

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Análisis de los estándares establecidos por el Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 en relación al delito de difamación y el ejercicio de la libertad de expresión e información: estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 2007 al 2020.

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Bachiller en Derecho

AUTOR

Pariona Vega, Juan Ignacio

ASESOR

Galvan Ramos, Marcos Ivan

RESUMEN

El presente trabajo analiza once (11) sentencias de la Corte Suprema de Justicia relativas al delito de difamación con el objetivo de identificar la utilidad y falencias del Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 en la resolución del conflicto entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de expresión e información. Luego, con el apoyo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes, se realiza un balance crítico del Acuerdo Plenario y se proponen reformulaciones más específicas de los criterios empleados en la ponderación. El estudio permite identificar que los criterios empleados en el juicio de ponderación propuesto (interés público, ofensividad formal y veracidad subjetiva) no fueron delimitados adecuadamente para evitar fallos disímiles y contribuir a la seguridad jurídica. El concepto de interés público no fue definido con precisión y se extendió indebidamente su aplicación al ámbito del espectáculo. Asimismo, considerar que la ofensividad debe ser “formal” resultó contraproducente porque centralizó el análisis en la ofensividad en abstracto, en lugar de prestar atención a la ofensividad real en el contexto concreto. Finalmente, la falta de criterios para la probanza del cumplimiento del deber de veracidad conllevó a que se le dé una incorrecta importancia a la verdad ex post del hecho informado, de manera contraria a la naturaleza subjetiva del deber de veracidad.

PALABRAS CLAVE: Difamación, Derecho al Honor, Libertad de Expresión e Información, Interés Público, Veracidad Subjetiva, Ofensividad Formal

ABSTRACT

This paper analyzes eleven (11) judgments of the Supreme Court of Justice related to the crime of defamation in order to identify the usefulness and shortcomings of Plenary Agreement N ° 3-2006 / CJ-116 in the resolution of the conflict between the right to honor and the rights to freedom of expression and information. Then, with the support of the pertinent jurisprudence and doctrine, a critical balance of the Plenary Agreement is made and possible improvements are proposed. It is concluded that the criteria used in the proposed weighing trial (public interest, formal offensiveness and subjective veracity) did not receive a sufficiently precise treatment to avoid dissimilar judgments and contribute to legal certainty. The concept of public interest was not precisely defined and its application was improperly extended to the field of entertainment. Considering offensiveness to be “formal” was counterproductive because it focused the analysis on offensiveness in the abstract, rather than paying attention to actual offensiveness in the concrete context. Finally, the lack of criteria for proof of compliance with the duty of truthfulness led to incorrect importance being given to the ex-post truth of the reported fact, contrary to the subjective nature of the duty of truthfulness.

KEY WORDS: Defamation, Right to Honor, Freedom of Expression and Information, Public Interest, Subjective Truthfulness, Formal Offensiveness

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
I. CAPÍTULO 1: MARCO METODOLÓGICO.....	5
1. Método de investigación.....	5
2. Nivel de investigación.....	5
3. Enfoque de investigación.....	5
4. Técnicas de investigación.....	6
II. CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO-NORMATIVO.....	6
1. Marco teórico.....	6
1.1.- Teoría de la colisión de derechos fundamentales.....	6
1.2.- Teoría de la ponderación.....	8
1.3.- Criterios para la ponderación del honor y las libertades informativas.....	10
2. Marco normativo.....	17
2.1.- Normas internacionales.....	17
2.2.- Normas nacionales.....	18
III. CAPÍTULO 3: EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO EN LA JURISPRUDENCIA.....	19
1. Análisis del Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116.....	19
2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema.....	21
2.1. Aplicación del criterio del interés público.....	21
2.2. Aplicación del criterio de ofensividad formal.....	25
2.3. Aplicación del criterio de veracidad subjetiva.....	28
3. Toma de postura.....	29
IV. CONCLUSIONES.....	36
BIBLIOGRAFÍA.....	37

INTRODUCCIÓN

Han transcurrido casi 15 años desde la publicación del Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116, elaborado por el pleno de jueces supremos penales de la Corte Suprema de Justicia del Perú con el objetivo de brindar criterios en los casos en los que entran en conflicto los derechos fundamentales al honor, bien jurídico protegido penalmente por los delitos de difamación, injuria y calumnia, y la libertad de expresión e información como supuestos de causas de justificación por el ejercicio legítimo de un derecho. En el transcurso de todos esos años, no se ha realizado ningún estudio académico que se haya centrado específicamente en analizar la aplicación del acuerdo en la jurisprudencia de la Corte Suprema para verificar si este coadyuvó a garantizar la seguridad jurídica a través de criterios claros y precisos que permitieran una aplicación razonable del derecho penal y un ejercicio sensato de las libertades informativas.

Esta ausencia de evaluación de la aplicación de los criterios actuales del acuerdo plenario que la Corte Suprema e instancias inferiores del Poder Judicial están obligados a aplicar es preocupante si se tiene en cuenta que los delitos contra el honor siempre han estado en el centro de la polémica, al punto que un sector de la comunidad jurídica propone su supresión para dar paso a la vía civil como medio óptimo para la defensa del derecho al honor.¹ Este cuestionamiento al mérito que tienen las conductas de injuria, difamación y calumnia para ser conductas merecedoras de tipificación penal devela que dichos tipos penales en sí mismos son vistos como insuficientemente lesivos para ameritar la intervención del derecho penal en virtud de principios como el de lesividad, ultima ratio, fragmentariedad y subsidiariedad, de lo que se desprende que una aplicación irreflexiva de estos tipos penales comporta un elevado riesgo de abuso en la utilización del derecho penal que podría significar una violación de los derechos a la libertad de expresión e información. Por esta razón, ante la controversial existencia de los delitos contra el honor y la importancia crítica de las libertades de expresión e información para formar ciudadanos capaces de sostener una democracia con pluralismo político, resulta patente la relevancia de realizar un trabajo de investigación como el que se propone a continuación.

El tema central de esta investigación es el tratamiento que el Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 hace del derecho a la libertad de expresión e información como causa de justificación en el delito de difamación. La pregunta que se busca responder es si el acuerdo ha logrado consolidar un óptimo criterio de ponderación para resolver el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión e información y el derecho al honor en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y la hipótesis es que no lo ha conseguido plenamente, al no haber uniformizado la aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información por no brindar herramientas

¹ Walter Palomino. *Análisis de los conceptos de honor y de los delitos de injuria y difamación*. En Derecho y Sociedad. N°37. (Lima, 2011), 333-342. En el mismo sentido Javier Valle Riestra. "Despenalización de los Delitos contra el honor", En: Gaceta Penal y Procesal Penal. Tomo 2, (Lima: Gaceta Jurídica, 2009), 145.

jurídico-teóricas para establecer con precisión cuándo se está dentro del ámbito público y cuándo las frases son objetivamente injuriosas.

I. CAPÍTULO 1: MARCO METODOLÓGICO

1. Método de investigación

Se empleará un método de investigación inductivo por medio de la observación de criterios específicos empelados en 11 sentencias de la Corte Suprema de Justicia donde se resuelven en última instancia recursos de nulidad en los que se discute la aplicación de la causa de justificación del ejercicio legítimo de las libertades informativas en procesos seguidos por el delito de difamación. A partir de esta observación de casos particulares, se buscará identificar patrones comunes que permitan realizar generalizaciones para describir los problemas en la aplicación del Acuerdo Plenario. Asimismo, se empleará el método deductivo a través de la aplicación de principios generales del derecho penal y de construcciones teóricas dogmáticas y jurisprudenciales de los derechos a la libertad de expresión e información para determinar si hubo errores en la resolución de los recursos de nulidad y para proponer mejoras al Acuerdo Plenario. Además, se empleará el método analítico por medio del estudio de los componentes teóricos que componen los derechos a la libertad de expresión e información y también del estudio de los elementos que ofrece el Acuerdo Plenario para resolver la colisión de las libertades informativas con el derecho al honor. Finalmente, se utilizará el método sintético al proponer definiciones más concretas y útiles de los criterios empelados en el Acuerdo Plenario a través de la aplicación de los elementos más abstractos hallados en la doctrina y jurisprudencia sobre las libertades informativas y demás principios aplicables.

2. Nivel de investigación

Respecto del nivel de la investigación, se trabajará a nivel exploratorio, en la medida que existen pocos trabajos de investigación que versen sobre el Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 y todos ellos se centran en analizarlo desde una perspectiva abstracta, sin que exista algún trabajo empírico que haya evaluado su aplicación en casos reales. También se investigará a nivel descriptivo al momento de presentar el contenido del Acuerdo Plenario y de las 11 sentencias de la Corte Suprema. Se buscará describir objetivamente tales contenidos para asegurar una crítica posterior sólida a la luz de los elementos teóricos dogmáticos y jurisprudenciales de apoyo.

3. Enfoque de investigación

El enfoque de investigación es cualitativo, pues los datos recolectados en la investigación (sentencias, jurisprudencia y doctrina) se analizaron a partir de los criterios conceptuales que utilizaron para resolver la colisión entre el derecho al honor y las libertades informativas. Todo este proceso de investigación tuvo como fin último construir categorías de ponderación que sirvieron para cuestionar el Acuerdo Plenario.

4. Técnicas de investigación

Finalmente, la técnica de investigación empleada fue la investigación documental a través de la recopilación de antecedentes normativos, doctrinarios y jurisprudenciales que sirvieron de apoyo para analizar y criticar la aplicación del Acuerdo Plenario en las 11 sentencias en las que se evaluó la aplicación del test de ponderación propuesto por el Acuerdo Plenario para resolver diversas acusaciones de difamación. Para tal fin, se hizo una recolección y lectura crítica de estas sentencias, junto con otras más que no fueron empleadas por carecer de la complejidad necesaria para enriquecer el análisis sobre la utilidad del Acuerdo Plenario.

II. CAPÍTULO 2: MARCO TEÓRICO-NORMATIVO

En este capítulo se presentarán los instrumentos normativos y teóricos que se emplearán para el análisis de la aplicación del Acuerdo Plenario.

1. Marco teórico

A partir de ciertos antecedentes dogmáticos y jurisprudenciales, construiremos los elementos teóricos que nos servirán para determinar cuáles son los requisitos para el ejercicio legítimo de los derechos a las libertades informativas y cómo debe tratarse su colisión con el derecho al honor. Estos elementos son la teoría de la colisión de derechos, la teoría de la ponderación y los criterios fundamentales para la ponderación entre el honor y las libertades informativas que consisten en el interés público y conceptos afines, la ofensividad formal u objetiva y el deber de veracidad.

1.1.- Teoría de la colisión de derechos fundamentales

Las colisiones entre derechos fundamentales como el honor y la libertad de expresión tienen una especial naturaleza y han generado un estudio más reciente y distinto del de la clásica dogmática para la resolución de antinomias entre normas con rango infraconstitucional en donde se recurría a los clásicos criterios de orden cronológico, de especialidad y de jerarquía. Señala Bobbio, describiendo esta concepción positivista, que frente a dos normas incompatibles “[...] solo una puede (pero no necesariamente debe) formar parte del mismo Ordenamiento; o lo que es lo mismo: la compatibilidad de una norma con su Ordenamiento (es decir, con las restantes normas) es condición necesaria para su validez.”² Aquel clásico modelo, propio de los sistemas jurídicos de corte legalista, fue insuficiente ante el surgimiento del estado constitucional, en el que las constituciones obtuvieron fuerza normativa y pasaron a ser verdaderos instrumentos jurídicos. A partir de ello, la constitucionalización del ordenamiento jurídico reconfiguró la labor interpretativa del juez y trajo nuevas exigencias argumentativas que vienen siendo estudiadas desde el siglo pasado y que dieron nacimiento a la rama académica de la argumentación jurídica. Esta rama se enfrenta a problemas que surgen debido a que “en determinadas ocasiones, el

² Norberto Bobbio. *El positivismo jurídico*. (Madrid: Debate, 1993), 206.

Derecho exige de los órganos de aplicación que tomen en consideración ciertos juicios de valor para la identificación del Derecho aplicable [...]”³ Estos juicios de valor que los operadores jurídicos deben aplicar se hacen necesarios debido a la particular estructura de muchas de las normas constitucionales, en especial aquellas que consagran derechos fundamentales, y por los elevados niveles de generalidad y abstracción de los conceptos empleados en ellas. Estos factores desencadenan las colisiones entre derechos fundamentales, que no son sino colisiones entre principios a las que se les debe dar solución.

