



FACULTAD DE DERECHO  
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO  
EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO EN EL DELITO DE  
DIFAMACIÓN COMETIDOS A TRAVÉS DE MEDIOS DE  
COMUNICACIÓN SOCIAL. EXCLUSIÓN DE LA TIPICIDAD DE LA  
CONDUCTA**

**PRESENTADA POR  
ALBERTO VENERO NAZAR**

**ASESOR**

**HUGO HERCULIANO PRÍNCIPE TRUJILLO**

**TESIS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN  
CIENCIAS PENALES**

**LIMA – PERÚ**

**2020**



**CC BY-NC-SA**

**Reconocimiento – No comercial – Compartir igual**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

La libertad de expresión e información como ejercicio legítimo de un derecho en el delito de difamación cometidos a través de medios de comunicación social. Exclusión de la tipicidad de la conducta.

TESIS PARA OPTAR

EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES

PRESENTADA POR:

ALBERTO VENERO NAZAR

ASESOR

Mg. HUGO HERCULIANO PRINCIPE TRUJILLO

LIMA-PERU

2020

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicarle a mis Padres este logro academico y agradecerles el siempre haberme enseñado a perseverar y no desanimarse ante las adversidades mas bien seguir adelante y conseguir los objetivos que me trace en la vida, gracias por tantas enseñanzas, a mi Esposa Lorena y mis Hijos Aitanita y Albertito que son el motor y motivo de mi vida para ser mejor cada dia por ustedes y para ustedes siempre juntos los Amo .

## INDICE

RESUMEN .....	7
INTRODUCCION .....	8
<b>CAPITULO I: MARCO TEORICO</b>	
1.1. Antecedentes de la investigación .....	11
1.2. Bases teóricas.....	12
1.2.1. El derecho de expresión e información como ejercicio legítimo de un derecho.....	12
1.2.2. La libertad de expresión e información como estado de necesidad justificante .....	13
1.3. Definiciones de términos básicos.....	13
1.3.1. Derecho a la libertad de expresión .....	13
1.3.2. Derecho al honor .....	14
1.3.3. Principio de ponderación .....	15
1.3.4. Ejercicio legítimo de un derecho .....	15
1.3.5. Estado de necesidad justificante .....	16
<b>CAPITULO II: METODOLOGIA</b>	
2.1. Diseño metodológico .....	17
2.2. Aspectos éticos.....	18
<b>CAPITULO III: LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COMO LEGÍTIMA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO PENAL.</b>	

3.1. La aplicación del derecho penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho

19

3.2. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el marco de un Estado

Constitucional de Derecho ..... 22

3.3. El bien jurídico honor como expresión de un derecho fundamental de la persona y su

protección por el derecho penal..... 25

**CAPITULO IV: EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACION EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS Y SU AMPARO CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS Y LÍMITES.**

4.1. Alcance y dimensión constitucional del derecho a la libertad de expresión e

Información ..... 29

4.1.1. Libertad de expresión ..... 31

4.1.2. Libertad de información ..... 34

4.2. Conflictividad de los derechos fundamentales: Libertad de expresión e información

contra el derecho al honor de la persona ..... 37

4.3. El derecho al honor frente a la libertad de expresión e información..... 40

4.3.1. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ..... 41

4.3.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano..... 42

**CAPITULO V: DELITO CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO PENAL PERUANO.**

5.1. Estructura y base legal de los delitos contra el honor en el Código Penal peruano ..... 44

5.2. Análisis jurídico del delito de difamación cometido por medios de comunicación

social..... 46

5.2.1. Elemento del tipo penal objetivo de la difamación .....	47
5.2.2. Elemento del tipo penal subjetivo .....	50
5.2.3. Tentativa y consumación.....	51
5.2.4. Autoría y participación .....	51
5.3 Pronunciamiento de la Corte Suprema del Perú sobre la libertad de expresión y de información en referencia a los delitos de difamación cometidos a través de medios de comunicación social.....	52

**CAPITULO VI: EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO EN EL DELITO DE DIFAMACION COMETIDO POR MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL: ¿CAUSA DE ATIPICIDAD O CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?**

6.1. El ejercicio legítimo de un derecho en el derecho penal .....	57
6.2. El ejercicio legítimo de un derecho como causa de atipicidad en el derecho penal.....	58
6.3. El ejercicio legítimo de un derecho como causas de justificación en el derecho penal	60
6.4. Diferencia entre causas de atipicidad y causas de justificación .....	62

**CAPÍTULO VII: EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO CAUSA DE ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN POR MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

7.1. Consideraciones previas .....	63
7.2. Aspectos generales de la libertad de expresión e información como supuestos de ejercicio legítimo de un derecho en un derecho penal en el marco de un Estado Social de Derecho.....	64

7.3. La libertad de expresión e información como ejercicio legítimo de un derecho y consecuentemente, como causa de atipicidad del delito de difamación cometido por medios de comunicación social .....	67
7.3.1. Exigencias materiales que la libertad de expresión e información sean válidamente consideradas como ejercicio legítimo de un derecho que excluye la atipicidad de la conducta del delito de difamación por medio social .....	68

**CAPITULO VIII: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSIDERAR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO CAUSA QUE EXCLUYEN LA TIPICIDAD DE LA CONDUCTA DE DIFAMACIÓN REALIZADOS POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

8.1. La validez jurídico-dogmática de considerar a la libertad de expresión e información como causa de atipicidad del delito de difamación por medio de comunicación social .....	70
8.2. Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad civil: Ausencia de la ilicitud como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil .....	72
CONCLUSIONES .....	76
RECOMENDACIONES.....	79
FUENTES DE LA INFORMACIÓN .....	80
ANEXOS	

## **RESUMEN – ABSTRACT**

El derecho penal tiene como función la protección de bienes jurídicos. El bien jurídico honor personal, debe ser entendido desde una perspectiva social, como la posibilidad del ser humano de participar en sus relaciones sociales, respetándose su dignidad. Por otro lado, la libertad de expresión e información constituyen fundamentos indiscutibles para el orden constitucional y para la sociedad democrática. En aquellos casos en donde existan conflictos entre el derecho al honor personal y el derecho a la libertad de expresión e información, se debe atribuir una preferencia inicial a esta última, y en cuanto para su validez al caso en concreto, se deberá verificar, además, que tales expresiones recaigan sobre asuntos de interés público y no se ejercite utilizando términos injuriosos o vejatorios dirigidos contra una persona. La libertad de expresión e información, desde el plano jurídico-dogmático; son verdaderas causas que excluyen la tipicidad de la conducta en el delito de difamación cometidos por medios de comunicación social.

## INTRODUCCION

En las sociedades actuales caracterizadas por una marcada vocación democrática y de respeto a libertad del ciudadano, son muy frecuentes encontrar episodios, de índole social, en donde se ven confrontados derechos fundamentales, como lo son la libertad de expresión o de información, núcleo de los Estados Democráticos; y el derecho al honor de la persona humana.

Si bien, desde la perspectiva del derecho constitucional, ambos derechos fundamentales gozan de reconocimiento y protección constitucional, empero, en aquellos casos concretos es donde se confrontan dichos derechos, por lo que resulta necesaria realizar una operación jurídica racional, que delimite de manera conceptual y pragmática estos derechos para que puedan coexistir de forma dinámica en los Estado Constitucionales de Derecho. Esto es, el conflicto de estos derechos fundamentales debe ser resuelto de manera proporcional y necesaria, recurriendo al test de proporcionalidad de derechos ampliamente tratado en el Derecho constitucional.

Se advierte que en la literatura Constitucional y también en el campo del derecho penal peruano, existen posturas doctrinarias, que se decantan por privilegiar de forma absoluta al derecho al honor de las personas frente a la libertad de expresión e información y; para otra postura teórica, señalan todo lo contrario, afirmando sustancialmente que la libertad de expresión e información resulta ser un derecho preferente al del honor, ello a partir del carácter institucional de estas libertades, es decir, en virtud del potencial que tiene las libertades de expresión e información para lograr la determinación de la configuración social en aras de la libertad y de la democracia. Una u otra posición teórica, no puede ser asumida sin una previa evaluación de los derechos fundamentales

en conflicto, pues acoger una postura absoluta a favor de uno de los derechos, sin más, conllevaría a vaciar de contenido al otro derecho confrontado; entonces, la solución al conflicto de derechos debe provenir como respuesta a una ponderación racional de estos derechos, en donde se reconoce la validez de los mismos, pero delimitándose su alcance debidamente, de tal suerte, que pueda coexistir armónica y dinámicamente.

Desde una perspectiva jurídico-penal, también se discute la temática de saber, cómo debe resolverse el conflicto jurídico-penal entre la libertad de expresión o de información y el bien jurídico honor de la persona humana, en los casos en donde se divulgan hechos noticiosos que afectarían el honor de la persona. A este respecto se han identificado en la doctrina penal dos líneas argumentativas; la primera de ellas, emplea la técnica de la ponderación de derechos, según el cual sus partidarios decantan el peso mayor de un derecho o del otro, atendiendo a las circunstancias del caso concreto; la segunda de ellas, estima que el tema del conflicto de derechos sólo debe resolverse mediante una correcta interpretación de cada uno de estos derechos fundamentales, lo que supone una delimitación exacta del núcleo o ámbito de protección de cada uno de estos derechos, por ende, atendido a esto, en realidad no existen conflictos reales sino sólo aparentes de derechos puesto en disputa en las situaciones excepcionales.

El tema central al que se circunscribe el presente trabajo de investigación, previamente, parte con identificar en el campo pragmático del derecho penal peruano, la existencia de una divergencia de índole dogmático, que se suscita al momento de considerar a la libertad de expresión o información; bien, como una causa de atipicidad penal, un supuesto de ejercicio legítimo de un

derecho o; bien, como un estado de necesidad justificante, que opera como una causa de justificación que excluye al antijuridicidad del hecho.

Si bien, se podría sostener que, en realidad, ambas fórmulas penales aludidas, al fin al cabo, excluyen la responsabilidad penal, sin embargo, desde un plano teórico y práctico, es relevante -y es ahí en donde radica el objeto de la presente investigación-, apuntalar correctamente si se trata de una causa de atipicidad de la conducta de difamación o de una causa de justificación penal; una u otra trae consigo aparejados diferentes significados en la ámbito dogmático y sistemático de la teoría del delito y también en la esfera de la responsabilidad civil por “*ex delicto*”; es decir, si la libertad de expresión o de información es una causa de atipicidad objetiva de la conducta de difamación por medio de comunicación social, entonces, dicha acción atípica no será generadora de responsabilidad civil por parte de quien realiza la divulgación de la noticia; en caso que se tratase de una causa de justificación, ello si podría generar una responsabilidad civil pese a que se excluya la responsabilidad penal del agente.

En definitiva, la importancia de la presente investigación es la de establecer la correcta naturaleza jurídico-penal del derecho constitucional de libertad de expresión e información frente al juego dinámico social con el bien jurídico honor, ello en el contexto de las actividades que realizan los medios de comunicación social; por ende, se establecerán criterios jurídico-penales para abordar una solución racional e uniforme de los casos judiciales que se presenten en relación a esta problemática.

## CAPITULO I: MARCO TEORICO

### 1.1. Antecedentes de la investigación.

En nuestro país, no se registran trabajos de investigación que hayan analizado y desarrollado satisfactoria y concluyentemente la naturaleza jurídico-penal de los efectos de protección constitucional que tienen la libertad de expresión e información, ello de cara a ser constituidos como formas de exclusión de la responsabilidad penal en los delitos contra el honor. El derecho al honor de la persona, no debe ser entendido como derecho absoluto, sino sobre la base de su función social, sobre todo en las sociedades modernas, influenciadas por las *mass medias*, en donde el derecho al honor constantemente entra en conflicto con otros derechos también fundamentales como son la libertad de expresión e información. En efecto, los bienes jurídicos, como advirtió en su momento Welzel, no están petrificados ni pertenecen a un mundo museal, sino están en interacción.

No obstante, si bien existen abundante material de investigación respecto al conflicto existe entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información; sin embargo, no se ha reparado con cierta profundidad, en el problema que se ha planteado en la presente investigación.

