGO GOMEZ DE LA TORRE IGNACIO/ARROYO ZAPATERO, LUIS/GARCIA RIVAS, NICOLAS/FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS/SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona (Praxis), 1999, p. 5.

43 MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, En: *Imputación...*, pp. 346.

44 MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, En: *Imputación...*, pp. 346.

por ocupar un estatus dentro de la sociedad; el honor facilita así la interacción de los actores sociales al brindar un intercambio de información veraz sobre ámbitos de interés general para la sociedad⁴⁵.

Ello no significa que aquél que no genere con su comportamiento tales expectativas de reconocimiento pueda ser vejado libremente, pues existe un interés público en la corrección de las afirmaciones, por lo que no se vulneraría, de esta manera, el principio de igualdad, ya que estas personas también serían protegidas por el ordenamiento jurídico:

(...) la norma contra las injurias no protege en todos los casos el honor positivamente existente, sino que protege frente al empeoramiento del balance del honor; este, sin embargo, ya podía ser negativo antes del hecho. Las injurias son el falseamiento de la imputación en contra de una persona, honor es la imputación laudatoria correspondiente a una persona⁴⁶.

Por todo lo comentado, nos queda claro que el honor (entendido sobre la base de los parámetros esbozados) se configura como un interés de una importancia tal que amerita ser tutelado penalmente. La necesidad de tutela penal del referido derecho se sustenta en su necesidad para el funcionamiento y evolución del sistema social en el que nos encontramos, pues ninguna sociedad configurada como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho podrá subsistir sin la participación de las personas *en tal sistema social*.

Así pues, discrepamos de aquellas posturas que consideran que el Derecho Civil sería el medio idóneo para dispensar una reparación proporcional al daño que se produciría con tal comportamiento infamante, ya que la necesidad de tutela penal del referido derecho se sustenta en su necesidad para el funcionamiento y evolución del sistema social, pues con ello se procura nada menos que el *reconocimiento social necesario atribuible a las personas para el logro de sus cometidos sociales*.

Así también, nos encontramos en desacuerdo con aquel sector de la doctrina nacional que ha afirmado que la regulación penal de las lesiones al honor produce un *límite prohibido al ejercicio del derecho a la información dentro de una sociedad democrática*, pues, todo lo contrario, tal previsión normativa permite el adecuado uso del derecho al honor dentro de su propio contenido, esto es, que el derecho a la información no comprende, como sabemos, el derecho a vejarse libremente a otra persona.

IV. Los Delitos Contra el Honor: Propuestas de *Legis Ferenda* en los Delitos de Injuria y Difamación

Como sabemos, el Derecho penal es un medio de control social monopolizado por el Estado, que tiene como principal característica, en palabras de MIR PUIG⁴⁷, el prever las sanciones en principio más graves como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos.

Es así, que el Derecho penal adquiere una naturaleza secundaria que, a diferencia de otros mecanismos de control social, lo sitúa en la *“ultima ratio legis”*⁴⁸, por lo que solo se acude a esta parcela del ordenamiento jurídico cuando los demás medios resultan insuficientes. Lo señalado, ocasiona que al momento de penalizar una conducta como, por ejemplo, determinados atentados contra el honor, se tenga que tomar en cuenta principios básicos del Derecho penal como son el de subsidiariedad (solo se acude al Derecho penal cuando han fallado los demás controles sociales) y el de fragmentariedad (no se castigan todas las conductas lesivas de bienes jurídicos sino las que revisten mayor entidad).

Ahora bien, tomando en cuenta que el derecho al honor posibilita, como bien lo precisó el propio TC, la participación de los ciudadanos en los sistemas sociales, no nos queda duda que ante determinadas conductas caracterizadas por su gravedad el sistema penal se erige como el instrumento adecuado para responder ante tales atentados a la vigencia de normas estructurantes de nuestra sociedad, como son las que deberían prever la tutela del honor. Sin embargo, el que sea un derecho que merezca protección penal ante determinadas conductas, tampoco significa que se lo proteja de cualquier modo o forma.

Teniendo en cuenta lo señalado, realizaremos un análisis de los tipos penales de injuria y difamación, dejando a salvo el delito de calumnia previsto en el art. 311° CP, pues a nuestro criterio los citados ilícitos son los que presentan mayores inconvenientes, los cuales detallaremos a continuación.

