

§ 10 DELITOS CONTRA EL HONOR

I

Delitos contra el honor

“Salvo en aisladas etapas, el Perú gozó la fama de tener el periodismo más soez en el continente durante el siglo pasado. El país vivió entre el libertinaje y el amordazamiento de la imprenta.

Apenas venidos a la vida independiente (escribió Piérola en la declaración de principios del partido demócrata) explotando la tolerancia del carácter nacional y las complicidades de una ley incalificable, vigente hasta hoy y conforme a la cual bastan dos votos sobre siete para absolver al calumniante, establecióse aquí, con el título de periódicos, hojas diarias impresas que fundaban su existencia y provechos únicamente en el ataque a la honra ajena, descendiendo hasta las intimidades de la vida privada y sin que nada fuese respetado; defendiéndose, como se defiende aún, encarnizadamente, con el augusto nombre de libertad de imprenta; la ley no tuvo pena alguna para delito tan feo; el rarísimo hombre público que acudió a ella en desagravio de la justicia y de la sociedad herida de muerte, no cosechó sino burla de los jueces y la conmiseración de los que le veían apelar a medio tan inútil; y un pueblo nuevo, de temperamento imaginativo, impresionable y apasionado, educándose sin interrupción en esa escuela abominable, perdió la repulsión natural y, antes bien, se aficionó a beber diariamente ese fermento envenenado de falsedades y pasiones viles [...] La difamación y la impostura se han hecho un vicio arraigado y común. Nuestro pueblo no tiene tendencia al asesinato; siente horror instintivo por él. No acontece lo mismo con la reputación; se ha habituado a lastimarla fácilmente” (Basadre, t. I, p. 75).

Sumario: 1. Introducción. a. Evolución legislativa. a) Constituciones. b) Convenciones internacionales. c) Legislación penal. d) Legislación sobre la prensa. b. Honor y libertad de expresión. c. Bien jurídico. a) Teoría efectiva del honor (*faktische Theorie*). b) Teoría normativa del honor. c) Criterio social. d) Criterio ético o personal. e) Criterio mixto. d. Titulares del derecho al honor. a) Persona física. b) Niños y enfermos mentales. c) Muertos y ausentes. d) Personas jurídicas. e) Colectividades sin personalidad jurídica. f) Autoridades. g) Familia - Ataques colectivos contra el honor. e. Clases de ataques contra el honor. f. Sistema legislativo. 2. Difamación. a. Tipo legal objetivo. a) Autor. b) Víctima. c) Comportamiento delictuoso. d) Medios. e) Hechos contrarios al honor. f) Consumación. b. Tipo legal subjetivo. c. Ilícitud. d. Prueba liberatoria. a) Introducción. b) Inadmisibilidad de la prueba liberatoria. c) Admisión de la prueba liberatoria. d) Ejercicio de la prueba liberatoria. e) Efecto de la prueba liberatoria. 3. Bibliografía sucinta.

1. Introducción

a. Evolución legislativa

La protección del honor mediante el derecho penal es y ha sido una cuestión bastante debatida. Esto se debe a los conflictos que se presentan respecto, en particular, a las libertades de expresión, de información, de comunicación. Otro factor decisivo es la índole claramente perjudicial que los ataques contra el honor tienen en relación con la persona misma de la víctima y de sus diversos intereses.

Esta problemática se refleja muy bien en la manera como sus presupuestos, manifestaciones y consecuencias han sido reguladas por el ordenamiento jurídico. La Constitución y los Convenios internacionales sobre derechos humanos y libertades fundamentales constituyen el marco en el que se deben interpretar y aplicar las disposiciones penales protectoras del honor de las personas. Este mismo marco condiciona el modo en que deben definirse en la ley los delitos contra el honor, fijar las penas, estatuir las circunstancias excusantes, regular la prueba liberatoria y decidir si la acción es pública o privada. Además la situación político-social, la concepción penal y la político-criminal imperantes juegan un papel decisivo.

a) *Constituciones*

En la Constitución de 1933 no existía referencia expresa al derecho al honor. A pesar de ello, se puede estimar que se le consideraba de manera implícita

en el artículo 63, dedicado a garantizar la libertad de prensa, en la medida en que se limitaba el derecho de emitir libremente ideas y opiniones por medio de la imprenta o de cualquier otro medio de difusión. Este derecho debía ejercerse, “bajo la responsabilidad que establece la ley”. Por ejemplo, en las disposiciones represoras de los delitos contra el honor.

Se indicaba como responsables “al autor y al editor de la publicación punible”. A los que se les obligaba, además, a responder solidariamente “de la indemnización que corresponda a la persona damnificada”.

En el artículo 64, se estipulaba que los tribunales ordinarios conozcan en los delitos de imprenta.

El reconocimiento expreso de diversos derechos fundamentales tuvo lugar en la Constitución de 1979. En el artículo 1, inciso 4, se estatuyó, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a las “libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización, censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley”. Esta última parte recuerda lo dicho en el artículo 63 de la Constitución de 1933. En segundo lugar, que los “delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”. De esta manera, se declaraba expresamente lo que de modo implícito figuraba en la Constitución precedente. En tercer lugar, creaba una figura delictiva directamente referida a la protección de la prensa y que necesitaba ser establecida en una ley particular. Así, se calificaba de delito “toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente”. Por último, se completaba la garantía fijada al inicio del inciso 4, fijando que los “derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

En el inciso 5 del artículo 1, se estatuyó que toda persona tiene derecho al “honor y la buena reputación a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Al mismo tiempo, se establecía el derecho de rectificación respecto a publicaciones hechas en cualquier medio de comunicación social. Se reconocía como titular de este derecho a toda “persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en su honor mediante esas publicaciones”. Además, se estipulaba la gratuidad de la rectificación y no se excluía “la responsabilidad de ley”, por ejemplo, penal o civil.

En la Constitución de 1993, artículo 2, inciso 4, se reproduce el artículo 1, inciso 4, de la Constitución de 1979. Lo mismo se hace en el artículo 2, inciso

7, con texto del artículo 1, inciso 5, de la Constitución precedente, salvo que, por un lado, se agrega el derecho a la voz, junto al de la imagen y, por otro, se precisa, además de la gratuidad de la rectificación, que esta debe ser “inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Por último, hay que destacar que, en el inciso 3 del artículo 2, al tratar del derecho a “la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada”, se establece que no “hay persecución por razón de ideas o creencias” y tampoco “delito de opinión”.

b) Convenciones internacionales

Esta regulación constitucional es reforzada por la suscripción de las convenciones internacionales relativas a los derechos humanos. Señalemos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ y la Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José)².

En el primero, se menciona la honra y reputación cuando, junto a la vida privada, la familia, domicilio y correspondencia, se declara, en el artículo 17, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales y que todos tienen derecho a ser protegidos por la ley contra dichos ataques e injerencias.

El derecho a la libertad de expresión es tratado en el artículo 19, inciso 2, por un lado, estableciéndose que nadie deberá “ser molestado a causa de sus opiniones” y, por otro, reconociéndose que toda persona tiene derecho a esa libertad y que esta comprende “la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. En el inciso siguiente, partiendo de la constatación que este derecho implica “deberes y responsabilidades especiales”, se afirma que puede ser objeto de ciertas restricciones, “que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley”. Estas limitaciones son consideradas en la medida en que son necesarias para, en primer lugar, asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y, en segundo lugar, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

1 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. Versión en línea: <http://bit.ly/1ENb3V0>.

2 San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Versión en línea: <http://bit.ly/1g6YYsT>.

El Pacto de San José, con algunas variaciones, sigue la misma orientación. Así, en el artículo 11, inciso 1, se dice que toda persona “tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Estas expresiones contienen las mismas ideas de honra y reputación utilizadas en el Pacto Internacional sobre derechos civiles. Lo que es confirmado en el inciso 2 del mismo artículo, en el que se reproduce en cierta forma el artículo 17 de este último, en el que se hace referencia a ataques ilegales a la “honra o reputación”.

En lugar de libertad de expresión, en el artículo 13 del Pacto de San José, se habla de libertad de pensamiento y de expresión, lo que hace posible suprimir la referencia a la opinión. Libertad que es definida en los mismos términos que en el Pacto Internacional. De manera más directa en el inciso 2 de esta disposición, se establece que “el ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley”. Los fines de estas limitaciones indispensables son los mismos que los señalados en el Pacto Internacional.

El derecho de rectificación o respuesta es considerado de manera amplia en el artículo 14. Es considerado como titular toda persona “afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general”. La rectificación debe efectuarse por el mismo órgano y conforme a las condiciones que establezca la ley. El responsable de la emisión de las informaciones ofensivas no será eximido de “las otras responsabilidades legales” por la publicación de la respuesta. Por último, se dispone que, para “la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”.

Las restricciones admitidas respecto al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y de información, expresadas, en términos similares merecen ser criticadas por su vaguedad, debido a los excesos y manipulaciones que pueden producirse en su aplicación. Por esto no llama la atención que fórmulas semejantes sean empleadas en textos legales de corte autoritario. Así, por ejemplo, en el D. Ley N.º 18075, llamado Estatuto de la Libertad de Prensa, se hace referencia, por ejemplo, a que ese derecho de expresarse libremente debía ejercerse en concordancia con “la verdad y la moral, las exigencias de la Seguridad Integral del Estado y la Defensa Nacional, así como la salvaguarda de la intimidad y del honor personal y familiar”.

A título de información y como referencia a cierta nueva orientación, que sin descuidar la protección tradicional del honor individual desarrolla una pers-

pectiva más orientada al tratamiento de las personas en las relaciones interpersonales, resulta conveniente presentar brevemente el caso europeo.

El artículo 10 de la CEDH garantiza la libertad de expresión, comprendida la libertad de información, como uno de los fundamentos esenciales del sistema democrático. Esta libertad debe ser, según la doctrina y la jurisprudencia de la Corte europea de derechos humanos, ejercida respetando los derechos de terceros y el interés de la colectividad. Los límites son establecidos por la ley y, en particular, por el Código Penal, el cual, mediante las disposiciones relativas a los delitos contra el honor, se dirige a proteger de manera eficaz las personas; sin embargo, por su severidad y aplicación amplia, pueden tener un efecto disuasivo sobre los individuos, en especial, sobre los periodistas y, así, restringir la libre discusión y difusión tanto de las ideas como de las informaciones.

