

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Título de la Tesis:

**“EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN COMO COMPORTAMIENTO ATÍPICO FRENTE AL
DELITO DE DIFAMACIÓN”**

Tesis para optar por el título de Abogado que presenta el bachiller:

Walter Joshua Palomino Ramírez

Asesor de Tesis: Dr. Yván Fidel Montoya Vivanco

LIMA - 2015

A mis padres, porque este trabajo de investigación no se hubiese podido llevar a cabo sin su constante y amoroso apoyo. A ellos todo mi afecto y gratitud.



A mi abuelita, quien siempre me consideró—incluso desde antes de aprender a leer— un “experto en leyes”.

A Alinea Melliz Rojas, porque el esfuerzo y sacrificio fue tan suyo como mío.

ÍNDICE

- I. **Introducción**
- II. **Primer Capítulo: Los derechos fundamentales en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho**
 - 2.1. Alcance previo
 - 2.2. Teoría de los derechos fundamentales en un Estado constitucional y democrático de Derecho
 - 2.3. El carácter normativo de la Constitución y los derechos fundamentales: Acerca del denominado contenido esencial
 - 2.4. Aproximación a los métodos de resolución conflictos entre derechos
 - 2.4.1. Primer método: La posición preferente de la libertad de expresión e información
 - 2.4.2. Segundo método: La ponderación de derechos fundamentales
 - 2.4.3. Segundo método: La ponderación de derechos fundamentales
 - 2.5. Balance provisional
- III. **Segundo Capítulo: El derecho a la libertad de expresión desde la perspectiva constitucional**
 - 3.1. Alcance previo
 - 3.2. El derecho a la libertad de expresión —en sentido amplio—

- 3.2.1. El legítimo ejercicio de la libertad de información y sus límites internos
- 3.2.2. La libertad de expresión (u opinión) y sus límites internos
- 3.3. Los límites externo del derecho a la libertad de expresión: El honor
 - 3.3.1. El honor como límite externo del derecho a la libertad de expresión e información
- 3.4. Balance provisional

IV. Tercer Capítulo: Modernos instrumentos para el análisis de la tipicidad

- 4.1. Alcance previo
- 4.2. El tipo penal y la tipicidad
 - 4.2.1. Concepto
 - 4.2.2. Antecedentes
- 4.3. Las concepciones funcionalistas y la moderna teoría de la imputación objetiva
 - 4.3.1. Evolución de la teoría de la imputación objetiva
 - 4.3.2. La orientación político-criminal del sistema dogmático
 - 4.3.3. La normativización de las categorías dogmáticas: El funcionalismo radical de Jakobs
 - 4.3.4. La teoría de la conducta típica (y la limitación de la imputación objetiva) de Frisch
- 4.4. Balance provisional

- V. Cuarto Capítulo: La antijuridicidad y las causas de justificación**
- 5.1. Alcance previo
 - 5.2. La antijuridicidad, el injusto y las causas de justificación
 - 5.2.1. Concepto
 - 5.2.2. Antecedentes: Las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad
 - 5.2.3. Fundamentos de las causas de exclusión del injusto
 - 5.3. Las causas de justificación como excepción a la regla consistente en que la conducta típica es antijurídica
 - 5.4. ¿Es el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información una causa de justificación frente al delito de difamación?
 - 5.5. Balance provisional
- VI. Balance General**
- VII. Bibliografía**

I. INTRODUCCIÓN

A partir de un análisis conjunto de los artículos 3 y 43 de la Constitución, se advierte que el Estado peruano presenta las características básicas de un modelo *social y democrático de Derecho*¹. De esta suerte, un punto importante que se debe tomar en cuenta es que el mismo engloba distintas funciones que se hallan en sintonía con los elementos liberal², social³ y democrático⁴ que contiene y dan pie a dicha estructura.