Así, en la labor de búsqueda de información de los antecedentes se ha verificado que existen registros de informaciones de carácter bibliográfico, monográfico y artículos jurídicos que dan cuenta de los alcances de cada uno de los derechos en conflictos, que si bien, aportan a una mejor comprensión de los derechos que componen el contenido de nuestra investigación como serían tanto el derecho al honor, por un lado; y a la libertad de expresión e información, por otro lado; no obstante, dejan pendiente la formulación del problema que aquí se arriba, esto es, saber cuáles son

las consecuencias jurídico penales, en aquellos casos en donde las resoluciones de conflictos de derechos entre el honor y la libertad de expresión e información, sean decantadas por la preferencia de estos últimos, y saber, si ello constituiría una causa de atipicidad de la conducta o una causa de justificación, desde el marco de la teoría del delito. Y también saber, cuál sería, a la vez, el efecto inmediato, en el plano de la responsabilidad civil, el decidirse por una u otra opción jurídica-penal; esto es, si la libertad de expresión e información en los delitos contra el honor, se les entendiera como causa de atipicidad, ello no sería elemento suficiente, para generar una reparación civil; en cambio, si sería factible ello, si se tratase de una causas de justificación.

## **1.2. Bases teóricas.**

Desde la perspectiva jurídico penal, específicamente, en cuanto a las clases de causas que excluyen el injusto penal en los delitos contra el honor personal; atendiendo a la naturaleza jurídica de la libertad de expresión e información, esto suscita dos puntos de vistas; a saber: entendido la libertad de expresión e información como el ejercicio legitimad de un derecho, por ende, causa de atipicidad penal de la conducta o como una causa de justificación, que excluiría la antijuridicidad de una conducta.

### **1.2.1. El derecho de expresión e información como ejercicio legítimo de un derecho.**

En la jurisprudencia penal peruana se identifica que un sector de esta, trata a la libertad de expresión e información como un ejercicio legítimo de un derecho, reconocido en el art. 20°.8 del CP; al consideran que el derecho de expresión e información son consustanciales a la vida democrática y la configuración de la sociedad; por ende, en casos de preferencia de éstos, frente

al bien jurídico honor personas, se comportarían como verdaderas causas de exclusión de la atipicidad penal.

### **1.2.2 La libertad de expresión e información como estado de necesidad justificante**

Otra posición de la jurisprudencia penal nacional, acoge la idea que la libertad de expresión e información son causas de justificación, en su modalidad de ser considerado como un estado de necesidad justificante (art. 20º.4 del CP); esto en atención, que la libertad de expresión e información tienen un mayor peso jurídico al derecho del honor personal; es decir, estos derechos colectivos son bienes jurídicos superiores al derecho individual, al honor de la persona.

### **1.3. Definiciones de términos básicos:**

#### **1.3.1. Derecho a la libertad de expresión**

La libertad de expresión “se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor, que en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente” (STC: Exp. N° 2262-2004-HC, F.J: 13)

“Con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, si lo pueden ser” (STC: Exp. N° 0905-2001-AA, FJ: 9).

### **1.3.2. Derecho al honor**

“El derecho al honor y a la buena reputación forma parte del elenco de derechos fundamentales (...), 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 comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva” (STC: Exp. Nº 2790-2002-AA. FJ: 3).

“El Derecho al honor entronca así, de modo directo, con el libre desarrollo de la personalidad, concretándose en un espacio de libertad que posibilita al individuo ejercitar “sus propias opciones sin perder la autoestima ni el aprecio de la comunidad” o, si se prefiere, en una pretensión de respeto que corresponde a toda persona por su condición de tal, con independencia de su mayor o menor grado de seguimiento de un determinado código ético, moral o, incluso jurídico” (Laurenzo, 2002, p 39).

Desde una perspectiva constitucional que “la noción de honor debía ajustarse al modelo constitucional en el que predomina su sentido interno, ideal e inteligible, equivalente a dignidad y respeto humano” (Carmona, 1996, p 461)

### **1.3.3. Principio de ponderación**

El denominado test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un

“peso” superior (...). Toda vez que en la ponderación, es decir, en la búsqueda de saber cuál derecho pesa más, es necesario establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos en conflicto (Burga Coronel, 2012, p 255).

#### **1.3.4. Ejercicio legítimo de un derecho**

El que obra conforme a derecho no se comporta antijurídicamente. Esta causa de justificación señala que los sujetos realizan conductas no prohibidas, o estas conductas no cumplen con el tipo subjetivo del tipo que determina la voluntad de cometer una infracción a la norma penal, por lo que se presentan causas eximentes de justificación cuando se actué bajo normas que garantizan el ejercicio legítimo de un derecho. Actuar bajo el ejercicio legítimo de un derecho es una causa que excluye a la antijuridicidad y opera como un nexo de justificación. Las conductas llevadas por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico (deber consagrado en la ley) excluyen de responsabilidad penal en conformidad con esta permisión legal (Velásquez, 2014, p. 471).

#### **1.3.5. Estado de necesidad justificante**

Se exime de responsabilidad a quien, en un estado de peligro de un bien jurídico, propio o ajenos en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona. Es una situación de peligro insuperable donde surge el estado de necesidad justificante, donde se sacrifican bienes jurídicos de menor valor para proteger o superar el peligro. El estado de necesidad

justificante responde al principio de ponderación de bienes en colisión, de modo que el mal causado sea inferior al que se quiso evitar o se evitó. No se admite para bienes jurídicos de igual valor (Villa, 2014, p. 424).

## **CAPITULO II: METODOLOGIA.**

### **2.1. Diseño metodológico**

La metodología empleada en la investigación es de naturaleza dogmático-jurídica. En la ciencia del derecho penal, la dogmática penal es aquella disciplina que nos permite es estudio metódico y sistemático de la norma penal, atendiendo al sentido correcto de su interpretación, con el objeto de dar soluciones racionales y justas a los casos penales que se le someten a su consideración.

Es conocida la frase expresada por Gimbernat, que señaló que un derecho penal que no cuente con una dogmática penal solida no es más que la solución de los casos sobre la base del azar, la intuición o confiando a las fichas con el que se juegan la lotería. En tránsito de la dogmática penal ha ido desde aquellas consideraciones naturaleza-causales, que le daba un enfoque a los diversos conceptos de la teoría del delito, desde la leyes naturales o físicas, hasta llegar a la actual dogmática de corte normativista, que permite definir a los conceptos jurídicos, desde un parámetro valorativo sea social o político criminal.

La dogmática penal se muestra como una herramienta jurídica idónea que sirve para la correcta interpretación de las leyes penales, basándose en criterios objetivos y lógicos, para resolver los problemas que se le plantea. Por lo tanto, el método utilizado para la elaboración del presente trabajo científico es el dogmático jurídico, en tanto que nos permite delimitar correctamente el alcance entre la atipicidad y las causas de justificación, en un primer momento.

Luego, en un segundo momento, nos proporciona los elementos conceptuales necesarios para establecer si la libertad de expresión y de información, son en realidad, en el marco de los delitos

contra el honor, en su modalidad de difamación agravada, constituye una causa de atipicidad o una causa de justificación penal.

Es cometido planteado en nuestra investigación, sólo es posible afrontarlo de manera eficaz e idónea mediante el uso correcto de las categorías dogmáticas proporcionadas por la teoría general del delito en las ciencias penales.

Asimismo, adicional del papel que desempeña la dogmática penal, en nuestra investigación se ha empleado un estudio analítico y crítico de la información jurídica tratada, específicamente sobre la implicancia de la libertad de expresión e información en el derecho Constitucional y por el derecho internacional de los derechos humanos; para que sobre la base de los hallazgos de la naturaleza jurídica de estas libertades, poder determinar el contenido de la libertad de expresión y de información y ver si estos operan como una causa de atipicidad o causa de justificación en los delitos contra el honor.

## **2.2. Aspectos éticos**

Se declara que las fuentes bibliográficas y hermenéuticas consultadas han sido citadas conforme a la Guía para la Elaboración de la Tesis de Maestría en Derecho

La investigación presentada es de mi exclusiva autoría y no ha sido anteriormente publicada.

## **CAPITULO III: LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COMO LEGÍTIMA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO PENAL.**

### **3.1. La aplicación del derecho penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.**

Se sostiene, y con razón, en la ciencia del derecho, que la evolución del derecho penal es la propia y genuina evolución de las sociedades modernas y de los Estados. El derecho penal permite mantener vigente las reglas de subsistencia mínima de la sociedad y la de garantizar la libertad y derechos de los ciudadanos y lo hará sobre la base, de un conjunto de normas jurídicas penales que establecen penas y sanciones a la realización u omisión de prohibiciones o mandatos que tutelan bienes jurídicos. El derecho penal, cumple un rol social fundamental y; en donde la pena o sanción es su signo distintivo frente a otras ramas de derechos. La pena es el respaldo material de la función social del derecho penal.

La conformación política de una sociedad como un Estado Constitucional de Derecho, no solo privilegia el cumplimiento de la ley en la sociedad, como insignia de una convivencia ordenada y pacífica; sino lo primordial del Estado Constitucional de Derecho, es su caracterización, como sistema coercitivo que deberá intervenir mínimamente en coartar la libertad de las personas en sociedad. La libertad del ciudadano es, en realidad, la finalidad misma de este tipo de Estado; y la fomentación de espacios de libertad para las personas, es el grado de legitimidad de los Estados democráticos.

En consecuencia, el Estado Democrático de derecho, solo auspicia a un derecho penal que respete la libertad de los ciudadanos; en donde la aplicación del derecho penal sea de *ultima ratio*, y para prevenir la comisión de delitos. El derecho penal de un Estado de derecho aplica la pena para la protección de bienes jurídicos y lo hace en clave de prevención; es decir, la pena cumple una función preventiva y no meramente retributiva.

Ahora bien, la prevención de la comisión de delitos sólo puede alcanzarse a través de una política criminal que se materialice adecuada en los diferentes momentos de intervención del sistema penal, esto es, desde su creación legislativa hasta la ejecución de la pena aplicada en los casos concretos. Existe una relación fuerte entre el derecho penal y los objetivos políticos criminales que señale el Estado. El derecho penal está monopolizado por el Estado y es la expresión de la potestad del *ius puniendi* (Bramont-Arias Torres, 2008, p. 48). Empero, el derecho penal no es del todo político en las sociedades; no obstante, el derecho penal es también política, democracia, liberalismo y utilitarismo. Al derecho penal no se le puede negar su contenido ideológico y político-económico-cultural, que se reflejan sobre todo al momento de concebir la norma penal y la pena estatal (Montovani, 2015, p. 16).

Estado, pena y delito, es la expresión sintética del poder estatal; del “*ius imperium*”, que se constituyen como una unidad, pues el Estado es el modelo de una organización política; en donde se establece los valores y derechos de una sociedad, y para asegurar esto, se recurre a la pena estatal, quien protege dichos valores y derechos de forma preventiva, esto es que no sean lesionados y dañados; por último, el Estado para aplicar una pena, previamente ha tenido que establecer qué conductas son consideradas delictivas, y es por mandato del principio de legalidad

penal, que tiene que establecer expresamente y con anterioridad a su realización que conductas son delictivas que están conminadas con una pena.

Según, Montovani (2015, p 17), el derecho penal, más que otra rama del derecho, utiliza como instrumento más inmediato para proteger, pero también para negar, los derechos a la pena estatal. y esto ha sido así, desde los tiempos antiguos; desde un *derecho penal de la represión*, propio de un Estados Absolutista y aristocrático, que se sirvió de los instrumentos penales, procesales y de policial para la cobertura ofrecidas por la ideología políticas y la defensa del Estado; y pasando por un *derecho penal del privilegio*, típico de las sociedades estructuradas sobre profundas discriminaciones, de derecho o hecho, entre las clases sociales; hasta llegar a un *derecho penal de la libertad* que equilibra las posiciones de la víctima y del reo; la defensa social y el libertad individual, en el que se ejerza la doble función, la tutela de derechos fundamentales de la persona humana y la de limitar la libertad, pero dentro de un marco garantista.

Asimismo, en un derecho penal de un Estado Constitucional de Derecho, se tiene que tener en consideración necesariamente la relación entre la norma jurídico-penal y las directrices de las bases social y liberal que caracterizan a la constitucionalización de las garantías del ciudadano, y con el producto de los procesos interactivos que tiene lugar en su seno. Los objetos de protección, de los bienes jurídicos surgen de la base social, y por consiguiente, están también sujetos a su rediscusión democrática, por eso, se dice que tiene *un carácter socialmente dinámico* (Bustos, 2004, p 538). Esta exigencia social-dinámica de los bienes jurídicos es fundamental para las personas y para la sociedad democrática.