Teniendo en cuenta esta realidad, la Corte Europea de Derechos Humanos, en una jurisprudencia uniforme y constante, ha fijado ciertas directivas para reforzar la garantía prevista en el artículo 10 CEDH y debilitar las consecuencias restrictivas de la legislación referente a la represión de los delitos contra el honor en relación con las libertades de expresión y de información.

En esta perspectiva, la política de los órganos de la Unión Europea se orientan hacia la abolición de las penas privativas de libertad en caso de difamación y contra el recurso inmoderado a las reparaciones civiles. Al mismo tiempo, teniendo en cuenta el peligro que implica el abuso de esas libertades, se considera indispensable incriminar la incitación pública a la violencia, al odio o a la discriminación, las amenazas contra personas o grupos de personas, en razón a su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, intrínsecamente destructores de los valores de pluralismo, tolerancia y apertura de espíritu promovidos por la CEDH y el Consejo de Europa. Finalmente, se promueve que las disposiciones relativas a los delitos contra el honor sean mejor redactadas para evitar su aplicación arbitraria, que mediante el derecho civil se proteja efectivamente la dignidad de las personas afectadas por la difamación y, por último, que sea abrogada toda protección privilegiada de las personalidades públicas.

c) Legislación penal

En el CP de 1924, bastante influenciado por el CP uruguayo, se prevenían tres delitos contra el honor: la difamación, la calumnia y la injuria. Se les distinguía desde diversos aspectos.

En cuanto al comportamiento reprimido, la difamación consistía en atribuir a una persona, ante varias personas, un hecho, una calidad o una conducta. El referente a la injuria era, primero, precisado diciendo que no debería tratarse del comportamiento calificado de difamación y, segundo, se le describía como el hecho de ofender o ultrajar a una persona, de cualquier manera. Así, la injuria era concebida como un delito de resultado, mientras que la difamación era considerada como delito de peligro, en la medida que el hecho, la calidad o conducta atribuida a la víctima debía ser capaz de perjudicar el honor o la reputación. Respecto al medio utilizado por el autor, en caso de difamación debía proceder de manera que pueda difundirse la noticia, o en documento público o por medio de impresos o publicaciones o prensa, o con escritos, caricaturas o en dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público. Respecto a la injuria, la ofensa o humillación debía hacerse con palabras o con gestos o por vías de hecho. A diferencia de la difamación, la injuria no requería publicidad, de donde se deduce que podía consistir en la atribución de un hecho a condición que las palabras no se expresaran ante varias personas y de modo que puedan difundirse. Por tanto, la difamación no podía ejecutarse si se trataba solo de juicios de apreciación o estima. Con referencia a la víctima, solo eran consideradas como objeto de injurias las personas naturales, por el contrario podían ser difamadas las personas jurídicas y corporaciones.

La calumnia era concebida de manera totalmente independiente, por cuanto, primero, si bien consistía en atribuir una conducta a un tercero, como en la difamación, debería tratarse de un hecho punible; segundo, no requería la presencia de varias personas y la posible difusión, sino que se realizara ante una autoridad (bastando una persona). Por lo que se trataba, en gran parte de un comportamiento que también ponía en peligro el funcionamiento de la administración de justicia. Además, los hechos atribuidos por el difamador podían ser verdaderos o falsos, mientras que en la calumnia siempre son falsos, pues el calumniador debía saber que la imputación no era verdadera o no debía existir motivo que permitiese creer prudentemente en ella.

En ninguna de las tres descripciones de los delitos contra el honor se preveía como elemento constitutivo la presencia o ausencia de la víctima. Este factor es considerado, en algunas legislaciones, para distinguir la difamación de la injuria. Respecto a esta última, se prevé la presencia de la víctima; en caso de difamación, esta debe estar ausente. No está de más recordar que, para subrayar la distinción de ambas figuras, en el CP de 1924, en el tipo legal de la injuria, se decía expresamente: “fuera de los casos de difamación”. No sucede lo mismo en el Código vigente, pero se deduce de los textos mismos de las disposiciones legales.

Las expresiones ofensivas proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos, informes o actuaciones producidos ante los jueces, solo excluían la represión penal en caso de injurias y no de difamación. Se les calificaba de faltas disciplinarias que debían ser corregidas de acuerdo con las leyes de procedimientos.

Respecto a ambos delitos (por su índole misma la calumnia no entraba en consideración), se excluye la prueba de la verdad o la notoriedad de los hechos. La exclusión era absoluta en relación con la injuria, pues los juicios de valor no son verdaderos ni falsos. Por el contrario, se admitían excepciones en cuanto a la difamación: que el ofendido fuese funcionario público, que por los hechos atribuidos hubiese proceso abierto, que el autor hubiese obrado por interés general o defensa propia y si la víctima exige que el proceso siga para probar la verdad o la falsedad de los hechos que le atribuye el autor. Pero, esta prueba no era admitida en ningún caso sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero y sobre cualquier imputación que se refiera a la vida conyugal, o la vida familiar, o a un delito contra las buenas costumbres que no pueda perseguirse por acción pública o cuya persecución dependa de instancia privada.

La posibilidad de eximir de pena, en caso de ofensas recíprocas, a ambas partes o a una de ellas era admitida únicamente para las injurias. Pero, en ambos delitos las formas encubiertas eran tratadas como manifiestas, si el acusado, en juicio, rehúsa a dar explicaciones satisfactorias.

La represión de los tres delitos contra el honor requería la iniciativa del agraviado (querrela). Sin embargo, las penas eran diferentes. La difamación y la injuria con pena de prisión o multa, con mayor severidad para la primera. La calumnia solo con pena de prisión.

En el CP de 1991, se mantienen las tres figuras delictivas; pero son reguladas en orden diferente. La injuria del tercer lugar pasa al primero y la difamación es colocada en su lugar. La calumnia, antes la última, es colocada entre las otras dos. Esto se debe quizás a que se considera a la injuria como la figura general, a la calumnia como una forma agravada por no ser más concebida como acusación o denuncia calumniosa sino como la atribución falsa de un hecho punible y así mismo a la difamación en razón de la circunstancia de la difusión de la noticia. Salvo la modificación de la definición de la calumnia, las descripciones de la injuria y de la difamación restan las mismas. Sin embargo, dos cambios son efectuados, el primero concierne la exclusión de las personas jurídicas y corporaciones como víctimas de difamación y, el segundo, la incorporación de dos circunstancias agravantes relativas también a este delito, consistentes, por un

lado, en la imputación de un hecho delictuoso falso y, por otro, a la comisión por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social (esta última por mandato de la Constitución de 1979).

A la excusante referida a obrar en defensa en el marco de un proceso, se agregan los casos, en primer lugar, de expresiones constituyendo críticas literarias, artísticas o científicas y, en segundo lugar, de apreciaciones o informaciones realizadas por un funcionario en ejercicio de sus obligaciones.

Se prevén, también casi en los mismos términos, las injurias recíprocas y la acción privada para reprimir los delitos contra el honor. Sin embargo, la regulación del caso de la víctima fallecida es menos claro, en la medida que las hipótesis del agravio cometido estando aún vivo el agraviado y del ataque a la memoria de este último solo se deducen de la expresión “podrá [la acción privada] ser promovida o continuada por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos”. Una novedad es la aplicación de esta regla a los casos de víctimas presuntamente muertas o declaradas judicialmente ausentes o desaparecidas.

La prueba liberatoria es regulada de manera más restringida porque solo se hace referencia a la veracidad de las imputaciones y no a la notoriedad de los hechos (prueba de la buena fe). Los casos de admisibilidad de la prueba son los mismos que los del CP de 1924, así como los de inadmisibilidad. Entre estos, la regulación de la exclusión respecto a hechos personales ha sido simplificada, al mencionarse, de manera general, la intimidación personal o familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual que requiere acción privada.

Las penas previstas en el CP de 1991 son diferentes y relativamente más severas respecto a la difamación. Para este delito se prevé pena privativa de libertad y multa, tanto para la figura simple como para las agravadas. La injuria es sancionada con pena de prestación de servicio comunitario o multa. La represión de la calumnia, debido al cambio de su índole, es fijada solo a la pena de multa.

La versión original del Código ha sido modificada en varias ocasiones, generalmente, en función de criterios autoritarios, sobre todo en relación con la libertad de prensa, aspecto que presentaremos al analizar los elementos del tipo legal.

d) Legislación sobre la prensa

En los considerandos del denominado Estatuto de la libertad de prensa (D. Ley N.º 18075), se invocaban las normas constitucionales referentes a la garantía de la libertad de prensa y a la libre emisión del pensamiento (sujetas a la

responsabilidad que establece la ley) (artículo 63). Se defendía la competencia de los tribunales ordinarios para conocer los delitos de imprenta (artículo 64). Así mismo, se argumentaba que era necesario expedir normas legales para adecuar la libertad de prensa “a las actuales aspiraciones de la comunidad europea”; que la prensa debe orientar la opinión pública con honestidad “para contribuir a formar una verdadera conciencia nacional”; que “es indispensable la dación de un Estatuto de Libertad de Prensa inspirado en la idea de lograr el cabal ejercicio de la libertad de la persona para la expresión de su pensamiento, en armonía con las exigencias del bien común, la paz y solidaridad sociales”. Además, se señalaba la comisión frecuente de difamaciones calumniosas “que no deben hacerse impunemente en nombre y al amparo de la libertad de prensa porque esta no puede ni debe ser empleada para atentar con la dignidad y el honor de las personas, así como contra el respeto que se debe al público lector”. De donde se concluía que era imperioso precisar el artículo 1 de la Ley N.º 1039, en cuanto se refiere a que el derecho a la emisión libre de las ideas y opiniones por medio de la prensa se ejerce “bajo la responsabilidad que establece la ley”.

Esta fraseología aparentemente dirigida a fomentar y proteger la libertad de expresión ocultaba la real orientación autoritaria del mencionado Estatuto. Lo que se revela ya en el hecho que seguía de cerca los criterios admitidos en la Ley N.º 9034, dictada durante el gobierno dictatorial de Oscar R. Benavides. En lo que respecta a los delitos contra el honor, merecen destacarse algunas disposiciones.

En el artículo 2, se disponía que la libertad de expresión “no tendrá más limitación que el respeto de la ley, la verdad y la moral, las exigencias de la Seguridad Integral del Estado y la Defensa Nacional, así como la salvaguarda de la intimidad y del honor personal y familiar”.

