

---

# La disyuntiva entre honor y expresión

## Aspectos penales

Iván Fabio Meini Méndez<sup>(\*)</sup>

Abogado. Profesor de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Becario de investigación de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI), adscrito al Área Penal de la Universidad de Cádiz.

### 1 Preliminares. Exceso y defecto.

Resulta difícil cuestionar el poder que representan y el rol que cumplen los medios de comunicación en las sociedades modernas. La relación entre éstos y la opinión pública no es pacífica, en la mayoría de casos -y así debería ser en tanto medios de acumulación y difusión de noticias- los primeros se limitan a fungir de vehículos o de herramientas para que la segunda pueda ser exteriorizada. Sin embargo, en no pocas ocasiones hemos sido testigos de cómo los medios de comunicación generan su propia **corriente de opinión pública** y en otras, incluso, llegan a distorsionar la ajena. Tal vez ello se entienda si se tiene en cuenta que la gestión de un medio de comunicación puede orientarse hacia la promoción o defensa de determinados intereses políticos, económicos, o de cualquier otra índole; argumento cuya aceptación no ofrece barreras si se realiza un análisis descriptivo de la realidad nacional: resulta fácil vincular a un medio de comunicación con una determinada tienda política y, más aún, la mayoría de los titulares de los medios de comunicación han tenido o tienen una participación política activa. Ello no se discute habida cuenta que es un derecho, lo que se cuestiona es la pérdida de objetividad informativa cuando se hipoteca la opinión propia a cambio de favores políticos que buscan un

**espaldarazo** o **apoyo popular** representado falazmente en la prensa hablada o escrita, o cuando desde posturas ideológicas contrarias a un régimen de turno, se realiza una crítica acérrima desconociendo los aciertos que éste pueda tener, proyectando, en consecuencia, una imagen global distorsionada.

Dentro de este contexto (exceso), hay que reconocer que muchas veces la libertad de expresión ha sido utilizada como escudo de impunidad detrás del cual se han emitido expresiones que han colisionado frontalmente con el derecho al honor, dignidad y orden público, habiéndose llegado -bajo una mal entendida libertad y, en todo caso, libertinaje- al extremo de permitirse la circulación de periódicos en que la apología terrorista era el común denominador. Basta como ejemplo *El Diario y Cambio*, medios de comunicación que circularon impunemente durante varios años a pesar de conocerse que eran la voz oficial de los grupos terroristas Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, respectivamente.

La otra cara de la moneda (defecto) la constituye la relación entre el Estado y la libertad de prensa. En la más reciente monografía sobre el tema<sup>(1)</sup> se ha demostrado, con base en un trabajo de campo, "que existe una evidente relación entre la vinculación del accionante con el poder, el control judicial por parte

(\*) A Cristina.

(1) UGAZ, José Carlos. *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1969-1999)*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 1999.

del poder político y el resultado en los procesos por delitos contra el honor seguidos contra los periodistas<sup>(2)</sup>". Ciertamente, el análisis de la disyuntiva honor-expresión y su respeto por parte del gobierno no puede agotarse en un estudio jurisprudencial, no sólo porque durante el período 1990-1997 la mayoría de sentencias en los procesos por delitos contra el honor fueron absolutorias (lo que nos daría una imagen distorsionada de un régimen al que se tacha de autoritario y que mantiene intervenido el Poder Judicial<sup>(3)</sup>), sino, sobretodo, porque muchos de los conflictos que interesan al gobierno pueden no llegar a sede judicial y pasar a engrosar las arcas de la cifra negra de la criminalidad. Antes bien, ha de prevalecer lo cualitativo frente a lo cuantitativo, con arreglo a lo cual se puede identificar singulares casos en que la participación del gobierno, vista la inclinación política del medio de comunicación contraria a sus intereses, ha sido gravitante. Tal es el caso Ivcher.

El fundamento que permite calificar de **derecho fundamental** a las libertades de expresión y de información<sup>(4)</sup> radica en su capacidad instrumental. En mérito a ella, por un lado, a través de los medios de comunicación todos los derechos y libertades pueden ejercitarse y tener su proyección<sup>(5)</sup> y, por otro, con su consagración en sede constitucional se les reconoce naturaleza de *conditio* para la existencia de una opinión pública libre, elemento imprescindible de participación ciudadana en la vida política y pública de todo país democrático. Acorde con ello, es sintomático que en el artículo 61 Constitución se tolere la existencia de monopolios y de posiciones dominantes salvo que se trate de "la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación"; y en el artículo 2,4 *in fine* de la Constitución se manifieste un interés por mantener

incólume la libertad de expresión al haberse tipificado como delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente". Si bien no se puede considerar a éste último precepto delito al no estar conminado con una pena y para aplicarlo habría que reconducir el supuesto de hecho a una figura del Código Penal o de alguna ley penal especial -sin contar que la Constitución no es un lugar idóneo para prescribir delitos-, lo cierto es que incorporar esta conducta en la Constitución nos da una idea sobre la preocupación que significó para el constituyente proteger la libertad de expresión, máxime si se tienen en cuenta los abusos acontecidos durante la dictadura militar que privatizó y censuró los medios de comunicación<sup>(6)</sup>.

El tratamiento de las confrontaciones entre el derecho al honor, a la reputación y la intimidad con la libertad de expresión e información no son pacíficas. Se pueden imaginar hasta tres mecanismos: (i) el derecho al honor, en tanto derecho fundamental individual e inalienable, prima siempre sobre la libertad de expresión e información; (ii) atribuir a cada derecho igual importancia para luego ponderar casuísticamente los intereses en el conflicto y optar, en consecuencia, por uno de ellos; y, (iii) otorgar a las libertades de expresión e información primacía sobre el honor. Llevadas a la práctica las tres posiciones importan la adopción de criterios que permitan optar por un derecho en detrimento del otro, por lo que objetivamente resulta válido afirmar que no existe una supremacía absoluta y sin restricciones de ninguno de ellos. Consecuentemente, aún cuando se postule la primacía de un derecho, ante la constatación de determinadas circunstancias excepcionales que así lo ameriten, aquel tendrá que ceder en favor del derecho *a priori* relegado, o lo que es lo mismo, no necesariamente ni en todo caso la afectación el honor ha de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de las libertades de expresión e información, ni

(2) Ibid.; p.175.

(3) Además, téngase en cuenta que las partes en las referidas causas judiciales -informadores con particulares- resultaron políticamente indiferentes para el gobierno de turno. Ver: UGAZ, José Carlos. Op. cit.; p.131.

(4) Cabe diferenciar la libertad de expresión de la libertad de información. Mediante la primera el ciudadano tiene derecho a expresar sus opiniones y pensamientos, mientras que la libertad de información permite, desde el ángulo del informante, comunicar hechos y circunstancias y, desde el ángulo del informado, acceder a la información sobre tales hechos y circunstancias. Desde la perspectiva del informante la libertad de expresión y la libertad de información comparten la necesidad de exteriorizar juicios, ideas o expresiones.

(5) DE VEGA RUIZ, J. *Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites de la libertad de expresión*. Poder Judicial, XIII, 1990. p.15.

(6) Coyuntura que en la década pasada llevó al constituyente a regular la libertad de prensa en términos que denotan una clara y denostada protección: el artículo 2,4 *in fine* de la Constitución de 1979, idéntico al artículo 2,4 *in fine* de la actual.

viceversa, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras<sup>(7)</sup>.

En tal sentido, determinar cuándo ha de primar el honor o, por el contrario, la libertad de expresión, es un análisis complejo que requiere establecer límites normativos que restrinjan, cuando exista una controversia entre ellos, el campo de acción de las libertades de expresión e información, por un lado, y/o la intangibilidad del honor, por otro. En otras palabras, habrá que indagar en qué supuestos se puede aplicar el límite penal (representado por los delitos contra el honor) y, sobre todo, establecer los supuestos en que la lesión del honor queda justificada en atención a la utilidad social que significa la publicación o divulgación de un determinado hecho o juicio de valor.