Los bienes jurídicos a ser protegidos penalmente implican, desde luego, una decisión política del Estado, esto es, una decisión política criminal, con lo que se resalta el contenido valorativo de los bienes jurídicos. La decisión de establecer que bienes jurídicos han de ser merecedor de protección penal responde a criterios que representan los intereses estructurales de una sociedad y al modelo constitucional del Estado, esto es, por el respeto a la libertad y dignidad de personas y de sus necesidades. Pero esto a la vez, significa que de ningún modo por encima del individuo puede haber otros intereses de grupo o de conservación y funcionamiento del sistema social (Bustos, 2004, p 539).

### **3.2. Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el marco de un Estado Constitucional de Derecho**

El derecho penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho tiene como función la protección de bienes jurídicos personales y colectivos, que son determinados en atención a los intereses vitales y necesarios para el desarrollo del hombre en sociedad y para la protección de los valores democráticos de una sociedad. Con el reconocimiento de la protección de los bienes jurídicos por parte del derecho penal, se dice a la vez, que están fuera de éste, la protección de cuestiones meramente morales o de la defensa del Estado como un fin en sí mismo (Roxin, 1997, p.52).

Según el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el derecho penal no sólo debe declarar punible a la conducta que daña o amenaza a un bien jurídico tutelado, sino también, deben ser excluidas aquellas conductas que carezcan de una potencialidad causal para lesionarla; esto es,

se excluye de una pena estatal a las conductas que carezcan de una lesividad penal, entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (Bramont-Arias Torres, 2008, p. 34). La protección de bienes jurídicos se presenta como la nota de legitimación de la función social del derecho penal. El derecho penal no debe centrarse en la protección de la norma jurídico penal en sí misma, sino en la protección de derechos y bienes jurídicos, aspecto que le da contenido material al derecho penal.

En efecto, desde el contenido material del derecho penal basado en la protección del conjunto de *bienes y valores* de máxima relevancia social, se puede sostener como señala Polaino (2005, p 194), existen dos formas esenciales de vulneración de un bien jurídico con relevancia típica: la lesión o la puesta en peligro. Bien jurídico, lesión y peligro son tres conceptos esenciales del derecho penal.

Desde el plano hermenéutico, toda norma penal protege a un determinado bien jurídico, por lo que el bien jurídico es el objeto protegido por el sistema penal; y por ello, el intérprete debe identificar cuál es el objeto protegido en una norma penal, como primera tarea dogmática que debe cumplir. El concepto de bien jurídico, es valorativo-social, por lo que han sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico, dado que únicamente así, cumplirá una verdadera función como instrumento para limitar el poder de definición de criminalidad del Estado (Bustos, 2004, p. 538).

Por lo tanto, el delito, considerado en su sentido material, debe materializarse en la lesión u ofensa de un bien jurídico, no es posible en derecho penal, y también en tenor del art VIII del TP

del CP, que un hecho ilícito no produzca una lesión o al menos pone el peligro un bien jurídico. En efecto, el principio de materialidad, asegura que no se incrimine los meros comportamientos internos y desarrolla una ulterior función de delimitación del ilícito penal, con el consecuente rechazo de cualquier modelo de derecho penal de base en la subjetividad de la voluntad o de la peligrosidad (Montovani, 2015, p. 155).

El bien jurídico comporta, entonces, para el derecho penal el núcleo de la norma penal y el requisito para la imposición de una pena estatal. La interpretación de la ley penal sin la directriz que le da la noción del bien jurídico, su conocimiento sería irrazonable e imposible dogmáticamente (Maurach & Zipf, 1994, p. 339). Sin embargo, para que el bien jurídico pueda desempeñar su función político garantista, es necesario que el constituya, antes que *canon de interpretación*, sobre todo, *canon de construcción legislativa* de los hechos criminosos (Montovani, 2015, p 157).

En definitiva, entendido los bienes jurídicos penales como aquellos intereses, bienes, valores o derechos jurídicamente protegidos; estos pueden clasificarse atendiendo su dimensión, en bienes jurídicos personales-individualizados, como sería la vida, la salud, la libertad y el honor; y en bienes jurídicos colectivos, como serían la salud pública, el medio ambiente, etc. Y en consecuencia, la norma jurídico penal que tipifica los *delitos de injuria (art 130° del CP)*, *calumnia (art 131° del CP)* y *difamación (art 132° del CP)*; son susceptibles de proteger a un bien jurídico, como lo es el honor de la persona.

### **3.3. El bien jurídico honor como expresión de un derecho fundamental de la persona y su protección por el derecho penal.**

Como bien hemos señalado, el derecho penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho tiene como función la protección de bienes jurídicos personales y colectivos, entre los primeros se encuentra el honor de las personas, esto entendido como interés vital y necesario para el desarrollo del hombre en sociedad y para la protección de los valores democráticos de una sociedad (*concepto valorativo social de bien jurídico*).

El derecho al honor de la persona cuenta con protección constitucional, así expresamente lo consagra el inciso 7, artículo 2º de la Constitución Política del Perú y; también está reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo. 12º (“Nadie será objeto (...) de ataque a su honra o reputación”); Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11º, inc. 1 (“Toda persona tiene derecho al respeto de su honra”)*).

En el sistema jurídico-penal peruano, se reprime los delitos contra el honor, esto en el afán de la protección de bienes jurídicos, que no es otro que el honor de la persona. La ley penal al dotar de tutela al bien jurídico honor, como expresión de la personalidad del ser humano, trasmite semánticamente una valoración positiva de este derecho digno de protección a través de la norma penal.

Concretamente, es mayoritaria y está consolidada la idea, de que el bien jurídico honor está compuesto de una doble dimensión: una de carácter *objetiva*, referida a la reputación, valoración social positiva que se le atribuyen a las personas en el cumplimiento de sus relaciones sociales Y;

otra de carácter *subjetiva*: según la cual, se acentúa la relevancia en la autoestima o autovaloración que se efectúa la misma persona (Salinas, 2013, p. 241).

En esta misma línea, la Defensoría peruana (Informe Defensorial N° 48, p 22), es de la consideración que el honor se compone tanto de un *aspecto objetivo*, lo que piensan los demás de una persona, así como de un *aspecto subjetivo*, lo que cada persona piensa de sí misma

El Tribunal Constitucional peruano, también, ha señalado: “*El honor interno de cada persona, es decir la apreciación que de sus propios valores y virtudes tiene debe diferenciarse del honor externo, que es la percepción que tienen los demás respecto a los valores y virtudes de esa persona*” (STC: Exp. N° 0018-1996-I, FJ: 2).

En otra jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano, reconoce el *estatus* jurídico del derecho al honor como un derecho fundamental; y como tal, señala que el derecho al honor comporta la protección a su titular de toda forma de escarnecimiento o 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 comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva al honor de la persona (STC: Exp. N° 2790-2002-AA, FJ: 3).

Si bien, en el derecho penal peruano existe una doctrina mayoritaria que define al bien jurídico honor en su doble dimensión, objetivo y subjetivo; sin embargo, se puede identificar ciertas posiciones divergentes a éste. Así, se tiene, que desde una posición *fáctico-normativo del concepto de honor*, se le define como aquello que realmente posea una persona y aquel que está basada en

la dignidad de la persona (Donna, 2008, p. 439). Y, desde una *perspectiva constitucional*, se señala que el honor “*debe ajustarse al modelo constitucional en el que predomina su sentido interno, ideal e inteligible, equivalente a dignidad y respeto humano*” (Carmona, 1996, p. 461)

Según Villavicencio (2014), el honor de la persona “*debe ser entendida en una perspectiva social, es decir, como la posibilidad del ser humano de participar en sus relaciones sociales*”. Consideramos que es esta la definición correcta del bien jurídico honor porque se compadece con una noción de derecho que interactúa en el escenario de la sociedad. Y, solo en sociedad, en donde el derecho al honor tiene relación con el derecho a la propia imagen, entendido como derecho fundamental, esto es, como “el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz” (Alegre Martínez, 1997, p.85).

Asimismo, se debe destacar que el honor, entendido como derecho fundamental se vincula de forma directa y sólidamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Laurenzo, 2002, p 39). Incluso en esta última línea, el Tribunal Constitucional, se señala que el honor tiene un carácter intersubjetivo y social, “*la lesión de (éste) bien jurídico debe ser valorada dentro del contexto situacional en el que se ubican tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo, por el indiscutible contenido socio- cultural que representa la reputación o la buena imagen de la persona como objeto de tutela penal*” (Exp. N° 4165-96-Lambayeque).

Y también, lo ha seguido la Corte Suprema del Perú, en el Acuerdo Plenario N°: 3-2006; cuando respecto al honor de la persona señala lo siguiente:

“El honor desde una perspectiva objetiva, alude a la suma de cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se 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 elementos constitutivos”

Por otro lado, según la jurisprudencia del Supremo Tribunal Constitucional Español, el honor en entendido como “el derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda su titular ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás” (STCE: Causa judicial 219/92, citado por Fuentes, 2011, p. 552).

## **CAPITULO IV: EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACION EN LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS Y SU AMPARO CONSTITUCIONAL: FUNDAMENTOS Y LÍMITES.**

### **4.1. Alcance y dimensión constitucional del derecho a la libertad de expresión e información.**

Es altamente positivo la relevancia que las sociedades modernas tiene sobre el respecto a la libertad de expresión e información, a tal punto de ser considerados, merecidamente, en el rango de fundamentos esencial e indiscutibles del orden constitucional de los Estados (De Verda, 2015, p. 403). Por ende, la libertad de expresión e información se erigen como dos columnas imponentes y esenciales para el cabal progreso y el desarrollo de las sociedades, sin olvidar la contribución elemental para el desarrollo de la personalidad del hombre; la persona no sería la misma, sino hubiera experimentado el goce de la libertad de expresión y el derecho de información.

El progreso de la sociedad ha marchado en dos ruedas, en la libertades y en el respecto a la dignidad del ser humano; y en donde, la libertad de expresión e información son determinantes para la vocación democrática y plural de la sociedad; entonces, la participación genuina de los ciudadanos en la toma de decisiones de contenido político-social sin la protección de la libertad de expresión e información sería ilusorio y; tal vez, inexistente, pues información que decisión se puede tomar y sin expresión no se puede decidir. Por eso, se puede concordar cabalmente con Sánchez (1992), cuando indica que las libertades (de expresión e información) son *pedras angulares de todo régimen político*.

La libertad de expresión e información no bastan ser reconocidos sino, sobre todo, tienen que estar eficazmente protegidos por las instituciones estatales. En efecto, una vía de promoción del desarrollo integral de las personas, es la defensa de su derecho fundamental a la libertad de expresión e información; el aumento progresivo de la información pública circulante y el mayor acceso a sus fuentes de origen, constituyen una manifestación concreta de este fenómeno; el cual,

a su vez, disminuye la protección de otro derecho fundamental (Fuentes, 2011, p. 548). Es manifiesta la dinámica social y política que engendra la libertad de expresión y de información.

No obstante, las libertades de expresión y de información, están sujetos a ciertas restricciones como puede provenir de su confrontación con otro derecho fundamental, como es el derecho al honor de las personas, siempre y cuando ello sea procedente y necesario para asegurar una vigencia armónica de los derechos fundamentales (STCE: Causa Judicial N°: 171-1990). De tal manera que, la libertad de expresión es un derecho más amplio que la libertad de información; y que en casos de colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, no se exige el requisito de veracidad de los hechos, que sí se les exige a la libertad de información, esto porque la libertad de expresión tiene que ver con la libertad de pensamientos o de juicios de valores u opiniones que puedan emitir los ciudadanos (De Verda, 2015, p 403).

A continuación, analizaremos los alcances y el núcleo esencial de las libertades de expresión y de información; para de esta manera, establecer sobre una base sólida, su naturaleza jurídica de estas libertades de cara a las formas de exclusión del injusto, en el marco de la teoría del delito; esto es, saber si se tratan en los casos de los delitos contra el honor, del ejercicio legítimo de un derecho o de un estado de necesidad justificante.

#### **4.1.1. Libertad de expresión.**

La libertad de expresión está señalada en la Constitución Política del Perú, en el inciso 4, del artículo 2°. La libertad de expresión, tiene dos dimensiones: una *dimensión subjetiva* como

manifestación de la dignidad humana y una *dimensión objetiva o institucional* al constituir un supuesto básico para la vigencia de un Estado Democrático (Informe Defensorial N°: 48, p 9).