Como infracciones contra el ELP, figuraba en el artículo 26, inciso c, la difamación: hecho de “atribuir a una persona natural o jurídica, un hecho, una cualidad o una conducta que perjudique el honor o la reputación de la primera o de las personas que componen o representan a la segunda”. Se agravaba la pena cuando el perjudicado fuera una “autoridad, entidad pública o Institución Oficial”. Con ello se extendía el tipo básico al considerar como víctimas a las entidades colectivas; pero, incoherentemente, solo las de orden público.

No se preveía la *exceptio veritatis*, lo que llevaba a plantearse la cuestión de si debía aplicarse la correspondiente disposición del CP.

El D. Ley N.º 20680, denominado Estatuto de Prensa del Gobierno Revolucionario de las FFAA, por el que se expropiaron los periódicos y se estableció

un nuevo ELP, contenía en su parte introductiva la declaración siguiente sobre los fines de los periódicos: “[...]sin desmedro de las funciones generales que les son propias, contribuyan activamente, con el inmenso poder que su misma naturaleza les otorga, al esfuerzo de construcción de una sociedad libre y solidaria en que todo hombre y todos los hombres puedan realizarse”. En su artículo 1, se manifestaba que el “Estado reconoce, respeta y garantiza el derecho de los órganos de prensa a informar y opinar libremente”. Declaración que se explica, en el marco de la concepción de sus autores, porque se partía de la idea que los órganos periodísticos no debían estar en manos de grupos privados de poder (de allí la expropiación) ni en las del Estado (por lo que deberían ser entregados a “sectores organizados de la población”).

La libertad de publicar informaciones, expresar ideas y formular juicios o apreciaciones críticas, sin consulta previa ni censura, era limitada diciéndose que no se debían transgredir “los límites señalados por el respeto a la ley y a la moral en general, y especialmente a la verdad de los hechos y al honor e intimidad personales y familiares”. Los responsables de las trasgresiones debían ser sancionados por los tribunales ordinarios y con arreglo a las disposiciones del presente Estatuto”.

Entre los delitos, en el artículo 40, inciso c, se preveía la difamación, la cual era descrita, y se preveía la misma circunstancia agravante que en el artículo 26, inciso c, del D. Ley N.º 18075.

En el D. Ley N.º 22244, artículo 30, inciso c, se previó la difamación en los mismos términos que en el artículo 26, inciso c, del D. Ley N.º 18075, pero sin retomar la circunstancia agravante relativa a que el ofendido sea una “autoridad, entidad pública o Institución Oficial”. De modo que se dejaban de considerar a las entidades colectivas como víctimas de difamación.

En el D. Ley N.º 22339, del 14 de noviembre de 1968, al afirmar que “es necesario velar y cautelar la integridad y prestigio de los Institutos de las Fuerza Armada y Fuerzas Policiales”, se modifica el CJM, artículo 101, previendo la represión con pena de prisión a los que “cometen delito de ultraje contra los Institutos Armados y Policiales, sus Organismos Conjuntos, sus Comandos o sus representantes, quienes de cualquier manera o por cualquier medio los ofenden o injurien públicamente”. Además, en el artículo 103, se dispuso que los responsables “serán perseguibles en el Fuero Penal Militar sea el infractor militar o civil, no procediendo en ningún caso libertad provisional [...]”.

Por el D. Ley N.º 22633, se modificó el artículo 187 y se dispuso que los responsables sean reprimidos por los jueces ordinarios. La descripción de la di-

famación fue modificada en el sentido de que la noticia ofensiva debe hacerse ante varias personas y de modo que pueda difundirse “por medio de impresos o publicaciones o prensa, o con escritos, caricaturas o dibujos de cualquier género, divulgados o expuestos al público”. Además, se indicó como víctimas a las personas naturales o jurídicas o corporaciones. En cuanto al contenido de la declaración difamatoria se establecía que debía atribuirse un hecho, una cualidad o una conducta “que pueda perjudicar el honor o la reputación de ellas o de las personas que los componen o representan”.

Todo otro hecho de ofender o ultrajar a las mismas víctimas era considerado como injuria. La represión era más severa si se trataba de autoridad, entidad pública o institución oficial.

Mediante el D. Ley N.º 23321, se agregó al artículo 195 del Código Penal un párrafo en el que se prevé que si “los delitos tipificados en los artículos 187 y 188 fueran perpetrados por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social, el autor será reprimido con prisión no mayor de dos años”.

En la Ley N.º 26775, artículo 1, se dispuso que “Toda persona natural o jurídica, afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social, tiene derecho a que este las rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Esta disposición fue modificada mediante la Ley N.º 26847. En su artículo 2, se estableció que “la persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y a falta de este a quien haga sus veces, dentro de los quince días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.

b. Honor y libertad de expresión

La libertad personal debe ser respetada por constituir una garantía de las demás libertades, indispensables para el desarrollo de la personalidad. La protección de esta última tiene como fundamento la dignidad humana. El honor, por su parte, es un factor importante dentro de este marco de libertades fundamentales.

Una de las funciones del Estado de derecho es la protección de la personalidad, la libertad y el honor. En el ejercicio de esta función, se presentan innumerables conflictos, por lo que se deben establecer, en especial por parte del legislador y de los jueces, criterios para resolverlos.

En cuanto a la protección del honor, conviene recordar que, desde la Revolución Francesa, la libertad de expresión fue expresamente considerada como uno de los derechos humanos. En el artículo XI de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, se estatuyó que: “La libre comunicación de las ideas y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, imprimir libremente, a condición de responder por el abuso de esta libertad, en los casos determinados por la ley”.

Posteriormente, este derecho fue previsto de la misma manera en las constituciones de numerosos países y en gran parte de las convenciones internacionales. Por ejemplo, en la CEDH, artículo 10, se dispone lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de las autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...]”.

Los diversos productos de la actividad intelectual pueden ser comunicados a terceros por todo medio tradicional (la palabra oral o escrita) o moderno (radio, televisión, Internet, etc.). Estos medios pueden ser utilizados por todos, pues la libertad de expresión corresponde a toda persona.

El término opinión debe ser interpretado de manera amplia, de modo que comprenda tanto “los productos del pensamiento racional” como “las manifestaciones del pensamiento que, sin resultar de un proceso de reflexión, constituyen en todo caso críticas respecto a determinados hechos y ciertas circunstancias”.

Sin embargo, el ejercicio de la libertad de expresión puede poner en peligro o perjudicar el honor de las personas. De allí, la importancia de precisar los límites de la libertad de expresión en relación, sobre todo, con la necesidad de proteger el honor, la dignidad de las personas. Si bien hay que admitir que la libertad de expresión, elemento indispensable para el ejercicio pleno de la democracia, requiere un “tratamiento privilegiado de parte de las autoridades”, esto no implica que se deba reconocer la prioridad de este derecho sobre el honor, ni lo contrario. Cuando estos derechos fundamentales *prima facie* entran en conflicto, la solución debe encontrarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la situación concreta. Con este objeto, se recurre al denominado criterio de la interacción (*Wechselwirkungslehre*) y al principio del equilibrio de intereses (*Abwägungsprinzip*).

c. Bien jurídico

La noción de honor y los límites de su protección han evolucionado de acuerdo con las variaciones de las concepciones sociales y morales vigentes en las

diversas etapas del desarrollo de la sociedad. El problema central ha sido siempre la determinación del contenido y de la amplitud de la noción de honor. Por ejemplo, en el derecho germánico, en oposición al derecho romano, se consideraba al honor como un bien jurídico autónomo que debía protegerse mediante reglas especiales. Las dificultades de establecer una noción de honor se explican, quizás, por el carácter específico de honor, valor personal, e, igualmente, por la imprecisión relativa de la noción de bien jurídico.

a) Teoría efectiva del honor (faktische Theorie)

Según esta concepción, el honor está conformado, por un lado, por la opinión que los demás tienen de una determinada persona (honor externo) y, por otro, por la opinión que esta tiene de sí misma (honor interno). Respecto al primero, se habla de reputación y, al segundo, de sentimiento de honor. Mediante esta teoría, se busca comprender el honor en su “existencia real”. Es decir, aprehenderlo por la observación de los fenómenos de orden psíquico, sin recurrir a criterios axiológicos. El factor decisivo sería, entonces, el fenómeno psicológico de orden individual (la estima de sí mismo) o de orden colectivo (la manera como los otros miembros de la comunidad perciben una persona determinada). Sin embargo, nada se dice del barómetro utilizado para medir el valor de cada uno de los miembros de la sociedad.

El “sentimiento de honor”, llamado también honor subjetivo, solo se refiere parcialmente a la realidad. La persona es una unidad compleja, cuya existencia individual supone, necesariamente, su pertenencia a un grupo social en el interior del cual ella desarrolla su personalidad mediante la creación y el fortalecimiento de las relaciones con los otros miembros de la comunidad. Resulta, por tanto, artificial concebir al honor como puramente psicológico.

Esta idea de honor subjetivo presenta otros inconvenientes de importancia práctica innegable. Primero, calificar un acto de ataque al honor dependería de la “víctima” misma, ya que el honor subjetivo es la autoestima. El derecho penal tendería así a proteger la susceptibilidad (aún extrema) de las personas. Segundo, la protección penal no protegería a aquellos que carecen de la capacidad de tener el sentimiento de su propia valía debido a la edad (infantes) o estado mental (enfermos mentales).

La consideración o reputación es llamada también honor objetivo porque no forma parte del mundo interno de la persona concernida, quien es más bien el objeto de juzgamiento de terceros (fenómeno social de índole psicológica). Esta opinión colectiva puede ser, sin embargo, incorrecta, ya que dicha persona

no merece necesariamente la buena o mala opinión que los demás pueden tener de ella. La persona que participa a varios grupos sociales puede ser objeto de apreciaciones diversas y hasta contradictorias. Su participación activa en la vida comunitaria favorece las apreciaciones, positivas o negativas, de los demás. Por el contrario, el individuo que se aísla o interviene poco en la vida social, puede pasar desapercibido y, así, no sería objeto de una buena o mala reputación. En consecuencia, las personas que gozasen de una excelente reputación merecerían mayor protección penal. De modo que, por todas estas razones, la teoría efectiva del honor resulta inaceptable.

b) Teoría normativa del honor

En consideración a que la perspectiva del derecho, en particular del derecho penal, es sobre todo de índole normativa y ante el fracaso de la concepción fáctica, se ha tratado de comprender el honor como el valor que la persona posee como tal; valor que corresponde a todo individuo por el hecho de pertenecer a la especie humana. Se trata de una calidad única que no es factible de ser apreciada de manera gradual.