En efecto, la identificación de nuestro Estado como uno Social y Democrático de modo alguno supone que se dejen de lado los principios concebidos al interior del *Estado liberal*, sino que, por el contrario, se apuesta por su recepción y perfeccionamiento⁵, vía la adición de funciones de carácter *social*⁶, en aras a dotarle de una base y contenido material⁷, que supere las críticas que se gestaron a consecuencia de un antiguo modelo de Estado que se situó de espaldas a la sociedad⁸.

¹ GARCÍA TOMA, “El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho”, p. 687. Así también, lo ha indicado el Tribunal Constitucional a través de distintas sentencias como las recaídas en el Exp. n° 0008-2003-AI/TC. Caso: Nesta Brero (FJ 10) como en la del Exp. n° 04232-2004-AA. Caso: Ormeño Cabrera (FJ 1).

² En el Estado liberal prima la protección de las libertades contra el Estado. En dicho modelo la libertad es concebida como la ausencia de interferencia del Estado en la autonomía de los ciudadanos. Ver: BASTIDAS MORA, “El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso”, p. 46.

³ Que el Estado sea social significa, en cuanto a los derechos fundamentales se refiere, “que el individuo no está sólo ante la realidad social en su intento de ejercer libre y plenamente sus distintos derechos fundamentales, sino que lo acompaña también el Estado, es decir, el poder público, el que obliga a actuar – en su dimensión ejecutiva, judicial y legislativa– en la dirección de ayudar a solventar las distintas dificultades que la realidad le presente y que entorpece o imposibilita un pleno ejercicio de los derechos fundamentales”. Así: CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 316.

⁴ El carácter democrático hace referencia al conjunto interconectado de ideas o valores, así como instituciones políticas, prácticas de comportamiento comunitario y políticas gubernamentales dirigidas a “asegurar la participación de todos los hombres pertenecientes a un cuerpo político-jurídico-social, en las tareas de decisión, distribución y control de los asuntos vinculados con la existencia y coexistencia humana”. Ver: GARCÍA TOMA, *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*, p. 29.

⁵ BERNAL PULIDO, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, p.246.

⁶ GARCÍA TOMA, “El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho”, p. 688.

⁷ STC n° 0008-2003-AI/TC. Caso: Nesta Brero (FJ 11 Y 12).

⁸ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 21.

Todo esto, permitirá ensalzar la idea del respeto a las esferas de libertad de los ciudadanos (Estado de Derecho) y, a su vez, que se supere la rígida separación que pudo existir entre el Estado y la sociedad (vía la función de incidencia del Estado social), lo que impedirá la asunción de un intervencionismo autoritario⁹, posibilitándose, en cambio, la creación de condiciones sociales reales que favorezcan al ciudadano y que también sean controladas por éste (democracia)¹⁰.

Consideramos, siguiendo a MIR PUIG, que tal organización jurídica por parte de una Nación apuntará a una concepción sintética del Estado que, producto de la unión de los principios propios del Estado liberal y del Estado social, resulte en la superación de sus componentes básicos aisladamente considerados, permitiendo, a su vez, la adición de una tercera característica: *la democracia*¹¹.

Ahora bien, desde una perspectiva jurídico penal, la opción por un modelo de Estado que sea Social y Democrático de Derecho tiene importantes repercusiones, pues exige que en el seno del mismo se desarrolle un *Derecho penal de corte democrático*¹², que asuma variadas funciones en correspondencia con los distintos aspectos que en tal modelo de Estado se combinan. Veamos:

“En cuanto Derecho penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de *protección efectiva de los ciudadanos*, lo que le atribuye la función de prevención en la medida —y solo en la medida— de lo necesario para aquella protección. Ello ya

⁹ Cabe recordar que, avalados en el extremo más radical del intervencionismo estatal, en algunos países se produjo la adopción de sistemas políticos totalitarios como lo fueron el Estado Fascista y nazi. Ver: BRAMONT ARIAS, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, p. 108.

¹⁰ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, pp. 20 - 23.

¹¹ MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 19.