Todas estas cuestiones conllevaron al surgimiento de múltiples teorías de argumentación e interpretación de la constitución que no pretendemos abarcar en su totalidad en este trabajo. No obstante, nos parece relevante destacar el punto de convergencia de todas estas teorías que, según la doctrina nacional especializada, es el siguiente:

[...] hoy en día, hay cierto consenso para pensar que el Derecho consiste, al menos en su estructura normativa, en dos grandes momentos de creación de normas. En un primer momento, se avanza en crear el marco general de referencia con enunciados normativos que se convierten en el punto de partida de las concreciones futuras: este es el campo de la legislación en sentido amplio. Pero este primer momento no es suficiente si queremos que el Derecho sea una herramienta que perdura. Necesitamos un segundo momento de concreción normativa en el que los intérpretes, tienen y deben, tener un margen de discreción legislativa también. El Estado de Derecho consistiría de este modo, en un espacio de colaboración constante entre legisladores que promueven discursos normativos y concretizadores de estos discursos.”⁴

Partiendo de esta necesidad argumentativa de concretización de la Constitución, se requiere de criterios que permitan lograr una aplicación racional de las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales. Solo así se evitará caer en lo que Tribe y Dorf denominan falacias de desintegración e hiperintegración de la Constitución. La primera se refiere a realizar interpretaciones limitadas y aisladas de los artículos constitucionales, sin tener en cuenta cómo estos podrían estar relacionados y condicionados entre sí; mientras que la segunda falacia se refiere a considerar a la Constitución como un todo con una intención única, basada en un único sistema de valores y que responde a una sola visión política.⁵ Tal visión estrecha de la realidad constitucional es muy superficial e ignora el proceso de elaboración de las constituciones, en el que concurren diversas fuerzas políticas en una asamblea constituyente plural que termina por generar, con el fin de lograr un consenso, una constitución lo suficientemente flexible como para perdurar y hacer frente a los constantes cambios sociales sin quedar desfasada y estancada.

³ Ródenas, Ángeles. *Valoración y argumentación en el Derecho. En La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. (Lima: Palestra, 2017), 207.

⁴ Grández, Pedro. *La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. (Lima: Palestra, 2017), 284.

⁵ Lawrence, Tribe y Michael Dorf. *Interpretando la Constitución*. 2da Edición. (Lima: Palestra, 2017), 66-79.

1.2.- Teoría de la ponderación

Para lograr una concretización adecuada de normas, se debe partir del entendimiento de la dicotomía regla-principio que permite diferenciar los dos tipos de normas que se hayan en nuestro ordenamiento jurídico. Se habla de principios cuando se está ante normas que contienen mandatos de optimización que exigen que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible según las posibilidades fácticas y jurídicas del caso: mientras que las reglas son normas que establecen mandatos definitivos de deber ser que, de ser válidos y aplicables, son de obligatorio cumplimiento y no admiten ser cumplidas de manera gradual como los principios.⁶ Sobre la base de esta categorización de normas, los derechos fundamentales consagrados en la Constitución caen en la categoría de principios, pues no presentan un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica concretos que operan de modo automático mediante la subsunción, sino que están estructurados como mandatos de optimización que señalan de modo abstracto que las personas tienen determinados derechos. Por ello, la resolución de colisiones entre derechos fundamentales debe resolverse a la luz de las teorías de colisión de principios.

Para resolver las colisiones entre normas-principio, uno de las teorías más conocidas y que incluso suele ser empleada por nuestro Tribunal Constitucional es la teoría de la ponderación de Alexy. Este autor propone un método dividido en tres pasos para garantizar la máxima optimización de los principios en el caso concreto. El primer paso es el test de idoneidad y consiste en verificar que la medida que afectará a uno de los principios beneficiará la realización del otro. El segundo paso es el test de necesidad, que implica verificar que, si existen dos o más medios que benefician por igual a un determinado principio, se deberá escoger el que afecta menos al otro principio. Finalmente, el test de proporcionalidad en sentido estricto tutela la optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y exige que mientras mayor sea la afectación de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.⁷

Señala Ruiz Manero que el resultado de este proceso deliberativo de ponderación es la concretización de una regla para el caso concreto que señale qué principio debe prevalecer concluyentemente por sobre el otro, y cita como ejemplo la regla elaborada por el Tribunal Constitucional español para los conflictos entre la libertad de información y el honor. La regla consiste en que prevalecerá la libertad de información si es que esta es veraz, de relevancia pública y es expresada de manera no injuriosa; mientras que bastará que esté ausente uno de dichos requisitos para que se imponga el honor.⁸

⁶ Portocarrero, Jorge. *Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. (Lima: Palestra, 2017), 297.

⁷ Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Coordinado por Gonzalo Villa Rosas. (Lima: Palestra, 2019), 238-240.

⁸ Ruiz, Juan. *El legado del positivismo jurídico: Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. (Lima-Bogotá: Palestra, Temis, 2014), 183-184.

Este procedimiento de ponderación y la concepción de las normas constitucionales de la que parte han sido criticados por cierto sector de la doctrina que considera que el sistema de normas jurídicas está estructurado a la luz de la lógica y del principio de no contradicción, por lo que en realidad sería imposible hablar de verdaderas colisiones y afectaciones de un derecho fundamental para satisfacer a otro.⁹ Personalmente, concuerdo con esta postura y considero que el sistema de normas constitucionales está libre de contradicciones y que las llamadas colisiones en realidad son conflictos aparentes dada la vaguedad propia de las normas-principio, frente a la cual es necesario realizar una operación de ponderación para definir con mayor precisión los contornos de cada derecho. Sin embargo, se debe reconocer que esta precisión tiene relevancia meramente teórica, pues en la práctica, ya sea que se piense que el test de ponderación resuelve colisiones y justifica que se afecte ciertos derechos en beneficio de otros, o que se considere que en realidad esclarece falsas colisiones mediante el descubrimiento de los verdaderos límites de los derechos en aparente conflicto, lo cierto es que la ponderación siempre será necesaria y no podrá renunciarse al deber de concretizar los principios y extraer de ellos las reglas pertinentes para los casos que se vayan presentando.

Otra crítica a la teoría de la ponderación de Alexy señala que el test de proporcionalidad en sentido estricto en el fondo solo brinda un modelo procedimental, pero que a la hora de otorgar un peso a la afectación y la satisfacción de los derechos, no existe un verdadero baremo objetivo, por lo que en el fondo se trata de una fórmula de ponderación vacía pero justificada a partir de una visión de las personas como seres razonables y discursivos con una fuerte tendencia a la búsqueda de corrección en sus decisiones.¹⁰ Consideramos que la crítica es acertada, pero, al igual que la crítica anterior, no parece tener mayores efectos prácticos, pues por más que sea plausible que los valores no puedan ponderarse de manera objetiva, no se puede renunciar a la ponderación a través de un diseño procedimental racional. Tales son las exigencias de un Estado de derecho que proscribe la arbitrariedad y exige, por más que no haya garantías de que los valores constitucionales sean objetivos, que las decisiones de los jueces estén debidamente motivadas por medio de argumentos racionales. No importa si la motivación es solo racional en la forma y no se pueda determinar si lo es en el fondo, pues dicha forma es crucial y permite la discusión crítica y el ejercicio de la razón práctica, que por cierto son los que ha traído progreso a la humanidad.

Finalmente, se ha advertido que la concretización de normas por medio de la ponderación en realidad no es una verdadera concretización, pues las supuestas reglas que resultan de la ponderación siguen siendo derrotables, esto es, que pueden no ser aplicables a un caso que surja en el futuro. No obstante, señala Manero acertadamente que la concretización inicial entre dos principios que no

⁹ Toller, Fernando. *La imposibilidad de las colisiones entre derechos fundamentales. Aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional*. En Revista de Derechos Humanos. Volúmen 3. (Piura: IDH, Universidad de Piura, 2012), 72-74.

¹⁰ Sardo, Alesio. *Teorías de la ponderación. Análisis crítico*. En La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. (Lima: Palestra, 2017), 268-269.

habían sido ponderados previamente (situación que él llama de laguna normativa) no es una situación comparable a la necesidad de volver a ponderar una regla derivada de una ponderación previa por la aparición de un caso particular que así lo exija (laguna axiológica), pues esta última regla requerirá de una ponderación con mayores elementos a tener en cuenta, como por ejemplo los principios vinculados al seguimiento de reglas.¹¹ Se trata, pues, de un proceso progresivo de afinamiento normativo que no se detiene con la primera ponderación que dé lugar a una regla, ya que es humanamente imposible prever qué nuevos casos podrían surgir en el futuro que requiriesen un mayor afinamiento y concretización normativa, lo cual no quita que haya habido un progreso respecto de la situación inicial en la que solo había principios abstractos en colisión. En consecuencia, esta crítica no desacredita, a nuestro parecer, la teoría de la ponderación, sino que más bien precisa sus infranqueables limitaciones, las cuales por cierto no le quitan utilidad, sino que resaltan la naturaleza cambiante de un ordenamiento jurídico constitucional que se va concretizando progresivamente por medio de la labor de los operadores jurídicos. Se trata, entonces, de una ponderación progresiva que, al igual que las sociedades humanas, está en constante desarrollo.

1.3.- Criterios para la ponderación del honor y las libertades informativas

A partir de la revisión de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales de nuestra investigación, hemos identificado que las colisiones entre las libertades informativas y el derecho al honor se han venido ponderado sobre la base de tres criterios: interés público del hecho informado, veracidad subjetiva de la información y ofensividad formal. Estos criterios también son empleados, como se verá más adelante, en el propio Acuerdo Plenario, por lo que procederemos a desarrollar cada uno de ellos con el fin de disponer de las herramientas teóricas necesarias para una posterior evaluación de la aplicación del Acuerdo Plenario en la jurisprudencia seleccionada en nuestra investigación.

1.3.1.- El interés público

El profesor Landa conceptualiza la opinión pública como aquella percepción de la sociedad que “surge en virtud de un efectivo y real debate público, transparente, racional y abierto sobre temas de interés general”.¹² Esta definición se conecta a su vez con el concepto de interés general, objeto de la opinión pública, que dicho autor trata como sinónimo de interés público y que conceptualiza de la siguiente manera:

“[...] serán de interés público todas aquellas materias cuyo conocimiento y debate sean de interés para la comunidad, el mismo que deberá trascender la mera curiosidad, de forma tal que la relevancia de la materia estará dada en función a si la misma permitirá cimentar o cuestionar determinados principios y

¹¹ Ruiz, Juan. *Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales*. En La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. (Lima: Palestra, 2017), 234-236.

¹² César Landa Arroyo, *Libertad de expresión y derecho a la intimidad* (Lima, 2012), 8.

valores sociales imperantes al momento de transmitirse la misma (entiéndase, la información)".¹³

Este autor conceptualiza también la categoría de “personaje público” como aquel que, por las actividades que voluntariamente realiza, despierta en la sociedad un interés derivado de la utilidad que dichas actividades reportan para la configuración de la opinión pública. Así pues, estos personajes tendrían menos protección de derechos como la intimidad y el honor siempre que las informaciones sean sobre tales actividades, lo que significa que tales derechos no desaparecerán por completo. Asimismo, se menciona aquellos personajes que despiertan el interés público por haber participado involuntariamente de un hecho concreto relevante para tal interés. En estos casos, su honor solo podrá verse reducido para informaciones y comentarios sobre ese hecho en concreto.¹⁴

El Tribunal Constitucional peruano, máximo intérprete de la Constitución, desarrolló una interesante propuesta en la sentencia del expediente N°6712-2005-HC/TC para ponderar la colisión entre los derechos a la libertad de información y el derecho a la intimidad. Si bien nuestra investigación no trata sobre dicha colisión, la cercanía entre los derechos a la intimidad y al honor, en tanto ambos están vinculados a la esfera privada en contraposición con la esfera pública y actúan como límites externos de las libertades informativas, y la presencia del derecho a la libertad de información permiten extrapolar las conclusiones y herramientas brindadas por dicha sentencia a la presente investigación. La herramienta útil para la investigación es el denominado “test de desarrollo colectivo” que el TC emplea como dispositivo adicional al clásico test de ponderación (aplicable a los derechos en general) en el entendido de que los conflictos entre derechos a la información y a la vida privada requieren “como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Solo de esta forma podrá ser entendido el interés público [...]”.¹⁵

Seguidamente, el TC divide el test de desarrollo colectivo en dos juicios denominados “juicio de proyección pública” y “juicio de interés del público”. El primero apunta a matizar y clasificar a las personas con proyección pública (vale decir, aquellas que son conocidas por la comunidad en general), según la importancia de sus actividades e influencia, en tres grupos distintos. El primero es el de aquellas personas cuya presencia social es gravitante porque determinan la trayectoria del país en la política, la economía y otros ámbitos sociales de similar relevancia. Ellas son quienes tienen que tolerar un mayor escrutinio público porque solicitan el voto popular. Un grupo distinto es el de aquellas personas populares cuya vida es motivo de curiosidad, pero que no influyen en el curso de la sociedad. En este grupo se sitúa a los personajes de

¹³ *Ibíd.*, 8-9.