Así y de manera más amplia, hay que admitir que toda persona es titular de derechos fundamentales. Los mismos que tienen tres aspectos comunes, que permiten caracterizar a la persona como tal. El primero es la inviolabilidad que prohíbe imponer a la persona sacrificios con el único objetivo de beneficiar a terceros; el segundo es la autonomía de la persona para proseguir proyectos de vida y realizar ideales escogidos libremente; por último, la dignidad humana que exige se trate a las personas según sus actos voluntarios y no en consideración a circunstancias que escapan a su control.

La dignidad de la persona es el criterio central de esta concepción, denominada normativa. Ella supone la autonomía de la persona; dicho de otra manera, la existencia de un espacio indispensable para su desarrollo y que le permita mantener y ampliar sus relaciones con los demás miembros de la comunidad. Esta esfera de autonomía implica el reconocimiento y el respeto de la persona misma y, por tanto, de su dignidad. De manera, que las personas se caracterizan, en tanto individuos capaces de ser conscientes de su identidad, de ser titulares de intereses y de regular sus actividades de acuerdo con sus juicios de valor.

Los sostenedores de esta concepción normativa son contestes en cuanto a los criterios expuestos, en particular con el de la dignidad humana; pero sus opiniones divergen en cuanto a qué aspecto de la persona debe ser tomado en consideración para basar la noción de honor.

c) Criterio social

Algunos defensores de la teoría normativa estiman que es indispensable examinar la manera como la persona, como miembro de un grupo social y conforme a su capacidad, cumple los deberes sociales impuestos por este grupo (concepción social). Este criterio resulta deficiente por permitir concebir que toda comunidad, aún aquellas contrarias al orden jurídico (mafia, asociaciones criminales), son fuentes de honor y, además, que este depende de la capacidad individual para cumplir los deberes sociales (el individuo rico e inteligente sería superior al pobre y rústico, ya que estaría más capacitado para efectuar las tareas sociales).

d) Criterio ético o personal

En contra de la concepción social, la teoría ética o personal considera solo el valor de la persona para concebir la noción de honor, el que estaría constituido por la pretensión al respeto, fundado, esencialmente, en la condición de persona humana; en otras palabras, toda persona, aún la más vil, es titular del honor, en cuanto este se basa en la dignidad humana.

Este criterio no es conforme a la realidad, pues tiene en consideración solo el aspecto moral (en tanto que persona honesta, honorable) de la persona. Ahora bien, a veces es mucho más grave reprochar a una persona la violación de un deber social que imputarle el incumplimiento de un deber moral.

e) Criterio mixto

Las insuficiencias de los dos criterios antes explicados (social y ético) han llevado a los juristas a buscar una solución ecléctica, cuyo punto de partida sigue siendo la noción de dignidad de la persona. Sin embargo, esta dignidad no es considerada como el objeto de la inmediata protección penal, sino que tienen en cuenta más bien el respeto de la dignidad humana, condición indispensable al desarrollo de la personalidad del individuo. Este tiene derecho al respeto necesario para poder sentirse cómodo en la comunidad y mejorar sus relaciones con los demás miembros del grupo social. Este derecho implica que estos últimos se abstengan de ignorar o violar el respeto a que tiene derecho.

El honor no puede ser entonces percibido de manera unilateral. Hay que considerar la dignidad de la persona como tal, así como las relaciones sociales que establece con los demás miembros de la comunidad. El honor se basa, así,

sobre el respeto recíproco que deriva precisamente de la dignidad inherente a toda persona.

El fin de la protección penal consiste en preservar el respeto de la persona concernida, la cual goza, en cuanto tal, de un valor social completo. Su condición de persona prohíbe toda manifestación de desprecio inspirado en la salud física o mental, de la imagen física, del origen social o de la fortuna. Los atentados contra el honor consisten en la violación del respeto que merece una persona, sea el hecho de imputar a esta un comportamiento deshonesto (comisión de un delito), de afirmar que es anormal (psicópata), de tratarla de bastarda o mendiga, o aún de compararla a un animal (cerdo, asno).

La violación del respeto que merece una persona puede tener como contenido un alegato o un reproche formulado en la forma que estos asumen o a las circunstancias en las que son expresados.

La concepción normativa puede ser resumida, en particular en la perspectiva mixta, en los siguientes tres aspectos: primero, afirma que toda persona tiene derecho al respeto que brinda su calidad de persona; segundo, el honor así concebido no constituye una característica de la persona susceptible de aumentar (el hecho de que una persona pueda o deba ser honrada en consideración de su inteligencia, coraje o santidad, no es objeto de la protección penal); y, tercero, la presunción de honor merecido hace indispensable y oportuno el reconocimiento más amplio del derecho a aportar la prueba de la veracidad de las alegaciones formuladas o de la buena fe .

d. Titulares del derecho al honor

a) *Persona física*

Desde la perspectiva del criterio de que el honor es atributo de las personas por el simple hecho de pertenecer a la especie humana, solo estas son titulares del bien jurídico honor. Esta exclusividad es afirmada en particular por la teoría efectiva del honor, en especial cuando se habla de honor subjetivo o sentimiento de honor. Por el contrario, la concepción normativa, en algunas variantes, admite que también lo sean las colectividades (personas jurídicas, entes colectivos sin personalidad jurídica, autoridades, familia).

Fuera de la afirmación general referida a las personas físicas y basada en el criterio de la igualdad y en la prohibición de menospreciarlas, se discute mucho sobre la capacidad de algunas de estas personas para ser víctimas de los ataques contra el honor. Se trata de aquellas que no pueden comprender

los alcances de las alegaciones expresadas en su agravio o de no poder cumplir tanto con los deberes morales como sociales: por ejemplo, los niños, los enfermos mentales. Así mismo, la cuestión se plantea respecto a las personas fallecidas o desaparecidas.

b) Niños y enfermos mentales

Si se sigue estrictamente la noción subjetiva de honor (sentimiento interno de una persona sobre su propio valor o de los otros sobre una persona en particular), se debería admitir que los niños de poca edad o algunos enfermos mentales no pueden ser víctimas de ataques contra el honor, ya que no son conscientes de su propia estima y ni pueden ser objeto de juicios de valor de la parte de terceros (ausencia de reputación). Para no llegar a esta conclusión –sin dejar de lado la teoría subjetiva–, se debería argumentar que los delitos contra el honor son delitos de peligro abstracto y, por tanto, es superfluo constatar que el honor ha sufrido un perjuicio real para afirmar la consumación del delito.

Más conforme a la realidad e igualmente más eficaz para proteger el respeto de la dignidad de la persona, la concepción normativa del honor –determinando el titular del derecho al honor sin considerar su capacidad de discernimiento o capacidad de actuar– permite afirmar sin dificultad que toda persona puede ser víctima de atentados contra el honor. Esta afirmación no significa, sin embargo, que no se tengan en cuenta las características específicas de los niños y enfermos mentales al momento de determinar la comisión de dichas infracciones. En cada caso, debe precisarse, de manera necesaria, si las alegaciones expresadas eran propias para perjudicar el honor de la persona concernida y de saber, por ejemplo, si esta debía cumplir el deber que le reprochan haber violado. En efecto, un mismo acto puede tener consecuencias diferentes según la edad de la víctima. Por ejemplo, podría estimarse que respecto a un niño de siete años, a quien le reprochan de haber expresado propósitos inmorales o dibujado imágenes indecentes, este reproche no era apropiado para hacerlo despreciable por parte de terceros.

c) Muertos y ausentes

En principio, por la manera de definir el honor y de describir los delitos contra el honor, se puede pensar que solo las personas vivas pueden ser víctimas de estos delitos. Esto es correcto en la mayor parte de los casos, por lo que el artículo 195 solo tiene una importancia limitada.

De acuerdo con el segundo párrafo de esta disposición, “[si] la parte ofendida falleciera antes de haber formulado la querrela o durante el juicio, o si los mencionados delitos hubieran sido cometidos contra la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la querrela podrá ser deducida o continuada por el cónyuge, por los ascendientes o los hermanos”. En la hipótesis de fallecimiento de la víctima antes de querellarse o durante el juicio, la ofensa ha sido cometida directamente a la víctima cuando aún estaba en vida. En este caso, la regla da respuesta a un problema de índole procesal. En las demás hipótesis, se plantea la cuestión de si el honor de la persona subsiste después de su fallecimiento y, por tanto, si podría ser objeto de agresión. El problema es resuelto reemplazando el honor por la memoria del muerto, esta sería el objeto contra el que el agente comete el acto y no el honor del fallecido.

Memoria significa, en general, “recuerdo que se hace o aviso que se da de algo pasado”. En el contexto del artículo 195, significa “recuerdo que se tiene o conserva de la persona fallecida”. Si lo que se ofende es esta “memoria” de la persona muerta, hay que admitir que las personas muertas no son consideradas como víctimas de los delitos contra el honor. Las víctimas serían, en realidad, su cónyuge, ascendientes o hermanos, en la medida que el respeto que merecen es cuestionado por el maltrato del honor que tuvo el muerto. Los efectos del ataque contra el recuerdo del deudo repercuten en el respeto que merecen su cónyuge, ascendientes y descendientes.

La misma solución se da en los casos de personas respecto a las que han sido, judicialmente, declaradas ausentes o desaparecidas. Esta situación particular no debe obrar en detrimento de dichas personas y, por tanto, sus derechos deben ser protegidos. En la medida en que se les considera aún vivas y, por tanto, subsistente su honor, se justifica plenamente esta solución. Esta disposición va más allá de lo dispuesto en el artículo 47 del CC, ya que atribuye el derecho a querellarse a las personas mencionadas y no exige que lo haga el curador; a quien la regulación civil le atribuye poder solo para administrar el patrimonio del ausente.