La libertad de expresión, como derecho constitucional, alcanza la protección de una gama de situaciones, como la de manifestar o divulgar libremente las ideas, los pensamientos, la formulación de juicios de valor u opiniones (De Verda, 2015, p 402). En efecto, la libertad de expresión aparece como presupuesto indispensable del pluralismo político, valor superior del ordenamiento que condiciona todos los sistemas democráticos (Ollero, 1998, p 65).

Tiene un gran significado el hecho que la libertad de expresión haya alcanzado un reconocimiento y una protección constitucional adecuada, lo que implica que los Estados tienen dos obligaciones específicas: las obligaciones de respeto y la de garantía de este derecho; por la primera, los Estados se encuentran impedidos de realizar actos contrarios a la libertad de expresión; y por la segunda, el Estado debe adoptar aquellas medidas que permitan a toda persona su goce y ejercicio, así como prevenir, investigar, sancionar y reparar todo acto que afecte a la libertad de expresión (Huerta, 2010, p 323 y 324).

Los efectos positivos de la libertad de expresión para las sociedades democráticas son variados e importantes, como bien ha señalado la Defensoría del Pueblo del Perú, no sólo porque es una condición de la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político (Informe Defensorial N° 48, p 10, quien cita a Juan José Solozábal); por lo tanto, la libertad de expresión se fundamenta en tres instituciones

básicas: el pluralismo, la libertad de conciencia y la dignidad de la persona (Informe Defensorial N° 48, p 10).

Núñez Martínez (2008, p. 292), menciona que la libertad de expresión protege la manifestación del pensamiento, ideas y opiniones, emitidas a través de cualquier medio, y por cualquier persona, y está dirigida a garantizar la libre expresión de juicios o ideas. Mediante y en tanto, esta libertad se permita a cualquier sujeto, la manifestación de ideologías, creencias o pensamientos sin injerencia está protegida. Y constituye una libertad negativa por cuanto implica la neutralidad de permisos y la no discriminación por el contenido de lo manifestado.

Para Huerta (2010, p 320), los fundamentos de la protección de la libertad de expresión, si bien, han sido elaborados desde diversas perspectivas, lo cierto que todas ellas de alguna u otra manera resaltan, los aspectos como la importancia de la difusión de ideas e informaciones para el desarrollo del ser humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y la creación de un libre mercado de ideas.

En cuanto a los titulares de la libertad de expresión es un derecho que pertenece a todos los ciudadanos, es decir, que puede ser ejercida por cualquier persona física o jurídica nacional o extranjera e independientemente del medio empleado para su difusión (Núñez Martínez, 2008, p 291).

Sin embargo, la libertad de expresión presenta ciertas restricciones, las mismas que pueden estar orientadas a prohibir la difusión de un determinado discurso (restricciones sobre el «contenido») o regular la forma, tiempo, lugar o medio en que puede ser transmitido (restricciones «neutras») (Huerta, 2010, p 325); pero del conjunto de las restricciones que pueden existir, a efectos del presente trabajo nos interesa, aquellos casos en donde se presenta una restricción a la libertad de expresión en aquellos supuestos donde se vulneraría de forma manifiesta el honor de las personas, por el ejercicio abusivo de esta libertad de expresión .

Con todo, en aquellos casos en el que se presente un conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, generalmente, se atribuye una preferencia inicial a esta última, pero en la medida que cumpla con ciertas exigencias, esto es, siempre que recaiga en el marco de un interés público y no se ejercite utilizando términos injuriosos o vejatorios dirigidos contra las personas (De Verda, 2015, p 403). La dignidad de la persona humana sigue siendo un límite infranqueable del Estado de Derecho; por lo que, si bien, la libertad de expresión en casos de conflicto de derechos tiene un valor preferente, pero ello, no la convierte en un derecho absoluto.

De forma clara y contundente, en el campo de análisis de la jurisprudencia Española, De Verda (2015, p 404), señala que la preferencia de la libertad de expresión exige que los pensamientos, ideas o juicios de valor que se emitan tengan interés público o general, bien por la materia sobre la que recaen, bien por las personas a las que se refieren, de otro modo, carecerían de justificación el sacrificio del derecho del honor del ofendido, ya que no se estaría contribuyendo a la formación de la opinión pública libre.

El Tribunal Constitucional peruano, señala que “mediante la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir.

En cambio, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz” (STC: Exp. 0057-1998-AA/TC).

#### **4.1.2. Libertad de información.**

La Libertad de información al igual que la de expresión tiene respaldo constitucional. En puridad, la libertad de información se manifiesta como una libertad activa, el derecho a buscar y difundir información, pero también como una libertad pasiva, el derecho a recibir información (Núñez Martínez, 2008, p 295).

La Constitución peruana, reconoce la libertad de información, en el inciso 4, del artículo 2°, bajo el siguiente tenor: Todos tiene derecho a la “*libertades de información*”. Según la Defensoría del Pueblo del Perú, la libertad de información comprende dos derechos: *a)* A comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación; derecho que a su vez comprende el de buscar y obtener información (*aspecto activo*); y *b)* A recibir información en iguales condiciones (*aspecto pasivo*) (Informe Defensorial N°: 48, p 8).

Para el Tribunal Constitucional peruano, señala que la libertad de información, no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad de la persona y un complemento inescindible del derecho al libre desarrollo de la personalidad. También se encuentran estrechamente vinculados al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad plural, permitiendo la formación libre y racional de la opinión pública (STC: 2976-2012-TC/PA, FJ: 9).

Para Núñez Martínez (2008, p 295), el derecho a la información cuenta con dos vertientes: el derecho a ser informado, sin que el Estado pueda en ningún caso manipular la información que los ciudadanos tienen derecho a conocer, al tiempo que ha de impedir que nadie pueda llegar a hacerlo; y la de dar a conocer a la opinión pública, información veraz, libre, colectiva, objetiva y plural, de tal forma que la censura previa se halla absolutamente vetada.

Según la jurisprudencia Española, como bien, lo señala De Verda (2015, p 391 y 392), la libertad de información tiene un doble carácter: como libertad individual y como garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo política dentro de un Estado Democrático, por lo que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, ligada con el pluralismo, el mismo que contribuye a la formación de la opinión pública a favor de los ciudadanos, por lo que es uno de los elementos esenciales de las sociedad moderna (STCE: Causa judicial N°:29-2009).

El reconocimiento de la libertad de información, es de primer orden, tanto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que nos encontramos ante uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importante para el progreso y el desarrollo individual, toda formalidad, condición restricción o sanción impuesta a la libertad de información no sólo va a tener que responder a un fin legítimo, sino que deberá ser proporcional a la misma (Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Sunday Times”, de fecha 26 de abril de 1979, citado por Fuentes, 2011, p 552).

En cuanto al titular de la libertad de información, que éste, en sentido estricto, es cualquier individuo, pero también es cierto, que son los periodistas quienes encuentran en esta libertad el

fundamento más importante para el ejercicio de su oficio o profesión, convirtiéndose finalmente, el sujeto pasivo, de la libertad de información la colectividad (Núñez Martínez, 2008, p 295).

Entonces, la libertad de información siempre está al servicio de la consecución de un interés general, merecedor de una mayor protección constitucional, como es la creación de una opinión pública libre, sin la cual no puede existir una auténtica democracia. La libertad de información en cuanto transmisión veraz de los hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en un derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado Democrático (Castillo Córdova, 2005, p 7).

Por otro lado, en casos de conflicto de derechos fundamentales entre el honor personal y la libertad de información, es importante lo que mencionado Castillo Córdova (2005, p 8), al referirse a la jurisprudencia evacuada por el Tribunal Constitucional Español, según, la cual, si bien, se le otorga un valor preferente de la libertad de información; no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad.

En tal sentido, la prevalencia de la libertad de información frente al derecho al honor se da siempre que se cumpla con la concurrencia de dos requisitos: que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia o interés público, de importancia general por la materia a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo en consecuencia a la formación de la opinión pública (STCE: Caso judicial 240/1992; citado por De Verda, 2015, p. 392). Esto es, la libertad de información predomina sobre el honor, siempre que, aquella verse respecto a asuntos de interés pública y la información sea transmitida con veracidad y objetividad.

Para el Tribunal Constitucional peruano, señala que: “En el fundamento 6 de la Sentencia 02976-2012-PA/TC, se estableció que la libertad de información garantiza un "complejo haz de libertades" y que conforme al "artículo 13 de la CADH, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz” (STC: Exp. 012-2018 y 013-2018-AI/TC, procesos acumulado, FJ: 52)

#### **4.2. Conflictividad de los derechos fundamentales: Libertad de expresión e información contra el derecho al honor de la persona.**

Los derechos fundamentales entran generalmente en conflicto en situaciones en que son ejercidos por sus titulares. El sistema jurídico de un Estado no se puede reducir a una proclamación de derechos sino también a adoptar criterios para su solución adecuada y justa cuando estos entran en conflictos. Un sistema jurídico que no diseñe formas de solución de conflictos de derechos fundamentales se convierte en una pieza de colección y en un museo de derechos.

Esta difundida en la ciencia del derecho en general, y esto es constatable, que los derechos fundamentales entran en conflicto en cuanto se ejerza una vigencia práctica, esto es, que su titular goce sus derechos. Desde este punto de vista, los derechos fundamentales, se presentan como realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí, dado que al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo (Castillo Córdova, 2005, p. 5). Entonces, según esta visión de colusión de los derechos fundamentales, se deduce a la vez, que

estos no son derechos absolutos, sino que el ejercicio de estos derechos tienen ciertos límites (Núñez Martínez, 2008, p. 300)

Tal es así, que frente a la colisión de derechos fundamentales, los sistemas jurídicos, cuentan con ciertos mecanismos o procedimiento jurídicos que tiene por objeto la de dar una solución a dichos conflictos, atendiendo a pautas valorativas, como bien, lo es el procedimiento de ponderación de los derechos fundamentales.

El *test de ponderación de derechos* o también denominado *test de proporcionalidad*, consiste en hacer una suerte de comparación entre los derechos en conflicto, sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar cuál derecho es más importante o tiene un “*peso*” superior. En la ponderación, se busca saber cuál derecho pesa más entre los derechos en conflicto (Burga Coronel, 2012, p 255). El peso jurídico de un derecho frente a otro, es el elemento material para la solución de los conflictos que se puedan generar al interior de los sistemas jurídicos.

Esto es, cuando se presente una colisión entre derechos fundamentales, Según Alexy (1993, 87), debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada. A decir, de Bernal Pulido (2002, p. 226), la ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, aquellas normas que tienen la estructura de mandatos de optimización, cuyas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y

las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer ese criterio de la “*mayor medida posible*” en que debe realizarse un principio, es necesario, confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas. El principio de proporcionalidad exige examinar la colisión de derechos a la luz de los juicios, máximas o sub principios de adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Burga Coronado, 2012, p. 256).

De forma concreta y en atención al objeto de la presente investigación, ahora nos centraremos a delimitar los posibles conflictos de derechos originados entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor de la persona humana; el mismo que deberá responder su solución a los parámetros del *test de ponderación de derechos*. Y para ello, en principios se debe partir, que la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, se tratan de intereses jurídicos resguardados constitucional, los tres derechos son fundamentales para la Sociedad; consecuentemente, al entrar en conflicto su solución es más compleja, que la de emplear simples reglas que establezca o determine cuál de estos derechos es superior o no (Fuentes, 2011, p 553).

#### **4.3. El derecho al honor frente a la libertad de expresión e información.**

El conflicto de derechos entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información se ha convertido en uno de los temas más espinoso que enfrenta y trata, tanto del derecho constitucional, y desde luego, el derecho penal, en materia de la exclusión del injusto penal de los delitos contra el honor tipificados en el Código penal. Si bien, desde la perspectiva constitucional, se señala sin disidencia alguna, que los derechos fundamentales no son absolutos y que a la vez,

es imposible dar por enteramente satisfecho a validez de los dos o más derechos en conflicto; entonces la único camino posible es la de establecer una limitaciones recíproca de esos derechos en conflicto. Las limitaciones de estos derechos, deben tener presente el respeto al contenido central de cada uno de éstos. El respeto al contenido de cada derecho, supone no solo un límite a las actuaciones de particulares, sino también de los órganos del Estado (Fuentes, 2011, p 554). Aspecto que se deberán tener en consideración al momento de resolver los conflictos de derechos entre el honor y la libertad de expresión e información.