¹⁴ *Ibíd.*, 9.

¹⁵ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente N°6712-2005, Sentencia:17 de octubre de 2005, 35.

la farándula y el espectáculo y en el caso concreto el TC determina que las personas de este grupo no ven afectada la protección de su vida privada. Finalmente, se identifica un tercer grupo compuesto por personas que realizan actividades de relevancia pública, pero no inciden en el trayecto de la sociedad. Estos son los funcionarios públicos.¹⁶

Respecto al juicio de interés público, su objetivo es determinar qué asuntos merecen la atención de la sociedad y por tanto justifican una reducción de la protección de la privacidad y, en nuestro caso, eventualmente del honor. El Tribunal considera que la opinión pública se forma a partir de discursos que incidan en la participación de la sociedad en la vida colectiva a través del autogobierno. Se trata de discursos con los que la población pueda identificarse por tratar sobre sus inquietudes y necesidades, o discursos vinculados con el compromiso de los poderes públicos de lograr la igualdad material. De ahí que no baste que el discurso interese a muchas personas, pues podría tratarse de una mera curiosidad o un malsano fisgoneo.¹⁷

De un parecer similar al del TC peruano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la sentencia del caso *Kimel vs Argentina* desarrolla la colisión de la libertad de expresión con el derecho al honor en el caso de funcionarios públicos. La Corte establece que en una sociedad democrática los funcionarios públicos se someten voluntariamente a un mayor escrutinio en virtud de las actividades de naturaleza pública que realizan y que trascienden la esfera privada. Es en relación con estas actividades que debe haber un relajamiento en la protección del derecho al honor de los funcionarios frente a las críticas a la idoneidad de su persona y su labor.¹⁸

Como se aprecia, si bien el caso resuelto por la Corte trataba sobre una querrela impulsada por un juez, la Corte vincula la reducción del alcance del derecho al honor con la promoción del debate público, el interés público que justifica la mayor intromisión en las actividades de los funcionarios y la formación de la opinión pública que, en una sociedad democrática, gira en torno a cuestiones que afectan bienes sociales dignos de interés. El fundamento radica, pues, en la naturaleza de las actividades más que en la calidad de funcionario del sujeto.

Asimismo, en el caso *Lingens vs Austria* de la Corte Europea de Derechos Humanos, que gira en torno a una querrela presentada por el canciller del gobierno contra el periodista Lingens por artículos donde le hizo críticas por sus alianzas en el marco de un periodo electoral, también se resalta el estrecho vínculo entre el derecho a las libertades informativas y el interés público en los siguientes términos:

¹⁶ *Ibíd.*, 36.

¹⁷ *Ibíd.*, 38-39.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia: 2 de mayo de 2008, 21-22

“The limits of acceptable criticism are accordingly wider as regards a politician as such than as regards a private individual. Unlike the latter, the former inevitably and knowingly lays himself open to close scrutiny of his every word and deed by both journalists and the public at large, and he must consequently display a greater degree of tolerance. [...] The articles dealt with political issues of public interest in Austria which had given rise to many heated discussions concerning the attitude of Austrians in general - and the Chancellor in particular - to National Socialism and to the participation of former Nazis in the governance of the country. [...] regard must be had to the background against which these articles were written. They had appeared shortly after the general election of October 1975”.¹⁹

En este caso, al igual que su equivalente americano, la Corte destaca que los individuos sumergidos en el mundo de la política ven limitado su derecho al honor y deben ser más tolerantes hacia las críticas porque están sometidos a un escrutinio público justificado por las actividades de interés público que realizan y que dan lugar a importantes discusiones públicas, más aún en el marco de un proceso electoral.

La doctrina nacional también se ha pronunciado sobre el alcance del ámbito público. Por ejemplo, se establece que “[...] la trascendencia pública de la noticia tiene que ver, esencialmente, con su relevancia para la formación de una opinión pública veraz y objetiva en el sentido de contribuir al fortalecimiento de una sociedad democrática [...] incluir en la categoría de asuntos de relevancia pública todos aquellos hechos que faciliten o hagan posible la vida comunitaria”.²⁰ Este autor considera además que los funcionarios y servidores públicos verían limitado su derecho al honor, pero añade el siguiente matiz:

“No basta, entonces, que el sujeto tenga la calidad de funcionario público, sino que los hechos que se vinculan han de tener un cierto “interés público” en cuanto a la formación de una opinión pública veraz y objetiva. A la ciudadanía no le debe interesar quién lleva a la cama un ministro de Hacienda por las noches, cuando ya culminó su labor pública, sino lo que le debe interesar, en todo caso, es cómo maneja este señor los asuntos públicos, de forma apropiada y, sobre todo, con honestidad y probidad”.²¹

Se repite nuevamente la relevancia de que la crítica o información grave en torno a un tema de interés público, más que alrededor de un personaje público. Importa el asunto más que la persona porque el fundamento que justifica la existencia de las libertades informativas es permitir la discusión sobre temas relevantes para el bienestar general. A raíz de ello, el autor se pregunta si la prensa de espectáculos (paparazzi) que se dedica a seguir a los personajes de la “farándula” del mundo del entretenimiento y a escarbar incluso en la vida privada de los futbolistas de la selección merece también estar protegida por las

¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Expediente N°9815/82, Sentencia: 8 de julio de 1986, 13-14.

²⁰ Alonso Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra el honor: Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*, 3ra ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 284.

²¹ *Ibíd.*, 286.

libertades informativas y si esos ámbitos son de interés público. Termina por negar esta posibilidad “[...] pues lo que hagan estas personas en su vida privada (actos de infidelidad, violencia familiar, etc.), a mi modo de entender, no posee “trascendencia pública”, a lo único que se dirigen es a alimentar el morbo de la gente. Cuestión distinta es cuando son partícipes de hechos que pueden ser calificados como una conducta delictiva [...]”.²²

Finalmente, en lo que respecta a la doctrina nacional, otra doctrina llega a elaborar una breve lista de tópicos que harían parte del interés público y que consisten en “[...] lo que interesa al buen orden, gobierno, prosperidad, felicidad, subsistencia, salubridad, higiene, etc., de la sociedad política (conformada por todos los habitantes de la nación, de una provincia, de un municipio o de una zona)”.²³ A partir de estos tópicos, los autores también identifican la doctrina del interés público subjetivo que pone el acento en la condición del sujeto del que se informa y si tiene notoriedad pública, pero la descartan porque la condición de funcionario por sí misma no justifica una mayor intromisión en su honor. Esta estará justificada, en todo caso, por la relevancia pública del hecho informado, al punto que es aplicable también para personas no públicas que circunstancialmente se vean involucradas en asuntos de trascendencia social.²⁴

1.3.2.- La ofensividad formal

En lo referido a la ofensividad formal, la jurisprudencia de la CIDH en el caso *Kimel vs Argentina* ya había señalado lo siguiente:

“En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población [...] La crítica realizada por el señor Kimel estaba relacionada con temas de notorio interés público, se refería a un juez en relación con el desempeño de su cargo y se concretó en opiniones que no entrañaban la imputación de delitos [...] El señor Kimel no utilizó un lenguaje desmedido y su opinión fue construida teniendo en cuenta los hechos verificados por el propio periodista”.²⁵

Asimismo, el TEDH en el caso de *Lingens vs Austria* terminó por considerar las frases “bajo oportunismo”, “inmoral” e “indigno” como no atentatorias del honor por tratarse de críticas en el marco de un proceso electoral, hechas contra el canciller y por estar basadas en hechos indiscutidos.²⁶

La doctrina nacional ha señalado que en la interpretación de la ofensividad no puede caerse en un formalismo, legalismo o positivismo exagerados, pues

²² *Ibíd.*, 288.

²³ Tomás Aladino Gálvez Villegas, Walther Javier Delgado Tovar y Ricardo César Rojas León, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II (Lima: Jurista Editores, 2017), 113.

²⁴ *Ibíd.*, 115-116

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia: 2 de mayo de 2008, 22-23.

²⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Expediente N°9815/82, Sentencia: 8 de julio de 1986, 15.

deben tenerse en cuenta los principios de lesividad y ultima ratio del derecho penal para evitar que tengan que sancionarse todas las expresiones injuriantes que los ciudadanos se lanzan permanentemente unos a otros en el día a día, pues “El comportamiento prohibido debe traducirse en una merma del prestigio social y de la autoestima, pero su lesividad dependerá de que en realidad se afecte la posición social de la persona en el marco de un proceso de integración entre los ciudadanos, así como su estimación individual”.²⁷ De ahí que se afirme que “[...] en el juicio que el operador judicial realice a fin de establecer si estamos frente a un comportamiento típico, no solo deberá tomarse en cuenta las características objetivas de la acción lesiva del honor, sino las circunstancias fácticas en las que se produce y las consideraciones que la sociedad en su conjunto considera adecuadas para afectar la estima personal o comunitaria de una persona”.²⁸ Se aprecia, pues, que para la doctrina nacional el análisis debe ir más allá del significado de diccionario de la palabra o frase bajo análisis y debe tenerse en consideración su significado en el contexto concreto. Además, deben respetarse plenamente los principios rectores del derecho penal (subsidiariedad y lesividad), lo que implica sancionar solo las injurias gravemente lesivas.

Por último, a título comparativo, en la doctrina extranjera que comenta la jurisprudencia del TEDH se señala más explícitamente que el Convenio Europeo de Derechos Humanos protege también las ideas e informaciones que chocan, ofenden o inquietan al Estado o a una parte de la población e incluso aquellas que son exageradas o provocadoras o que presentan alta carga crítica o despectiva (*animus retorqueudi*). Asimismo, el Tribunal emplea un criterio interesante para los juicios de valor no sometidos al deber de veracidad, consistente en que los mismos deben tener una suficiente base fáctica que demuestre que fueron emitidos con buena fe y evite que sean amparados juicios de valor infundados o realizados de manera desleal.²⁹

Para concluir con este capítulo, corresponde mencionar algunos alcances doctrinarios sobre el principio de lesividad penal mencionado en el artículo IV del Código Penal. Como se advierte de la literalidad de dicho precepto, el principio de lesividad está muy relacionado con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos sobre el que la doctrina refiere lo siguiente:

“El derecho penal de un Estado social ha de justificarse como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “**bienes jurídicos**”. Se dice, entonces, que el Derecho penal solo puede proteger “bienes jurídicos” [...] Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes

²⁷ Alonso Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra el honor: Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*, 3ra ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 165.

²⁸ Tomás Aladino Gálvez Villegas, Walther Javier Delgado Tovar y Ricardo César Rojas León, *Derecho Penal: Parte Especial*, Tomo II (Lima: Jurista Editores, 2017), 149.

²⁹ Alejandro de Pablo Serrano, *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas: Modelos del Common Law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.*, ed. por Julio César Jaira, (Buenos Aires: BdeF, 2018), 323-324.

jurídicos **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en el sistema social.”³⁰

Del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos se desprende lógicamente el principio de lesividad penal, sobre el que la doctrina nacional señala que “En virtud de este principio, la imposición de una sanción penal requiere que la conducta incriminada haya lesionado el bien jurídico protegido. Por el contrario, si la conducta no cuenta con esa lesividad, entonces no estará justificado sancionarla penalmente.”³¹

1.3.3.- El deber de veracidad subjetiva

Uno de los requisitos para ejercer el derecho a la libertad de información es el cumplimiento del deber subjetivo de veracidad. Este se desprende de la propia naturaleza del derecho a informar libremente, pues, a diferencia de la libertad de expresión, se centra en comunicar hechos y no opiniones o juicios de valor. Esto implica que los hechos comunicados pueden ser sometidos a un juicio de veracidad para determinar si son verdaderos o falsos, conformes o no con la realidad.