## 2 El mandato constitucional e instrumentos supranacionales.

La Carta Magna reconoce en su artículo 2,4 el derecho de toda persona “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”. Ella misma establece en su artículo 2,7 que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y

proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

La Constitución no diferencia la jerarquía -y, por ende, no prefiere- entre uno y otro: ambos derechos son fundamentales<sup>(8)</sup>. Este planteamiento se ve corroborado con la normativa supranacional<sup>(9)</sup>. Así, el artículo 29,9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Por su parte, el artículo 17,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala “nadie será objeto de (...) ataques ilegales a su honra o reputación”, y el artículo 19,2 del mismo establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. El artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José: “Protección de la honra y de la dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de (...) ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”, mientras que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos se expresa, en su primer apartado, en términos idénticos al artículo 19,2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con el agregado de que añade luego “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (derecho a la libertad de pensamiento y de expresión) no puede estar sujeto a previa censura sino

(7) REBOLLO VARGAS, Rafael. *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: libertad de expresión e información y límites penales*. Barcelona: PPU, 1992. p.52.

(8) Al tener ambos derechos rango de fundamentales es inadmisibles establecer una jerarquía entre éstos toda vez que comparten la misma valoración jurídica, pudiendo encontrarse los mismos argumentos en favor y en contra de la preferencia de uno sobre el otro (Ver: BAJO FERNANDEZ, Miguel y DIAZ MOROTTO. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*. 3a.ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995. p.298). La única excepción a esta regla está constituida por el derecho a la vida en la medida en que es la base y el soporte de los demás derechos.

(9) A la que cabe recurrir al amparo de la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Si bien se proscriben los ataques **ilegales** contra la honra o reputación de las personas (artículos 17,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), presupuesto a partir del cual se deduce, por un lado, que estos textos reconocen la existencia de ataques **legales** y, por otro, que diferencian la honra de la dignidad (artículo 11;1 de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la reputación de la honra (artículos 17,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11,2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), lo cierto es que la pauta de la normativa revisada la marca la existencia de límites que acotan el ejercicio de la libertad de expresión cuando entra en conflicto con el honor. Estos límites están referidos al reconocimiento y respeto de los derechos y libertades ajenas (en el caso concreto, honor; así, los artículos 29,9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 13,2,a de la Convención Americana de Derechos Humanos; así como al respeto del orden público, moral y seguridad nacional -artículos 29,9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 13,2,b de la Convención Americana de Derechos Humanos-). Y no resulta válido entender que la prescripción positiva de estos límites comparada con la nula regulación de límites del honor frente a la libertad de expresión, sirve para que prevalezca aquel en detrimento de ésta, ya que sería inútil limitar normativamente el ejercicio del derecho al honor puesto que éste se ejercita siempre y en todo momento por el sólo hecho de ser persona.

La innecesidad de autorización previa para ejercitar la libertad de expresión, cuyo mayor corolario es el destierro de la censura, no puede ser excusa para brindar una protección tardía -y, por tanto, efímera- al honor. Tal pareciera ser la interpretación que se impone de cara

al artículo 13,1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando señala que el ejercicio de la libertad de expresión “no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley (...)”. Un análisis *ex post*, por definición, no podrá evitar la lesión del bien jurídico. Esta situación puede acarrear que aquello que se pretende asegurar con la **responsabilidad ulterior** expresamente fijada por la ley, que no es otra cosa que el respeto al honor, reputación, orden público y seguridad nacional, quede en el plano de las buenas intenciones; más aún cuando debido a la propia naturaleza del honor, su reparación una vez vulnerado por un medio de comunicación será, bien imposible, bien lenta, difícil y excepcionalmente completa. Pero no se puede negar que la otra posibilidad -prever mecanismos previos de censura- sería absolutamente refutable en la medida en que se prestaría para que el gobierno controle legalmente los medios de comunicación, situación propia de regímenes totalitarios que comparten como rasgo característico el control sobre éstos. Haciendo uso de una analogía se puede afirmar que la libertad de prensa es a la democracia como el mercurio es a la temperatura: el aumento de ésta queda reflejado en aquella.

A la luz de este contexto es que despliega su trascendencia el derecho de rectificación (que bien podría denominarse **obligación de rectificarse** para acentuar la obligatoriedad de la rectificación) previsto en el artículo 2,7 *in fine* de la Constitución. La Ley No.26775 primero y la Ley No.26847, después, han venido a regular el trámite de rectificación que, en teoría, debe ser inmediata y proporcional a la crónica que motiva la rectificación, tanto en términos temporales (frecuencia y días de la semana de publicación o emisión) como espaciales (tamaño y ubicación en la prensa de la nota objeto de rectificación). Empero, la experiencia demuestra que una vez lesionado el honor, difícilmente será el mismo, puesto que la gente que accedió a la noticia se ha hecho ya una idea (cierta o no) de la persona en cuestión. En suma, el control *ex post* del ejercicio de la libertad de expresión ha de ser considerado como un costo del cual no se puede prescindir, bajo riesgo de tolerar que el titular del control social obtenga el monopolio y control en materia de información y expresión.

Tendrá que ser la naturaleza jurídica y la importancia de cada derecho lo que nos permita optar,

en el caso concreto, por la libertad de expresión o el derecho al honor. La piedra angular de este planteamiento consiste en entender que existen **límites extrínsecos** de todo derecho, derivados de la propia existencia social del derecho y del respeto a los sujetos que coexisten en sociedad<sup>(10)</sup>. Acorde con ello, habrá que considerar la función que cumple cada uno de los derechos en un sistema socio-jurídico integralmente concebido y, a partir de ello y teniendo presente las necesidades de quienes componen dicho sistema, limitar, cuando sea estrictamente necesario, el ejercicio de uno u otro derecho. Cabe pues, en definitiva, una ponderación de intereses en función a la cual “a la hora de analizar el conflicto de intereses que supone un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, el órgano jurisdiccional deberá, no estimar preponderantemente en todo caso uno de los derechos en cuestión (...) sino, ponderar si la actuación del informador se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito<sup>(11)</sup>”.

En suma, consideramos que no existe norma alguna que permita establecer jerarquías entre derechos fundamentales pero, estando al modelo de Estado que la Constitución postula y al reconocimiento de los derechos fundamentales en ella contemplados, podemos postular no sólo una igualdad jerárquica entre el derecho al honor y la libertad de expresión<sup>(12)</sup>, sino obtener criterios interpretativos que nos permitan resolver el conflicto planteado.

### 3 Particularidades del tipo de lo injusto del delito de difamación.

De los tres delitos que componen el Título II del Libro Primero del Código Penal, **delitos contra el honor**, la difamación, por ser la difusión de la *notitia* uno de sus requisitos es el que cobra relevancia como frente a la libertad de expresión. En mérito a ello es menester aproximarse a su estructura típica y tomar postura sobre si respeta el principio de ultima ratio del

derecho penal o si, por el contrario, reprime conductas frente a las cuales bastaría con el resarcimiento de daños y perjuicios por la vía civil<sup>(13)</sup>. El tipo básico del artículo 132 Código Penal establece: “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 ciento veinte días-multa”.

---

Se ha llegado a afirmar que el delito de difamación se consuma cuando la atribución de cualidades o conductas llega a oídos del sujeto pasivo de la ofensa, pero lo cierto es que el tipo de lo injusto no exige que el agraviado se entere de la difamación

---

#### 3.1 Bien jurídico.

El objeto jurídico, según la propia norma, es el honor y la reputación. Estamos pues frente a una redacción a todas luces atentatoria del principio de igualdad en la medida en que se protege la reputación: “opinión que las gentes tienen de una persona”<sup>(14)</sup>, característica que, por definición, está en función de cánones y patrones culturales y socioeconómicos impuestos por la clase dominante. Acorde con este enunciado, las personas que a criterio de la sociedad no gozan de reputación (prostitutas, delincuentes, etc.), no tendrán tal derecho y, por ende, no podrán ser sujetos pasivos de difamación en este extremo, situación claramente inconstitucional (artículo 2,2 de la Constitución). Felizmente que en el precepto se ha vinculado a los términos **honor** y **reputación** con una exclusión y no una inclusión, caso contrario se tendría

(10) FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992. p.170.