Una comprensión diferente puede realizarse si es que el término “memoria” es considerado como una manera de designar el honor que subsiste respecto a las personas fallecidas. En esta perspectiva, no sería necesario desplazar el objeto de la infracción hacia el honor del cónyuge, ascendiente o descendiente de la persona fallecida o declarada ausente. Las relaciones de afección que guardan los familiares no pueden justificar la represión penal. Así mismo, habría que considerar que el ataque contra el fallecido solo en apariencia constituiría una agresión indirecta contra los familiares, pues las alegaciones o hechos pueden cuestionar también el respeto a la dignidad que estos merecen directamente.

Admitir que los muertos también pueden ser víctimas de los delitos contra el honor supone aceptar que el término de la personalidad por el fallecimiento no implica, necesariamente, la desaparición de la protección de todos los intereses del óbito y, en especial, del respeto al honor (junto al derecho al cuerpo, la imagen y la vida privada). Ante la imposibilidad de reaccionar personalmente, el legislador reconoce estos derechos a los próximos, aun cuando no sean inmediatamente afectados en su honor. De modo que las afirmaciones difamatorias afectan el honor de una persona fallecida, pues el derecho a que se respete su honor subsiste más allá de su existencia física. En contra de este criterio, se considera, por el contrario, que los muertos no pueden ser, ni teórica ni materialmente, víctimas de delitos contra el honor, por ello se considera más bien que los familiares devienen en los titulares como si lo recibieran por “herencia”. Su derecho a querellar se basaría entonces por estar directamente concernidos por la difamación, calumnia o injuria.

Ante estas dificultades, quizás la solución del legislador peruano sea preferible por su carácter pragmático. Así, se evita no recurrir a ficciones y, en consecuencia, admitir la persistencia de la reputación del muerto en la memoria tanto de sus familiares como de la colectividad.

d) Personas jurídicas

A diferencia del CP de 1924, el texto legal vigente se refiere a “persona”, sin mencionar a las personas jurídicas y a las corporaciones. Ello podría ser interpretado, por un lado, de manera restringida en el sentido de solo comprender a las personas físicas como víctimas de la difamación; por otro lado, sin embargo, puede entenderse que el término “persona” también abarca las personas jurídicas. La primera interpretación se basa en la concepción que considera como sujetos de derecho penal solo a las personas naturales y que estima que, únicamente, se puede hablar de honor o reputación como atributos fundados en la dignidad propia de toda persona en tanto que es ser humano. La segunda, es conforme a la idea de reconocer a las entidades colectivas como participantes activas y responsables en la vida comunitaria y, por tanto, titulares de derechos y obligaciones, de modo que, por la manera cómo intervienen colectivamente en la vida, sobre todo, económica y financiera de la comunidad, gozan de una reputación, la misma que también merece protección. El fin, respecto a las personas jurídicas, es garantizar penalmente el derecho a la estima cuya existencia es determinada por la actitud de sus órganos. Tercero, en la medida en que las personas jurídicas no solo tienen un carácter económico, esta estima representa un bien perteneciente a la persona jurídica, distinto a la reputación de sus miem-

bros y, en consecuencia, no presupone la existencia de estos. Los intereses de la persona jurídica no son solo de orden económico, sus actividades, sobre todo en el plano social, la conciernen en tanto colectividad y goza de cierta reputación, la cual merece ser protegida al mismo título que la honorabilidad de las personas físicas.

Restringir este solo al aspecto económico no es conforme al papel efectivo de las personas jurídicas en la sociedad. Estas desarrollan múltiples actividades en los ámbitos económico, social y cultural, de modo que deben hacerlo de manera correcta y seria. Esto es facilitado mediante el reconocimiento de un derecho a la protección de las calidades que les permiten lograr sus objetivos sociales. La reputación de las personas jurídicas puede ser afectada sin que la de sus miembros lo sea necesariamente. Según este criterio, el honor de las personas jurídicas consiste “en el reconocimiento del conjunto de su personalidad”.

Si bien esta concepción es de *lege lata* la preferible, la evolución de la legislación se ha orientado de manera clara a no considerar los entes colectivos, privados o públicos, titulares del bien jurídico honor. En el tipo legal de la difamación se ha suprimido toda referencia expresa a las personas jurídicas y corporaciones, como se hacía en el artículo 187 del CP 1924. Además, se ha suprimido la circunstancia agravante consistente en difamar una autoridad, entidad pública o institución oficial.

La exclusión es evidente en el caso de la calumnia en la medida en que a las personas jurídicas no se les imputa responsabilidad penal; delito que consiste, precisamente, en imputar falsamente un delito a un tercero. También se confirma la exclusión, aunque de manera menos clara, en cuanto a la injuria debido a que, por ejemplo, las personas jurídicas no pueden ser objeto de “vías de hecho”, uno de los medios para injuriar indicado por la ley.

e) Colectividades sin personalidad jurídica

Con diversos argumentos se ha afirmado que respecto a estas colectividades no se puede hablar de que tengan honor. Aunque algunas veces, se ha sostenido lo contrario afirmando que ellas también cumplen tareas sociales, económicas, culturales, reconocidas jurídicamente. En la práctica, esta divergencia de opiniones tiene un alcance limitado. Si una colectividad es objeto de acto “difamatorio o injurioso”, normalmente alguno de sus miembros puede sentirse afectado. De *lege lata*, la cuestión estaría resuelta por el hecho de que no tienen la calidad de ser parte en un proceso y por tanto no pueden querellarse.

f) Autoridades

No merecen protección especial las personas que ocupan un cargo público, por el simple hecho de ejercerlo. Un criterio opuesto era admitido en el CP de 1924, ya que, en el artículo 187, segundo párrafo, se agravaba la pena cuando el ofendido era una autoridad, entidad pública o institución oficial. Con buen criterio, se ha abandonado así el tradicional criterio relativo a los denominados atentados de “lesa majestad”. Así, por ejemplo, manifestar que el Ministerio de la Defensa padece de corrupción crónica no constituye un ataque contra el honor. Pero es posible, sin embargo, admitir que, según las circunstancias, alguno de los miembros de esta entidad pueda ser afectado individualmente por dichas afirmaciones.

g) Familia-Ataques colectivos contra el honor

Si a las agrupaciones de personas, como tales, no se les reconoce un derecho al honor, se acepta sin más que sus miembros individuales puedan ser víctimas de ataques contra el honor cuando las afirmaciones tengan como objetivo la agrupación en general a la que pertenecen. Para esto es indispensable que varios individuos sean designados en bloque, de manera clara, mediante un nombre común. El individuo que pretende ser afectado en su honor debe ser suficientemente reconocible, aun cuando no sea expresamente nombrado. Basta que las circunstancias permitan identificarlo como el destinatario. No es suficiente, por ejemplo, que se diga “todos los comerciantes son ladrones”. Estas expresiones se refieren más a ideas, opiniones, que a individuos concretos. La situación es más clara cuando se designa un grupo determinado o un número limitado de sus miembros.

Sin discusión se admite, igualmente, que la familia o el clan, como tal, no benefician de la protección penal contra atentados que afectarían un supuesto honor colectivo. Siempre se trata de un honor individual (aun en los sistemas en que se admite que las personas jurídicas son titulares del honor). Pero, también uno de sus miembros puede ser objeto de un ataque contra su honor encubierto mediante afirmaciones hechas respecto a su familia.

e. Clases de ataques contra el honor

El honor puede ser lesionado o puesto en peligro mediante la expresión de alegaciones sobre hechos o juicios de valor. Mediante las primeras, se afirma que una persona se ha comportado de una manera determinada (robado una cosa o comercializado drogas) o que se encuentra en una situación determinada (afectado por una enfermedad venérea). De tales afirmaciones se deduce que se ha atentado contra el honor de la persona concernida.

Por juicios de valor, se comprende el hecho de manifestar desprecio o desdén en relación con una persona (calificarlo de deshonesto, bestia). El autor expresa así de manera concluyente su opinión peyorativa sobre la víctima. No es, sin embargo, indispensable que la expresión revista la forma de un “juicio” propiamente dicho, ya que puede expresarse mediante un acto insultante.

No se trata de una distinción puramente teórica, sino que tiene consecuencias prácticas importantes, ya que la difamación solo puede ser cometida mediante alegaciones sobre hechos. Es, por tanto, decisivo determinar, por ejemplo, si el hecho de calificar (en el sentido de atribuir una cualidad: artículo 187 CP) a alguien de “ladrón” o de “estafador” constituye una simple apreciación de valor o la imputación referente a la comisión de hurtos o de estafas.

El autor puede, de esta manera, afectar el honor de la víctima expresando juicios de valor mixtos, consistentes en apreciaciones de valor estrechamente relacionadas con una referencia a hechos. Constituyen, una abreviación, una generalización hecha a partir de una alegación más precisa (por ejemplo, él ha cometido un robo, por tanto es un ladrón). En principio, los juicios de valor mixtos deben ser considerados como alegaciones sobre hechos.

f. Sistema legislativo

Los artículos 130 a 138 se refieren a los delitos contra el honor. Las figuras delictivas son tres: las injurias (artículo 130), la calumnia (artículo 131) y la difamación (artículo 132). En los artículos 136 y 137, se prevén, por un lado, la difamación o injuria encubiertas o equívocas y, por otro, las injurias recíprocas. La prueba de la verdad en caso de difamación es regulada en los artículos 134 (casos en que es posible) y 135 (casos de inadmisibilidad). En el artículo 137, se regulan tres circunstancias de impunidad de injuria y difamación. Por último, en el artículo 138, se dispone que la persecución penal de quienes incurran en estos delitos solo procede por acción privada.

2. Difamación

a. Tipo legal objetivo

a) Autor

Autor del delito de difamación puede ser cualquiera. Se trata de un delito común; es decir, que la ley no exige que el agente tenga una calidad personal

específica, la misma que le imponga el respeto de un deber particular. Sin embargo, algunas personas deben ser consideradas en especial en razón a la índole particular de la profesión, oficio o cargo que ejercen, como en el caso de los periodistas; sin embargo, nadie goza de privilegios especiales respecto al deber general de respetar el honor de las personas.

Debido a que no se atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas, estas no pueden ser consideradas autores responsables de delitos contra el honor.

b) Víctima

A diferencia del CP de 1924, el texto legal vigente se refiere a “persona”, sin mencionar a las personas jurídicas y a las corporaciones.

c) Comportamiento delictuoso

El verbo típico del artículo 132 es “atribuir”, el cual significa ‘aplicar hechos o cualidades a alguien’. El agente debe imputar a la víctima un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor. Puede proceder de manera directa de modo a declararla como responsable de un comportamiento o una manera de ser reprehensible. Pero también, de manera simulada, indirecta, en el sentido del artículo 136 de encubierta o equívoca.