¹² Ver: MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, p.107. Así también MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 94: “No se trata, pues, de preguntar sólo por la función de “la pena”, en abstracto, sino de averiguar que función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado”. Es más, el citado autor ha señalado que la imagen sintética del Estado Social y Democrático de Derecho caracteriza la misión y los límites que la Europa actual atribuye al poder político, por lo que —a criterio del citado autor— tal marco ofrece la mejor base posible para la unificación del Derecho penal europeo y de su comprensión teórica. Ver: MIR PUIG, “El sistema del Derecho penal en la Europa actual”, p.27.

constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto Derecho penal de un Estado *democrático* de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de *límites*, en parte herederos de la tradición liberal del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho penal”¹³.

En tal sentido, consideramos que el ejercicio del *ius puniendi* —sin ir en contra de las garantías propias del Estado liberal de Derecho (libertad, seguridad, entre otros)— deberá servir, por exigencia del aspecto social, al aseguramiento de la protección de los miembros de la sociedad a través de la *prevención limitada* del delito y, solo de ese modo, en base a los postulados del Estado democrático, procurar la maximización de los derechos y libertades fundamentales¹⁴.

No obstante, no solo serán los fundamentos teórico-estatales de la democracia, sino también los principios consagrados en la Constitución —toda vez que las reglas básicas se encuentran consagradas en dicha norma suprema¹⁵— los que perseguirán que se asegure a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente¹⁶.

¹³ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 95.

¹⁴ En este mismo sentido, para Yon Ruesta/Málaga Carrillo, los límites del Estado social y democrático de Derecho implica —para efectos penales— la creación de un marco punitivo delimitado por los principios de mínima intervención, derivado de la naturaleza social del estado; culpabilidad y proporcionalidad, derivados del carácter democrático de nuestro estado; legalidad, base de un Estado de Derecho. Lo sostenido, además, lo respaldan en la STC n° 0014-2006-PI a través de la cual se apuntó que: “las bases del derecho penal (...) no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional y democrático”. Ver: Yon Ruesta/SÁNCHEZ Málaga Carrillo, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p.99.

¹⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 47.

¹⁶ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, pp. 4 y 5. Lo señalado, quizá, adquirirá una mayor fuerza argumentativa a partir de que, según sostiene Bernal Pulido, se puede observar que la democracia “(...) parece consolidarse como un triunfo del constitucionalismo latinoamericano, como una conquista irreversible que impedirá el resurgimiento de regímenes militares y que guiará cualquier proceso de integración regional”. Ver: BERNAL PULIDO, “La democracia como principio constitucional en América Latina”, p.269.

Esta idea goza del respaldo de un grueso sector de la doctrina que desde hace un tiempo viene poniendo énfasis en que la Constitución contiene los derechos, principios y valores que dotan de legitimidad a toda regulación jurídica y, *especial*, a la intervención penal, ya que ésta plantea los límites negativos (mandatos y prohibiciones) del pluralismo ideológico¹⁷.

En esa línea, se resalta también que los sistemas democráticos modernos se presentan como *democracias constitucionales*, en donde, precisamente, es la Constitución la que informa el sistema penal y marca los límites previos e infranqueables a dicho sistema. Asimismo, es desde la Constitución, es decir, desde el sistema de valores, principios, derechos y libertades en ella consagrados, desde donde deben elaborarse y definirse tanto los límites como los principios que han de informar el Derecho penal¹⁸.

Por esto mismo, toda limitación de las libertades que no sea idónea ni necesaria o proporcional de cara al fin que se persigue, no tendrá asidero al interior de nuestro ordenamiento jurídico¹⁹. El propio legislador ve reducido su ámbito de discrecionalidad para tipificar comportamientos e imponer los límites máximos o mínimos de la pena, pues deber respetar las garantías materiales y procesales propias de una democracia constitucional, dentro de la que destaca el *principio de proporcionalidad*, entre otros bienes, que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado²⁰.

¹⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, p.16. (cursiva nuestra)

¹⁸ Sostiene dicha postura y, a su vez, cita a distintos autores que también la suscriben: RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 49

¹⁹ BUNZEL, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, p. 157.