(11) REBOLLO VARGAS, Rafael. *Op.cit.*; p.80.

(12) En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. *Delitos contra el honor. Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996. p.1000.

(13) Aunque lo cierto es que el dolo es un elemento diferenciador entre los hechos que pueden generar responsabilidad civil y los que generan responsabilidad penal. Ver: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y otros. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Madrid: Akal, 1993. p.258.

(14) Definición literal de la Real Academia Española. Ver: *Diccionario de la lengua española*. Tomo II. 21a.ed. Madrid, 1992. p.1777.

que comprobar la lesión de un bien jurídico que, debido a su propia naturaleza, no ostentan todas las personas. De ahí se sigue que sería imposible afirmar la tipicidad de determinadas difamaciones penalmente relevantes cuando éstas son dirigidas contra personas de **dudosa reputación**.

La necesidad de que la difamación sea, como todo delito, aplicable *erga omnes*, obliga a adoptar un concepto de honor carente por completo de rasgos discriminatorios y que permita colmar esta laguna de protección que sufren aquellas personas cuyas conductas son socialmente reprobadas. En función a este objetivo, se han de tener presente consideraciones de diversa índole. Las concepciones fácticas del honor (sujetiva y objetiva) han sido sistemáticamente abandonadas, a pesar de lo cual todavía se mantienen en algunos sectores<sup>(15)</sup>. Subjetivamente es honor la autoestima o autovaloración que de sí mismo tiene cada quien, es cómo uno mismo se ve y siente en la sociedad. Objetivamente el honor representa el juicio de valor que los demás miembros de la sociedad tienen respecto a una persona. Bajo esta concepción honor es sinónimo de reputación. A la primera se le critica condicionar la justicia penal a la libre apreciación que cada cual tenga de sí mismo, con la consiguiente actuación del sistema penal frente a situaciones que no merecen ni necesitan ser sancionadas<sup>(16)</sup>. Así sucederá en el caso del que se considerada superior a los demás, a quien la más leve frase le parecerá una grave ofensa, frente al acofado, quien rara vez se sentirá ofendido. Las críticas a la concepción objetiva han sido formuladas supra.

Sistemáticamente, el contenido del bien jurídico honor tiene que ser abordado al amparo de las normas constitucionales y del sistema social al que ésta

pretende llegar<sup>(17)</sup>. De esta manera se protege el honor como rasgo esencial de la persona en una sociedad democrática, en donde el respeto de la dignidad del hombre es su fin supremo (artículo 1 de la Constitución), y que le reconoce, asimismo, el derecho a su identidad, libre desarrollo de su personalidad (artículo 2,1 de la Constitución) e igualdad (artículo 2,2 de la Constitución). La concreción del honor, en consecuencia, habrá de llevarse a cabo con base en un análisis dual, en cuya virtud, en un primer momento (estático), quedará representado por las expectativas de reconocimiento de la dignidad humana con la consiguiente igualdad de todos los hombres y, en un segundo momento (dinámico), la conmensuración del honor podrá variar al cobrar relevancia las expectativas de reconocimiento de la participación del sujeto en la sociedad y se graduará, entonces, en función a la efectiva participación del ciudadano en la vida comunitaria<sup>(18)</sup>. Este juicio requiere una **determinación circunstancial**<sup>(19)</sup>, en el sentido de que habrá de tenerse presente las diferentes posiciones y situaciones de los individuos para evaluar el respeto del honor y los ataques que sufra. La importancia de definir el honor a partir de la dignidad y la igualdad no es otra que resaltar la pretensión de respeto del ser humano, con arreglo a la cual debe ser considerado como fin en sí mismo y no como objeto de instrumentalización; de no poder ser objeto de voluntad ajena sino sujeto de su propia historia y realidad<sup>(20)</sup>. Es en esta dimensión que el reconocimiento del honor -como derivado de la dignidad humana- explica que su tutela alcance a seres estigmatizados como no valiosos o de **mala reputación**.

Queda, sin embargo, la sensación de que la participación de los hombres en el sistema social y democrático esbozado por nuestra Constitución

- (15) Ver: BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. 2a.ed. Lima: San Marcos, 1996. pp.121 y 122.; BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona: Ariel, 1986. p.164.; CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. 3a.ed. Buenos Aires: Astrea, 1990. p.138.; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial I*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1922. pp.333-334.; RODRIGUEZ DEVESA, Carlos y SERRANO GOMEZ, José. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 16a.ed. Madrid: Dykinson, 1993. p.231.; ROY FREYRE, Luis. *Derecho Penal Peruano*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 1974. pp.284-288.
- (16) Así, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. Op.cit.; p.1001.; y CARMONA, C. *Delitos contra el honor*. En: COBO (editor). *Curso de Derecho penal español. Parte Especial, I*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.464.
- (17) Punto de partida aceptado pacíficamente. Ver: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y MORALES PRATS, Fermín. Op.cit.; p.1002.; VIVES, T.S. *Delitos contra el honor*. En: VIVES ANTON, Tomás (coordinador). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. p.1025.; BERDUGO, Ignacio. *Revisión del contenido del bien jurídico honor. Temas de Derecho Penal*. Lima: Editorial Cuzco, 1993. p.259.
- (18) BERDUGO, Ignacio. Op.cit.; pp.257-261.
- (19) VIVES ANTON, Tomás. Op.cit.; p.1027.
- (20) En el mismo sentido, VIVES ANTON, Tomás. Op.cit.; pp.1025-1027; BAJO FERNANDEZ, Miguel y DIAZ MOROTTO. Op.cit.; p.299; RODRIGUEZ DEVESA, Carlos y SERRANO GOMEZ, José. Op.cit.; p.229.

reclama matizar el honor con pinceladas de la concepción objetiva y subjetiva en tanto que el artículo 2,7 de la Constitución reconoce el derecho de todos a la **buena reputación** y que “toda persona (...) agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique de forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (en donde no se descarta que el agravio de una persona no pueda equivaler a su sentimiento de deshonra). El riesgo de trasladar en bloque estos conceptos al campo del derecho penal radica en que se postulará una concepción puramente normativa del bien jurídico honor, en cuya virtud se le identificará a “la pretensión a que se respete la propia imagen (...). La ley protege conminando con pena manifestaciones de pensamientos que vulneran la estima social, la reputación, la dignidad y el decoro<sup>(21)</sup>”. Si bien es cierto que esta concepción toma en cuenta el conjunto de aspectos que conforman la dignidad humana, lo es también que se identifica con la concepción subjetiva (es la pretensión a que se respete la propia imagen) para luego acercarse peligrosamente a la concepción objetiva en la medida en que tome en cuenta la estima social, reputación, dignidad y decoro. Si se entiende al honor como autoestima y a la vez como reputación<sup>(22)</sup>, la protección que el derecho penal le ofrece tendría que abarcar a una inmensa cantidad de supuestos en que se constate su lesión o puesta en peligro. Ello conllevaría a negar la subsidiariedad del derecho penal, sin perjuicio de que los contornos del objeto jurídico no podrían ser delimitados con certeza y precisión, protegiéndose luego algo tan confuso, abstracto y genérico que la protección que se le pueda dar será igual de confusa, abstracta y genérica.

Que el contenido del bien jurídico honor se concrete sobre la base de la dignidad, no quiere decir que tenga que identificarse con ella, ya que otorgar tutela penal a la dignidad, al ser general y abstracta, implicaría que su protección sea ilimitada<sup>(23)</sup>. En todo caso, lo que se puede hacer es proteger mediatamente

determinadas parcelas de la dignidad a través de los delitos contra el honor, de la misma manera como se protegen mediatamente otros segmentos de la dignidad a través de los delitos contra la libertad sexual, la libertad individual, la vida, etc.<sup>(24)</sup> Cabe pues entender que el bien jurídico honor tiene que ser matizado con connotaciones fácticas, en virtud de lo cual se tenga en cuenta los aportes de cada persona en el desarrollo de sociedad. No se trata de recortar el honor de unos ya que el mínimo que todos compartimos lo constituye la dignidad, sino de enaltecer el de quienes lo merecen.