A continuación, se dará cuenta algunos criterios o postulados mencionados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, también por el Tribunal Constitucional del Perú, respecto a la solución jurídica de los conflictos en los que se enmarcan la libertad de expresión e información y el derecho al honor de las personas; atendiendo a los núcleos de su contenido y las limitaciones que rigen para las mismas.

#### **4.3.1. Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Tanto la libertad de expresión y de información ha sido tratadas y desarrolladas ampliamente por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La interpretación del contenido esencial de la libertad de expresión e información deben ser armonizados con el contenido esencial de otros derechos o bienes jurídicos que gozan de reconocimiento y protección y que entran en conflicto entre sí (Huerta, 2010, p. 322 y 323).

A nivel de la región americana, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en su artículo IV que *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión*

*y difusión del pensamiento por cualquier medio*”. Esto está en sintonía, con el artículo 19° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que estima que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión: “*el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión*”.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como advierte expresamente Huerta (2010, p 331), ha precisado la importancia de ponderar el ejercicio de la libertad de expresión y de información con aquellos derechos con los cuales puede entrar en conflicto, siendo necesario tomar en consideración las características de la información o idea que se difunde, así como las cualidades de las personas sobre las que se emite una información o juicio de valor.

En determinados casos, este factor de ponderación de derechos, debe tener en cuenta las cualidades de las personas sobre las que se emiten la información o juicios de valor, así, como por ejemplo, sucede, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha mencionado en casos en donde se tratan “de funcionarios públicos, el honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de la libertad de expresión e información son más amplias y el derecho al honor más restringido (Sent. CIDH: Caso Herrera Ulloa, 2004).

#### **4.3.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional peruano.**

El Tribunal Constitucional peruano, también se decanta por emplear el procedimiento de la ponderación de derechos para solucionar los conflictos de derechos, en el que se enfrentan el derecho al honor de la persona; por un lado; y la libertad de expresión e información, por otro lado, en aquellos casos concretos que han sido sometidos a la justicia constitucional.

Así, por su parte, el Tribunal Constitucional peruano, establece que: los límites a la libertad de expresión, está dado por evaluar, si el objetivo que se desea alcanzar mediante la restricción a su ejercicio, puede lograrse por vías distintas o alternativas. Si al mismo objetivo se puede llegar de otra manera, la restricción a la difusión de ideas e informaciones no debe ser calificada, en consecuencia, como necesaria (Huerta, 2010, p. 337).

Expresamente, el Tribunal Constitucional peruano, ha precisado: *“objeto protegido de la libertad de información y de expresión es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones –incluye apreciaciones y juicios de valor–: y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional de libertad de información, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes”* (STC: Exp. N°: 0905-2001-AI/TC).

En efecto, el Tribunal Constitucional peruano, indica que “en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la

propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos (...) toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado” (STC: Exp. 02465-2004-PA/TC. FJ: 16).

**CAPITULO V: DELITO CONTRA EL HONOR EN EL DERECHO  
PENAL PERUANO.**

**5.1. Estructura y base legal de los delitos contra el honor en el Código Penal peruano.**

El Código Penal peruano tipifica a los delitos contra el honor, en el Título II de la Parte Especial del Código Penal, destinando el art. 130° (delito de injuria), art. 131° (calumnia) y el art. 132° (difamación) para la represión de estas figuras delictivas.

*Artículo 130° del CP: El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa*

*Artículo 131° del CP: El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa.*

*Artículo 132° del CP: 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 sesenticinco días-multa*

La represión jurídico penal de los delitos contra el honor tiene por finalidad la protección del bien jurídico honor de la persona. El honor como bien jurídico tutelado en por la norma penal constituye un valor indispensable para el ser humano en su desarrollo de su personalidad y en su ambiente social.

No obstante, existe voces en la ciencia del derecho penal que cuestionan la protección del honor de la persona por el medio de la norma penal; indicándose, que desde la perspectiva de *ultima ratio*, sería mejor que el derecho civil sea la rama que proteja el derecho al honor; y no dejarse en manos del derecho penal. Sin embargo, de *lege lata*, se tiene preeminencia por la protección del honor a través del derecho penal.

Respecto al concepto del honor como bien jurídico protegido, ya se ha hecho mención líneas arriba, por lo que solo cabe resaltar, al titular del mismo, en este caso la persona humana. Según los penalistas peruanos, Bramont Arias & Bramont Arias-Torres (1997), en los delitos contra el

honor, el titular del bien jurídico protegido, es la persona física; tanto como persona vivas o como a la memoria de los muertos.

Si bien, el código penal peruano, como ya se ha señalado, sanciona las figuras delictivas de injuria, calumnia y difamación como modalidades delictivas de los delitos contra el honor; a efectos de la presente investigación, sólo nos centraremos en el análisis del injusto penal del delito de difamación; en tanto que es pertinente, porque es en esta figura delictiva en donde el ejercicio de la libertad de expresión e información cobra naturaleza bien de causa de atipicidad o justificación.

## **5.2. Análisis jurídico del delito de difamación cometido por medios de comunicación social.**

El Código Penal peruano tipifica en el art. 132°. Se trata de un delito de mera actividad que se materializa cuando el sujeto activo del delito, 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.

En el delito de difamación, el bien jurídico protegido, es el honor de la persona, tal como lo reconoce la propia redacción legal. En el ámbito judicial, se reconoce que el honor es la valoración que otros realizan 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 (Exp. N°: 4732-97-Lima).

La figura de difamación es una circunstancia agravante cuando el delito es cometido por medio de libros, prensa u otro medio de comunicación social. Esto es, por la gran difusión que puede tener el hecho típico difamatorio, creando una mayor afectación al titular del bien jurídico, en su ámbito personal, familiar o social.

A continuación, desde una perspectiva jurídico-dogmática, analizaremos los elementos estructurales de la tipicidad del delito de difamación cometidos a través de medios de comunicación social, es decir, los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de este delito, y también, el grado de desarrollo del mismo y las formas de intervención delictiva que se pueden presentar en el marco de su comisión delictiva.

### **5.2.1. Elemento del tipo penal objetivo de la difamación.**

Todo tipo penal referido a una figura delictiva, está compuesto tanto por un aspecto objetivo y subjetivo. Es en el ámbito objetivo del tipo en donde el legislador ha reunido todos los elementos de referencia típica que deben ser observados por el intérprete para que una conducta examinada se torne relevante para el derecho penal.

Concretamente, el tipo penal objeto del delito de difamación cometidos por medios de comunicación social, está compuesto por la concurrencia de ciertos elementos como son: el sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, medios de comisión y forma de comisión.

En cuanto al **sujeto activo** de imputación en el delito de difamación, éste puede ser cualquier persona que divulgue una información a través de un medio de comunicación social, sea escrita o verbal

Mientras que **sujeto pasivo**, también puede ser cualquier persona, sin que se tenga en cuenta alguna situación o condición social o económica, ni tampoco se tiene en consideración como la edad o género de la persona quien es el titular de este derecho.

La **conducta típica** del delito de difamación, expresado mediante el verbo rector, consiste en realizar un acto de difundir una noticia ofensiva que dañe el honor del sujeto pasivo. La difusión del acto de difundir la noticia tiene que ser ante varias personas o por medio de comunicación social; siempre que hagan posible que se conozca la noticia o información propalada.

Asimismo, la jurisprudencia penal peruana, es de la consideración que *“incurre en la figura delictiva de difamación cuando ante varias personas se difunde una noticia atribuyendo a una persona una conducta que perjudica su honor y reputación resultando indispensable en tal sentido llevarse a cabo”* (Exp. N° 3844-97-Lima).

Ahora bien, desde la perspectiva actual, para efectos de una correcta determinación de la conducta típica, es necesaria apreciarla, desde un entretenimiento, con la imputación objetiva de la conducta, esto es, sometiéndola a los filtros jurídicos penales que eliminan o descartan la relevancia jurídico-penal en ciertos casos en concreto. Los filtros de imputación penal de la conducta son los siguientes: *riesgo permitido; principio de confianza; prohibición de regreso e imputación a la propia víctima* (VILLAVICENCIO, 2014, p. 491 y sgtes).

Entonces, para que la conducta de difusión de una noticia que dañe el honor de una persona sea considerada típica, desde el punto de vista de la imputación objetiva, tiene que tratarse de una conducta que cree un riesgo prohibido para el bien jurídico tutelado por la norma penal, que no es más que el honor de persona y su reputación.

En efecto, la acción típica del delito de difamación se presenta cuando se produce la difusión o propalación de una noticia que afecta el honor, la misma que puede ser difundida o que exista la posibilidad de serla, es decir, es suficiente la posibilidad, vista *ex ante*, de acuerdo al momento y las circunstancias en que se presenten los hechos (Villavicencio, 2014, p 524).

La conducta típica requiere, que se trate de una difusión noticiosa. Se entiende, en todo caso, por “*noticia*”, a todo mensaje o misiva que contenga un hecho desconocido hasta ese momento y que tiene por finalidad de ser propalada o difundida (Villavicencio, 2014, p 524).

Se trata de un tipo penal de *peligro concreto* y de *mera actividad*; no se exige una efectiva lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal, al honor de la persona; sino basta con la mera mención de la conducta noticia con contenido difamatorio y además, es de peligro concreto porque no se necesario una lesión efectiva del bien jurídico.

Por último, en relación a los medios de **comunicación social**, se entiende por este a todo procedimiento o herramienta, de alcance masivo, que posibilite la relación con los demás, sea cualquiera su forma o en cualquier ámbito; como son por ejemplo, la radio, televisión, periódicos y redes sociales.

La jurisprudencia peruana, menciona que “*el delito de difamación se requiere que el inculpado atribuya un hecho o conducta al agraviado, que perjudique su honor o reputación y que para ello se realice ante un número plural de personas, sea por separado o conjuntamente*” (Exp. N° 0940-2006-Huaura).

### 5.2.2. Elemento del tipo penal subjetivo

El delito de difamación es de comisión dolosa, no es posible su comisión por vía de imprudencia. El dolo está conformado por el conocimiento y por la voluntad con la que realiza la conducta típica y todos los demás elementos del tipo, el sujeto activo. Estamos ante un concepto de dolo que exige dos elementos: el conocimiento y voluntad. Así, e3xistirá dolo cuando el sujeto activo con conocimiento y voluntad 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.

Para la configuración de este delito, desde el plano de imputación subjetiva, no basta con la presencia del dolo, sino también con el *animus defamandi* con que debe actuar el sujeto activo, esto es, con *animus* de causar un daño al honor del sujeto pasivo.

La jurisprudencia penal peruana, menciona que “*el delito de difamación por medio de prensa, es eminentemente doloso, esto es, que el agente activo del delito debe actuar ya sea con animus injuriandi*” (Exp. N° 4149-96-Lima).

Así, también, cuando señala, que “*Se aprecia que evidentemente en todas estas comunicaciones existe “un animus difamandi”, ya que el querellante en su condición de Gerente Técnico se ha visto afectado en su honor, con afirmaciones que no tenían por qué darse a publicidad como se ha hecho al publicarse en el diario El Comercio donde se señala calidades que no han sido debidamente probadas por el querellado*” (Exp. N° 2554-98-Lima)

### **5.2.3. Tentativa y consumación**

Según doctrina del derecho penal, el momento de consumación delictiva es aquella en donde el sujeto activo ha realizado todos los elementos del tipo objetivo. Específicamente, en el delito de difamación por medios de comunicación, el momento de consumación, viene siendo debatido, para algunos juristas peruanos, consideran que se consuma con la mera atribución del hecho con contenido lesivo para el honor de la persona. Para otros, la consumación se daría en aquel momento en que la noticia propalada con contenido difamatorio, llegaría al conocimiento del sujeto pasivo y a la pluralidad de personas (Villavicencio, 2014, p 520).

Es acertado lo señalado por Villavicencio (2014), quien señala que en el momento de consumación, es posible mencionar dos supuestos: la primera, la difamación se realiza en presencia de un grupo de personas, en donde el delito se perfecciona en el mismo momento que se afecta el honor. Segundo caso, cuando la imputación se realiza en otras personas, estando ausente el sujeto pasivo, el delito se consumará en el mismo instante que la noticia difamatoria llega al conocimiento de la víctima. Consideramos que éste es el criterio más adecuado para la dogmática de los delitos contra el honor de la persona.

### **5.2.4. Autoría y participación.**

En el delito de difamación por medio de medios de comunicación social, es posible toda forma de intervención delictiva, de las que reconoce el derecho penal peruano, atendiendo, claro está, la teoría que diferencia entre autoría y participación. En tal sentido, autor del delito de difamación es quien tiene el dominio del hecho, es decir, quien realiza la divulgación o propalación de una noticia

ofensiva para el honor de la víctima de tal forma que llegue un número amplio de personas o que pueda llegar a serlo.