A. Injuria (Art. 130° CP)

El delito de injuria previsto en el art. 130° CP debería ser derogado, pues la configuración de este delito origina ciertos inconvenientes al momento de su aplicación por parte de los operadores judiciales, ya que se configura como un delito de lesión⁴⁹, lo cual se agrava, ya que generalmente el citado tipo penal es analizado desde una posición *contaminada* por una postura fáctica o psicológica del derecho al honor, que es la que viene siguiendo nuestra jurisprudencia nacional⁵⁰.

45 CARO JOHN, "La protección penal...", p. 324.

46 JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección...*, p. 434.

47 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7° ed., Barcelona (Ed. Reppertor), 2004, pp. 49 y 50.

48 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Lima, GRUJLEY, 2009, p. 8.

49 GARCÍA CANTIZANO, María. "Derecho al Honor Versus derecho a la Libertad de Expresión e Información". En: Ríos Guzmán Carlos (coord.). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema*, Lima, GRUJLEY, 2008, p. 664 y 665.

50 Así, por ejemplo, la sentencia recaída en el Exp. N° 4732-97-Lima (Ejec. Sup) señala que: "En los delitos de difamación e injuria el bien jurídico tutelado es el honor, el mismo que consiste en la valoración que hacen otros de nuestra personalidad ético-social, estando representado por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social". Ver: MURO ROJA, Manuel (coord.). *El Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras del Código Penal*, Lima (Gaceta Jurídica), 2007, p.229; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Diccionario penal jurisprudencial*, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal), 2009, p. 336; Exp. N° 4732-1997-Lima: "En los delitos de difamación e injuria el bien jurídico tutelado es el honor, el cual consiste en la valoración que otros hacen de nuestra personalidad ético social, estando representado por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social".

De este modo, se tendría que determinar en cada caso en concreto cuándo es que efectivamente se vio lesionado el honor del sujeto pasivo (dejando al arbitrio de éste la sanción o no de tal conducta), situación en extremo complicada desde una posición fáctica. Asimismo, a partir de una interpretación literal de este delito se podría llegar a penalizar todas las expresiones injuriantes que las personas se lanzan a diario unas a otras, olvidándonos de los principios de subsidiariedad y de fragmentariedad. Incluso, podría indicarse que se consumaría la injuria en un contexto en el cual un sujeto, que encontrándose obligado por una posición de garante a mantener un determinado comportamiento, no lo hiciera; por ejemplo, un hecho tan simple de no saludar o de no sacarse el sombrero, configuraría un caso de omisión impropia, realizando de esta manera la conducta prohibida⁵¹.

En esta misma línea, con un criterio que compartimos, MEINI MÉNDEZ ha indicado que el “comportamiento que sanciona -ofender o ultrajar a otro con palabras, gestos o vías de hecho-, en realidad, se comete cada vez que se perpetra un delito, cualquiera que éste sea, pues, como se ha dicho, delinquir es, como mínimo, ofender o ultrajar a la víctima. Así visto, es muy poco probable que pueda identificarse algún tipo de ofensa o ultraje que no constituya ya otro delito, que al mismo tiempo pueda ser subsumida en el tipo penal de las injurias y que, además, supere el baremo de gravedad mínima para ser considerada delito y no una infracción civil al honor”⁵².

Otros motivos por los cuales planteamos su derogación serían, siguiendo una vez más a MEINI MÉNDEZ, que la derogación de la injuria se correspondería con el hecho de que se procesan muy pocos casos por este delito, lo leve de su pena, lo complicado de su probanza, la fuerte carga valorativa de sus verbos rectores y lo genérico de su tipificación, que complican su denuncia⁵³.

Asimismo, en la legislación comparada tenemos que, aunque el legislador español en su artículo 208° CP señala como injuria “la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”, sancionando penalmente tal comportamiento; seguidamente agrega que “solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”, de modo que “las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”.

Se puede observar que, aunque con algunos matices, el CP español recoge la figura de la injuria al igual que nuestro texto punitivo. No obstante ello, que parecería

abogar por la regulación penal de esta figura delictiva, tenemos que el citado cuerpo legislativo español, quizás consciente de la subsunción de comportamientos que podrían llevarse a cabo en este delito sin superar el parámetro de lesividad mínima requerido por el Derecho penal, exige que sean acciones que “por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves”.