La imputación debe tener lugar ante varias personas. La pluralidad exigida supone, por un lado, que no hay difamación si, en una conversación entre dos personas, una de ellas atribuye una conducta deshonesta a un tercero. Por otro, que los interlocutores o personas testigos de la imputación sean dos o más, fuera de quien expresa la imputación. Esta pluralidad es indicada en el texto legal con la expresión “varias personas” y reforzada de inmediato con la indicación de que estas pueden estar “reunidas o separadas”. El objetivo buscado es determinar una característica implícita de la difamación: el riesgo de la propagación de la noticia difamatoria.

Lo anterior permite plantear la cuestión de si los destinatarios de la noticia la propagan, repitiendo la imputación expresada por el agente, indicando o no su fuente de información, afirmando o no que cree en la veracidad de los hechos. Si su comportamiento no constituye una forma de participación al primer delito, solo será reprimido cuando su acción reúna los requisitos de la difamación, en particular, el hecho que haya contado la noticia a dos o más personas.

Para evitar una ampliación excesiva de la disposición legal, es indispensable hacer algunas precisiones respecto a los destinatarios de la noticia³. Así, no se da la difamación cuando la imputación se hace de modo confidencial en un círculo estrecho de familiares o amigos. Esto constituye una restricción teleológica del tipo legal, justificada por razones de política criminal. Hay que considerar, respecto a la protección del libre desarrollo de la personalidad, la necesidad de que las personas expresen sus sentimientos en la intimidad y, así mismo, el peligro mínimo que comportan las alegaciones expresadas en dicho contexto⁴. Por ejemplo, cuando uno de los padres, aun no separados, expresa delante de sus tres hijos afirmaciones sobre hechos que pueden perjudicar el honor del otro.

Si se trata de confidentes propiamente dichos, hay que distinguir si las alegaciones constituyen propiamente confidencias (revelación secreta, noticia reservada) o de declaraciones destinadas a ser utilizadas por el destinatario o a ser comunicadas a terceras personas (los comportamientos que el marido atribuye a su mujer y revelados por aquel a sus abogados, en un proceso de divorcio, para que sean puestos en conocimiento del juez). Solo en este caso existe la probabilidad de que se dé difamación. Los abogados son con frecuencia obligados a utilizar en el ejercicio de su mandato, al menos parcialmente, las confidencias de sus clientes⁵. Tratándose de médicos y eclesiásticos, por el contrario, debe considerarse el deber más estricto que tienen de guardar el secreto de las confidencias de las que son depositarios.

El hecho, la cualidad o la conducta que el agente revela a terceros pueden ser ya conocidos, pues nadie tiene el derecho a estar recordando a terceros algo que puede perjudicar el honor o la reputación de una persona, quien no tiene interés alguno en esta publicidad. La realización de dicho perjuicio puede darse en la medida en que el agente extiende el círculo de iniciados de manera a conservar e intensificar la situación peligrosa para el honor de la víctima. Por ejemplo, quien ha sido condenado por un robo y ha cumplido la pena no tiene por qué soportar que se esté recordando *sine die* que cometió ese delito, salvo que exista un interés general para develar este hecho (prueba liberatoria de la veracidad), como por ejemplo, cuando el titular de ese antecedente penal postula a un cargo público o a un puesto de empleado en una entidad bancaria.

3 RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, SK BT, vor § 185 N.º 18 y ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, Vorbem. § § 185 ff, N.º 9.

4 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 38; cf. aussi TRECHSEL *Kurzkommentar*, Artículo 173 N.º 4.

5 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 39.

d) Medios

La atribución a una persona de un comportamiento determinado implica una relación comunicante entre quien la expresa y el destinatario, la cual puede tener lugar de múltiples maneras. Por esto, el texto legal no hace referencia alguna al medio utilizado por el difamador. En principio, se piensa a la expresión oral y, como lo hace al mismo legislador, luego, a la escrita por ejemplo. El párrafo tercero del artículo 132, agrava la pena cuando la difamación se comete mediante el libro, la prensa u otro medio de comunicación social. Asimismo, hay que pensar que además de la difamación por la palabra escrita u oral, puede darse por la imagen o el gesto. Lo importante es que el medio sea apropiado para dar a conocer la opinión del autor sobre la manera de comportarse de la víctima y para imputársela. En este sentido, la difamación es un delito de peligro y más precisamente de peligro abstracto. No es indispensable el resultado consistente en dañar efectivamente el honor o la reputación de la víctima y, más bien, es suficiente que el agente realice el comportamiento típico, considerado en sí mismo propio a producir dicho perjuicio.

e) Hechos contrarios al honor

El texto legal menciona tres casos: un hecho, una cualidad y una conducta. Esta enumeración es inapropiada en la medida en que la noción de hecho es comprensiva de las dos restantes. Estas pueden ser consideradas como casos particulares de hecho, siempre y cuando no se comprenda esta última expresión como comprensiva también de hecho natural. Por conducta debe entenderse todo comportamiento imputable a una persona; por ejemplo, sustraer una cosa ajena, consumir drogas, expresarse habitualmente en un lenguaje soez. La cualidad está referida a una característica relacionada con un aspecto físico o mental de la persona (obsesión sexual). Los hechos que no constituyen ni conductas ni cualidades son sucesos relacionados con la víctima, pero que no se le pueden imputar como conducta (hijo de padre o madre que delinquen o se prostituyen).

Las expresiones difamatorias deben siempre referirse a hechos, sucesos materializados en el mundo exterior. No bastan referencias generalizadas a eventos, sino la mención de un hecho, cualidad o conducta determinados; menos aún la manifestación de meros juicios de valor.

Los hechos atribuidos pueden ser verdaderos o falsos, ya que la prueba liberatoria de la *exceptio veritatis* no es admisible en todos los casos. Cuando, según el artículo 135, esta prueba es excluida, se admite en consecuencia que se puede

difamar diciendo la verdad. La previsión de la prueba de la verdad en caso de difamación muestra que el contenido de la expresión difamatoria debe estar constituido por hechos, pues solo estos pueden ser objeto de probanza de la veracidad.

Verdaderos o no los hechos que se atribuyen deben ser, como se prevé expresamente en el tipo legal, idóneos para perjudicar el honor o la reputación de la persona concernida. El probable perjuicio se refiere a la honorabilidad de esta última. Por esto, por ejemplo, se dispone en el artículo 133, inciso 2, como excusante el hecho que las expresiones constituyan críticas literarias, artísticas o científicas, de modo que no son propias a afectar la honorabilidad de una persona cuando se le imputan errores en el ejercicio de su oficio o profesión, salvo que esta crítica esté vinculada con procedimientos deshonestos. Por ejemplo, si se afirma de un arquitecto que los proyectos de casas que realiza no son práctica ni estéticamente correctos y que esto es debido no a su falta de capacidad sino a su deshonestidad atizada por el afán de enriquecerse fácilmente. Esto se funda en que el honor o reputación dependen del respeto tanto de los deberes morales como de las obligaciones sociales. Criticar o comentar la manera como alguien cumple o no su papel social puede bien implicar un desprecio o desdén de su condición de persona.

La cualidad de poder perjudicar el honor de la alegación no depende del sentido puramente gramatical de las palabras empleadas; pues estas no son necesariamente elogiosas, descriptivas o peyorativas en sí mismas. El factor decisivo es el contexto personal y material en que la atribución de un hecho, una cualidad o una conducta ha sido formulada. En este sentido, es correcto afirmar que se trata del sentido “real, histórico” de la expresión presuntamente ofensiva.

*f) Consumación*⁶

La difamación es consumada del momento en que dos o más personas han tomado conocimiento de la expresión de la imputación de un hecho, una cualidad o una conducta a la víctima (*Kundgabeldelikt*)⁷. Para que pueda considerarse que el comportamiento es peligroso para el honor o la reputación de la víctima, es indispensable que los terceros hayan comprendido el sentido de la noticia expresada por el agente; pero no necesariamente que sepan que es propia a per-

6 SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, Buenos Aires, 1963, t. III, p. 217.

7 KINDHÄUSER, BT I, § 22, N.º 32 y ss.; TRECHSEL, *Kurzkommentar*, Artículo 173 N.º 8; Corboz, artículo 173 N.º 44.

judicar el honor de la persona concernida⁸. Como lo hemos dicho, se trata de un delito de peligro abstracto e instantáneo. La tentativa acabada, delito frustrado y arrepentimiento activo, está excluida.

b. Tipo legal subjetivo

La difamación es un delito doloso. El autor debe actuar con consciencia y voluntad para comunicar a terceros alegaciones sobre hechos que pueden perjudicar el honor de la víctima. Basta el dolo eventual. Consciente de tal propiedad de los hechos, expresa de todas maneras la alegación que los contiene.

El tipo legal no prevé un elemento subjetivo que caracterice específicamente el dolo de difamar. Es equivocado, como lo hace frecuentemente la jurisprudencia y gran parte de autores, de considerar un especial *animus injuriandi*. Esto se debe a una equivocada comprensión del tipo legal e, igualmente, a la búsqueda de criterios para determinar si la alegación expresada por el agente es ofensiva o no respecto a la persona concernida. Con este último objetivo se alega la concurrencia de una serie de *animi* (*animus corrigendi*, *animus jocandi*, *animus retorquendi*, *animus narrandi*, etc.) que excluirían el *animus injuriandi* y, por tanto, también el delito. De esta manera, se llega, incorrectamente, a exigir de la parte del agente que pruebe el estado de ánimo en el que había actuado.

Si bien en el artículo 133, inciso 1, se considera que no se da la difamación cuando se trate de “[o]fensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el juez”, en realidad se trata de una causa justificante consistente en obrar, según el artículo 20, inciso 8, “por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”. Lo mismo puede decirse respecto a lo dispuesto en el artículo 133, incs. 2 y 3, en relación con las críticas literarias, artísticas o científicas y con las apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

c. Ilícitud

Como acabamos de ver, la aparente antijuricidad del comportamiento típico puede ser excluida mediante las causas de justificación. En principio, toda causa de justificación puede ser invocada en caso de difamación. Sin embargo, las características particulares de esta hacen difícil que se pueda recurrir a la le-

8 STRATENWERTH, BT I, § 11, N.º 26.

gítima defensa o estado de necesidad justificante. Esto es, sobre todo, evidente cuando la atribución de una conducta se hace oralmente. Una vez expresada y comprendida por los destinatarios, la agresión ha sido consumada y, por tanto, no sería posible la legítima defensa. Más fácil resulta comprender la reacción de quien, sabiendo que aparecerá una noticia ofensiva en su contra en un periódico, reacciona en la víspera de la difusión para impedir que dicha noticia sea difundida.