La doctrina especializada entiende que este deber de veracidad subjetiva tiene dos aspectos. El aspecto objetivo se refiere al nivel de correspondencia que tiene que existir entre el hecho comunicado y la realidad y exige que la noticia tenga cuenta menos visos objetivos de verdad, sin importar si al final termina siendo falsa. En otras palabras, no se exige una verdad absoluta por el obstáculo que ellos significaría para la exigencia de velocidad en la información de asuntos públicos. En cambio, el aspecto subjetivo del deber se refiere al estado mental del informante frente a los visos de verdad y consiste en el grado de conocimiento, buena o mala fe, alta o baja diligencia, temeridad y conocimiento de la verdad o falsedad de la información.³²

Sobre el segundo aspecto, el referido autor adopta la posición de objetivarlo de la siguiente manera:

“Si se lo considera objetivo, el libre ejercicio de la libertad de expresión o prensa estará satisfecho con la búsqueda y chequeo de datos y elementos de la realidad que doten a la noticia de certeza, que permitan a cualquiera, y no solo a una creencia del autor, sostener que se trata de un hecho real. El ejercicio de la libertad de expresión se asemejaría más a una obligación de medio que de resultado. Satisfechos determinados requisitos objetivos *ex ante* de la publicación, se alcanza el estándar constitucional. Pero ello implica también, que carecerá de importancia cuál es el fin último que tuvo el informador al comunicar la noticia “veraz”, sea aquél lícito o ilícito, ya que lo que calificaría a la información como antijurídica (no protegida por la Constitución) no es la posición subjetiva del agente sino su objetividad.”³³

³⁰ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 7ma ed. (Buenos Aires: BdeF, 2004), 128-129.

³¹ Percy García Cavero, *Derecho Penal Parte General*, 3ra ed. (Lima: Ideas, 2019), 124.

³² Javier Augusto de Luca, *La veracidad, las expresiones y el derecho penal*, en Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional, Dir. Por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. (Valencia: Tirant lo blanch, 2012), 42-48.

³³ *Ibíd.*, 49.

Establecidas las características del deber de veracidad como componente de la libertad de información, surge en la doctrina la duda de si, como sucede en otras causas de justificación, la comprobación ex post de la falta de ciertos elementos subjetivos u objetivos podría impedir que dicha causa se configure en el caso concreto. Nos referimos, específicamente, a casos de error sobre los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Este error presentaría especial dificultad en aquellos supuestos en los que logre demostrarse que el informante actuó con malicia sobre la base de meros rumores no debidamente contrastados que al final resultaron ser ciertos. La doctrina nacional señala al respecto que “[...] si el agente actuó de forma indebida e indiligente, habiéndose basado únicamente en rumores, estando anímicamente más cerca de la falsedad que de la veracidad, aun acreditándose la verdad del hecho no podrá ser exonerado de una pena vía dicha causa de justificación [...]”.³⁴

La doctrina extranjera considera que la causa de justificación se completa con la veracidad, sin importar la comprobación ex post de si la información comunicada fue o no verdadera. Sin embargo, de manera contradictoria se resuelve el caso propuesto (informante que no cumple deber de veracidad, pero cuya información es verdadera) considerándose aplicable la causa de justificación, pese a faltar el componente subjetivo del deber de veracidad, en el entendido de que el ejercicio objetivo de un derecho constitucional no requiere un acompañamiento subjetivo.³⁵ Ante ello surge la interrogante de cómo podría haber un verdadero ejercicio legítimo del derecho de informar libremente sin haberse cumplido con todos sus requisitos de ejercicio.

En consecuencia, consideramos acertada a la doctrina nacional, pues entiende que la naturaleza del ejercicio del derecho a la libertad de información exige una actitud (componente subjetivo) antes que un hecho objetivo verificado ex post. Esa es la esencia del requisito del deber de veracidad subjetivo, en donde nunca llega a ser relevante la verdad del hecho comunicado. Por ende, si no es relevante que el hecho sea falso para que el ejercicio del derecho sea válido, entonces tampoco puede serlo que el hecho sea verdadero.

2. Marco normativo

2.1.- Normas internacionales

En primer lugar, tanto el derecho al honor como el derecho a las libertades informativas se encuentra previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos en los siguientes artículos:

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

³⁴ Alonso Peña Cabrera Freyre, *Delitos contra el honor: Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*, 3ra ed. (Lima: Gaceta Jurídica, 2018), 316-317.

³⁵ Javier Augusto de Luca, *La veracidad, las expresiones y el derecho penal*, en Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional, Dir. Por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. (Valencia: Tirant lo blanch, 2012), 84-87.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. 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 y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas

La Convención considera a ambos derechos como independientes y del mismo nivel. Sin embargo, en la legislación internacional comparada, se aprecia que el Convenio Europeo de Derechos Humanos optó por un camino distinto al considerar para ambos derechos un único artículo con la siguiente redacción:

ARTÍCULO 10

Libertad de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

En este caso, no existe un derecho al honor o reputación autónomo con un artículo exclusivo en el que se especifique su contenido, sino que la reputación es vista únicamente como un límite al derecho a la libertad de expresión.

2.2.- Normas nacionales

En la normativa nacional, ambos derechos están consagrados en la Constitución con el siguiente tenor:

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

De manera similar a la Convención Americana, la Constitución reconoce a ambos derechos como independientes y del mismo valor, pues no establece ninguna clase de jerarquía entre los derechos fundamentales de su artículo 2.

En cuanto a la legislación nacional, el Código Penal vigente contempla el delito de difamación en su artículo 132:

Difamación

Artículo 132.- El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa.

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

Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.

Este delito se ubica en el capítulo destinado a la protección del bien jurídico honor, por lo que para su aplicación debe verificarse siempre que el honor se haya visto vulnerado. Esta exigencia se deriva, entre otros, del principio de lesividad, presente en el Título Preliminar del Código Penal con el siguiente contenido:

Principio de Lesividad

Artículo IV.- La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Este principio está estrechamente relacionado con otros principios penales como el de ultima ratio, fragmentariedad, y subsidiariedad; los cuales tienen por finalidad garantizar un uso razonable del ius puniendi estatal por medio de la reducción de su campo de acción al mínimo indispensable para la protección de los bienes jurídicos más relevantes frente a las acciones más lesivas. Esto último también se exige en virtud del principio de proporcionalidad, por el cual la gravedad de la afectación de los derechos del condenado, propia de la sanción penal, debe justificarse con la protección de un interés lo suficientemente relevante y que haya sido afectado por un peligro o una lesión reales.

III. CAPÍTULO 3: EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DEL ACUERDO PLENARIO EN LA JURISPRUDENCIA

1. Análisis del Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116

El 13 de octubre del año 2006, la Corte Suprema concretó el Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 con el fin de determinar los criterios a seguir en la aplicación de la causa de justificación de ejercicio legítimo de los derechos a la libertad de expresión e información en el delito de difamación. Para tal fin, estableció como vinculantes sus fundamentos jurídicos 8 al 13. En este apartado, se hará una síntesis de dichos fundamentos vinculantes a efectos de poder aplicarlos en apartados posteriores.

En el fundamento jurídico 8, la Corte Suprema establece que su objetivo es resolver la cuestión controvertida a través de un “juicio ponderativo” compuesto por los siguientes pasos: fijar el ámbito propio de cada derecho, verificar los “presupuestos formales” de la limitación, aplicar el “principio de proporcionalidad”, y, finalmente, verificar que el contenido esencial de los derechos se mantenga incólume.

En el fundamento jurídico 9 se reitera que se deben tener como criterios de resolución el ámbito sobre el que recaen las frases ofensivas, que entendemos es una referencia al ámbito propio de cada derecho mencionado en el fundamento anterior; los requisitos formales del ejercicio de cada derecho y la falsedad de las expresiones. Haciendo una interpretación que concuerde con el fundamento jurídico 8, entendemos que los requisitos formales de ejercicio son los “presupuestos formales de limitación” mencionados en dicho fundamento, y la falsedad de las expresiones es, como se verá más adelante, uno de dichos requisitos y no un criterio diferente.

El fundamento jurídico 10 desarrolla el primer paso, que es determinar el ámbito propio de cada derecho o el ámbito en el que recaen las frases consideradas difamatorias. La Corte considera que las libertades informativas y de expresión tiene una naturaleza pública vinculada a la formación de la opinión ciudadana, por lo que las frases deben siempre incidir en la esfera pública de la persona o, eventualmente, en la esfera íntima siempre que, en este último caso, el asunto sea de interés público o exista interés legítimo del público para su conocimiento. Sin embargo, no se define qué debe entenderse por esfera pública, ni interés público, ni interés legítimo del público, ni las relaciones y diferencias entre dichos conceptos. Seguidamente, se señalan dos niveles de relativización o disminución de la amplitud de protección del derecho al honor. El primer nivel está compuesto por los personajes públicos o de relevancia pública, quienes deben superar mayor riesgo de vulneración de su honor en beneficio del interés general. De nuevo, no se define qué debe entenderse por interés general, ni por personaje público o de relevancia pública, ni si estos dos últimos son conceptos diferentes (dos tipos de personaje) o sinónimos. Finalmente, se menciona un segundo nivel en el que el honor se relativizaría aún más, que consiste en los personajes del primer nivel que son objeto de críticas políticas, entendidas como instrumentos del derecho de participación política vinculado al principio de pluralismo democrático.

El fundamento jurídico 11 se refiere al segundo paso, relativo a los presupuestos formales de la limitación o, como se les denomina en el fundamento 9, requisitos formales del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. Este fundamento se centra en el primer requisito, consistente en que están proscritas las palabras o frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones por no servir a la finalidad crítica o informativa de los derechos a la información y expresión y por ser innecesarias al ser posible comunicar la idea sin emplearlas, independientemente de si lo que se dice es verdad o un juicio de valor correcto. Asimismo, no se permiten por ser evidencia de desprecio, menosprecio y animosidad hacia la persona a quien se

dirigen. Finalmente, se brinda un criterio de interpretación que consiste en que los calificativos deben evaluarse en su significado usual y en el contexto en que son proferidos.

El fundamento jurídico 12 describe el segundo requisito del segundo paso, exclusivo del derecho a la libertad de información: el deber de veracidad subjetiva. Este deber implica que el informante no gozará de protección constitucional si es consciente de que está comunicando información falsa (dolo directo) o cuando no muestra diligencia mínima en corroborarla con datos objetivos e imparciales (dolo eventual). Se le denomina deber subjetivo porque se refiere a una actitud que debe seguir el informante, y no tanto a la consecución de una verdad inobjetable, esto es, se busca verosimilitud antes que veracidad absoluta. Asimismo, se señala que el informante debe contextualizar la información de manera conveniente y que siempre debe acreditarse su malicia al informar. Sin embargo, el deber de diligencia o deber de veracidad subjetiva se flexibiliza en los casos del denominado reportaje neutral, en donde se da traslado de la información presentada por otra persona. En este caso, el deber se satisface con verificar la verdad del hecho de la declaración realizada por el informante inicial, mas no si lo expresado en la declaración es verosímil. También debe identificarse al informante inicial, salvo que trate de una fuente genérica o no se sepa quien hizo las declaraciones, y sin incluir opiniones personales. Se concluye señalando que los errores informativos sobre cuestiones de relevancia secundaria carecen de incidencia alguna.

Por último, el fundamento jurídico 13 explica el tercer paso del juicio ponderativo, que pasa por aplicar el “principio de proporcionalidad”. Curiosamente, este paso es exclusiva del derecho a la libertad de expresión, ya que, al no ser los juicios de valorar susceptibles de ser verdaderos o falsos, no es posible aplicar el deber de veracidad subjetiva y debe aplicarse otro tipo de ponderación. Sin embargo, la descripción que se hace de la aplicación de este principio pareciera ser una reiteración de los pasos anteriores, pues consiste en determinar si las frases son de interés público, de nuevo sin definir cuándo algo es de dicho interés, y si las expresiones son indudablemente ultrajantes u ofensivas. Lo único aparentemente novedoso es que se añade que la ofensividad debe ser indudable y que no son ofensivas las expresiones duras o desabridas que puedan disgustar, inquietar o molestar a quien se dirigen.

2. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema

Teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el apartado anterior, pasaremos a analizar cómo han sido aplicados en 11 sentencias de la Corte Suprema de Justicia relativas al delito de difamación. Se analizarán únicamente los primeros dos pasos de los cuatro descritos en el fundamento 8 del Acuerdo Plenario, en la medida en que el tercer paso, como se vio en el apartado anterior, no se distingue en su operatividad de los pasos anteriores y que el cuarto paso no fue desarrollado. No obstante, haremos mayores precisiones sobre estos dos últimos pasos al omento de tomar postura.

2.1. Aplicación del criterio del interés público

Respecto del primer paso del juicio de ponderación, referido al ámbito público, se tiene el recurso de nulidad N°1155-2018. Los hechos consisten en una querrela formulada por el expresidente Alan García contra el director del Diario 16, por una portada donde se colocaron los rostros de Ollanta Humala y García frente a frente y entre ambos se colocaron las frases *“Humala arremete contra gobierno aprista. “Ladrones a la cárcel y no en el poder”. Presidente critica obras inconclusas dejadas por la gestión de Alan García. Insta a pobladores a denunciar a los corruptos “que se tiraron la plata de los gobiernos anteriores”*”. El querellante hace referencia a que en los artículos de la revista que desarrollan la portada se incluyen referencias al discurso de Ollanta, donde este claramente acusa de ladrones de forma genérica a quienes dejaron obras públicas inconclusas, más no individualiza en ningún momento a García. Por ello, el querellante considera malintencionada y difamadora la forma en que está estructurada la portada, pues da a entender que Ollanta llamó ladrón directamente a García. La Corte precisa que las críticas a una gestión gubernamental jamás pueden criminalizarse, ni tampoco las alusiones genéricas a actos de corrupción en obras públicas ni a conductas desviadas de funcionarios. No obstante, en caso de imputaciones individualizadas de actos delictivos, la Corte exige que se haga un test de proporcionalidad y como único criterio vinculado al ámbito público señala que las “personas públicas” deben soportar cierto riesgo de afectación a su derecho al honor en virtud del pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura propios de una democracia. Estas consideraciones deben materializarse en una motivación “especialmente rigurosa”, que la Corte considera no ha sido realizada, por lo que declara la nulidad y remite el caso a un nuevo juez de primera instancia, sin pronunciarse sobre el fondo.

En el recurso de nulidad N°1102-2019 el querellante es presidente de LAN Perú y demanda al querellado, conocido suyo, por haberle llamado corrupto y basura en un comentario de Facebook de un post de otra persona que se quejaba por un mal servicio de la empresa. La Corte reconoce que el querellante, dado el cargo que ocupaba, es un “personaje público”, pero no desarrolla el concepto y no señala su incidencia en la valoración de las palabras proferidas, limitándose a señalar que estas son patentemente ofensivas y que, por tanto, no están protegidas por la libertad de expresión.

En el recurso de nulidad N°1495-2019 se resuelve una querrela donde se acusa al querellado de haber proferido calificativos como “cobarde”, “pobre diablo”, “miserable” y “limitado repertorio físico e intelectual” al querellante en un post de Facebook debido a que este último había sido condenado por agredir a la entonces pareja sentimental del querellado. Aunque la Corte Suprema no aplica el criterio de ámbito público, uno de los argumentos del querellado fue que expresó los calificativos para que la opinión pública conociera los hechos. No obstante, la Corte se centra en analizar la ofensividad sin definir si el hecho que motivó las expresiones cuestionadas era de interés público y si ello tenía alguna incidencia a la hora de evaluar la ofensividad.

Por su parte, el recurso de nulidad N°1712-2019 versa sobre una querrela interpuesta por el ex jefe del servicio de nutrición del Instituto Nacional de Salud del Niño contra la secretaria general del sindicato de trabajadores de dicha institución por haberle difamado por medio de volantes y un oficio donde señaló que él era un mal jefe y lo acusó de realizar contrataciones irregulares, abuso de autoridad, maltrato, hostigamiento, acoso, discriminación y que tendría “problemas mentales”. En este caso, la Corte sí toma en cuenta que los hechos eran de interés público (concepto que no desarrolla) porque se refieren al quebrantamiento de normas de la institución, propias de la labor del querellante como jefe del servicio de nutrición. En se sentido, la Corte considera que se trata de críticas valorativas referidas a la función pública del querellante, y que, por tanto, este último, por su en ese entonces calidad de funcionario público, tiene la obligación de tolerarlas, aunque no le agraden.

El recurso de nulidad N°1436-2018 gira en torno a unos informes periodísticos donde el querellado tildó de “golpeador” al querellante y mostró las denuncias que este tenía por violencia familiar debido a que tenía una relación con la madre de la hija del querellado. En este caso, la Corte considera que el querellante no es una persona pública y que, por tanto, su honor sería más vulnerable al verse expuesto ante la colectividad que, a partir de los informes periodísticos, se formaría una opinión de él. Por ello, la Corte declara la nulidad de la sentencia absolutoria y considera que debe realizarse una nueva ponderación que tome en cuenta dicho detalle. No obstante, la Corte no elabora un concepto de persona pública ni señala si las denuncias por agresión convierten al hecho en uno de interés público y si ello tiene alguna incidencia a la hora de valorar la presunta frase ofensiva.

Por otro lado, en el recurso de nulidad N°2008-2019 se discuten los adjetivos proferidos por un conductor de un programa de espectáculos que llamó “loca Sacín” a una de las invitadas de su programa de espectáculos. Tal adjetivo hacía referencia a la querellante María Sacín Rey de Castro, vinculada a la farándula y que, por incidentes con su pareja sentimental que fueron expuestos en los programas de farándula, generó que en esos espacios televisivos se le etiquetara con el calificativo de “loca” y que incluso se empezara a utilizar la expresión “loca Sacín”, para referirse de forma burlesca a otras personas que actuaban como ella. La Corte parte de la base de que el alcance de la libertad de expresión se incrementa en el caso de personas con relevancia pública lo suficientemente elevada para considerar el asunto de interés general. Lamentablemente el Tribunal no profundiza más al respecto, aunque sí establece el criterio de que se debe tomar en cuenta la naturaleza del programa donde se profirió la frase aparentemente ofensiva (programa de espectáculos y entretenimiento donde se emplea la broma y la sátira). Sobre esa base, la Corte considera que la querellante, al exponer su vida privada en dichos espacios de espectáculo, pasó a ser un personaje de relevancia pública al punto de que el calificativo de “loca”, indudablemente ofensivo para la Corte, dado el espacio en el que se profirió y por ser una palabra vinculada a aspectos de la vida de la querellante que ya no eran privados sino más bien de conocimiento público y parte de la vida pública de la querellante, debe ser ponderado con mayor

relajamiento, por lo que se concluye que no es ofensivo. Se trata sin duda de un desarrollo nuevo del concepto de interés público y persona pública que no estuvo presente en el acuerdo plenario.

También tenemos el recurso de nulidad N°2905-2009 que versa sobre un caso de difamación en el que el querellado es acusado por repartir panfletos en la calle en los que señalaba que la querellante era una procesada por delito de peculado y en la que se utiliza el término “corruptos” para referirse de manera indeterminada a aquellos que habían amenazado al querellado por hacer dichas críticas a la querellante y otros. Asimismo, la querellante señaló que al acusado habría proferido frases ofensivas como “corrupta” mientras repartía los panfletos. Lo más relevante del caso es que el hecho de que la querellante fuese funcionaria pública es usado por la Corte para determinar que la información era de interés social, con lo cual se concretiza la naturaleza pública del derecho a la libertad de información y los alcances del concepto de “ámbito público”, ambos mencionados, pero no desarrollados a fondo en el acuerdo plenario, que es mencionado en la sentencia. Sin embargo, se perdió la oportunidad para desarrollar con más claridad los límites del contenido de la información relativa a funcionarios públicos que permitan precisar cuándo se está dentro o fuera del ámbito público o si los funcionarios públicos elegidos por voto popular ven su derecho al honor más limitado que los funcionarios que ingresan por concurso público. Dicho sea de paso, la sentencia no precisa cuál era el cargo exacto de la querellante.

El recurso de nulidad N°1372-2010 trata una querrela por difamación agravada en la que el denunciante es director de un instituto tecnológico público y afiliado a distintos partidos políticos a lo largo de su vida y el querellado es director de un semanario a través del cual se criticó la labor del director en múltiples ocasiones, empleando términos como “zopenco”, “podredumbre”, “desadaptado social”, “corrupto” y “pandilla”. La Corte informa su análisis con la aplicación de los criterios del acuerdo plenario referidos a la veracidad de la información y a su relevancia pública, por lo que toma en cuenta que el querellante es funcionario público y posee cierto trasfondo político para determinar que se está dentro del ámbito público.

Asimismo, el recurso de nulidad N°2283-2007 versa sobre una demanda por difamación donde el querellante es secretario general del SUTEP Base del Colegio Nacional Argentina, quien demanda a un grupo de docentes miembros de dicho sindicato por repartir panfletos a todos los miembros de la organización en los que se tilda al secretario de “seudo dirigente y manipulador” y se informa de denuncias por acoso, seducción y violencia sexual por parte de malos docentes. Aunque el acuerdo plenario no se menciona expresamente, la sentencia es un buen ejemplo de aplicación de uno de los criterios establecidos en el acuerdo, relativo a la flexibilización del honor en el caso de críticas en un contexto político, pues en el acuerdo plenario se menciona que las críticas

políticas son un ejemplo paradigmático de ámbito público y son un instrumento del pluralismo político y del derecho de participación política, lo cual conlleva a que los derechos a la libertad de expresión y de información tengan límites más amplios.

Finalmente, el recurso de nulidad N°3363-2009 resuelve una querrela por difamación hecha por el alcalde distrital de José Leonardo Ortiz de Lambayeque contra un regidor por haberle cursado una carta notarial en la que lo acusa de haber cometido el delito de falsificación de documentos al señalar que el alcalde era una “persona que viene cometiendo una serie de actos ilegales e inmorales”. Dicha carta fue posteriormente leída en el concejo distrital y mandada a publicar por el querrellado en un diario local. El tribunal emplea los dos clásicos requisitos del derecho a la libertad de información conocidos como deber de veracidad y que la información sea de interés público, que el tribunal llama interés social y que define como aquel componente de la información que permite la formación de la opinión pública en temas de estado, comunidad o interés público en general. Aunque es de destacar que el tribunal hiciera un esfuerzo en definir el concepto de ámbito público/interés social que el acuerdo plenario no definió, vemos un problema en la definición propuesta, pues podría interpretarse que el “interés público en general” es más amplio que los temas de Estado o de comunidad, lo cual abriría las puertas a una interpretación extensiva de dicho concepto que podría poner en riesgo la protección del honor y la intimidad. Respecto del caso concreto, el tribunal determina que la información era de interés social por tratarse de un funcionario público y por estar el hecho vinculado al ejercicio de sus funciones.

2.2. Aplicación del criterio de ofensividad formal

En lo que respecta al primer requisito formal del segundo paso, referido a la ofensividad formal u objetiva, el recurso de nulidad N°1155-2018 presenta el término “ladrón” como centro de la discusión. Si bien la Corte no llega a pronunciarse sobre el fondo, resulta destacable que, en el marco de una crítica política hecha al ex presidente García, la Corte no descartara de plano la ofensividad del término “ladrón” en virtud de la mayor flexibilidad que las críticas políticas ameritarían en una sociedad democrática y plural.

En cambio, en los recursos de nulidad N°1102-2019 y N°1495-2019, se consideró que la claridad de la ofensividad de los adjetivos “corrupto”, “basura”, “cobarde”, “pobre diablo”, “miserable” y “limitado repertorio físico e intelectual” era evidente y quizá ello conllevó a que la Corte no analizará el criterio del ámbito público en estos casos. No obstante, cabría preguntarse si el adjetivo “corrupto” lanzado al presidente de LAN Perú, considerado personaje público por la Corte, no debería merecer una valoración distinta en casos en los que haga parte de una crítica a personas de relevancia pública, más allá del caso en concreto.