A partir de esto se deduce que todos los seres humanos, por el solo hecho de serlo, tenemos derecho al honor<sup>(25)</sup>. De ahí se deriva, luego, que todos los seres vivos podamos ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor puesto que todos tenemos derecho a formar parte la sociedad con nuestra particular individualidad y personalidad. *Contrario sensu* a los muertos no se les reconoce honor; a lo sumo, memoria, que si bien merece tutela penal, los términos en que se expresa el artículo 138 del Código Penal (“si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida ...”) denotan cierta confusión en tanto que el bien jurídico en la injuria, la difamación y la calumnia es el honor y por lo tanto estos delitos no se muestran idóneos para ofender la memoria de una persona fallecida.

Del mismo modo, entendemos que carece de sentido la tipificación del delito de desacato (artículo 74 del Código Penal) en que se agrava la pena de la injuria en atención a la calidad de funcionario o servidor público del sujeto pasivo. Si bien se establece que la ofensa tiene que ser “a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercitarlas”, a partir del contenido del bien jurídico estudiado hay que reconocer que el honor de la persona no puede aumentar por desempeñar un puesto público; caso contrario se estaría violando el principio de igualdad al otorgársele mayor protección a un sujeto (funcionario público) por una mera formalidad como es su nombramiento como tal, algo que carece de lógica aún cuando en el desacato se proteja también el decoro de la función pública.

(21) PEÑA CABRERA, Raúl. Op.cit.; pp.335-337.

(22) Así, VIVES, T.S. Op.cit.; p.1025.: “(...) el honor presenta dos aspectos complementarios: el honor interno ... que se identifica con la dignidad (...) y el honor externo (...) constituido por la reputación o fama, esto es, por el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo”.

(23) Ibid.

(24) De otra opinión, VIVES, T.S. Op.Cit.; p.1025.: “(...) a más de esas series de manifestaciones concretas de la dignidad, ha de otorgársele tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto. Ese es el papel que desempeña el derecho fundamental al honor. Los ataques al honor sin ataques inmediatos a la dignidad de la persona (...)”.

(25) En el mismo sentido, CARMONA, C. Op.Cit.; p.465.

Otra consecuencia derivada directamente del presupuesto del que se parte es que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. En el caso de las calumnias la razón cae por su propio peso al reconocerse en nuestro sistema jurídico penal la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir<sup>(26)</sup>, por lo que mal se puede atribuir un delito a quien no puede cometerlo. La respuesta merece un mayor tratamiento en el caso de las injurias y difamaciones.

La Carta Magna de 1979 prescribía en su artículo 3 que “los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les sean aplicables”. En tal medida, no faltó quien creyera que las personas jurídicas peruanas tenían derecho al honor, máxime cuando aún el artículo 187 del Código Penal de 1924 concebía la posibilidad de difamar a una persona jurídica. Nuestra actual Constitución no contempla una cláusula similar, tampoco lo hace el Código Penal de 1991, empero, aún cuando sí lo hicieran, para efectos de reconocer honor a las personas jurídicas hay que estar a la naturaleza jurídica del bien jurídico que, tal como hemos precisado, es exclusivo de las personas naturales desde que fluye de la dignidad, cualidad inherente y exclusiva de los seres humanos más no de las personas jurídicas a quienes se les reconoce un prestigio o reputación comercial en tanto que gozan de un patrimonio económico y social que amerita y requiere protección por parte del Derecho<sup>(27)</sup>. Además, si se reconociese a las personas jurídicas o entes supraindividuales (empresas, pueblos, estados, etc.) como portadoras de honor, no habría obstáculo alguno para imponer a sus miembros pautas de conducta con el objetivo de salvaguardar dicho honor<sup>(28)</sup>.

En esta línea de pensamiento, el legislador de 1991 hizo eco de las críticas formuladas por la doctrina y excluyó a las personas jurídicas o corporaciones

como potenciales sujetos pasivos del delito de difamación. Ello no ha significado que se le niegue protección penal a la reputación comercial de las empresas puesto que el legislador cuidó de establecerla en el artículo 240,1,2 del Código Penal al reprimir a “el que en beneficio propio o de terceros realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos”. Aún así, salta a la vista que al exigirse un ánimo de lucro se restringe protección al bien jurídico protegido, habida cuenta que muchas veces quien genera el perjuicio o el descrédito de la reputación comercial no actúa persiguiendo un beneficio, sino que puede hacerlo con la intención de causar un perjuicio e, inclusive, motivado por venganza.

### 3.2 Consumación: “(...) pueda perjudicar el honor (...)”.

Se ha llegado a afirmar que el delito de difamación se consuma cuando la atribución de cualidades o conductas llega a oídos del sujeto pasivo de la ofensa<sup>(29)</sup>, pero lo cierto es que el tipo de lo injusto no exige que el agraviado se entere de la difamación. Este delito se consuma en el momento en que ante dos o más personas se atribuyen conductas o cualidades que **puedan** perjudicar el honor o reputación del sujeto pasivo, situación que puede verificarse sin necesidad de que éste llegue a enterarse de la ofensa.

Para determinar qué tipo de delito en relación con bien jurídico es la difamación hay que estar al verbo rector, esto es, que se pueda perjudicar el honor o la reputación. En tal medida entendemos que se trata de un delito de peligro ya que no se requiere que la acción genere una lesión o un peligro efectivo, pero sí se reclama que pueda originarse un estado de

(26) VER: MEINI MENDEZ, I. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; y MEINI MENDEZ, I. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y de sus órganos de gestión*. En: *Ius et Veritas*. No.13. Lima, 1996.

(27) En el mismo sentido, CARMONA, C. Op.cit.; p. 476; BAJO y DIAZ MAROTTO. Op.cit.; p.288; CREUS C. *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea. p.141; QUERALT, J.J. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Barcelona: Bosch, 1992. p.212; PEÑA, R. Op.cit.; p.339. Entienden que las personas jurídicas sí pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor: BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.; p.122; y URQUIZO, J. *Los delitos contra el honor en el nuevo código penal*. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. No.1. Lima, 1993. p.219.

(28) Tal como sucedió en Alemania durante el nacionalsocialismo al divulgarse folletos con el lema “la mujer alemana no fuma”. COBOS GOMEZ DE LINARES, M. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial I*, En: LOPEZ BARJA DE QUIROGA (director). Madrid: Akal/luire, 1990. pp. 260-261.

(29) BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.; p.127. Para llegar a esta conclusión se tiene que concebir al honor subjetivamente, esto es, como autoestima. Pero ello, como se dijo, se presta a muchas críticas.

probabilidad de daño o lesión, ya que “la tipicidad presupone el juicio ex-ante de que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección<sup>(30)</sup>”. Con base en una interpretación literal del tipo de lo injusto del delito de difamación no se debe exigir que las conductas o cualidades atribuidas lesionen o perjudiquen efectivamente el honor o la reputación, únicamente que puedan hacerlo. Este planteamiento resulta coherente con la naturaleza del bien jurídico honor puesto que su vulneración, a diferencia de la lesión de bienes jurídicos materiales o tangibles como el patrimonio o la vida, no es susceptible de demostración empírica vía pericias.