La justificante prevista en el artículo 20, inciso 8, puede ser más fácil y frecuentemente invocada; sin embargo, hay que recordar que se trata de una norma de reenvío, ya que es indispensable encontrar el fundamento legal en que se basa el acto, el derecho o deber que lo ampara. Por ejemplo, el fiscal que acusa al procesado le imputa una conducta delictuosa y otros hechos infamantes, pero no lo difama en la medida en que se limita a fundamentar su acusación. Lo mismo pasa con el abogado que, defendiendo a su patrocinado, atribuye hechos ofensivos a la víctima o terceros, en la medida en que esto es indispensable y resta en los límites autorizados por el ordenamiento jurídico.

Un caso particular es el de los periodistas a quienes no se les reconoce, en principio, ningún privilegio respecto a los delitos contra el honor. La difusión de noticias o informaciones sobre hechos relativos capaces de perjudicar a una persona determinada no son justificadas por el simple hecho que el periodista procede en ejercicio de su oficio. Debe hacerlo en el marco de los derechos y obligaciones que les atribuye la ley; ya que no basta invocar que haya actuado en el ejercicio de la libertad de expresión y de información. Para ello es indispensable tener en cuenta los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad respecto al derecho de las personas a que se respete su honor y reputación; además, si estos no fueran los límites del periodismo, resultaría incomprensible la previsión de la prueba liberatoria de la veracidad de lo afirmado.

La constatación de la presencia de una causa de justificación tiene la prioridad sobre el ejercicio de la prueba liberatoria. A diferencia de las primeras que deben ser probadas de oficio, esta impone la carga de la prueba a quien afirma haber dicho la verdad. Si, por ejemplo, el testigo se limita a testificar conforme le ordena la ley, no hay razón para exigirle que pruebe la veracidad de su declaración pública delante del tribunal.

d. Prueba liberatoria

a) *Introducción*

Las legislaciones regulan de manera muy diversa la admisión y la amplitud de la prueba liberadora. Como ejemplo, indiquemos la alemana y la francesa. Debido a que en el § 186 del CP alemán, se prevé como condición objetiva de punibilidad⁹ que no se pruebe, por parte del órgano encargado del proceso, la verdad de los hechos, la prueba liberatoria (constatada de oficio) es admitida ampliamente. Si el juez no logra probar que el hecho imputado es verdadero, el agente será sancionado. Según el artículo 35, inciso a, de la Ley sobre la libertad de la prensa, del 29 de julio de 1881, el sistema francés excluye la prueba de la verdad cuando la imputación concierne “la vida privada de la persona”. Así, se aplica estrictamente el proverbio “la vie privée doit être murée”¹⁰. Nuestro sistema estatuye en los artículos 134 y 135 cuando se admite y excluye la prueba de la verdad, respectivamente. En ambos casos, se enumeran exhaustivamente los casos de admisión o exclusión, de modo que, por la negativa, se deduce cuando procede.

La limitación de la prueba liberatoria a la difamación se comprende porque, como lo hemos indicado, el contenido de la atribución ofensiva está constituido por hechos (hecho, cualidad o conducta) y solo estos pueden ser objeto de prueba de veracidad, pero hechos ya acontecidos y no futuros, ya que estos últimos son pronósticos u opiniones y, por tanto, es imposible decir que son verdaderos. Los juicios de valores están doblemente excluidos: tanto porque no pueden ser el contenido de la imputación difamatoria como porque dichos juicios son correctos o incorrectos, pero no verdaderos o falsos. Cosa diferente es si se trata de juicios de valor mixtos, ya que están en relación directa con alguna circunstancia concreta, como en el caso de atribuir una cualidad a la víctima, por ejemplo, afirmar que es una prostituta, lo que implica señalar que realiza actos de prostitución. La prueba de la veracidad recae sobre estos hechos implícitos en la alegación ofensiva, que se encuentran en la base del juicio de valor expresado¹¹.

9 KÜHL, LK, § 186, N.º 7; KINDHÄUSER, BT I, § 23, N.º 2, 18 y ss.

10 Cf. ZÜRCHER, E., *Exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908*, Berna, 1914, p. 184; SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 57.

11 HIRSCH, pp. 212 y ss.; TENCKHOFF, p. 137; CORBOZ, artículo 173 N.º 66; ATF 121 IV 83/JdT 1997 IV 79.

b) Inadmisibilidad de la prueba liberatoria

Dos circunstancias excluyentes de la prueba liberatoria son mencionadas en el artículo 135. La primera se refiere a los casos en que la imputación concierne un hecho punible por el que el ofendido ha sido objeto de una decisión absolutoria definitiva en el Perú o en el extranjero. Se trata de una reafirmación del principio de la cosa juzgada, pues las nuevas imputaciones no solo pueden perjudicar el honor de la persona declarada inocente, sino también cuestionan la estabilidad de las decisiones judiciales. A pesar de la estrechez del texto legal, debe admitirse que también están comprendidos los casos de decisiones definitivas sobre prescripción de la acción penal, amnistía. La falta de referencia a los casos de condena se explica porque el recordar que el ofendido ha cometido un delito puede estar motivado, por ejemplo, por un interés público o de defensa propia (artículo 134, inciso 3). Es decir, en circunstancias en las que es indispensable hacerlo, pero no de manera gratuita y superflua.

La segunda alude a dos circunstancias: por un lado y de modo más general, se dirige a garantizar la intimidad personal y familiar de toda persona. Así, en cierta forma, esta regla recuerda la orientación de la ley francesa sobre la libertad de la prensa. La esfera de intimidad, protegida por los artículos 154 ss., constituye un factor indispensable para la consolidación y desarrollo de la personalidad de los individuos, así como de sus relaciones con sus familiares. La exclusión no está limitada por el hecho de que los delitos contra la intimidad sean solo perseguibles por acción privada.

La referencia a ciertos delitos contra la libertad sexual estaba en relación al artículo 178, segundo párrafo, en el que se indicaba que el “ejercicio de la acción es privada en los casos de violación sexual (artículo 170), violación de persona en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir (artículo 171), violación de persona bajo autoridad o vigilancia (artículo 174) y seducción (artículo 175). De esta manera, se trataba de preservar el interés de la víctima de un delito sexual, perseguible por acción privada, de que el hecho no se haga público. Esta causa de exclusión ha quedado sin efecto a partir de la derogación del segundo párrafo del artículo 178, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 27115, publicada el 17 de mayo de 1999.

c) Admisión de la prueba liberatoria

Una circunstancia general de admisibilidad se presenta cuando el autor de la alegación ofensiva ha obrado en interés de causa pública (artículo 134, inciso

3)¹². De esta manera, se logra establecer un equilibrio entre el derecho individual de toda persona a que se respete su honor y el interés colectivo a que se promuevan y garanticen los diversos aspectos de la causa pública. Entre estos se encuentran la consolidación de la democracia mediante el reforzamiento de la libertad de expresión y de información. La difusión de un panfleto, atribuyendo hechos a una persona e idóneo para perjudicar el honor de esta, no constituye difamación si su contenido es verdadero y que su publicación se hizo en interés de la causa pública. Se trata de un conflicto de intereses, en el cual se da la prioridad al interés general en detrimento del interés individual. Por tanto, no es cuestión del interés de un grupo más o menos grande de personas o del público en general, sino de algo concerniente a la comunidad en su constitución jurídica y política general.

Una manifestación de esta causa de admisibilidad de la prueba liberatoria es la prevista en el inciso 1 de la misma disposición, ya que es interés público que se pruebe la veracidad de lo afirmado cuando la persona concernida por la alegación ofensiva “es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones”. Por funcionario hay que comprender todas las personas indicadas, en el artículo 425, como “funcionarios públicos o servidores públicos”. Pero no basta constatar esta condición, sino que es indispensable que el hecho imputado concierna el ejercicio de sus funciones. En consecuencia quedan excluidas las imputaciones relativas a hechos que no caen en el marco del ejercicio de sus funciones, en particular los referentes a la intimidad personal y familiar del funcionario.

La misma razón puede, al menos parcialmente, encontrarse en la admisión de la prueba liberatoria cuando “por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida”. Las informaciones o revelaciones de terceros pueden ser útiles para el desarrollo del proceso penal y la prueba de la veracidad de los hechos imputados —referentes a los que dan lugar al proceso— es altamente positiva para la administración de justicia¹³; sin embargo, algunas dificultades pueden presentarse para su aplicación. En particular, en relación con el delito de desacato, consistente en amenazar, injuriar o de cualquier otra manera ofender la dignidad o el decoro de un funcionario a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas (artículo 374). En caso de difamación no se daría desacato si el autor aporta la prueba de la veracidad de sus afirmaciones ofensivas, pues no habría ofendido la dignidad o el decoro del funcionario

12 Cf. SOLER, *Derecho penal argentino*, cit., t. III, pp. 234 y ss.

13 De acuerdo con tesis italianas basadas en el CP de 1890, artículo 394, inciso 2.

público. El interés público del correcto y honesto funcionamiento de los órganos del Estado predomina. Además, resultaría incoherente no reprimirlo por difamación, pero sí por desacato.