En casos de *co-autoría delictiva*, la misma que debe presentarse cuando, cuando se verifique la presencia en los hechos imputados una suerte de *co-dominio funcional del hecho*, esto es, que la divulgación de la noticia ofensiva para el honor de la víctima haya sido producido por dos o más personas, bajo el reparto de tarea, decisión común y ejecución parcial de cada uno de ellos.

Existen casos de autoría mediata, que se presenta, cuando existe un dominio de la voluntad del interviniente; y esto se da cuando, por ejemplo, se instrumentaliza a un tercero quien por error, no conoce el contenido del mensaje, pronuncia o difunde la noticia que afecta el bien jurídico honor del sujeto pasivo.

También puede darse, figuras de participación delictiva, en forma de instigación o de complicidad, este último puede ser bien primaria o secundaria. En casos de complicidad secundaria se podrá atenuar la pena, según el art 25 del CP.

### **5.3 Pronunciamiento de la Corte Suprema del Perú sobre la libertad de expresión y de información en referencia a los delitos de difamación cometidos a través de medios de comunicación social.**

El más alto órgano de administración de justicia en materia penal, como lo es la Corte Suprema de Justicia del Perú, frente a los diferentes casos que se presenten cotidianamente sobre problemas referidos a los delitos de difamación realizados por medios de comunicación social o masivo; ha

considerado por conveniente establecer ciertos criterios jurídicos para la determinación típica de este delito y sobre el tratamiento de las causas que excluyen su injusto penal.

Como bien, afirma la Defensoría del Pueblo del Perú, el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión, se manifiesta con particular intensidad en nuestro país, esto en el marco de la atribución de responsabilidad penal, concretamente, cuando se trata de proteger el honor de la persona (Informe Defensorial N°: 48, p 21)

En efecto, para la solución de supuestos de conflicto entre la libertad de expresión o de información y el bien jurídico honor, la Corte Suprema del Perú, se ha decidido por la aplicación del procedimiento de ponderación de derechos como forma de darseles solución. En tal sentido, la Corte Suprema, ha emitido el **Acuerdo Plenario N° 03-2006**, en donde establece algunos criterios para la determinación del alcance del ámbito de protección del bien jurídico honor y la libertad de expresión o de la libertad de información, a saber:

*“10. **Un primer criterio**, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública (...) cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún*

*si las expresiones importan una crítica política, en tanto estas se perciben como instrumento de los derechos de participación política–. El **otro criterio** está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha de respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones –con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen–, pues resultan impertinentes –desconectadas de su finalidad crítica o informativa– e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad [...]. 12. En **segundo lugar**, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo [directo]– o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual–. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes*

*subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales. No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o mera invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador”.*

La protección al bien jurídico, honor de la persona, está en relación a la protección misma de la dignidad humana; mientras que la protección de la libertad de formación de una opinión pública y libre, es un derecho que posibilita la democracia y la pluralidad de ideas u opiniones en el orden social (STCE: Causa judicial 104/1986, citado por Núñez Martínez, 2008, p 303); por lo que su tratamiento jurídico debe ser ponderado caso por caso, atendiendo a determinadas exigencias para la validez de uno u otro derecho.

La ponderación del derecho al honor y su relación con la libertad de expresión, de forma resumida, se puede decir, que estriba en que deben tratarse de opiniones o asuntos de interés general; mientras que la ponderación entre al honor y la libertad de información, el hecho difundido

tiene que ser veraz y objetivo. Estos datos materiales, son los criterios que se debe tener en cuenta para establecer la preferencia de un derecho o de otro, todo ello, en el marco de establecer si, la libertad de expresión e información fungen como causas que excluyen el injusto penal.

## **CAPITULO VI: EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO EN EL DELITO DE DIFAMACION COMETIDO POR MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL: ¿CAUSA DE ATIPICIDAD O CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN?**

Un tema central e importante, es el de establecer si, en el campo del derecho penal, el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de atipicidad penal o una causa de justificación. Para ello, resulta trascendental a efectos de un correcto análisis lo que ya ha sido mencionado respecto al contenido de la libertad de expresión y de información.

En efecto, en la doctrina del derecho penal se logra identificar dos posturas en cuanto a la naturaleza jurídica que le correspondería al ejercicio legítimo de un derecho; para cierto sector, se trataría de una causa de atipicidad y para otros, una causa de justificación.

### **6.1. El ejercicio legítimo de un derecho en el derecho penal.**

El *ejercicio legítimo de un derecho*, en el derecho penal, se da cuando convergen dos normas, una que acepta una situación como derecho y; otra que supuestamente la prohíbe por lesiva de un bien jurídico, existiendo por lo tanto, una colisión de normas jurídicas. Los casos en donde aparecen dos normas jurídicas refiriéndose a un mismo hecho, entre una autorización y una prohibición, la que prevalece es la permisiva frente a la incriminatoria (Montovani, 2015, p. 195).

El ejercicio legítimo de un derecho, según la jurisprudencia penal peruana: “*el inciso 8 del artículo 20º del Código Penal señala que está exento de responsabilidad penal el que obra por*

*disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (R.N. N° 975-04-San Martín).*

A continuación, desarrollaremos las posturas referido a la patuleca jurídica de la institución denominada ejercicio legítimo de un derecho, esto es, atendiendo a que cierto sector de la doctrina, lo entiende como una causa de atipicidad penal y otro sector, como causa de justificación penal.

## **6.2. El ejercicio legítimo de un derecho como causa de atipicidad en el derecho penal.**

En el derecho penal peruano y, así también sucede en el derecho penal comparado, está plenamente consolidada la dirección doctrinaria que estima que nos encontramos frente a una causa de atipicidad en cuanto al ejercicio de un derecho.

Previamente, debe aclararse qué se entiende por atipicidad de la conducta. Existe atipicidad de una conducta, cuando en la conducta imputada al sujeto del delito no concurre uno o algunos de los elementos que exigen el tipo penal en concreto. Dicho de otra manera, conducta atípica, es aquella que no cobra relevancia jurídica penal porque le falta uno o unos de los elementos del tipo penal objetivo.

Según, Bustos (2004), los aspectos de ausencia de atipicidad o causas de atipicidad surgen a partir de criterios de no atribución, esto es, criterios o argumentos que permiten sostener que un hecho concreto no se corresponde con lo previsto en el tipo penal. Se trataría de casos o hechos no relevantes jurídico-penalmente.

La jurisprudencia de la Corte Suprema del Perú, sostiene que existe atipicidad cuando el hecho “no se adecua a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal se presentará la atipicidad” (R.N. N° 2798-2003-Tumbes).

Atendiendo a los fundamentos de lo que se entiende por el instituto denominado ejercicio legítimo de un derecho y de las causas de atipicidad, se estima entonces, que el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de atipicidad en el derecho penal peruano y no una causa de justificación.

Para Bramont-Arias Torres (2008), el ejercicio legítimo de derecho no es una causa de justificación penal, dado que no nos encontramos frente a una imposición de la ley sino frente a situaciones que son permitidas por el ordenamiento jurídico.

El principal argumento de que *el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de atipicidad es porque los sujetos que actúan bajo su regular ejercicio no realizan una conducta prohibida penalmente, no realizan una conducta típica, sino se mueven en un estado de libertad, por ende, la falta de la conducta prohibida misma, entonces, no se da la configuración típica, que no es más la concurrencia necesaria de todos los elementos típicos.*

### **6.3. El ejercicio legítimo de un derecho como causas de justificación en el derecho penal.**

No obstante, en el derecho penal nacional es muy difundida la idea que las causas de justificación eliminan la antijuridicidad de la conducta y no la tipicidad.

El fundamento de las causas de justificación, se basan en el “*principio de no contradicción, por lo que un mismo ordenamiento no puede imponer y permitir; y en un mismo tiempo, prohibir el mismo hecho sin negarse a sí mismo y su práctica posibilidad de actuación, pues las normas justificantes pueden ser situadas en cualquier rama del Derecho*” (Montovani, 2015, p 187).

En efecto, las causas de justificación son aquellas conductas que no alcanzan a ser consideradas como antijurídica (Jescheck, 1993, p. 210), no existe contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico en su plenitud. A un comportamiento que infringe la norma penal, le alcanza alguna de las causas de justificación, excluyéndole su carácter antijurídico (Villa, 2008, p. 340).

Para Montovani (2015), las causas de justificación son particulares situaciones en presencia de las cuales un hecho, que de otro modo sería un hecho ilícito, no lo es, por lo que la ley lo impone o lo consiente. El hecho justificado es lícito para todo el ordenamiento jurídico penal y extrapenal.

Asimismo, Villa (2014, p 424), considera que el ejercicio legítimo de un derecho es una causa de justificación porque responde al principio de ponderación de bienes en colisión, de modo que el mal causado sea inferior al que se quiso evitar o se evitó (Villa, 2014, p. 424). En este plano de ponderación, la misma dependerá del caso en concreto, cuando la libertad de expresión e información tiene “*mayor peso*” frente al derecho al honor.

Asimismo, según Velásquez (2014), las conductas llevadas a cabo por el agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico (deber consagrado en la ley)

excluyen de responsabilidad penal de conformidad con esta permisión legal, esto es, por la existencia de una causa de justificación, ello sucede con el ejercicio legítimo de un derecho

#### **6.4. Diferencia entre causas de atipicidad y causas de justificación.**

Existen diferencias conceptuales y aplicativas entre las causas de atipicidad y las causa de justificación.

**En primer lugar**, las causas de atipicidad excluyen el tipo penal de la figura delictiva, por ende, su análisis está a nivel del tipo penal, en las que se toman aspectos abstractos de la vida social o del mundo jurídico, para con ello, incoar una causa de exclusión del tipo; mientras que las causas de justificación están a nivel de la antijuridicidad de la conducta, según la cual, se afirma la tipicidad de la conducta pero, solo se excluye su antijuridicidad.

**En segundo lugar**, la causa de atipicidad surge a partir de criterios de no atribución, argumentos que permiten sostener que un hecho concreto no se corresponde con lo previsto en el tipo penal (Bustos, 2004, p. 544); las causa de justificación, sólo se limitan a la exclusión de la antijuridicidad; las mismas que surgen desde reglas permisivas que valoran positivamente una constelación de circunstancias que pueden darse en los ámbitos sociales; por lo tanto, la conducta es típica pero no antijurídica (Bustos, 2004, p 647).

En tercer lugar, es unánime la idea, que las causas de justificación no eliminan los factores de atribución de responsabilidad civil, esto es, aun cuando exista una causa de justificación de la

conducta, persiste la responsabilidad civil; situación distinta sucede con las causas de atipicidad de la conducta, que ante su configuración, la conducta atípica no genera responsabilidad civil.

## **CAPÍTULO VII: EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO CAUSA DE ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA EN EL DELITO DE DIFAMACIÓN POR MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

### **7.1. Consideraciones previas.**

Un tema pendiente en la dogmática penal es el estudio acerca de la naturaleza jurídico-penal de la libertad de expresión y de información en referencia al tema de la exclusión de la responsabilidad penal en el delito de difamación cometidos a través de medios de comunicación social; esto es, se busca precisar, si el ejercicio legítimo de estas libertades protegidas constitucionales son causa de atipicidad de la conducta o causa de justificación en el derecho penal peruano en relación al delito concreto de difamación mediante medios de comunicación.

Sin duda, para llegar a un resultado acorde a las exigencias dogmáticas sobre el tema planteado, es necesario previamente entender el concepto y los alcances del conflictos generados, en el ámbito constitucional, entre la libertad de expresión e información y el bien jurídico honor, lo que ha obligado a una reinterpretación de las instituciones del derecho penal, especialmente del tema del ejercicio legítimo de un derecho.

En efecto, tomar en consideración, la funcionalidad para el sistema penal, específicamente, en los delitos de difamación por medio de comunicación social, la libertad de expresión e información, ha conllevado a una discusión profunda en el derecho penal, como es, si estas libertades son consideradas como una causa de atipicidad de la conducta o como una causa de justificación penal.