El verbo que representa el nexo causal **-pueda-**, analizado desde la vertiente objetiva del tipo de lo injusto importa la posibilidad de que la noticia pueda perjudicar el honor de otro y no que lo haga efectivamente, o lo que es lo mismo, puede darse el supuesto de una conducta que *a priori* aparece como capaz de lesionar el honor pero que en el caso en concreto no genera tal consecuencia. Esta variable no afecta el juicio de tipicidad. Ello, no obstante, tiene que matizarse con el respeto al principio de lesividad (artículo IV del Título Preliminar del Código Penal), en virtud del cual cabe requerir siempre idoneidad a la conducta para lesionar el honor. Así, habrá que exigir “no sólo el desvalor real de acción, sino también el desvalor real de resultado constituido por la existencia efectiva de un resultado peligroso, de forma que no se trata de verificar si la acción hubiera podido producir un peligro efectivo para el bien jurídico, sino si realmente lo produjo<sup>(31)</sup>”. Llevado al caso concreto, esto quiere decir que la posibilidad de perjuicio del honor (peligro) no es sinónimo de su lesión, por lo que resulta suficiente para afirmar la tipicidad de que la conducta que ésta desarrolle, como resultado típico independiente, el peligro que le es inherente<sup>(32)</sup>. En suma, se precisa de un análisis *ex ante*, de manera tal que en el contexto en que se produjo la ofensa, ésta pueda ser calificada de difamatoria siempre y cuando haya producido un estado de peligro para la indemnidad del honor, pero cuando carezca de dicha

idoneidad habrá que negar la tipicidad de la acción. Desde la vertiente subjetiva el sujeto ha de aceptar dicha posibilidad. Bastará, entonces, la actuación a título de dolo eventual<sup>(33)</sup>.

La determinación de los baremos en virtud de los cuales se pueda precisar cuándo una noticia puede perjudicar el honor de otro y cuándo no lo puede hacer, permite distinguir aquellas noticias respecto de las cuales nadie cuestiona su capacidad difamatoria (como atribuir falsamente a una persona la comisión de un delito), de aquellas otras que se ubican en una suerte de limbo al no ser tan clara su idoneidad para lesionar el honor. En éstas últimas los baremos habrán de fijarse en función al contenido de la noticia, a las circunstancias particulares del caso, pero sobre todo, a las coordenadas de tiempo y lugar en que se difunden la noticia. En definitiva, jurídicamente hablando, habrá que recurrir a la imputación objetiva para determinar si la conducta ha creado un riesgo penalmente desaprobado o aumentado uno permitido a límites prohibidos.

### 3.3 La posibilidad de difusión de la noticia: “(...) pueda difundirse la noticia (...)”.

La capacidad de la noticia para perjudicar al honor se encuentra íntimamente vinculada a la posibilidad de que pueda difundirse y a la forma cómo se difunde. Nótese que la redacción del artículo 132 del Código Penal empieza “el que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia (...)”. De nuevo, el legislador ha incluido el término **pueda**, motivo por el cual será típica la noticia en que se atribuye a otro una cualidad, conducta o hecho que pueda perjudicar su honor y que haya sido contada como mínimo a dos personas. En nuestro concepto se incurre en un error trascendental, toda vez que se hipoteca la tipicidad de la conducta, esta vez frente a la capacidad de difusión de la noticia. La referida capacidad de difusión se encuentra condicionada, hasta donde alcanzamos a observar, por la trascendencia del contenido de la noticia, la trascendencia del sujeto sobre quien versa la noticia o la **capacidad comunicadora** del sujeto al que se le trasmite la noticia. Así, el que la

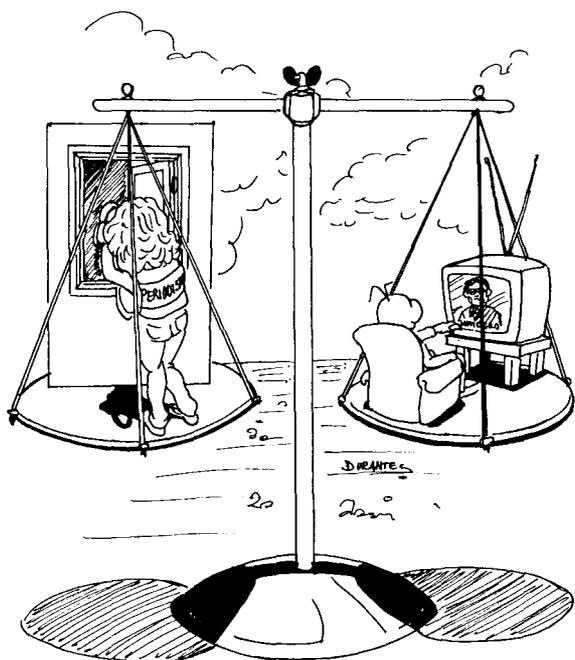
(30) TORIO, A. *Los delitos del peligro hipotético (contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1981. p.840.

(31) MENDEZ, C. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia. 1993. p.86.

(32) Ver: DE LA CUESTA, P.M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch. 1996. p.82.

(33) En detalle, ver punto 3.4 del presente trabajo.

noticia en que se atribuye a otro una conducta, cualidad o hecho que pueda perjudicar su honor sea narrada a una sola persona no garantiza que no vaya a ser difundida, no obstante este supuesto es atípico. Del mismo modo, si se trasmite una noticia difamatoria a varias personas por separado bajo promesa de no difundirla, cumpliendo los receptores su promesa, está claro que la posibilidad de difusión, en los términos en que se expresa el Código Penal, es nula. Pero esto no impide afirmar que la noticia difamatoria ha sido ya difundida del emisor hacia los receptores que **prometen guardar el secreto** y, en consecuencia, el bien jurídico protegido ha sido puesto ya en peligro o lesionado. Es esta primera difusión (en la que se ha puesto en peligro o lesionado el bien jurídico), la que cobra relevancia penal y no la que puede producirse luego.



Por ello, el factor **número de personas** que se enteran del agravio y que marca la diferencia entre la injuria y la difamación (en la primera, a diferencia de la segunda, el agravio siempre es personal) no parece ser el mejor criterio para conminar con una pena

superior a la difamación. Ciertamente es que, por lo general, a mayor cantidad de personas que se enteran de la noticia difamatoria o injuriosa, mayor será el desmedro que sufra en su honor la víctima; pero es verdad también que el potencial difusor de la noticia depende más de la **capacidad comunicadora** del receptor que de la cantidad de personas a que ha sido transmitida. De esta manera, somos partidarios de asimilar ambas figuras sobre la base de la injuria (sin necesidad de que concurren dos o más personas) y establecer agravantes por la difusión del agravio que puede darse ya sea por consideraciones cuantitativas (concurren dos o más personas) como por consideraciones cualitativas (**capacidad comunicadora** del receptor).

Además, el que se exija posibilidad de difusión cuando la noticia es transmitida a varias personas por separado, viene a acotar el universo de supuestos que cabrían calificarse de tentativa -como puede ser el caso de un periodista que escribe una crónica abiertamente difamatoria pero que, por cosas del destino, la máquina impresora se estropea imposibilitando la confección del diario en que sería publicada-, ocasionando que los jueces condenen por un delito consumado, con la consiguiente imposición de una pena superior cuando perfectamente podrían hacerlo por uno intentado.

### 3.4 La discutible exigencia del *animus difamandi*.

En nuestro medio la jurisprudencia y la doctrina reconocen que los delitos contra el honor requieren de un elemento subjetivo distinto del dolo, a saber, el *animus injuriando o difamandi*<sup>(34)</sup>, calificado por la Corte Suprema como requisito *sine qua non* para la configuración de los delitos contra el honor<sup>(35)</sup>. El exigir este elemento subjetivo, definido como “intención, expresada en forma perceptible o inducida de las circunstancias concurrentes de lesionar el bien jurídico del honor<sup>(36)</sup>” o simplemente como “ánimo especial de difamar<sup>(37)</sup>”, obliga al intérprete a diferenciar, por un lado, la conciencia y voluntad del agente de realizar todos los elementos objetivos del tipo (dolo) y, por otro lado, un especial ánimo en ofender a otro (*animus*).

(34) BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.: pp.123, 126-127; y ROY FREIRE, L. Op.cit.: p.302. Véase también las sentencias a que se hace referencia en UGAZ, J.C. Op.cit.: pp.82 y ss.