Cabe señalar, que en la doctrina española también se alzaron voces en torno a lo inadecuado de la regulación vía penal de la injuria. Así, los profesores QUINTERO OLIVARES Y MORALES PRATS comentando la parte especial del CP español mencionan que “el precio de esta opción legal es demasiado alto, de ahí que se postule una alternativa político-criminal parcialmente despenalizadora, que mantenga la intervención jurídico-penal en los márgenes que parece le deben ser propios: la calumnia y aquellas concretas modalidades de injuria que admiten la *exceptio veritatis* (...)”. Por todo lo comentado, proponemos la derogación de este artículo y que sea otra la vía la encargada de brindar una adecuada protección ante estos casos.

B. Difamación (Art. 132° CP)

Nuestro CP proscribire el comportamiento de *difundir ante varias personas alguna noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación*⁵⁴. En este sentido, el tipo penal de difamación se configura como un delito de peligro concreto, por lo que se exige además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado (resultado de peligro)⁵⁵, pero no un perjuicio efectivo en el objeto de ataque de la acción. Dicha técnica legislativa es, a nuestro parecer, correcta, ya que la constatación de la efectiva lesión del derecho al honor, desde una posición fáctica seguida mayoritariamente por la jurisprudencia nacional, muy difícilmente puede ser comprobada.

Además, a partir de la lectura del primer párrafo del citado tipo penal se puede constatar que el comportamiento prohibido importa un alto grado de dañosidad al derecho al honor, pues se aprecia, a diferencia de la injuria o de la calumnia, la presencia de una pluralidad de personas y la capacidad de difusión de la noticia. Lo cual genera, a nuestro criterio, un mayor menoscabo en la capacidad de participación social del sujeto pasivo, por lo que requiere una reacción punitiva más intensa.

Asimismo, el citado precepto se ve agravado en su segundo párrafo al proscribirse la llamada “difamación calumniosa”, de modo que al configurarse la difamación a través del contenido material de la calumnia se revela un mayor contenido del injusto, pues se atribuye la falsa comisión de un hecho delictivo. Seguidamente,

51 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 4° Edición, Lima (Ed. San Marcos), 2006, p.137.

52 MEINI MÉNDEZ, Iván. “La Tutela Penal del Honor”. En: *Imputación...*, p. 361 y 362.

53 MEINI MÉNDEZ, Iván. “La Tutela Penal del Honor”. En: *Imputación...*, p. 362.

54 Es estricto, nuestro CP proscribire en su 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, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días multa.

Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa.

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 sesenta y cinco días-multa”.

55 GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. 2ª edición, Lima (GRUJLEY), 2007, p. 421.

se presenta un tercer supuesto que toma en cuenta el medio utilizado, esto es, a través de un libro, la prensa o, incluso, un medio de comunicación, los cuales son capaces de una mayor difusión de la noticia difamatoria y con ello de un mayor perjuicio al honor de la persona afectada.

Sin embargo, hemos advertido que, a pesar de que el legislador penal ha intentado proveer una adecuada protección al derecho al honor resguardándolo para ello de comportamientos que lo puedan poner en riesgo, coincidiendo con MEINI MÉNDEZ, “el Código Penal no se pone en el supuesto de una *difamación calumniosa* cometida por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social”⁵⁶.

En efecto, en el primer párrafo del artículo 132° del CP se proscribía la difusión ante varias personas de alguna noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación (injuria cometida ante varias personas), que en opinión de algunos generaría una especie de injuria agravada⁵⁷, siendo recién en el segundo párrafo en donde se menciona la difamación calumniosa, pues se indica que “*si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131°, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa*”. Luego, en el tercer párrafo, sin hacer mención alguna a la calumnia como se hiciera específicamente en el segundo, se sanciona el cometer el delito de difamación a través de medios tales como el libro, la prensa, etc.

Así, a nuestro parecer, si el legislador fue tan cauteloso en el segundo párrafo del art. 132° CP como para hacer mención expresa, vía remisión a otro artículo del mismo cuerpo legislativo, al delito de calumnia y sancionarlo, además, con una pena más grave que la del primero fue porque quiso diferenciarlo del solo insultar u ofender a alguien ante varias personas (primer párrafo del artículo materia de análisis). Todo ello, en vista de que el hecho de atribuir falsamente y ante varias personas la comisión de un hecho delictivo, se configura como un comportamiento más gravoso que el solo ofenderlo según lo previsto en el primer párrafo del precepto comentado.