²⁰ Ver, entre otras, la STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 14). No obstante, como se desarrollará en los próximos capítulos, el Juez al momento de aplicar los tipos penales, esto es, al momento de llevar a cabo el complejo juicio de subsunción, también deberá atender al contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales.

En esta línea, se afirmará, con relación a las prohibiciones provenientes del Estado, que “(...) únicamente puede establecer prohibiciones cuando sean necesarias para la seguridad y la libertad de las personas”²¹. Se entiende, entonces, que la cuestión de los derechos básicos o fundamentales como límites sustantivos al legislador democrático por su carácter constitutivo o definitorio del sistema democrático constituye uno de los puntos de partida de todas las democracias modernas²².

En definitiva, no toda limitación a las libertades puede ser legítima en un Estado asentado sobre las mencionadas bases, ya que deberá encontrar correspondencia con los fundamentos de su organización jurídica, así como con la propia Constitución. Esto último, según apunta CLAUS ROXIN, lleva a afirmar que el “punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante politicocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”²³.

Visto aquello, debe advertirse acerca de la intensa interrelación que existe entre el modelo de Estado asumido y los valores y derechos que prevé la Constitución y

²¹ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 5.

²² RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 43.

²³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, pp. 55 y 56. En un sentido similar: SILVA SÁNCHEZ, “Una primera lección de Derecho penal”, p.68: “No es posible determinar de modo general qué y quién debe ser castigado ni con qué penas, así que lo decisivo será aquí el consenso. Y la expresión fundamental del consenso son las mayorías parlamentarias. Claro está que las mayorías parlamentarias no pueden hacer cualquier cosa, tampoco en Derecho penal. Sólo pueden hacer lo que cabe en el marco de la Constitución correspondiente; pero a su vez la Constitución de cada país no sería otra cosa que la expresión del consenso básico de una sociedad. Con lo que quedaría intacto el principio establecido”.

cómo es que éstos inciden en el Derecho penal²⁴ al punto que deban de ser tomadas en cuenta para la aplicación judicial de los concretos tipos penales²⁵.

Así pues, no le falta razón a Demetrio Crespo cuando sostiene que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución obligan formal y materialmente al legislador a no perder de vista la libertad del individuo al que se impone la sanción, por lo que solo aquellas sanciones que respeten ciertos criterios de adecuación constitucional relativos con carácter general a la pertinencia, idoneidad y necesidad en orden a la meta propuesta podrán ser admitidos²⁶. Pero no solo esto, debe rescatarse la idea de que la misma perspectiva sobre la importancia del contenido de los derechos fundamentales delimita la habilitación legal para sancionar imponiendo una condena, es decir, los derechos fundamentales limitan tanto al legislador penal como al juez penal²⁷.

Así las cosas, consideramos acertado sostener que todo ello obliga a que tanto el legislador (en la creación de normas sancionadoras de naturaleza penal) como los órganos encargados de la aplicación del Derecho (en su labor de determinar el carácter penalmente relevante de una conducta en concordancia con criterios constitucionales) ofrezcan una adecuada justificación sobre sus decisiones, toda vez que, desde ambas perspectivas, se limitan libertades.

En este sentido, viene al caso indicar que si “se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, solo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídico penalmente protegidos debe

²⁴ Incluso, cierto autor ha señalado que, hoy en día, se puede hablar de un *Derecho penal constitucional*, que encuentra sus bases, precisamente, en el Estado social y democrático de Derecho. Ver: VELÁSQUEZ V, *Derecho penal. Parte general*, p.57.

²⁵ BUNZEL, “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”, p. 157.

²⁶ DEMETRIO, *Constitución y sanción penal*, p. 65.

²⁷ DEMETRIO, *Constitución y sanción penal*, p. 71.

prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico”²⁸.