(35) Entre otras, las ejecutorias Supremas 0060-88 de 7 de marzo de 1988 y 322-93-B del 18 de abril de 1994.

(36) ROY FREIRE, L. Op.cit.: p.288.

(37) BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.: pp.123 y 127.

La consecuencia práctica de concebir a los delitos contra el honor como delitos de intención radicaría en que podría calificarse de atípicas las expresiones dolosas vertidas con *animus iocandi*, *animus corrigendi*, *animus defendendi*, *animus criticandi*, *animus informandi*, es decir, con cualquier ánimo distinto al *animus difamandi*. De ahí que se afirme que las acciones objetivamente injuriosas, pero realizadas sin esta especial intención sino por bromear, narrar, etc., no constituyen delito contra el honor<sup>(38)</sup>. Empero, en tanto que la concurrencia de uno de estos *animus* no es excluyente del resto sino que la naturaleza del ser humano permite la coexistencia de dos o más, entendemos que la presencia de una intención distinta al *animus difamandi* no tiene porque excluirlo. Es el caso del periodista que realiza un reportaje injurioso de un personaje público por el que siente desprecio; el que desarrolle su trabajo con *animus difamandi* no impide que lo haga, simultáneamente, con *animus informandi* y/o *criticandi*.

Por ello, la aceptación o rechazo de la teoría del *animus* en los delitos contra el honor ha de meritarse sobre la base del fundamento gramatical y la naturaleza del delito<sup>(39)</sup>. En cuanto a la primera, hay que estar a la redacción del tipo de lo injusto respectivo y aceptar que si se habla de un elemento subjetivo -ya sea dolo, culpa o un elemento subjetivo distinto del dolo- éste tiene que deducirse directamente de la redacción del precepto, habida cuenta que, junto a los demás elementos del tipo, forma parte de su estructura<sup>(40)</sup>. Si el dolo abarca no sólo el conocimiento sino también la voluntad de llevar a cabo los elementos objetivos del tipo, y la tipicidad objetiva de la difamación se agota con la atribución a otro de cualidades, conductas o hechos que puedan perjudicar su honor, queda claro, entonces, que el dolo incluye la voluntad o intención de difamar. Para bien o para mal

el legislador no ha incorporado elementos subjetivos en los delitos contra el honor, motivo por el cual ninguno de los autores nacionales que participan de la teoría del *animus* pueden señalar en qué elemento de la norma fundamentan dicha intencionalidad especial. En igual falencia, salvo válida excepción<sup>(41)</sup>, incurre nuestra jurisprudencia

Igual suerte nos depara si estudiamos la naturaleza del delito, puesto que no resulta necesario agregar un elemento de tendencia interna intensificada a la finalidad específica de la conducta difamatoria. La razón jurídico-política que subyace bajo la criminalización de la difamación radica en que en un Estado democrático no cabe tolerar los menoscabos que sufre una persona en su honor y, en consecuencia, en su integración social y posibilidades de participación en la sociedad. Así, para que la protección que pretende ofrecer el derecho penal al honor sea eficaz y viable, se requiere reprimir aquellas expresiones que sean adecuadas para lesionarlo, y dado que el actuar con conocimiento y voluntad de que la expresión proferida lesiona el honor satisface las exigencias de necesidad y merecimiento de pena en materia de tipicidad subjetiva, no parece necesario exigir un ánimo adicional.

Si a pesar de lo dicho, se insiste en exigir una puntual intención o voluntad de difamar (*animus*), habrá que reconocer que el *animus difamandi* o *injuriandi* forma parte del dolo en los delitos contra el honor -al igual que el *animus necandi* y el *animus lubricus* forman parte del dolo del homicidio y de la violación de la libertad sexual, respectivamente- y no concebirse como un elemento independiente. Es mejor, no obstante, llamar a las cosas por su nombre y reconocer que el *animus difamandi*, materialmente, no es más que el elemento volitivo del dolo en las difamaciones<sup>(42)</sup>, desterrando, en consecuencia, las demandas del *animus difamandi* así como el término

(38) BAJO y DIAZ-MOROTTO. Op.cit.; p.296; y BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.; p.123.

(39) SANCHEZ TOMAS, J.M. *Disfunciones dogmáticas, político-criminales y procesales de la exigencia del animus iniuriandi en el delito de injurias*. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. 1994. pp.143-150; MEINI MENDEZ, I. *La discutible exigencia del ánimo difamandi en los delitos contra el honor*. En: *Informe.No.30*. Lima, 1997.

(40) JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4a.ed. Traducción de Manzanera Samaniego. Granada: Comares, 1993. pp.284-285; JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Cuello Contreras y González de Murillo. Madrid: Pons, 1995. p.372.

(41) Sentencia 7 de octubre de 1991 del Tercer Juzgado Penal de Lima: "el tipo subjetivo de la figura (difamación) supone actuar dolosamente, lo que es lo mismo que el animus de difamar (...) debe afirmarse que una aplicación estricta del punto de vista subjetivista conduciría a una desprotección del bien jurídico honor; por otro lado, la práctica reducción del delito a la dirección de su elemento subjetivo favorece un alto grado de manipulabilidad de la prueba en el proceso. Por tanto no sólo produce inseguridad para la víctima del hecho, sino también para el supuesto autor. De esta manera, no existe una diferencia entre el dolo y el animus de difamar (...) no siendo necesario ningún otro elemento subjetivo diferente del dolo".

(42) De la misma opinión, QUERALT, J.J. Op.cit.; p.220.

*animus* en el estudio de los delitos contra el honor. Acorde con ello, el conflicto entre honor y libertad de expresión no puede resolverse en el ámbito subjetivo de los móviles porque éstos no existen ni se necesitan en los delitos contra el honor.

Nuestra negativa a aceptar el *animus* sobre base de la naturaleza del delito no sólo se fundamenta en los argumentos anteriormente esbozados. Hay que percibir también que si los elementos subjetivos se comprueban en sede de tipicidad y una vez afirmados se pasa recién al juicio de antijuridicidad, la concurrencia de la causa de justificación, **ejercicio legítimo de un derecho** (la libertad de expresión representada por el *animus criticandi* o *informandi*; ver punto 5 del presente trabajo), obligaría a retroceder a nivel de tipicidad y concluir con el carácter atípico de la conducta cuando anteriormente ya se había afirmado lo contrario<sup>(43)</sup>. Esto resultaría contradictorio y metodológicamente incorrecto.

#### 4 El conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor.

¿En qué supuestos, por lesionar el honor, se justifica limitar el ejercicio de la libertad de expresión?, o a la inversa: ¿en qué supuestos, a pesar de lesionar el honor, se justifica el ejercicio de la libertad de expresión?

##### 4.1 Relevancia social de la información: formación de opinión pública en asuntos de interés público.

La participación de los ciudadanos en la vida política y pública del país es uno de los pilares de la democracia. Una verdadera libertad individual permite que todos por igual podamos expresarnos e informarnos de aquellos temas que como miembros de la sociedad nos interesa conocer. En este contexto, las libertades de expresión y de información tienen como objetivo-meta garantizar la existencia de una opinión pública libre, íntimamente ligada, así, al pluralismo jurídico<sup>(44)</sup>. En mérito a ello, un primer **salvoconducto** de la libertad de expresión frente al honor está constituido por el cargo que ocupa la persona objeto de la noticia. Si la persona desempeña

un cargo público de cuyo correcto ejercicio depende el funcionamiento del aparato institucional del cual es parte (por ejemplo, manejo de fondos públicos por parte de un funcionario, regularidad en el cumplimiento de deberes de un congresista), si percibe un salario del Estado cuyo origen se encuentra en el pago de tributos por parte del resto de ciudadanos y ha aceptado voluntariamente el cargo, parece lógico que pueda ver restringido su derecho al honor e intimidad, ya que debido a la propia naturaleza de las actividades que desempeña, se encuentran expuestas a la fiscalización no sólo por parte de las autoridades, sino especialmente a la que realiza la prensa y la opinión pública.