Lo señalado es lógico, ya que si el solo hecho de ofender a alguien importa una sanción: ¿cómo no va a ser más grave ofender a una determinada persona ante una pluralidad de sujetos atribuyéndole un hecho delictivo?

Nosotros entendemos, siguiendo el criterio de MEINI MÉNDEZ⁵⁸, que aquel vacío punitivo producido por el legislador al no prever una difamación calumniosa por medio del libro, prensa u otro medio de comunicación

social podría salvarse a través de la aplicación vía concurso de las agravantes del segundo y del tercer párrafo del artículo 132° CP, pero consideramos que la importancia de la difamación calumniosa por un medio idóneo para su difusión masiva requiere ser regulada expresamente, pues así podemos otorgar una adecuada protección al derecho al honor y cumplir con lo establecido en el art. 2° núm. 4 de la Constitución: “*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*”.

Por otro lado, consideramos oportuno que se modifique la sanción asignada al delito de difamación, pues la pena limitativa de derechos: prestación de servicios a la comunidad se configura como la más adecuada para este tipo de delito, ya que además de poseer un mayor impacto social, evita los negativos efectos que producen las penas privativas de libertad de corta duración⁵⁹.

Lo señalado, no colisiona con la necesidad de tutela penal del derecho objeto a análisis, pues la pena limitativa de derechos prevista en el artículo 28° CP es, al igual que la pena privativa de libertad, una consecuencia jurídica del quebrantamiento de la norma penal, por lo que es falso que se “despenalice” el comportamiento de difundir ante varias personas alguna noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación (difamación), sino que se sanciona al mismo sobre la base de la real lesividad de la conducta proscrita.

Asimismo, el profesor 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 (...)”⁶⁰. A ello, agregaríamos que nos encontramos a favor de la inclusión y permanencia de este tipo de penas, pues consideramos que todo lo que pueda significar un límite a la prisión debe ser intentado.

Por todo ello, proponemos que 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 penal⁶¹, entiéndase aquellos que afectan bienes jurídicos como la vida, la salud personal, la libertad e indemnidad sexual e, incluso, el patrimonio del Estado, etc.

56 MEINI MÉNDEZ, Iván. “La Tutela Penal del Honor”, En: *Imputación...*, p. 364. (cursiva nuestra)

57 A este respecto, GARCÍA CANTIZANO considera que la injuria (art. 130) sería el tipo base y las restantes dos figuras: calumnia (art. 131) y difamación (art. 132), serían concebidas como tipos agravados, vid. GARCÍA CANTIZANO, MARÍA. “Derecho al Honor Versus derecho a la Libertad de Expresión e Información”, En: Ríos Guzmán Carlos (coord.). *Comentarios a...*, p. 664.

58 MEINI MÉNDEZ, Iván. “La Tutela Penal del Honor”. En: *Imputación...*, p. 364.

59 Siguiendo a GARCÍA CAVERO, Percy. “Las clases de pena en el Código Penal”, En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo N° 1, Gaceta Jurídica (Lima) 2009, p. 45, entendemos que en “(...) las sociedades modernas, construidas sobre la base de la libertad individual, no cabe duda de que la pena privativa de libertad individual es la sanción penal más grave, por lo que tendría que reservarse solo para los hechos más intolerables”. Dicha idea cobra una mayor fuerza argumentativa cuando observamos el alarmante estado del sistema carcelario en nuestro país, el mismo que presenta serias deficiencias como, por ejemplo, la presencia de una población excesiva, la falta de infraestructura adecuada y el exiguo presupuesto destinado para esta área. Así pues, podemos observar que la pena privativa de libertad debe ser utilizada únicamente como sanción para aquellas conductas que, dentro del contexto de ultima ratio del Derecho penal, sean de suma gravedad, por lo que ante conductas no tan graves se debería buscar la instauración de medidas alternativas a la prisión.

60 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Lima (Gaceta Jurídica), 200, p. 68.

V. Conclusiones

El honor ha dejado de ser un concepto derivado de la personalidad, para erigirse como un concepto social, precisamente, un concepto funcional, en la medida que sirve para el mantenimiento de las estructuras de comunicación social. Por tal importancia, abogamos por su tutela penal.