Así, vía la referencia al *principio del riesgo*²⁹, se hace mención a la *moderna teoría de la imputación objetiva* como un instrumento útil que —en correspondencia con los postulados del Estado social y democrático de Derecho, así como con la Constitución— permitirá determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico³⁰, configurándose, en consecuencia, como el primer cometido de tal teoría el “indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite externo de la posible imputación) una acción típica (...)”³¹, ofreciéndose, de ese modo, razones para afirmar la correspondencia de tal conducta con las exigencias normativas del tipo penal.

La idea central viene a ser que la citada teoría de la imputación objetiva contiene, entre los elementos que la caracterizan, a la institución del *riesgo permitido*, instrumento que coadyuva a la determinación sobre el carácter prohibido o no de una conducta al identificar el comportamiento que, por su utilidad para la interacción social, se ha realizado dentro de aquel marco y, por tanto, se halla inserto dentro del espacio de libertad de actuación que la sociedad reconoce a sus ciudadanos.

²⁸ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 6.

²⁹ Sobre esto ahondaremos más adelante. Por lo pronto ver: ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 364.

³⁰ En este sentido, cabe indicar que “La teoría de la imputación objetiva (...) se deriva inexcusablemente del principio de protección de bienes jurídicos y, en esta dirección, ha llegado a alcanzar una amplia difusión internacional. Si el derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra los ataques humanos, esto sólo será posible en la medida que el Derecho penal prohíba la creación de riesgos no permitidos y además valore la infracción en forma de una lesión del bien jurídico como injusto penal. Por tanto, acciones típicas son siempre lesiones de bienes jurídicos en forma de realización de riesgos no permitidos creados por los hombres”. Ver: ROXIN, “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal”, p. 129.

³¹ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 363. No obstante, más adelante expondremos el estado actual sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva y, a partir de ello, definiremos nuestra posición al respecto.

En ese sentido, un comportamiento que se muestra como expresión de la libertad reconocida, no podrá generar responsabilidad jurídico penal alguna, a menos, claro está, que se quiera pasar por alto la falta de una creación desaprobada del riesgo como elemento necesario para la configuración de una conducta típica (prohibida por el Derecho), lo que contravendría las bases mismas de un Estado social y democrático de Derecho que busca la protección de la libertad de los ciudadanos y una prevención del delito limitada a lo estrictamente necesario.

Bajo ese orden de ideas, no debería extrañar que el ejercicio *legítimo* de un derecho fundamental se halle exento de responsabilidad penal; de modo que, por ejemplo, una norma de carácter penal que prohíba cualquier expresión legítima de la propia opinión o, de igual manera, la emisión de información, no podría ser legítima (ni racional ni justificada), pues no solo sería innecesaria, sino que se presentaría como un límite arbitrario al ejercicio de las libertades que no sintonizaría con el modelo democrático y constitucional de nuestro Estado.

Tomando en consideración lo expuesto, se presenta como un importante problema el que la solución al recurrente conflicto entre dos derechos fundamentales como la libertad de expresión y el honor se obtenga a través de una *causa de justificación*, que es la línea jurisprudencial seguida por nuestros tribunales, pues conduce a que se entienda como típico un comportamiento que es expresión de la libertad reconocida y que se halla consagrado en el inciso 4, del artículo 2 de nuestra Constitución³² y que también ha encontrado tutela en el ámbito internacional a través de instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos³³, la Convención Europea de Derechos Humanos³⁴, la Convención

³² El cual expresamente refiere que toda persona tiene derecho a “*las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley*”.

³³ “**Artículo 13.-**

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. (...)”

Americana sobre Derechos Humanos³⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶.

Además, de acuerdo a la línea jurisprudencial producida por el máximo intérprete de la Constitución en nuestro país, el derecho a la libertad de expresión deriva del “(...) principio de dignidad de la persona y, en su vertiente individual, garantiza que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento” o de difundir hechos informativos”³⁷. En este mismo sentido, se ha resaltado que el citado derecho a “la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre”³⁸. Por ello, el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático “(...) adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejerce el debate, el consenso y la tolerancia social (...)”³⁹. Así pues, el Tribunal

³⁴ **“Artículo 10.-**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)

2. El ejercicio de estas responsabilidades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, concesiones, 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”.