Según lo señalado por la Defensoría del Pueblo del Perú, existen *“dos posiciones que se plantea en la doctrina; la primera postura, considera que la conducta debe ser considerada como el ejercicio legítimo de un derecho –la libertad de expresión y de información-; la segunda postura, lo entiende como causa de justificación y que en el caso peruano se encuentra expresamente*

*reconocida como tal en el inciso 8) del artículo 20° del Código Penal” (Informe Defensorial N° 48, p 28 y 29, citando a Binachi y Gullco).*

A continuación, nos centraremos en establecer los insumos y las notas elementales para el desarrollo de esta problemática, atendiendo a que el ejercicio de la libertad de expresión e información se presenta en el marco de la teoría del delito, como verdaderas causas de atipicidad de la conducta en relación al delito de difamación por medio de comunicación social.

## **7.2. Aspectos generales de la libertad de expresión e información como supuestos de ejercicio legítimo de un derecho en un derecho penal en el marco de un Estado Social de Derecho.**

El sistema penal peruano, concretamente, el Derecho penal peruano se adscribe al modelo político constitucional de un Estados Democráticos de Derecho, por ende, tiende a ser un sistema penal de intervención mínima, sustentado en el principio de autorresponsabilidad del ciudadano y como gestor de un amplio ámbito de libertad para el mismo ciudadano (Polaino, 2005, p 34).

Esto es, podemos afirmar que las garantías y derecho fundamentales de los ciudadanos deben ser protegidos no sólo por el derecho penal; sino también del derecho penal; cuya proclama es de índole liberal, es decir, la un derecho penal racional y justo y sobre todo, protector de libertades.

Entonces, un derecho penal que proteja la libertad debe operar con una equilibrada síntesis entre las posiciones de la víctima y del reo, entre la defensa social y la libertad individual, ejerza la función de instrumento de libertad y para el desarrollo de la persona misma (*bienes-medio*) y limite

la libertad, pero dentro del marco garantista de co-esenciales principios garantistas (Montovani 2015, p. 17).

Asimismo, la función de criminalizar y reprimir una conducta por parte del Estado, deberá responder a criterios que representen los intereses estructurales de una sociedad organizada y atendiendo a los valores sociales, políticos y éticos de un Estado social de Derecho.

Es en esta tarea, que el derecho penal impone protección penal al bien jurídico penal, denominado honor de la persona, reprimiendo conductas que les afectan, como lo es, entre ello, la difamación por medio de comunicación social. Empero, frente a esta vocación protectora del honor, también existen otras libertades como la de expresión e información que se erigen como elementos dinámicos en el ejercicio de la libertad de los ciudadanos; es por ello, con razón que se señala que el derecho al honor, en el delito de difamación especialmente, tiene que ser confrontado con la libertad de expresión e información, para solo atendiendo a un balance jurídico, establecer una solución adecuada al caso.

En efecto, la exigencia de una ponderación entre honor y libertad de expresión e información, pasa necesariamente, por reconocer en el ámbito constitucional, éstas libertades como indispensables para una sociedades con vocación democráticas y pluralista. Asimismo, desde un plano más individual, la vía de promoción del desarrollo integral de las personas viene por la defensa de los derechos fundamentales de la libertad de expresión y la de información (Fuentes, 2011, p. 548). Es en el valor general para la sociedad y no necesariamente particular; a la que

pertenece la libertad de expresión e información; por ende, su aplicación es en el ámbito general de libertad en donde ejercen los ciudadanos estas libertades.

Por lo tanto, la libertad de expresión e información son manifestaciones de un ejercicio legítimo de un derecho, de todos lo que conforman una sociedad democrática, por lo que ello constituye, en este sentido, una causa de atipicidad de la conducta en referencia al delito de difamación cometido por medio de comunicación social, a razón que los sujetos que actúan bajo este regular ejercicio no realizan una conducta prohibida penalmente, pues actúan en el ejercicio de su libertad de expresión e información.

En definitiva, estaremos frente a una conducta atípica cuando en el delito de difamación por medio de comunicación social, las frases denotadas por el sujeto activo como supuestamente difamatorias en contra del sujeto pasivo, se mantengan en los estándares de la libertad de expresión e información con las cuentan los ciudadanos, como derechos reconocidos específicamente como tales por la Carta Política del Estado.

### **7.3. La libertad de expresión e información como ejercicio legítimo de un derecho y consecuentemente, como causa de atipicidad del delito de difamación cometido por medios de comunicación social.**

En materia penal, el proceso de tipificación que realiza el legislador penal lo hace recurriendo a los elementos objetivos, descriptivos, normativos y subjetivos que le dispensa la dogmática penal. Los elementos objetivos están referidos a aspectos generales de la acción típica. Los

descriptivos son aquellos que pueden ser aprehendidos o comprendidos por el sentido, su aprehensión o comprensión no reviste mayores problemas. Los elementos normativos son aquellos que sólo pueden ser aprehendido o comprendidos mediante un proceso intelecto o valorativo. Los subjetivos guardan relación con una disposición o tendencia del sujeto como el *ánimo de lucro*, el dolo, la audiencia de uno de estos elementos en la realización típica significa a la atipicidad de la conducta. La conducta concreta no puede ser atribuida al tipo penal (Bustos, 2004, p. 644)

En los casos que no concurra un elemento del tipo penal en concreto, entonces, se presentará la figura de la atipicidad penal. La atipicidad de la conducta surge a partir de criterios de no atribución, argumentos que permiten sostener que un hecho concreto no se corresponde con lo previsto en el tipo penal (Bustos, 2004, p. 544).

En los delitos de difamación por medio de comunicación social, la **conducta típica** consiste en la de realizar ofensas por parte del sujeto activo en contra del sujeto pasivo, difundiéndolas por algún medio de comunicación social, que haga posible que se conozca la noticia o se propale la información; no existirá ofensa al honor del sujeto pasivo cuando el sujeto activo emita un juicio de valor que cuente con un interés general o un hecho noticioso y que sea veraz, todo ello, como ejercicio legítimo del derecho de expresión e información.

**7.3.1. Exigencias materiales que la libertad de expresión e información sean válidamente consideradas como ejercicio legítimo de un derecho que excluye la atipicidad de la conducta del delito de difamación por medio social.**

La relevancia institucional y objetiva de la libertad de expresión y también, por extensión la libertad de información, se tiene que se encuentra vinculada al hecho que constituye un elemento esencial de todo sistema democrático; la libertad de expresión es el principal medio a través del cual se forma una opinión pública libre, sustentada en el pluralismo de ideas, opiniones y transmisión de hechos (Informe Defensorial N° 48, p 23).

No obstante, la **libertad de expresión** para ser considerada como un ejercicio legítimo de un derecho y así no afectar el derecho al honor de una persona, debe cumplir con una doble exigencia, esto es, debe siempre recaer sobre asuntos de interés público y no se ejercite utilizando términos injuriosos o vejatorios en contra de la persona (De Verda, 2015, p. 403)

Por su parte, la **libertad de información**, desde luego, para constituir un ejercicio legítimo de un derecho y no lesionar el bien jurídico honor, se supedita a la concurrencia de ciertos requisitos, esto es, que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia o interés público. Es de importancia general atendiendo a la materia a que se refieren y a las personas que en ellos intervienen (De Verda, 2015, p. 392).

Entonces, conviene evaluar los criterios o condiciones que se deben tenerse en cuenta para que opere la doctrina de la posición preferente ante el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a efectos de analizar la eventual responsabilidad penal. Ello implica distinguir aquellos supuestos en los que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor se origina por la difusión de opiniones, de aquellos en los que el conflicto tiene lugar como consecuencia de la difusión de hechos (Informe Defensorial N° 48, p 25)

Según, Núñez Martínez (2008, p 304), haciendo un análisis del Tribunal Constitucional Español, señala que se diferencia entre la libertad de expresión y de información: *mientras la primera, tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, en un concepto amplio, el derecho de información versa, en cambio, sobre hechos; es decir, lo que se transmite. Esta diferencia resulta de capital importancia, porque uno y otra comporta regímenes distintos en su relación con otros derechos con los que, en su caso, puedan entrar en colisión.*

En definitiva, en los casos que exista colisión entre derechos al honor y la libertad de expresión e información, y si se comprueba, que tanto la libertad de expresión e información cumplen con las exigencias objetivas y materiales mencionadas en el análisis del presente trabajo, entonces, la conducta imputada como supuestamente difamatoria no lo será sobre la base de la consideración de que prevaleció en el caso concreto, el derecho fundamental de la libertad de expresión e información, la misma que se presenta como una causa de atipicidad de la conducta.

## **CAPITULO VIII: CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE CONSIDERAR A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN COMO CAUSA QUE EXCLUYEN LA TIPCIDAD DE LA CONDUCTA DE DIFAMACIÓN REALIZADOS POR MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL.**

### **8.1. La validez jurídico-dogmática de considerar a la libertad de expresión e información como causa de atipicidad del delito de difamación por medio de comunicación social**

Considerar a la libertad de expresión e información como causa que excluyen la tipicidad de la conducta del delito de difamación realizados por medios de comunicación social es correcto desde el plano jurídico dogmático.

Se entiende por dogmática penal, al estudio concreto de las normas penales, esto como instrumento conceptual, que nos permite desmenuzar y entender de manera coherente la norma penal, dado que como tal, se trata de un método de investigación jurídica que centra su estudio en las normas, observándolas desde un punto de vista abstracto general y sistemático (Bramont-Arias Torres, 2008, p. 54).

Tal es así, que mientras el derecho penal (*conjuntos de normas penales*) es el objeto de conocimientos de las ciencias penales; la dogmática penal, es la propia actividad científica encaminada al conocimiento sistemático de ese objeto, este estudio dogmático consiste en la exegesis, el análisis, la síntesis, la sistematización, la interpretación, la crítica de la norma jurídico penal (Polaino, 2005, p 14).

Por lo tanto, concordamos con Polaino (2005), que la dogmática penal presenta un doble aspecto o faceta: *En primer lugar*, la dogmática es un haz de conceptos doctrinarios propuestos o inferidos, o sea, es el resultado de una elaboración conceptual, sistemática, realizado por los juristas, que tiene como objeto de conocimiento del derecho positivo que se tiene mediante el empleo de procedimiento lógico-abstracto. y; *en segundo lugar*, la dogmática se configura como un método científico de investigación propia del jurista, en el área del conocimiento jurídico penal, en orden a la configuración de un sistema penal.

Por ello, desde un plano de corrección jurídico-dogmático, se sostiene que el ejercicio legítimo del derecho de expresión e información constituye una causa de atipicidad penal del delito de difamación a través de los medios de comunicación social, en tanto que los ciudadanos que actúan

bajo este regular ejercicio; siempre que concurren los elementos de validez que se exige para un ejercicio válido, no realizarían una conducta prohibida penalmente.

Ahora bien, por qué razón, el ejercicio válido de la libertad de expresión e información constituye una causa de atipicidad de la conducta, esto es, porque la libertad de expresión e información, se tratan de libertades generales y no la autorización mediante norma de poder ejercer este derecho; por ende, al ser un derecho general de las sociedades democráticas, su aparición en los casos de conflicto con el derecho al honor, se constituye en un derecho preferente, que deberá desplegar su operatividad a nivel de la tipicidad objetiva haciendo desaparecer cualquier indicativo de la aparición de una supuesta conducta típica del delito de difamación a través de medios de comunicación.

Es decir, no podría sostenerse desde la perspectiva dogmática jurídico penal que una conducta será penalmente típica, si ésta en todo momento se mantiene en el marco de los derechos y libertades de los ciudadanos, dentro de lo legalmente permitido, por lo que no puede ser recién aplicable como una causa de justificación de la conducta y no como atipicidad de la misma.

## **8.2. Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad civil: Ausencia de la ilicitud como uno de los presupuestos de la responsabilidad civil.**

Está plenamente asentada, en el derecho penal peruano, que la comisión de un delito no sólo se deriva una responsabilidad penal sino también una de carácter civil consistente en la

reparación del daño (art 92 del CP). Tanto la responsabilidad penal y la responsabilidad civil comparten el elemento de la *antijuridicidad* (Bustos, 2004, p 751)

En efecto, la responsabilidad civil se rige por el principio del daño causado, como límite para evitar el abuso del derecho y la arbitrariedad, de ahí que resulte lógico que la reparación por el daño tenga un carácter privado, pues radica directamente en la *libertad de disponer y ejercer su derecho* (Bustos, 2004, p. 751).

Ahora bien, el tema discutible en relación a la reparación civil y la de establecer como causa de atipicidad de la conducta del delito de difamación a través de medios de comunicación, el ejercicio legítimo de un derecho a la libertad de expresión e información, está en la necesidad de determinar, si aun tratándose como una causa de atipicidad el ejercicio de estas libertades es generadora de una responsabilidad civil o no.