Las dos restantes circunstancias son de índole sobre todo personal. Una está relacionada con la admisión de que el agente puede haber actuado para defenderse (artículo 134, inciso 3), motivado justo y razonable; sobre todo si, como lo hemos afirmado, resulta complicado recurrir a la legítima defensa para justificar el acto típico. La otra tiene al derecho de la persona agredida mediante la imputación ofensiva a que se pruebe la verdad o la falsedad de lo afirmado por el agente. De esta manera, se permite a la víctima de descartar, con más eficacia, el riesgo de que su honor sea perjudicado (artículo 134, inciso 4).

d) Ejercicio de la prueba liberatoria

Las pruebas deben estar dirigidas a probar solo el hecho, contenido de la alegación ofensiva. La actuación de estos elementos probatorios no debe conducir a cuestionar la víctima aludiendo a su pasado, modo de vida o su personalidad. Si el agente ha imputado a esta, haber estafado a un tercero en ocasión de la venta de un cuadro atribuido falsamente a un pintor famoso, la materia de la prueba es este hecho en concreto o si la imputación ha consistido en afirmar que es un estafador, debe probarse que, al menos una vez, ha cometido dicha conducta (Fuchs). La calificación del comportamiento por parte del agente no debe ser necesariamente conforme a su calificación técnica. Importa más bien que la realización de los hechos en sí mismos sea comprobada. Así, si calificara de estafa un hecho que constituye más bien una estafa, la prueba se orientará a comprobar la comisión de un delito contra el patrimonio sobre la base de los hechos indicados en la declaración difamatoria.

No basta demostrar que algunos actos similares o parecidos fueron ejecutados. En caso de que se afirme que la persona ofendida robó joyas penetrando en la casa de su vecino, luego de haber violentado la cerradura de la puerta, basta probar que el robo tuvo lugar, aun cuando las circunstancias materiales no correspondan a aquellas en la que se produjo el delito. Lo decisivo es que se pruebe el aspecto esencial del hecho¹⁴, contenido en la alegación ofensiva; salvo que el agente, además de referirse al comportamiento, proporcione informaciones sobre actos que, en su opinión, muestren la deshonestidad de la víctima. La

¹⁴ WESSELS, BT I, p. 106; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, BT I, § 26 II N.º 16; RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, SK BT, § 186 N.º 16.

veracidad de todos estos elementos debe ser demostrada y, por tanto, no basta solo la del núcleo de la imputación¹⁵.

Todo medio probatorio, admitido por las leyes procesales, puede ser empleado por el autor para demostrar la veracidad de las imputaciones que ha expresado¹⁶. Pueden tratarse de documentos, testigos, grabaciones, fotos, etc. (Frei). Los riesgos de la administración de las pruebas las asume el querellado, ya que, a diferencia del proceso normal, la carga de la prueba recae sobre él y no sobre el juez¹⁷.

e) *Efecto de la prueba liberatoria*

De acuerdo con el último párrafo del artículo 134, cuando “la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena”. La razón de la impunidad debe buscarse en el hecho que, en consideración de las circunstancias especiales en que es admitida, el ordenamiento jurídico autoriza, en buena cuenta, a expresar imputaciones a condición que sean verdaderas. Se trataría, en cierta forma, de una causa de justificación en el sentido la prevista en el artículo 20, inciso 8: acto autorizado por la ley. El conflicto de intereses se resuelve a favor de la verdad real, lo que comporta precisar aún más el límite a la protección del honor y la reputación de las personas. Como ya lo hemos dicho antes y teniendo en cuenta su índole particular, la *exceptio veritatis* solo debe intervenir después de constatarse que el acto típico del autor no está amparado por una causa de justificación propiamente dicha.

3. Bibliografía sucinta

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Nuevas reflexiones sobre las leyes de indias*, 3.^a ed., México D. F., 1980.

ALZAMORA, Román, *Historia del derecho peruano. Primera parte. El imperio*; revisada y anotada por Lizardo Alzamora Silva, Lima, 1949.

ANTOLISEI, Francesco, *Diritto penale. Parte speciale*, t. II, 9.^a ed., Milano, 1986.

15 STRATENWERTH, BT I, § 11 N.º 38; SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 82; REHBERG/SCHMID, *Gründriss, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 5.^a ed., Zürich, 1990, p. 307; cf. LISSNER, “Die prozessuale Behandlung des Wahrheitsbeweises”, en *ZStW*, N.º 51, 1931, p. 752.

16 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 80.

17 SCHUBARTH, BT 3, Artículo 173 N.º 80.

- ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.^a ed., Madrid, 1986.
- ARZT, Günther y Ulrich WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil LH 1: Delikte gegen die Person*, 3.^a ed., Bielfeld, 1988.
- AVENDAÑO, Francisco, “Artículo 886”, en *Código Civil comentado*, t. V, Derechos Reales, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- AVENDAÑO, Leonidas, “La reforma de la legislación penal. Parte especial: estudio crítico forense del nuevo Código Penal del Perú”, en *Revista del Foro* 1924.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*, Madrid, 1986.
- BARREDA LAOS, Felipe, *Vida intelectual del Virreinato del Perú*, Universidad Mayor de San Marcos, Lima, 1964.
- BASADRE AYULO, Jorge, “Consideraciones sobre Derecho Indiano”, en *Ius et Praxis*, N.º 17, Lima, 1991.
- BLEI, Hermann, *Strafrecht II. Besonderer Teil*, 11.^a ed., Múnich, 1978.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de derecho penal español. Parte especial*, Barcelona, 1986.
- COBO DEL ROSAL y otros, *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Valencia, 1988.
- CORNEJO, Ángel Gustavo y PLACIDO GALINDO, *Proyecto de Código Penal, presentado por la comisión parlamentaria nombrada conforme a la Ley N.º 5168*, Lima, 1928.
- DELEURY, E., *Derecho y persona*, Lima, 1990.
- DHREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 45.^a ed., Múnich, 1991.
- DONNA, Edgardo A., *Parte especial*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, t. II-B, p. 31, como en el considerando N.º 9, *in fine*, de la Sentencia Plenaria de la Corte Suprema N.º 1-2005/DJ-301-A.I., del 30 de agosto de 2005, en Castillo Alva, José Luis dir., *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema Lima*, Grijley, 2008.
- DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 43.^a ed., 1986.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *La protección jurídica de la persona*, Lima, 1992.
- GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit penal française*, 3.^a ed., París, 1924.
- HAFTER, Ernst, *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I*, Berlín, 1937.

- HURTADO POZO, José, “A propósito de la interpretación de la ley penal”, en *Doctrina Penal*, 1991.
- HURTADO POZO, José, *Droit pénale. Partie spéciale*, t. I, 3.^a ed., Zurich, 2000.
- HURTADO POZO, José, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú*, Lima, 1979.
- HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte general*, 2.^a ed., Lima, 1987.
- JAKOBS, Günter, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlín, 1993.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, Traducción de Santiago Mir Puig/Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.
- KAUFMANN, Arthur, “Rechtsphilosophie im Wandel: Über den Zirkelschluss in der Rechtsfindung”, en *Festschrift für W. Gallas*, Berlín/Nueva York, 1973.
- KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 4.^a ed., 2005, Nomos, Berlín. [cit. KINDHÄUSER, BT I].
- LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 19.^a ed., Múnich, 1991.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.^a ed., Berlín, 1991.
- LEVENE, Ricardo, “Derecho penal indiano”, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1945.
- LISSNER, Walter, “Die prozessuale Behandlung des Wahrheitsbeweises”, en *ZStW*, N.º 51, 1931.
- LOGOZ, Paul, *Commentaire du Code penal suisse. Partie spéciale*, t. I, Neuchâtel, París, 1939.
- LÜDERSSEN, Klaus, *Strafrecht und “Dunkelziffer”*, en Klaus LÜDERSSEN /Fritz SACK (editores), *Seminar: Abweichendes Verhalten, I Die Selektiven Normen der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1974.
- MANZINI, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, 5.^a ed., t. VII, Torino, 1984.
- MAURACH, Reinhart/SCHRÖDER, Friedrich-Christian/MAIWALD, Manfred, *Strafrecht, Besonderer Teil*, t. 1, *Straftaten gegen Gemeinschaftswerte*, 7.^a ed., Heidelberg, 1988. [Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I].
- MERLE, Roger/VITU, Andre, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial par André Vitu*, París, 1988.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 9.^a ed., Valencia, 1993.
- NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, D.F., 1974.

- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, 1980.
- NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1965.
- PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial I*, De acuerdo al nuevo Código Penal, Lima, 1992.
- PORRAS BARRENECHEA, Raúl, *Fuentes históricas peruanas*, Lima, 1955.
- PREMIÈRE COMMISSION D'EXPERTS, *Procès-verbal des délibérations (Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizei-departamente einberufenen Expertekommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch)*, t. I, II, Bern, 1894.
- QUERELAT, Joan J., *Derecho penal español. Parte especial*, t. 1, Barcelona, 1986.
- QUINTANO RIPOLLES, Antonio, *Tratado de la parte especial del derecho penal*, t.1, 2.ª ed., Madrid, 1972.
- REHBERG, Jörg, *Gründriss, Strafrecht III: Delikte gegen den Einzelnen*, 5.ª ed., Zürich, 1990. [REHBERG/SCHMID, Strafrecht III].
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 15.ª ed., Madrid, 1992.
- ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal. Parte especial*, Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Delitos contra el honor, 2.ª ed., t.1, Lima, 1986.
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK)*, t. 2, Besonderer Teil, 4.ª ed., Frankfurt, 1988.[Rudolphi, en Rudolphi/Horn/Samson, SK BT].
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 24.ª ed., Múnich, 1991.
- SCHUBARTH, Martin, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t.1, Bern, 1982.[cit. SCHUBARTH, BT3].
- SCHUBARTH, Martin/ALBRECHT, Peter, *Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil*, t. 2, artículo 137-172, Schulthess, 1997.
- SCHWANDER, Vital, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, 2.ª ed., Zürich, 1964.
- SIMSON, Gerhard/ GEERDS, Fridrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht*, Múnich, 1969.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. III, Buenos Aires, 1963.
- SOLER, Sebastián, *Las palabras de la ley*, México D. F., 1962.
- SOTO, Hernando de, en colaboración con E. Ghersi y M. Bhibellini, *El otro sendero, La Revolución Informal*, 3.ª ed., Lima, 1988.

- STRATENWERTH, Günther, *Strafrecht, Besonderer Teil I, Straftaten gegen Individualinteressen*, 6.^a ed., Berna, 2003. [STRATENWERTH, BT I].
- THORMANN, Philipp/VON OVERBECK, Alfred, *Schwiezerisches Strafgesetzbuch*, t. II, Besonderer Teil, Zürich, 1941.
- TRECHSEL, Stephan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Kurzkomentar, Zürich, 1993 (reimpresión). [cit. TRECHSEL, Kurzkomentar].
- WESSELS, Johannes, *Strafrecht, Besonderer Teil I*, 10.^a ed., Heidelberg, 1986. [WESSELS, BT I].