³⁵ **“Artículo 13.-**

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. (...)”

³⁶ **“Artículo 19.-**

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

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

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (...)”

³⁷ STC n° 0866-2000-AA/TC. Caso: Machaca Mestas (FJ 2).

³⁸ STC n° 02-2001-AI/TC. Caso: Defensoría del Pueblo (FJ 9).

³⁹ STC n° 2465-2004-AA/TC. Caso: Barreto Herrera (FFJJ 15 y 16).

Constitucional “(...) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático (...)”⁴⁰.

En otras palabras, advertimos que el conflicto entre la libertad de expresión y el honor se resuelve cuestionablemente, en sede penal, señalándose que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión sí puede configurar el tipo penal de un delito contra el honor (injuria, calumnia o difamación), pero que resulta tolerado a razón de excepcionales circunstancias; lo que, no solo no concuerda con la importancia de los derechos al interior del Estado Constitucional, sino que, tampoco explica cómo, pese a que la libertad de expresión es una pieza clave para el desarrollo de la persona y la sociedad en su conjunto⁴¹, más aun cuando su correcto ejercicio coadyuva a la formación de la opinión pública, que es consustancial al carácter democrático del Estado⁴², pueda sostenerse su carácter típico, es decir, considerársele como una conducta que simboliza la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos.

Para nosotros, es clara la importancia de la que goza el derecho fundamental a la libertad de expresión de cara al desarrollo de la persona y la sociedad en su conjunto⁴³, más aun cuando su correcto ejercicio coadyuva a la formación de la opinión pública, que es consustancial al carácter democrático del Estado⁴⁴. En ese sentido, consideramos adecuado apuntar que la libertad de expresión e información “constituye uno de los derechos más importantes y trascendentales de la persona, así como también el rasgo distintivo (e imprescindible) de una sociedad que pretende ser calificada como democrática”⁴⁵.

⁴⁰ STC n° 0027-2005-PI/TC. Caso Colegio de Periodistas del Perú (FJ 26).

⁴¹ HUERTA GUERRERO, *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio*, p. 1.

⁴² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 287.

⁴³ HUERTA GUERRERO, *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio*, p. 1.

⁴⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 287.

⁴⁵ EGUIGUREN PRAELI, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, p. 27.

Una vez apreciada la especial importancia de aquel derecho para el funcionamiento de un Estado democrático, no nos queda duda de que su ejercicio debe de ser resguardado y fomentado. No obstante, cabe indicar que únicamente se podrá predicar dicho conjunto de características en tanto se lleve a cabo un ejercicio *legítimo* del derecho a la libertad de expresión, esto es, que el mismo se practique con atención al contenido o facultades concretas que lo integran y, a su vez, diferencian de cualquier otro, logrando con ello una convivencia armónica con el reconocimiento y respeto de los otros derechos⁴⁶.

En definitiva, solo su legítimo ejercicio se encontrará en sintonía con la misión democrática que se le asigna, pues “si democracia es ejercicio de autogobierno colectivo que exige que los cargos públicos y los asuntos de interés público sean elegidos y conocidos por el pueblo y que el Estado sea receptivo a los deseos e intereses del pueblo, y si para ejercer dicha prerrogativa los ciudadanos dependemos de ciertas instituciones para que nos informen sobre los aspectos necesarios para participar en aquel quehacer, parece lógico que quienes tienen la posibilidad de comunicar y difundir dichos aspectos lo hagan ciñéndose a criterios de veracidad y objetividad. La prensa, y en general quienes participan en el debate público deben hacerlo respetando ciertos límites. Uno de ellos, acaso el más importante, es el honor”⁴⁷.