El control o fiscalización que la prensa ejerce sobre las actividades públicas es sumamente importante en un sistema democrático. En nuestro medio la experiencia demuestra que la mayoría de escándalos públicos (CLAE, INABIF, dólar MUC, por citar sólo tres) han sido denunciados ante la opinión pública primero por la prensa, a consecuencia de lo cual recién el Ministerio Público ha tomado cartas en el asunto ante la denuncia formalizada de algún oportuno congresista o al hacer suya la *notitia criminis*. Resulta positivo, entonces, que la jurisprudencia postule que la actividad periodística “se sustenta en el derecho a la información y constituye institución fundamental a la que es inherente la libertad de expresión<sup>(45)</sup>”.

La necesidad de fiscalizar el desempeño de cargos públicos obliga a reconocer que la forma, oportunidad, recursos, medios, tiempo y lugar de desarrollo de las actividades propias del cargo público, así como la fiscalización de éstas actividades, constituye una parcela de la intimidad del funcionario público que ahora forma parte de aquello que la opinión pública tiene derecho a conocer y opinar. Este criterio de solución del conflicto entre la libertad de expresión y honor permite justificar la lesión al honor que tiene lugar a raíz de la difusión de la noticia, siempre y cuando se trate de actividades que conciernen a la colectividad, de manera que “la libertad de expresión y de información cederá siempre frente al derecho al honor cuando se trate de acciones privadas del afectado que carezcan de vinculación con los asuntos del Estado, con el interés público o con las cuestiones propias de

(43) SANCHEZ TOMAS, J.M. Op.cit.: pp.157-158.

(44) En el mismo sentido, CARMONA, C. Op.cit.: p.467.

(45) Ejecutoria Suprema 2201-90 del 26 de marzo de 1991.

la comunidad social<sup>(46)</sup>. Con arreglo a este criterio, y teniendo en cuenta que lo gravitante es la actividad pública más que el cargo (el segundo será por lo general un indicio), no sólo se puede indagar en los asuntos públicos de un personaje público, sino incluso en las actividades de un particular que revisten interés público. Ello, en ningún caso, justifica la persecución periodística que sufren algunos artistas, deportistas o en general cualquier persona cuya participación en la sociedad cobre notoriedad, habida cuanta que la indagación y difusión de la noticia no debe exceder el límite que para estos efectos constituye la intimidad a la que pertenecen aquellas actividades de la persona que no guardan relación con su aspecto de persona pública, salvo, claro está, su consentimiento.

#### 4.2 Veracidad objetiva versus diligencia exigida.

Si condicionáramos la libertad de expresión a la posterior comprobación de la veracidad de las afirmaciones vertidas en su nombre, ésta se vería trunco. No sólo porque la averiguación de los hechos puede durar varios meses o años y ello implicaría la posibilidad de impedir, mediante una medida cautelar, que el periodista ejerza su profesión. También porque la mayoría de expresiones que colisionan con el honor son **indicios razonables** o **sospechas fundadas** de asuntos que revierten interés público, en virtud de los cuales se procederá a investigar con profundidad el tema y, eventualmente, a sancionar a los responsables (cabe recordar otra vez la importancia que tiene la prensa en el descubrimiento de escándalo públicos). Así, en el campo del periodismo destaca la objetividad periodística, que consiste en el intento honesto del hombre de prensa para reflejar los hechos de manera que se ajusten a la verdad y a la realidad<sup>(47)</sup>, pero no se le impone la obligación de que así sea.

Ahora bien, el que no se requiera veracidad objetiva en el libre ejercicio de la libertad de expresión, no impide reivindicar una actuación diligente en la investigación y un razonamiento lógico que genera la noticia, de tal manera que se pueda calificar la expresión

de **razonable** y **debidamente fundada**, al haber sido corroborada con datos imparciales antes de su divulgación. La comprobación de esta diligencia, o lo que es lo mismo, actuar sin un temerario desprecio por la verdad (*reckless disregard*) será uno de los criterios para justificar la conducta. De ello se deriva la irrelevancia de demostrar que los hechos narrados no se ajustan a la realidad o que ésta no se pueda comprobar. Es por esta razón que los periodistas recurren con frecuencia a términos condicionales cuando publicitan una noticia: **se habría** producido una estafa, **hay indicios** de corrupción; o recurrir a las **fuentes secretas**, en cuya virtud se puede informar manteniendo en el anonimato la identidad del informante, aunque lo cierto es que ésta última no exonera de comprobar diligentemente los datos obtenidos.

Este criterio de **juicio de veracidad**, por su propia naturaleza, podrá practicarse sobre aquellas noticias en las que se difundan hechos más no sobre juicios de valor. Estos últimos se encuentran limitados por su necesidad y proporcionalidad<sup>(48)</sup>.

#### 4.3 Expresiones vejatorias.

Por más que en un determinado caso se opte por hacer prevalecer un derecho por sobre otro, se ha de respetar, como mínimo, el contenido esencial del derecho sometido. Si llegado el caso se considera necesario que prevalezca el derecho a la libertad de expresión relegándose el derecho al honor, se ha de tener en cuenta el contenido esencial de éste: la dignidad. En mérito a ello, se ha de exigir que la narración de la noticia o del juicio de valor sea acorde con el respeto de la dignidad, descartándose, en consecuencia, el recurso a insultos y calificaciones cargadas de connotaciones peyorativas que denigran a la persona. No se debe confundir, sin embargo, la necesidad de utilizar calificaciones objetivamente denigrantes cuando éstas se condicen con la realidad (lo que sucederá cuando se recurra a términos jurídicos penales, como llamar estafador a quien ha sido condenado por estafa), o cuando se trata de un uso social aceptado en que el propio contexto en que se profiere la expresión, determina que ésta no sea

(46) BACIGALUPO, E. *Sobre la protección penal del honor y la intimidad y el conflicto de derechos fundamentales. Estudios sobre la parte especial del derecho penal*. Madrid: Akal, 1991. pp.111-112.

(47) Véase la Ejecutoria Suprema 1720-87 del 18 de abril de 1988, según la cual "el alejamiento de este principio (objetividad periodística) tipifica el delito de difamación".

(48) BACIGALUPO, E. Op.cit.: p.112; y CARMONA, C. Op.cit.: p.469.

difamatoria<sup>(49)</sup>. En todo caso, lo que no se protege es el derecho a insultar<sup>(50)</sup>.

En estas **injurias absolutas o formales**, con independencia de que se trate de una causa de interés público y/o de que se haya actuado de manera diligente o de manera necesaria y proporcional en la difusión de hechos o juicios de valor, respectivamente, no es posible justificar la lesión del bien jurídico honor<sup>(51)</sup>, desde que el calibre y el desprecio intrínseco de dichas expresiones no son necesarias para lograr y garantizar los fines que se reconoce a las libertades de expresión e información en un Estado democrático de Derecho.

## 5 Sedes de solución del conflicto.

Los criterios analizados cumplen la función de servir de parámetros para determinar en un caso en concreto de conflicto entre honor y libertad de expresión cuál primará. El traslado de dichos criterios al plano normativo puede hacerse bien en sede de antijuridicidad bien acudiendo a las *exceptio veritatis*<sup>(52)</sup>.

### 5.1 A nivel de antijuridicidad.

El artículo 20,8 del Código Penal declara “exento de responsabilidad penal (...) a el que obra (...) en el ejercicio legítimo de un derecho”. Si la libertad de expresión es un derecho; si la naturaleza jurídica del ejercicio legítimo de un derecho, en tanto causa de justificación, apunta a la imposibilidad de calificar de antijurídico aquello que el sistema jurídico permite realizar; y si las causas de justificación se constituyen en sede de solución de conflicto entre el valor propio del bien jurídico atacado y otros intereses que el sistema jurídico considera prevalentes o equivalentes<sup>(53)</sup> o algunos casos en que se constata la ausencia de interés<sup>(54)</sup>, parece lógico entonces que las manifestaciones lesivas del bien jurídico honor, a consecuencia de la divulgación de noticias ocurridas en el correcto ejercicio de la libertad de expresión,

queden justificadas, y la persona que la profiere, por ende, exenta de responsabilidad penal.