Sin embargo, en el recurso de nulidad N°1712-2019, si bien la mayoría de las frases empeladas por la querellante no parecen ser en sí mismas ofensivas bajo ningún concepto, resulta notorio que la frase “persona con enfermedades mentales” no haya sido objeto cuando menos de un análisis específico por parte del Tribunal, ya que genera polémica respecto de su pertinencia a efectos de hacer una crítica a la gestión del querellante como jefe del Servicio de Nutrición del Instituto Nacional de Salud del Niño o si en todo caso los funcionarios deben tolerar esa clase de críticas.

Asimismo, en el recurso de nulidad N°1436-2018 la frase considerada ofensiva es “golpeador”, hecha por el querellado sobre la base de las denuncias por agresión que tenía el querellante. Sin embargo, el Tribunal le da mucho peso al hecho de que el querellante no sea persona pública y señala que no es lo mismo señalar que alguien es un “golpeador” a decir que está siendo investigado por agresión, por lo que anula la sentencia de primera instancia y ordena un nuevo pronunciamiento. Así, resulta cuestionable que una frase como “golpeador” pueda considerarse lo suficientemente lesiva al honor como para ameritar una ponderación detallada y la consiguiente nulidad de la sentencia que originalmente había absuelto al querellado por no haberse realizado tal ponderación.

Por otro lado, como ya se vio al presentar el recurso de nulidad N°2008-2019, la Corte considero el adjetivo “loca” como indudablemente ofensivo, pero aun así no lo consideró lo suficientemente grave como para que el honor prime por sobre la libertad de expresión, dada la naturaleza satírica y humorística del contexto en el que fue proferido y la condición de persona pública que se consideró tenía la querellante. No obstante, si bien resulta interesante el desarrollo que se hace del interés público, cabe preguntarse si el adjetivo es indudablemente ofensivo, como señala la Corte, pues lo estaría colocando al mismo nivel que insultos objetivamente ofensivos (improperios).

Adicionalmente, en el recurso de nulidad N°1372-2010 se analiza la pertinencia de los calificativos empleados por el semanario, para lo cual resulta muy interesante la premisa de la cual parte la Corte, que es que “El tono y contenido de las afirmaciones tolerables en ejercicio del derecho de libertad de expresión están en relación con el grado de interés general o social que despierte la noticia.” Resulta criticable que la Corte no desarrolle a profundidad dicha idea, pues el acuerdo plenario nunca define con precisión cómo determinar si una frase es objetivamente ofensiva e impertinente y cuándo dicha impertinencia es de magnitud tal que excluya a la información de protección constitucional. Sin embargo, es interesante como el tribunal pareciera considerar que la veracidad de la información, una vez comprobada, permite flexibilizar el examen de pertinencia de los calificativos. Es así que la Corte considera que los términos “podredumbre” y “corrupto”, no son insultantes o vejatorios, sino sólo fuertes y exagerados. Asimismo, el término “desadaptado social” solo revelaría un

reproche y un desprecio personal, a la vez que el término “zopenco” sería solo cáustico y cruel, pero ambos no serían “insultos absolutos”. En cambio, llama la atención que, en tanto los hechos a partir de los que se emplea el término “pandilla” son considerados inverosímiles porque no fueron informados cumpliendo con el deber de diligencia, la Corte pareciera ser más dura a la hora de evaluar dicho término, al que terminan por considerar claramente ofensivo e insultante. Ello permite concluir que la Corte habría creado un criterio para determinar si un adjetivo es insultante o no y que estaría en función a la veracidad de la información que suscita el empleo de tales términos, criterio que no aparece en el acuerdo plenario, el cual se limita a reconocer que existen términos vejatorios e inaceptables y términos meramente incómodos, duros y desabridos.

Algo distinto ocurre en el recurso de nulidad N°2283-2007, donde se aplica más directamente el criterio de flexibilización ofrecido por el acuerdo plenario para las críticas políticas, pues el tribunal considera que los calificativos fueron esgrimidos en un contexto de competencia política en la que los querellados y el querellante trataban de arrogarse el cargo de dirigente del sindicato, contexto en el cual sería común efectuar esa clase de críticas.

No obstante, la más cuestionable es sin duda la sentencia recaída en el recurso de nulidad N°693-2017. Esta resuelve una denuncia de difamación donde la querellada, en repetidas oportunidades y por medio de Twitter y en televisión, lanzó calificativos considerados ofensivos por el querellante, quien le envió una carta notarial pidiéndole que se retracte de sus afirmaciones, frente a lo cual ella continuó con una actitud burlesca. Entre los hechos principales están la noche en la cual, en el programa “la noche es mía” de Carlos Galdós, este le mostró a la querellada un pizarrón con fotos de diversos personajes de la farándula, incluido el querellante, a lo cual ella dijo, en referencia a la foto de este último, “con esta huevada no”. Asimismo, ella se refirió al querellante como “aprendiz de pendejo” y como “huevada” nuevamente en Twitter. La magistrada resuelve el caso de una forma harto cuestionable y que delata las carencias del acuerdo plenario, más precisamente el hecho de no haber dado siquiera criterios medianamente claros para determinar cuándo una frase es ofensiva y atenta contra el honor. Es así que la magistrada emplea como argumento el significado “objetivo” de las palabras “pendejo” y “huevada” valiéndose del diccionario de la Real Academia española. Respecto de “pendejo”, el significado sería “astuto y taimado”, mientras que para la palabra “huevada” el significado sería “cosa, asunto, cuestión”. Con esta “valoración semántica”, la magistrada considera que las frases, desde un punto de vista “racional y objetivo” no son per se ofensivas ni dañan el honor y que son parte del “argot consuetudinario”. En ese sentido, consideramos que la sentencia cae en un formalismo exagerado y desprendido de la realidad y del contexto, pues se ignora sin mayor explicación el verdadero significado de las referidas frases. Es desconcertante que al mismo tiempo que se reconoce que son jerga, se las evalúa a la luz del significado general pese a

que es obvio que no significan, cuanto menos en el contexto en que fueron proferidas, lo que el diccionario señala. Además, otro problema relevante consiste en que la magistrada aduce que, por ser personajes de la farándula que comparten su vida íntima voluntariamente con el público, la tolerancia frente a palabras que la magistrada entiende que son “burlescas”, ha de ser mayor. Sin embargo, no se entiende ni se desarrolla a profundidad por qué el solo hecho de compartir parte de la vida privada tendría que aumentar la tolerancia frente a palabras potencialmente ofensivas de manera similar a como el interés público limita el derecho al honor.

2.3. Aplicación del criterio de veracidad subjetiva

En lo relativo al segundo requisito formal del segundo paso, que consiste en el cumplimiento del deber de veracidad subjetivo, los recursos de nulidad N°693-2017, N°1445-2019, N°2008-2019 y N°1102-2019 naturalmente no lo aplican, dado que dichos casos versan exclusivamente sobre libertad de expresión vs. derecho al honor. Sin embargo, este requisito formal propio de la libertad de información sí es aplicado en los otros recursos de nulidad. En el recurso de nulidad N°2905-2009 la querellante era funcionaria pública en la Municipalidad de La Perla y afectivamente había sido denunciada por la fiscalía por el delito de peculado, aunque se rechazó abrirle instrucción y su caso fue archivado. Siendo así, la Corte considera que el hecho de que la denuncia fuera real permite inferir que la información del panfleto fue veraz, por lo que se tuvo por cumplido el requisito de veracidad subjetiva exigido por el acuerdo plenario.

En el recurso de nulidad N°1436-2018 la Corte considera que cuando se señala a alguien como autor de un hecho de relevancia penal, debe haber correspondencia entre las fuentes, en este caso las denuncias por agresión, y el mensaje propalado (que el querellante es un “golpeador”). En ese sentido, la Corte no considera que el adjetivo “golpeador” sea una opinión o juicio de valor basado en las denuncias, sino la afirmación de un hecho sujeta al deber de veracidad y que no sería verosímil sobre la base de meras denuncias que hayan dado paso a una investigación.

En el recurso de nulidad N°1155-2018, el ex presidente García demandó bajo el argumento de que la distribución de imágenes y texto en la portada del diario dirigido por el querellado transmitía el mensaje de que el discurso de Ollanta Humala iba dirigido exclusivamente hacia el querellante. La Corte consideró que, efectivamente, la portada no era coherente con el discurso de Ollanta, quien se había referido de forma genérica a los funcionarios de gestiones anteriores que habían dejado obras inconclusas con el adjetivo de “ladrones”. No obstante, resultaba aplicable para este caso la flexibilización del deber de veracidad según la doctrina del “reportaje neutral”, en donde el medio de comunicación se limita a dar traslado de las declaraciones de otra persona, por lo que resulta cuestionable que el tribunal no se haya limitado a analizar exclusivamente la

parte escrita de la portada donde, en efecto, no se señala que Ollanta haya dicho que García era un ladrón.

Por su parte, en el recurso de nulidad N°1712-2019 la Corte no evalúa si se cumplió con el deber de veracidad respecto del contenido de los volantes, aun cuando en ellos se señalaron en su mayoría hechos concretos que la querellada imputaba al querellante. Si bien este último no utilizó como argumento de defensa que el contenido de los volantes era en general falso, sí señaló que cuanto menos el volante referido a su supuesta destitución por decisión de la Asamblea General Extraordinaria era falso. Pese a ello, la Corte no trajo a colación el deber de veracidad y perdió la oportunidad para desarrollarlo.

En el recurso de nulidad N°3363-2009 el deber de veracidad estaría cumplido porque el querellado señaló en la carta que tenía documentos que probarían el delito imputado y que ya había hecho la denuncia ante el Ministerio Público, además de que estaba actuando en su función de fiscalización como regidor. Además, un punto muy relevante es que el Tribunal llega a decir que el honor solo puede verse afectado por afirmaciones objetivamente falsas, lo cual es cuanto menos cuestionable porque podría dar paso a dificultades para resolver casos en los que no se cumpla el deber de veracidad subjetiva, pero la información termine siendo cierta. Adicionalmente, en el recurso de nulidad N°2283-2007, respecto de las denuncias, se emplea el criterio de veracidad y se concluye que no fueron hechas sin fundamento, pues se comprobó que el querellante efectivamente tenía denuncias por tales delitos.

Finalmente, en el recurso de nulidad N°1372-2010 la Corte sí hace una aplicación más detallada del requisito del deber de veracidad. Así, como ya se explicó, la Corte vinculó la veracidad de las afirmaciones para determinar el nivel de ofensividad de las frases expresadas en el diario del querellado, pero, además, aplicó un nuevo criterio no previsto expresamente en el acuerdo plenario y que consiste en que determinó el cumplimiento del deber de veracidad a partir de la aparición de fuentes y otros datos que den cuenta de la labor de contraste de la veracidad de la información en los artículos periodísticos mismos. Así, como en el semanario no figuraban dichas fuentes ni otros datos objetivos de contraste, la Corte consideró que los hechos imputados al querellante en algunas ediciones del semanario no cumplieron con el referido deber de veracidad.

3. Toma de postura

Para comenzar, a la luz de la teoría de la ponderación progresiva desarrollada en el marco teórico, se puede notar que el Acuerdo plenario realizó una primera concretización normativa para solucionar la colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Esta concretización produjo una regla que puede plantearse de la siguiente manera: “El derecho a la libertad de expresión e información prevalecerá por sobre el derecho al honor si la información o idea

transmitida es de relevancia pública y no es formalmente ofensiva. Para el caso particular del derecho a la información, esta deberá ser, además, veraz”. Se trata de una nueva regla producto de la ponderación realizada por la Corte Suprema que es sin dudas más precisa que los principios de los que proviene. Sin embargo, al haber añadido el tercer paso consistente en aplicar el “principio de proporcionalidad” (Ver fundamento 13 del Acuerdo), consideramos que la Corte incorporó una segunda aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto de la teoría de Alexy. Decimos que es una segunda aplicación porque se supone que la Corte ya había aplicado todo el procedimiento de ponderación para arribar a la regla ya descrita. Por ende, consideramos que la Corte misma reconoce que su regla está incompleta y requiere una ponderación adicional que contrapesa el nivel de relevancia pública de la idea expresada frente al grado de ofensividad de la misma.