Así, si bien es cierto que el legítimo ejercicio de la libertad de expresión se erige como un pilar del Estado Constitucional y Democrático de Derecho; también es verdad que, el ejercicio irregular, abusivo o ilegítimo del mismo no puede suponer el olvido de otros derechos como la intimidad o el honor de los ciudadanos, que muy frecuentemente son afectados a raíz de tal comportamiento, pues ello implicaría desconocer que no existe norma alguna que permita el establecimiento de jerarquías entre derechos fundamentales que asigne, para todos los casos, un

⁴⁶ Más adelante se llevará a cabo un mejor análisis acerca de los conflictos entre derechos y, sobre la base de ello, de cómo éstos pueden resolverse a través del método de la ponderación.

⁴⁷ MEINI, “La tutela penal del honor”, p. 355.

valor superior al desarrollo del primero de los mencionados y que, consecuentemente, deje impune todo acto que lesione a los demás derechos.

Lo señalado, se corresponde con la línea jurisprudencial del propio Tribunal Constitucional, el cual ha afirmado que ningún “derecho fundamental tiene carácter absoluto, por lo que el ejercicio de los derechos fundamentales puede ser objeto de la imposición de límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su mismo rango, ya sea para lograr la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales”⁴⁸. En estricto, en relación con el ejercicio de la libertad de expresión, el citado tribunal ha afirmado que su ejercicio no es libre ni irrestricto, pues está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho, ya que “(...) Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia. Es importante que en el ordenamiento internacional se haya determinado la existencia de límites a los derechos comunicativos. En tal sentido, tanto el artículo 19°, inciso 3, acápite a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el artículo 13°, inciso 3, acápite “a” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precisan que el ejercicio del derecho a la información ‘entraña deberes y responsabilidades especiales’, por lo que está sujeto a una restricción como es la de asegurar (...) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.”⁴⁹

Es más, como sabemos, los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación) se encuentran regulados en el Título II de nuestro Código Penal (CP), abarcando los artículos 130° a 138° del citado texto punitivo. Dicha previsión normativa se corresponde, precisamente, con lo previsto en el inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución, la cual ha establecido que *“todas las personas tienen derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (...)”* y, como consecuencia de ello, con lo previsto en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra

⁴⁸ STC n° 02877-2005-HC/TC. Caso: Lagomarcino Ramírez (FJ 43).

⁴⁹ STC n° 6712-2005-HC/TC. Caso: Medina Vela y Guerrero Orellana (FJ 36).

Constitución Política, pues ésta refiere que *“los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.”*

En dicho marco, es oportuno añadir que el Tribunal Constitucional también ha indicado que el derecho al honor “forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona, derecho consagrado en el artículo 1º de la Carta Magna; su objeto es proteger a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, e incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades de expresión o información, puesto que la información que se comunique, en ningún caso puede resultar injuriosa o despectiva”⁵⁰. Ello, nos indica que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede ser ilimitado o arbitrario, sino que ha de conservar ciertos límites que se encuentran referidos al reconocimiento y respeto de los derechos ajenos⁵¹.

Brevemente, siguiendo a FRISCH, lo indicado puede entenderse en el sentido de que en los límites de la libertad individual de actuación jurídicamente reconocida “se trata de llevar la libertad de uno con la libertad (y bienes) de los demás según una ley general a una relación aceptable por todos los participantes (esto es, recíprocamente)”⁵². Ello, de acuerdo a ROBLES PLANAS, nos lleva a tomar en cuenta que “los principios a considerar son la igualdad individual, el valor de las libertades y los bienes, la idoneidad y necesidad de determinadas restricciones de la libertad para la conservación de los bienes y libertades, el que puedan esperarse medidas de protección por parte de los portadores de derechos, etcétera”⁵³.

⁵⁰ STC n° 2790-2002-AA/TC. Caso: Loayza Supa (FJ 3).

⁵¹ MEINI MENDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 183.

⁵² FRISCH, citado por ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, p.81.

⁵³ ROBLES PLANAS, “Conducta típica imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo, pp. 81 y 82.