En primer momento, se tiene que el art 91° del CP, señala que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena. Para Del Rio Labarthe (2010, p. 222), “es un entendimiento erróneo de esta cuestión, que la resolución de la cuestión civil se vincule a la emisión de una sentencia condenatoria (*accesoriedad restringida*)”. Esto es, que la generación y aplicación de la responsabilidad civil no debe estar vinculada al tema de que exista previamente una sentencia condenatoria.

En cambio, por otra parte, se tiene que la acción civil no es accesoria de la responsabilidad penal, según el art 12°.3 del Código Procesal Penal, la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando procesada.

Este dispositivo procesal penal, permite una simple acumulación de pretensiones cuyo fundamento radica en la economía procesal, en donde la acumulación de la acción civil al proceso

penal responde, sencillamente, a un supuesto de acumulación heterogénea de pretensiones, con fines procesales estrictos. Esta tendencia encuentra un beneficio en el hecho de que, con el menor desgaste posible de jurisdicción, se pueda reprimir el daño público causado por el delito y reparar el daño privado ocasionado por el mismo hecho (Del Rio Labarthe, 2010, p. 223).

Sobre la base de lo indicado, es importante mencionar a este nivel, si, una conducta imputada a la que se le aplica una causal de atipicidad penal genera o no, una responsabilidad de índole civil.

Así, la Corte Suprema peruana, mediante la **Casación** N°: 164-2011-La Libertad; de fecha 14 de agosto de 2012, ha establecido algunas cuestiones específicas para la cuestión planteada, a saber:

*“Si la sentencia es absolutoria, se ordenará, la restitución de los pagos efectuados por concepto de reparación civil y de multa. Esto, implica que la responsabilidad penal derivada del delito, no exige que el daño causado por este, tenga una relevancia penalmente a nivel de tipicidad, es decir “no es necesario que el resultado dañoso constituya un elemento del delito por el que se condena” o “no tiene por qué ser coincidente con el resultado típico del delito”. Caso distinto es la Legitimidad de un Juez Penal para imponer una reparación civil, aquí se exigirá que se acredite no sólo el hecho, como lo afirma la doctrina mayoritaria, sino, tal como discrepa y sostiene autorizadamente, el Prof. García Cavero, “no basta la sola exigencia de un hecho dañoso sin que sea necesario siquiera un juicio de tipicidad para determinar la reparación civil, este juicio de tipicidad no tiene que abarcar su vertiente subjetiva, por lo que bastará con que el juez determine respecto del **hecho su tipicidad objetiva** y la ausencia de una justificación objetiva”, agrega éste autor: “dado que un presupuesto del daño civilmente*

*indemnizable es su causación por un acto ilícito, esa ilicitud solamente puede ser la que corresponde determinar al juez Penal, es decir, la tipicidad objetiva de la conducta”, precisando, “que no se pretende negar que pueda existir un ilícito civil que no sea penalmente relevante, sino que, en estos casos, no hay legitimidad del juez penal para entrar a determinar la responsabilidad civil”. [García Cavero, Percy, Derecho Penal Parte General, Segunda edición, marzo dos mil doce, página novecientos cincuenta y cuatro y novecientos cincuenta y cinco]”.*

Es ilustrativo lo que señala la Corte Suprema peruana, respecto a nuestro tema planteado, esto es, no es necesario que la conducta realice todo los elementos del delito para que sea originadora de una responsabilidad civil, sino lo que señalado es que sólo basta que la conducta imputada sea típica al menos en su vertiente objetiva de la fórmula legal en concreto.

Entonces, en el entendido que el ejercicio legítimo del derecho de la libertad de expresión o de información constituye una causa de atipicidad objetiva del delito de difamación por medio de comunicación social, en una interpretación de acuerdo a la Corte Suprema, no será posible la generación la responsabilidad civil en el que caso que exista una divulgación de una noticia, si esta se realizó bajo los parámetros exigidos por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión o de información; por lo tanto, no se genera responsabilidad civil alguno en los casos que haya ejercido válidamente estas libertades.



## **CONCLUSIONES:**

1. El sistema penal acorde a un Estados Constitucionales de Derecho, tiende a garantizar una intervención mínima en la libertad de las personas. En este sentido, el derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos y la moralidad o la pureza de un régimen estatal. Asimismo, será capaz de excluir de la relevancia jurídico penal aquellas conductas que carezcan de potencialidad causal para lesionar bienes jurídicos.
2. El honor de la persona humana debe ser entendida desde una perspectiva social. En tanto que la libertad de expresión e información constituyen verdaderos fundamentos para el orden democrático de una sociedad en donde se privilegia la pluralidad y participación de la ciudadanía, por la cual, tiene una posición preferente y es objeto de especial protección en los Estados Constitucionalizados, como lo es el Estado peruano.
3. En los casos de conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión, es prima facie, preferente esta última, siempre que recaiga sobre asuntos de interés público y no se ejercite mediante el empleo de términos injuriosos o vejatorios dirigidos contra las personas.
4. También, existe una prevalencia de la protección a la libertad de información frente al derecho al honor, siempre y cuando cumpla con dos requisitos: la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia o interés público.
5. El ejercicio legítimo del derecho de la libertad de expresión e información constituye una causa de atipicidad penal del delito de difamación producidos por medios de comunicación

social; dado que los sujetos que actúan bajo este regular ejercicio, no realizan una conducta prohibida penalmente, dado que se trata de derechos generales de la sociedad democrática y no así normas permisivas que autoricen la realización de una conducta típica.

6. No pueden ser penalmente típicas aquellas libertades como lo es la de expresión e información, que se materializan en el marco de los derechos y libertades de los ciudadanos en general, esto es como el ejercicio normal, reconocido por la Constitución Política del Estado.
7. Así, sí en los delitos de difamación cometido por medio de comunicación social la conducta típica consiste en la de realizar ofensas por parte del sujeto activo en contra del sujeto pasivo, difundiendo por algún medio de comunicación social, que haga posible que se conozca la noticia o se propale la información; no existirá ofensa al honor cuando se emita un juicio de valor de interés general en el campo de un ejercicio legítimo de un derecho (inc 8, art 20° del CP).
8. Considerar a la libertad de expresión e información como causas que excluyen la tipicidad de la conducta del delito de difamación cometidos por medios de comunicación social es correcta desde el plano jurídico-dogmático.
9. Asimismo, entender al ejercicio legítimo de un derecho, como son la libertad de expresión e información, como causas de atipicidad objetiva del tipo pena del delito de difamación

cometido por medio de comunicación social no genera una responsabilidad civil, esto es, un daño reparable.

## **RECOMENDACIONES:**

1. Lo operadores del derecho, especialmente los jueces penales de toda las instancias judiciales, en los casos penales en los delitos de difamación agravada a través de medios de comunicación social, en donde el sujeto activo ha ejercido correctamente la libertad de expresión e información, éstas deben ser consideradas como causales de atipicidad de la conducta y no como causas de justificación.
2. Los jueces de la Corte Suprema del Perú, deben elaborar un Acuerdo Plenarios en materia penal, en donde se establezca como criterio de interpretación que en los delitos de difamación agravada cometidos a través de medios de comunicación social, en aquellos casos en donde el sujeto activo haya ejercido correctamente la libertad de expresión e información, estas libertades deben operar como causales de atipicidad de la conducta.
3. Las posteriores investigaciones respecto a la naturaleza jurídica penal de la libertad de expresión e información y también, respecto a su operatividad en el marco en la teoría del delito contra el honor, específicamente, en la modalidad de difamación agravada cometido por medios de comunicación social, son verdaderas causas de atipicidad, por ser estas libertades consideradas como un riesgo permitido socialmente.

## FUENTES DE LA INFORMACIÓN

- Alegre Martínez, M (1997). El derecho a la propia imagen, Madrid. España, Editorial Tecnos.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de E. Garzón V., Colección El Derecho y la Justicia, 34, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. (1999). El derecho al honor de las personas jurídicas y sus posibles colisiones con el derecho de información, en: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, España, Número 1.
- Atienza, J. & García Amado, J. (2016). Un debate sobre la ponderación. Lima-Bogotá, Palestra/Temis.
- BACA CABRERA, ROJAS VARGAS & NEIRA HUAMÁN (1999). Jurisprudencia penal. Ejecutorias de la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, Lima, T. III, Gaceta Jurídica.
- Berdugo Gómez de la Torre, I (1985). Honor y libertad de expresión, en Libro Homenaje a Hilde Kaufmann, Buenos Aires, Editorial Depalma.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación, en DOXA, número 26.
- Bramont Arias, L & Bramont Arias-Torres. L (1997). Código penal anotado. Segunda Edición Editorial Lima, San Marcos.

- Bramont-Arias Torres, L. (2008). Manual de derecho penal. Parte general. Cuarta Edición, Lima, Editorial Eddili.
- Burga Coronel, A (2012). El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano, en Gaceta Constitucional, Doctrina Constitucional, Lima, número 47.
- Bustos Ramírez, J (2004). Derecho penal. Parte general. Obras completas. Tomo I, Lima, Editorial ARA.
- Castillo Córdova, L (2005). ¿Existe los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, en. Repositorio Institucional de la Universidad de Piura, Perú, disponible: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1911/Existen\\_los\\_llamados\\_conflictos.pdf;sequence=3](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1911/Existen_los_llamados_conflictos.pdf;sequence=3)
- Castiñeira Palou, M (2006). Delitos contra el Honor **en** Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Dir. Silva Sánchez, España, Editorial Atelier
- Defensoría del Pueblo del Perú. Situación de la libertad de expresión en el Perú, Setiembre de 1996 a Setiembre de 2000. Informe Defensorial N° 48. Disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_48.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf)
- Del Rio Labarthe, G (2010). La acción civil en el nuevo proceso penal, en Revista PUCP-Derecho, Lima, número 65.

- De Verda y Beamonte, J. (2015). Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límite del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los tribunales?, en *Derecho Privado y Constitución*, España, número 29.
- Donna, E. (2008). *Derecho penal. Parte Especial. Tomo I, Tercera Edición*, Argentina, Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Fuentes Orellana, M. (2011). El derecho a la honra como límite a la libertad de información hasta el momento de la acusación penal, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Volumen XXXVII.
- Huerta Guerrero, L (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio, en *Pensamiento Constitucional*, Año XIV, Lima, número 14.
- Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte general. Cuarta edición*. Trad. José Luís Manzanares Samaniego. Granada. Editorial Comares.
- Lorenzo, E (2002). *Delitos contra el honor*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch
- Lombana Villalba, J. (2007). *Injuria, calumnia y medios de comunicación. Segunda Edición*, Bogotá, Editorial DIKÉ.

- Maurach, R. & Zipf, H. Derecho penal. Parte general, Tomo I, Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- Montovani, F. (2015). Los principios del derecho penal. Lima. Editorial legales Ediciones.
- Muñoz Conde, F. Derecho Penal, Parte Especial, Décimo tercera Edición, Valencia, Tirant lo Blanch. 2001.
- Núñez Martínez, M (2008). El Tribunal Constitucional y las libertades del artículo 20º de la Constitución Española, en Revistas de Derecho UNED, Madrid, número 3.
- Ollero Tassara, A. (1998). La ponderación delimitadora de los derechos humanos: Libertad de información e intimidad personal, en Sesiones de Trabajo de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada. Conmemoración del 50 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/ar>.
- Peces-Barba, G. (1999). Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Universidad Carlos-III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
- Polaino Navarrete, M (2005). Instituciones derecho penal. Parte general. Lima. Grijley.

- ROJAS VARGAS, F. (1999). Jurisprudencia penal. Ejecutorias supremas, Tomo I, Lima. Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Madrid. Civitas.
- Ruiz Muguel, A. (1983). Sobre el concepto de libertad, en Anuario de Derecho Humanos, Madrid, Número 2.
- Sánchez González, S. (1992). La libertad de expresión, Madrid, España, Marcial Pons.
- Salinas Siccha, R. (2013). Derecho penal. Parte Especial, Quinta Edición. Lima. Grijley.
- Velásquez Velásquez, F. (2014). Manual de Derecho Penal. Parte General, Bogotá. Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Villa Stein, J. (2008) Derecho penal, Parte general. Tercera Edición, Lima. Editorial Grijley.
- Villavicencio Terrero, F. (2014). Derecho penal. Parte Especial, Volumen 1, Lima. Grijley.