Sin perjuicio de que el panorama normativo sea bastante claro, la precisión de si se ha actuado justificadamente en ejercicio de la libertad de expresión, es decir, si se ha hecho uso de ésta de manera adecuada e idónea, importa la necesidad de acudir a los criterios anteriormente analizados. Así, aún cuando se haya lesionado o puesto en peligro el honor de una persona, en tanto se trate de una noticia cuyo contenido es de interés público por cuestiones de incumbencia y no de pura curiosidad, se haya observado una diligencia suficiente en la comprobación de los hechos antes de su divulgación y no se haya recurrido a expresiones vejatorias, la conducta difamatoria, por ser manifestación del derecho de libertad de expresión, es jurídica.

A partir del reconocimiento jurisprudencial de que la concurrencia de una causa de justificación es causal para deducir una Excepción de Naturaleza de Acción en el extremo en que el hecho no es justiciable penalmente (artículo 5 del Código de Procedimientos Penales), este medio técnico de defensa aparece como el instrumento procesal adecuado para argumentar la concurrencia del ejercicio legítimo de la libertad de expresión frente a una lesión del honor.

### 5.2 *Exceptio veritatis*.

Las *exceptio veritatis* recogidas en el artículo 134 del Código Penal permiten que “el autor del delito previsto en el artículo 132 puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los casos siguientes:

1. Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
2. Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
3. Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.

(49) Así sucede entre los amigos en que, en principio, se toleran ciertas expresiones que en otro contexto serían abiertamente difamatorias.

(50) Ver: HERRERO, F. *Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el Proyecto de Código Penal de 1992*. En: *Poder Judicial*. No.28, 1992. p.115.

(51) BAJO y DIAZ MOROTTO. Op.cit.; p.299.

(52) En igual sentido, BAJO y DIAZ MOROTTO. Op.cit.; pp.301 y ss.; y CARMONA, C. Op.cit.; pp.470 y ss.

(53) MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. 5a.ed. PPU: Barcelona, 1998, 16/18; MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN. *Derecho Penal. Parte General*. 3a.ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p.348; CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho penal español. Parte general. II. Teoría jurídica del delito*. 6a.ed. Madrid: Tecnos, 1998. pp.194 y ss.

(54) MUÑOZ CONDE y GARCIA ARAN. Op.cit.; p.348.

4. Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido.

Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena”.

Son las *exceptio veritatis* causas de exclusión de la penalidad de naturaleza objetiva, comunicable, por tanto, a los partícipes<sup>(55)</sup>. Su regulación, no obstante, peca doblemente por defecto. En primer lugar, porque sólo en los supuestos del artículo 134 del Código Penal se puede intentar probar que el hecho, cualidad o conducta atribuida se corresponden con la verdad, por lo que en aquellos supuestos que no se encuentran incluidos dentro de la literalidad de dicho artículo no hay base legal que permita presentar como prueba argumentos conducentes a demostrar que las imputaciones difamatorias son verídicas. Ahora bien, la gama de supuestos en que cabe invocar la aplicación de una *exceptio veritatis* se reduce si se tiene en cuenta el contenido del artículo 135 del Código Penal, que establece: “no se admite en ningún caso la prueba: 1) sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero; 2) sobre cualquier imputación que se refiera a la intimidad personal y familiar o a un delito de violación de la libertad sexual que requiera acción privada”. De acuerdo con ello, las *exceptio veritatis* no proceden cuando, a pesar de tratarse de uno de los supuestos que taxativamente se recogen en el artículo 134 del Código Penal, hay de por medio una sentencia que ha adquirido la categoría de cosa juzgada en el Perú o en el extranjero, la difamación se refiera a la intimada persona y familiar, o una violación contra la libertad sexual perseguible a instancia de parte.

Sin embargo, esto no puede ser sustento para afirmar que “la *exceptio veritatis* impone una amplia restricción al derecho a la libertad de expresión, ya que, fuera de esos cuatro supuestos, se optará por la protección del honor<sup>(56)</sup>”, toda vez que ello equivaldría a entregarle el monopolio de solución de conflictos

entre libertad de expresión y honor a las *exceptio veritatis*, desconociendo, en consecuencia, la validez del actuar al amparo de la causa de justificación **ejercicio legítimo de un derecho** (que en el caso concreto será la libertad de expresión), aplicable también en estos casos.

En segundo lugar, el defecto más grave de la regulación de las *exceptio veritatis* -aplicable por su naturaleza tan sólo a las noticias cuyo contenido sea la narración de un hecho mas no un juicio de valor u opiniones- lo constituye su efecto neutralizador de la pena en tanto y en cuanto el hecho, la cualidad o conducta difamatoria sea verdad. Ello podría generar que se entienda que los intereses que subyacen a la libertad de expresión e información (participación del ciudadano en el desarrollo de la comunidad), sólo se protegen si el contenido de la noticia coincide con la realidad. Las *exceptio veritatis*, así concebidas, eximirían de pena a quien actúa con conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio por la verdad. Esta interpretación meramente objetiva deja abierta la puerta para que sean utilizadas como escudo de impunidad, ya que en un debate inspirado por el pluralismo político, lo erróneo no será siempre inaceptable pero si lo será en la medida en que se actúe dolosamente con un manifiesto desprecio por la verdad conocida. Además, cabe pensar en aquellos casos en que por **cuestiones del destino** las imputaciones lesivas del honor resultan ser verdaderas sin que el agente se haya tomado la molestia de indagar sobre ello antes de emitir las, o en los casos de frases manifiestamente vejatorias que son objetivamente verdaderas.

En mérito a ello, y siendo coherente con lo dicho (ver punto 4.2 del presente trabajo), interpretamos el encabezado del artículo 134 del Código Penal en clave subjetiva, con arreglo a lo cual la frase **veracidad de sus imputaciones** se ha de juzgar en función de parámetros subjetivos y no objetivos<sup>(57)</sup>. La consecuencia de este razonamiento consiste en interpretar el artículo 134 del Código Penal de manera que no se permita la exoneración de pena a quien demuestra que su versión difamatoria concuerda con

(55) VIVEZ, T.S. Op.cit.: p.1033; y MUÑOZ LORENTE, J. *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.385.

(56) UGAZ, J.C. Op.cit.: p.58.

(57) De otra opinión ROY FREYRE. Op.cit.: pp.310 y 311; y BRAMONT-ARIAS TORRES y GARCIA CANTIZANO. Op.cit.: p.131, quienes consideran que la aplicación de las *exceptio veritatis* requieren que la veracidad de la imputación debe coincidir objetivamente con la realidad.

la realidad sino que, únicamente, a quien demuestra que ha actuado con una diligencia condicionante de su creencia sobre la veracidad de la noticia, independientemente de si ésta se corresponde con la realidad o no.

## 6 Epílogo.

A la luz de la normativa nacional no es dable establecer jerarquías entre derechos que comparten el mismo rango, por lo que en el caso de un conflicto entre el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho al honor se impone una casuística ponderación de intereses. En estos supuestos el recurso a la teoría de los *animus* queda descartada porque la propia redacción de la norma no lo contempla como elemento

del tipo de lo injusto de los delitos contra el honor y, además, porque la propia naturaleza del delito no lo requiere. Los criterios para solucionar el conflicto de intereses representado por el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor tienen que ser determinados sobre la base de la relevancia social de la información, diligencia exigida y expresiones no vejatorias, argumentos que pueden ser materializados en sede de antijuridicidad, invocando el ejercicio legítimo de un derecho, o mediante la postulación de una de las causales de las *exceptio veritatis*.

Con este ensayo se pretende, simplemente, aportar al necesario debate jurídico penal que en torno a los delitos contra el honor existe. Ofreciendo nuevas interpretaciones de los preceptos penales, tal vez, se ayude en algo. *AB*