Sostenemos que la necesidad de esta segunda ponderación es en cierta medida inevitable, dada la imposibilidad de prever todos los casos de colisión que puedan presentarse en un futuro, pero ello no impide reconocer que la Corte habría podido llegar a concretizar mejor la regla aplicable si hubiese hecho un mayor desarrollo de los conceptos de relevancia o interés público y de ofensividad que se deben contrapesar en esta segunda ponderación. Es a esto último a lo que apuntaremos al señalar las carencias operativas y nuestra posición sobre tales conceptos a continuación, pero antes debemos concluir señalando que no hay motivo para restringir esta segunda ponderación solo al derecho a la libertad de expresión, pues la libertad de información, por más que tenga el añadido del deber de veracidad, también requiere de la relevancia pública y la no ofensividad, que son precisamente los conceptos que por su deficiente concretización obligaron a la Corte a añadir la referida segunda ponderación. Asimismo, el cuarto paso del Acuerdo referido a verificar que se mantenga incólume el contenido esencial de cada derecho también es característico de la proporcionalidad en sentido estricto, pero lo consideramos innecesario de tratar por separado, pues es evidente que, para que la ponderación sea proporcional y razonable, el contenido esencial de los derechos no debe ser vulnerado y la protección frente a dicha vulneración de la esencia de los derechos en juego ya está debidamente garantizada por medio del análisis del nivel de ofensividad y el nivel de interés público de la información o idea expresada que se realiza en los pasos dos y tres. Por último, cabe señalar que en la medida que el segundo paso contiene todos los criterios empleados en el tercer paso, es imposible diferenciar la aplicación de ambos en la práctica, razón por la cual en el segundo punto de este capítulo solo se analizaron los dos primeros pasos.

En lo que respecta a la aplicación del Acuerdo plenario observada en las sentencias, se evidencia una clara heterogeneidad en la aplicación de los criterios de ámbito público, ofensividad y en menor medida en el caso del deber de veracidad subjetiva. En el caso del ámbito público y conceptos afines como interés social, persona pública o personaje público, solo una de las 11 sentencias revisadas (el recurso de nulidad N°3363-2009) intenta profundizar más en su

conceptualización, mientras que las demás lo aplican directamente en los casos en los que el querellante es funcionario público o actor político. Sin embargo, los recursos de nulidad N°2008-2019 y N°693-2017 también aplican este concepto para abarcar incluso a las personas conocidas por ser parte de la “farándula” o el mundo del espectáculo. En los fundamentos octavos de ambas sentencias se tiene en cuenta el contexto televisivo de entretenimiento en el que se emitieron las frases cuestionadas y se le considera de relevancia pública suficiente como para convertir a los querellantes en personajes públicos a los que se les exige el deber de ser más tolerantes, lo cual conlleva a una atenuación y mayor relajamiento a la hora de evaluar la ofensividad de los adjetivos, al punto de que el calificativo “loca” es considerado formalmente ofensivo pero permitido en tal contexto.

En contraste, en los recursos de nulidad N°1436-2018 y N°1495-2019 los hechos versan sobre presuntos delitos cometidos o incluso ya procesados y condenados. Sin embargo, la Corte no menciona que en esos contextos sea aplicable la atenuación por tratarse de asuntos de interés público e incluso señala en el fundamento décimo cuarto del recurso de nulidad N°1436-2018 que el que alguien sea investigado por delitos de lesiones no lo vuelve un personaje público ni siquiera respecto de ese asunto en concreto. Esto pone en evidencia que el desarrollo del “ámbito público” en el Acuerdo Plenario ha sido insuficiente y deficiente y ha conllevado a una menor efectividad de cara a la búsqueda de seguridad jurídica.

A partir de una reflexión basada en los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales ya mencionados en el marco teórico-normativo, no parece haber argumentos para justificar un entendimiento amplio del interés público que abarque también aquellas cuestiones que, como los programas de espectáculo y entretenimiento, no despiertan interés por estar relacionadas con temas de gobierno, bienestar general o derechos fundamentales, sino solo por mera curiosidad. Ciertos autores de la doctrina especializada en este tema se han pronunciado de manera similar. Así, se ha señalado que “[...] la libertad de expresión solo recibe esa tutela preferente cuando se ejerce al servicio de la sociedad, de los intereses del grupo, de las inquietudes colectivas. Solo tales informaciones contribuyen verdaderamente a la formación de una opinión pública libre y enriquecen el debate en una sociedad democrática [...]”.³⁶ Esta doctrina se refiere a la libertad de expresión como derecho del Convenio Europeo de Derechos Humanos, donde no existe un derecho al honor autónomo, sino un derecho a la reputación como límite de la libertad de expresión en el artículo 10.2 del Convenio. En tal escenario desbalanceado donde libertad de expresión y honor no están en pie de igualdad podría ser polémico excluir de la protección de la libertad de expresión a los casos del mundo del espectáculo y similares, en

³⁶ Alejandro de Pablo Serrano, *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas: Modelos del Common Law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.*, ed. por Julio César Jaira, (Buenos Aires: BdeF, 2018), 316.

el entendido de que este último derecho debe primar. No obstante, incluso para esta configuración propia del Convenio Europeo, que difiere de nuestra Constitución donde honor y libertad de expresión son derechos autónomos y del mismo valor, se señala que, incluso en el entendido de que el interés público trascienda a los temas meramente políticos y abarque cuestiones artísticas, científicas, literarias, deportivas y socioculturales, “Cuando la libertad de expresión e información no tiene por objeto cuestiones de interés público, merece menor grado de tutela, por lo que el profesional de la información puede quedar sin el resguardo del “paraguas” de las libertades informativas, posibilidad que no solo emerge en el horizonte de aquella prensa sensacionalista, sino también en relación con el discurso comercial, que por no tratar sobre cuestiones de interés general tiene una protección inferior”.³⁷ Si este es el tratamiento que merece la prensa sensacionalista y, por consiguiente, el ámbito del espectáculo y la “farándula” en un sistema donde las libertades informativas tiene a priori un rango mayor que el derecho al honor, con mayor razón podría aducirse que en nuestro sistema, donde los derechos fundamentales no están a priori jerarquizados, esta debe ser tratada de la misma manera.

Visto todo esto, se puede concluir que no existe base dogmática ni jurisprudencial aplicable a nuestro ordenamiento jurídico que permita sostener, como lo ha hecho en ocasiones la Corte Suprema luego de la publicación del Acuerdo Plenario, que el interés público incluya a los personajes del espectáculo ni que los agravios que puedan proferirse en los programas de “farándula” o en otros medios de comunicación que traten temas similares deban ser evaluados con mayor relajamiento producto de una reducción de la protección del derecho al honor. Cierta doctrina extranjera señala que “No sólo las personas que se dedican a actividades públicas o tienen un cierto poder público son de relevancia pública, sino que han de considerarse también personas públicas aquellas que, no teniendo contacto con la política, se dedican a actividades que persiguen notoriedad pública en el campo de la vida privada [...] los que realizan una actividad que busque la notoriedad, a veces por causa de vanidad personal, pero generalmente persiguiendo una fama que les es imprescindible para el ejercicio de su profesión”.³⁸ No obstante, tales aseveraciones que amplían el campo protegido por las libertades informativas y reducen el del derecho al honor solo tienen cabida en un sistema de protección de derechos humanos como el europeo, en donde, como ya se explicó, el derecho al honor aparece subordinado a las libertades informativas como uno de sus límites, a diferencia de nuestro sistema y nuestra Constitución, donde ambos son derechos fundamentales independientes y del mismo valor; lo cual no es óbice para que incluso en el sistema europeo se ponga en duda la protección que las libertades informativas otorgan a la prensa sensacionalista. Esto último reafirma que en el ordenamiento

³⁷ *Ibíd.*, 317.

³⁸ Lluís de Carreras, *La libertad de expresión y de información: Régimen jurídico de la información* (Barcelona: Ariel, 1996), 54.

peruano el honor debe verse reducido solo ante asuntos de interés público vinculados a temas de gobierno y de derechos de la ciudadanía y no a un interés generado por el morbo y la mera curiosidad.

Por otro lado, el criterio de ofensividad de las palabras también presenta una aplicación desigual derivada de la dificultad para entender cuándo algo es “formalmente” ofensivo y que incluso impide aplicar el criterio de flexibilización de la defensa del honor, pues también en casos en los que había temas de interés público, la Corte Suprema no siempre ha estado presta a flexibilizar el análisis de ofensividad y se ha dejado llevar por un análisis en exceso formalista.

Por ejemplo, en los recursos de nulidad N°1155-2018 y N°1436-2018 se considera que llamar ladrón al ex presidente García o golpeador a una persona con denuncias e investigaciones abiertas por agresión tiene cuanto menos potencial ofensivo y amerita una argumentación detallada para descartar su ofensividad, pero en los demás recursos analizados, palabras como “enfermo mental”, “podredumbre”, “corrupto”, “desadaptado social”, “zopenco”, “pseudo dirigente” y “manipulador” no son consideradas ofensivas por haber estado dirigidas a funcionarios públicos o a personas involucradas en la política y no se exige ninguna motivación reforzada para llegar a esa conclusión. Incluso a palabras como “loca”, “huevada” y “pendejo”, proferidas en programas de espectáculo, sí se les llega a flexibilizar el análisis de ofensividad y son consideradas inofensivas.

Sobre la base de los alcances doctrinarios y jurisprudenciales vistos en el marco teórico-normativo, se advierte que si bien el Acuerdo Plenario hizo un esfuerzo por diferencia entre las frases “objetivamente injuriantes” y las meras frases duras o desabridas e incluso señaló que la ofensividad debe ser indudable y que debe atenderse al contexto, el hecho de emplear el término “formalmente ofensivo” terminó jugando en contra de los otros criterios, además de no definir el concepto de “formalmente ofensivo”.

Así, en el recurso de nulidad N°1495-2019 la Corte considera de plano que los calificativos “cobarde”, “pobre diablo”, “miserable” y “limitado repertorio físico e intelectual” son indudablemente ofensivos, pero no tiene en cuenta que tales frases se profirieron a raíz de un delito de agresión contra la pareja del querellado y a modo de crítica por la sentencia que decidió reservar el fallo condenatorio. En este caso pudo haberse aplicado el criterio de base fáctica junto con el principio de lesividad para argumentar que, de hecho, dichas frases si se vinculan con los hechos y no son del calibre suficiente como para ameritar una sanción penal.

De manera similar, en los casos del expresidente García y del investigado por agresión tildado de golpeador, debió haberse descartado la ofensividad. En el primer caso porque se trata de una crítica política que amerita un relajamiento del honor, pero además porque la palabra ladrón no estaba desprovista de base

fáctica en la medida que todos conocen las investigaciones por corrupción y todas las irregularidades en que se ha visto inmerso García. En el otro caso porque existía base fáctica en las denuncias por agresión y porque la palabra “golpeador” en virtud del principio de lesividad no puede considerarse del calibre suficiente para ameritar intervención penal.

Por otro lado, en los recursos de nulidad N°2008-2019 y N°693-2017 relativos al mundo del espectáculo, si bien es correcto que el fallo considerara que el adjetivo “loca” está protegido por la libertad de expresión, la argumentación es deficiente porque tomó como criterio el supuesto interés público del mundo de la “farándula”, con el cual discordamos. Además, no era necesario recurrir a tales argumentos porque bastaba con apoyarse en el principio de lesividad y en la consiguiente necesidad de una injuria realmente grave que amerite sanción penal. En cambio, las frases “huevada” y “pendejo” fueron erróneamente valoradas porque no merecían una flexibilidad derivada del interés público y porque para su análisis se debía recurrir al contexto y al verdadero significado de dichas frases, mas no al significado de la RAE que no tienen en cuenta el significado popular (jerga) que las palabras podrían tener. En este caso consideramos que hubo una mala aplicación de lo que debe entenderse por objetiva o formalmente ofensivo. No obstante, en aplicación del principio de lesividad y dada la necesidad de que la frase sea indubitablemente ofensiva, consideramos, reconociendo que es bastante debatible, que dichas frases deben ser analizadas teniendo en cuenta su naturaleza coloquial y lo comunes que resultan entre los sectores demográficos más jóvenes, por lo que no son lo suficientemente lesivas para ameritar la aplicación del derecho penal a nuestro criterio.