El delito de injuria debe ser derogado, pues, no obstante los distintos factores señalados líneas atrás, consideramos que no supere el baremo de gravedad mínimo para ser considerado como delito.

El delito de difamación debería ser modificado de modo que abarque en su contenido no se ha puesto en el supuesto de una difamación calumniosa cometida por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social. Asimismo, consideramos que la pena privativa de libertad asignada no es la idónea, por lo que debería ser reemplazada por la pena limitativa de derechos prevista en el artículo 28° CP ☒

Bibliografía

- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO. "revisión del contenido del bien jurídico honor". En: *Temas de Derecho penal*, Perú (Cultural Cuzco SA), 1993, p. 249.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE IGNACIO/ARROYO ZAPATERO, LUÍS/GARCIA RIVAS, NICOLAS/FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS/SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona (Praxis), 1999, p. 5.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto/GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho penal. Parte especial*. 4° Edición, Lima (Ed. San Marcos), 2006, p. 137.
- CARO JOHN, JOSÉ. "La protección penal del honor de la persona jurídica". En: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima (Ara Editores), 2010, p. 309.
- CASTILLO GONZALES, FRANCISCO. *La Excepción de Verdad en los Delitos Contra el Honor*, Costa Rica, Ediciones Pasdiana, 1988, p. 42.
- GARCÍA CANTIZANO, MARÍA DEL CARMEN. "El delito de Difamación y la aplicación de la *Exceptio Veritatis*". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 89, Lima (Gaceta Jurídica), 2001, p. 63.
- GARCÍA CANTIZANO, María. "Derecho al Honor Versus derecho a la Libertad de Expresión e Información". En: Ríos Guzmán Carlos (coord.). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema*, Lima, GRIJLEY, 2008, p. 664 y 665.
- GARCÍA CAVERO, Percy. "Algunas consideraciones sobre el funcionalismo en el Derecho penal". En: JAÉN VALLEJO (DIR.)/REYNA ALFARO (COORD.), *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. D. Enrique Bacigalupo en su 65 aniversario*, Lima (Ara Editores), 2003, p. 160.
- GARCÍA CAVERO, Percy. "Las Clases de Pena en el Código Penal". En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo I. Julio 2009, Lima (Gaceta Jurídica), 2009, p. 45.
- GARCÍA CAVERO, PERCY. *Derecho penal económico. Parte general*. 2^{da} edición, Lima (GRIJLEY), 2007, p. 421.
- JAKOBS, GUNTHER. *La misión de la protección jurídico-penal del honor*. En: *Estudios de Derecho Penal*, Madrid (Editorial Civitas), 1997, p. 434
- LAURENZO COPELLO, Patricia. "El bien jurídico en los delitos contra el honor". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Tomo 11-12, Lima (Idemsa), 2002.
- MEINI MENDEZ, IVÁN. "La Tutela Penal del Honor", En: *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*, Lima (Ara Editores), 2009, p. 343.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte general*, 7° ed., Barcelona (Ed. Reppertor), 2004, pp. 49 y 50.
- MONTOYA CHAVEZ, Víctor. "El Honor Frente a la Expresión y a la Información. Un conflicto que quiso ser resuelto por la Corte Suprema". En: Ríos Guzmán Carlos (coord.). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes en Materia Penal de la Corte Suprema*, Lima, GRIJLEY, 2008, p. 689.
- PEÑA CABRERA FREYRE, ALONSO RAÚL. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Lima (IDEMSA), 2009, p. 319.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Lima (Gaceta Jurídica), 200, p. 68.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Trad. 2^{da} ed. Alemana, p. 362.
- ROY FREYRE, LUÍS E. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Lima (EDDILI), 1986, p. 423.
- SALINA SICCHA, RAMIRO. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3° Ed., Lima (GRIJLEY), 2008, p. 261.
- VALLE Riestra, JAVIER. "Despenalización de los Delitos contra el honor", En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2, Lima (Gaceta Jurídica), 2009, p. 145.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Diccionario penal jurisprudencial*, Lima (Gaceta Penal & Procesal Penal), 2009, p. 336.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte general*, Lima, GRIJLEY, 2009, p. 8.
- <http://m.elcomercio.pe/politica/919419/noticia-congreso-dictamino-no-penar-carcel-delito-difamacion#> [última consulta: 16.08.11].