El criterio de la Corte Suprema fue más acertado en el recurso de nulidad N°1102-2019, donde el querellado llamó corrupto al presidente de LAN Perú por hechos que no tenían nada que ver con el post de Facebook que estaba siendo comentado. En este caso dicha frase podría haber sido amparada si hubiese tenido base fáctica y un mayor relajamiento en su evaluación producto del interés público, pero ambos requisitos no se lograron probar en el caso concreto porque la ofensa se refería a asuntos internos de la empresa donde estaban involucrados intereses personales del querellado y donde no se advirtió con claridad el interés público. En otras palabras, llamar a alguien corrupto sin un mínimo de base fáctica sí conlleva una afectación grave al honor en la medida que se trata de un calificativo sujeto directamente al deber de veracidad, más que un juicio de valor propiamente dicho.

También estamos de acuerdo con la Corte cuando considera que las frases “enfermo mental”, “podredumbre”, “corrupto”, “desadaptado social”, “zopenco”, “pseudo dirigente” y “manipulador” materia de los demás recursos de nulidad no fueron ofensivas; ya que en todos esos casos hubo base fáctica y el interés público estaba involucrado. Sin embargo, los calificativos en sí mismos no

ameritaban a nuestro criterio la intervención del derecho penal por no ser lo suficientemente lesivos para el honor, salvo por el de “enfermo mental” que, dada la carga peyorativa y estigmatizante que conlleva, podría, en casos donde no exista interés público, lesionar gravemente el honor. En todo caso, será necesario analizar cada caso concreto en específico, pero no descartamos su ofensividad de plano a diferencia de los otros juicios de valor.

Finalmente, el recurso de nulidad N°1372-2010 es el único en el que se aplica el criterio de la base fáctica para juicios de valor, de una manera acertada, pero con un desenlace con el que no podemos estar de acuerdo, pues si bien se toma en cuenta dicho criterio para flexibilizar el alcance del honor frente a los juicios de valor del párrafo anterior por estar basados en hechos de interés público, se termina por considerar difamatorio el calificativo “pandilla” por carecer de base fáctica. A nuestro entender, incluso si careciera de base fáctica, decir que un personaje vinculado a la política es parte de una “pandilla” implica usar dicho término en un sentido coloquial más que literal que le da una naturaleza más cercana a la de un juicio de valor que a una afirmación sujeta directamente al deber de veracidad subjetiva, a diferencia del término corrupto. En todo caso, en virtud del principio de lesividad y de ultima ratio del derecho penal, creemos que el calificativo debe ser analizado en cada caso en concreto para determinar su lesividad real, pero no estamos de acuerdo con el razonamiento de la Corte Suprema que parece considerarlo como un término clara y formalmente ofensivo. Es decir, no descartamos que en ciertos casos pueda ser inofensivo para el honor.

Para concluir con la toma de postura, nos referiremos brevemente al deber de veracidad. Este requisito propio de la libertad de información por referirse a informaciones susceptibles de ser verdaderas o falsas ha sido constantemente utilizado en los recursos de nulidad analizados de manera más uniforme que los anteriores requisitos. Los errores en que incurrió la Corte Suprema, como en el recurso de nulidad N°1436-2018 donde se consideró que llamar golpeador a alguien sobre la base de denuncias de agresión era impreciso, no pueden achacarse a defectos del Acuerdo Plenario, pues este sí brinda un desarrollo claro de cómo aplicar este criterio y señala expresamente que veracidad subjetiva implica verosimilitud, mas no verdad absoluta, como pareció exigirse en dicho recurso.

Asimismo, en los recursos N°2905-2009 y N°2283-2007 se advierte que la Corte tiene por cumplido el deber de veracidad cuando comprueba que la información era verdadera o estaba cercana a la verdad. No se verifica directamente si la actitud del informante previa a la emisión de la información era la correcta o diligente, sino que se infiere ello sobre una comprobación posterior de que lo informado se ajustaba a la verdad. Aunque admitimos que la comprobación del deber de diligencia puede llegar a ser complicada y que este tipo de inferencias no nos parecen erróneas en principio, el asunto se torna complicado cuando en

el recurso de nulidad N°3363-2009 se llega a afirmar que el deber de veracidad solo estaría incumplido si la información es objetivamente falsa.

Sobre la base de lo establecido en nuestro marco teórico, consideramos errada la apreciación de la Corte Suprema, pues el deber de veracidad se basa en consideraciones hechas ex ante, donde la verdad objetiva no es un requisito relevante. Por tanto, si el informante actúa de manera temeraria o con un conocimiento errado de que la noticia es falsa, pero se comprueba ex.post que la noticia es verdadera, no podrá acogerse a la causa de justificación de ejercicio legítimo de la libertad de información por no cumplir con el deber de veracidad.

Finalmente, en el recurso de nulidad N°1372-2010 la Corte determina el cumplimiento del deber de veracidad a partir de la aparición o no de fuentes en el artículo periodístico cuestionado. Esta forma de probar el deber de veracidad resulta interesante porque el Acuerdo Plenario no llega a establecer como probar el cumplimiento o incumplimiento de la veracidad subjetiva. En ese sentido, teniendo en cuenta que este tema se refiere a aspectos probatorios que exceden el objetivo de este trabajo y su límite de extensión, consideramos que el criterio de la aparición de fuentes en el artículo periodístico puede servir para que el querellante señale que, ante su ausencia, se está ante una actitud imprudente que incumple el deber de veracidad; no obstante, siempre debe permitirse a la contraparte la oportunidad de probar de otra manera que sí cumplió el deber de veracidad y su negativa a revelar sus fuentes al juez siempre deberá jugar a favor del querellante, pues sería irrazonable permitir que el querellado se escude bajo el argumento de la confidencialidad de sus fuentes.

IV. CONCLUSIONES

A partir de la investigación realizada mediante la revisión de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema en donde era aplicable el Acuerdo Plenario N°3-2006/CJ-116 con el fin de determinar sus limitaciones prácticas y la posterior revisión de la jurisprudencia y doctrina pertinentes, hemos llegado a las siguientes conclusiones:

1. Respecto del concepto de “interés público”, la falta de una definición precisa en el Acuerdo conllevó a aplicaciones sin sustento de este criterio para flexibilizar el examen de ofensividad de los adjetivos presuntamente lesivos al honor en contextos de prensa de espectáculos, pese a que la doctrina y jurisprudencia revisadas concuerdan en que dicho ámbito está fuera del “interés público”. Este concepto se refiere en realidad a aquellos temas que permitan la formación de una opinión pública sobre temas que interesan al mejoramiento de la vida en comunidad y al bienestar general (temas políticos, económicos y cualquier otro que tenga incidencia en los fines del Estado, los derechos fundamentales y el progreso social). Por ello, es necesario un nuevo Acuerdo Plenario que implemente una definición más precisa de “interés público”.

2. En lo relativo a la ofensividad “formal” u “objetiva” de los juicios de valor, si bien el Acuerdo Plenario probablemente haya tenido la intención de emplear los términos “formal” y “objetivo” para evitar que la ofensividad quede a merced de la sensibilidad de cada individuo, en la práctica estos términos han dificultado que se tome en cuenta el contexto en el que se profieren las frases cuestionadas y la primacía de los principios de subsidiariedad y lesividad penal. La Corte ha terminado privilegiando un análisis en abstracto sin evaluar si en la realidad social la frase cuestionada importó la lesividad necesaria para ameritar intervención penal. Por ello, recomendamos eliminar los términos “formal u objetivo” o, en todo caso, desarrollar a mayor profundidad los demás criterios de ofensividad. Consideramos que deberían considerarse ofensivos solo los improperios de grueso calibre (lenguaje soez) o la imputación de hechos que comprometan gravemente la reputación.
3. Respecto del deber de veracidad subjetiva, advertimos la carencia y la consiguiente necesidad de desarrollar los mecanismos probatorios para acreditar su incumplimiento, así como la necesidad de aclarar la irrelevancia de la verdad objetiva del hecho comunicado a efectos de determinar si es aplicable o no la causa de justificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información.
4. Por último, fue innecesario que la Corte suprema añadiera los pasos tres y cuatro en el Acuerdo plenario, pues este último es inseparable del tercero y este a su vez es indiferenciable en la práctica del segundo por emplear los mismos criterios (ofensividad e interés público). No obstante, la incorporación del tercer paso tuvo el inesperado efecto didáctico de destacar las carencias de dichos criterios.

BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Coordinado por Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra, 2019.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia: 2 de mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Acuerdo Plenario 3-2006/CJ-116. 13 de octubre de 2006.

--- Expediente N°2283-2007. Sentencia: 14 de abril de 2008.

--- Expediente N°3363-2009. Sentencia: 7 de junio de 2010.

--- Expediente N°2905-2009. Sentencia: 4 de mayo de 2010.

- Expediente N°1372-2010. Sentencia: 18 de junio de 2010.
- Expediente N°693-2017. Sentencia: 24 de agosto de 2018.
- Expediente N°1712-2018. Sentencia: 15 de noviembre de 2018.
- Expediente N°1436-2018. Sentencia: 4 de diciembre de 2018.
- Expediente N°1155-2018. Sentencia: 28 de octubre de 2019.
- Expediente N°1102-2019. Sentencia: 20 de enero de 2020.
- Expediente N°1495-2019. Sentencia: 9 de marzo de 2020.
- Expediente N°2008-2019. Sentencia: 9 de noviembre de 2020.

De Carreras, Lluís. *La libertad de expresión y de información: Régimen jurídico de la información*. Barcelona: Ariel, 1996.

De Luca, Javier Augusto. *La veracidad, las expresiones y el derecho penal, en Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*, dirigida por Por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo. Valencia: Tirant lo blanch, 2012.

De Pablo Serrano, Alejandro. *La protección penal del honor y el conflicto con las libertades informativas: Modelos del Common Law, continental europeo y del Convenio Europeo de DD.HH.* Editado por Julio César Jaira. Buenos Aires: BdeF, 2018.

Gálvez Villegas, Tomás Aladino, Walther Javier Delgado Tovar y Ricardo César Rojas León. *Derecho Penal: Parte Especial*. Tomo II. Lima: Jurista Editores, 2017.

García Cavero, Percy. *Derecho Penal Parte General*. 3ra edición. Lima: Ideas, 2019.

Grández, Pedro. *La interpretación constitucional como argumentación concretizadora de normas: un esquema preliminar*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. Lima: Palestra, 2017.

Landa Arroyo, César. *Libertad de expresión y derecho a la intimidad*. Lima: 2012.

Lawrence, Tribe y Michael Dorf. *Interpretando la Constitución*. 2da Edición. Lima: Palestra, 2017.

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 7ma edición. Buenos Aires: BdeF, 2004.

Palomino, Walter. *Análisis de los conceptos de honor y de los delitos de injuria y difamación*. En *Derecho y Sociedad*. N°37. Lima: 2011.

Peña Cabrera Freyre, Alonso. *Delitos contra el honor: Conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión*. 3ra edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

Portocarrero, Jorge. *Racionalidad procedimental y ponderación de derechos fundamentales*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. Lima: Palestra, 2017.

Ródenas, Ángeles. *Valoración y argumentación en el Derecho*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. Lima: Palestra, 2017.

Ruiz, Juan. *Dos enfoques particularistas de la ponderación entre principios constitucionales*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. Lima: Palestra, 2017.

Ruiz, Juan. *El legado del positivismo jurídico: Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*. Lima-Bogotá: Palestra, Temis, 2014.

Sardo, Alesio. *Teorías de la ponderación. Análisis crítico*. En *La argumentación jurídica en el Estado Constitucional*. Editado por Pedro Grández y Félix Morales. Lima: Palestra, 2017.

Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N°6712-2005. Sentencia: 17 de octubre de 2005.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Expediente N°9815/82. Sentencia: 8 de julio de 1986.

Toller, Fernando. *La imposibilidad de las colisiones entre derechos fundamentales. Aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional*. En *Revista de Derechos Humanos*. Volúmen 3. Piura: IDH, Universidad de Piura, 2012.

Valle Riestra, Javier. *“Despenalización de los Delitos contra el honor”*, En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 2. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.