Asimismo, desde una perspectiva funcionalista sistémica, en la línea del profesor JAKOBS, lo apuntado también podría expresarse en los siguientes términos: “(...) el mundo de las personas es un mundo de titulares de derechos, que de modo recíproco tienen el deber de respetar los derechos de otros, y en el ámbito de los delitos contra las personas, es esta relación jurídica la que vulnera el autor: la destrucción de cuerpos o cosas solo es delito en cuanto vulneración de una relación jurídica —de lo contrario sería un mero suceso natural—”⁵⁴.

Todo lo mencionado cobra particular importancia en tanto que, desde una perspectiva internacional, el mencionado derecho al honor también ha sido consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁵, la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁶ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁷, entre otros instrumentos de carácter supranacional.

Por ello, en vista de la relevancia que ostenta el honor, no resulta extraño, aunque si cuestionable que, en caso de conflicto entre este y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se busque una fórmula para resolver tal conflicto, siendo el campo de la antijuridicidad en la teoría del delito, de acuerdo a un amplio sector de la doctrina y jurisprudencia nacional, el adecuado para *justificar* a todo aquel que — ¡en ejercicio *legítimo* de la libertad de expresión! —haya “atentado” contra el honor de otra persona. De ese modo, al apreciarse la exigencia de ciertos elementos (veracidad, interés público, prohibición de excesos) tal comportamiento,

⁵⁴ JAKOBS, “La idea de normativización en la dogmática jurídico penal”, p. 27.

⁵⁵ “Artículo 12.-

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

⁵⁶ “Artículo 11.-

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

⁵⁷ “Artículo 17.-

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

a pesar de ser típico, no se entiende como antijurídico, pues se comprende que está amparado en una causa de justificación: *ejercicio legítimo de un derecho*.

Sin embargo, como adelantáramos, no puede dejarse de lado que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión se sitúa al interior del marco de libertades reconocidas a los ciudadanos. Y, en ese sentido, un comportamiento que se lleva a cabo en correspondencia con el contenido o facultades concretas que integran el derecho en cuestión (límites internos), cuyo ejercicio reconoce y respeta la vigencia de otros derechos (límites externos), no producirá riesgo prohibido alguno, siendo, consecuentemente, una conducta permitida, pues la restricción de la libertad, aun a pesar de llevarse a cabo un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (y no uno ilegítimo o arbitrario), no podrá ser considerada de modo alguno como idónea, necesaria o proporcional (en sentido estricto), por lo que tal limitación del ámbito de libertad sería ilegítima⁵⁸.

Sobre la base de lo señalado, el objetivo del presente trabajo de investigación consiste en llevar a cabo un análisis crítico sobre la línea seguida por nuestros tribunales de justicia al momento de resolver —ante la supuesta configuración del delito de difamación— el conflicto entre el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y el honor en sede de la antijuridicidad. Nuestra hipótesis es que el proceso de normativización del tipo alcanzado a través de la moderna teoría de la imputación objetiva contiene entre los elementos que la caracterizan a la institución del *riesgo permitido*, la cual permitirá determinar el carácter prohibido o no de una conducta, de modo que el comportamiento que no supere aquel marco se encontrará inscrito en el espacio de libertad de actuación que la sociedad reconoce a sus ciudadanos.

⁵⁸ Ver: MEINI, “Notas sobre el Derecho penal del enemigo y los derechos humanos”, p.28. No obstante, cabe apuntar que el citado autor hace mención, en vez de a la *proporcionalidad* (en sentido estricto), a la *razonabilidad*. Nosotros, sin embargo, consideramos que, para efectos de dotar de una mayor claridad al presente trabajo, pueden intercambiarse tales términos. Así, sobre la posibilidad de intercambiarlos, de acuerdo a Velásquez Velásquez, cabe señalar que el principio de proporcionalidad “ha sido denominado como *prohibición de exceso* (...), *principio de racionalidad* o *razonabilidad*—para aludir al vocablo *reasonableness*, propio del derecho anglosajón, designación que genera confusión—, *proporcionalidad de medios*, *proporcionalidad del sacrificio*, *proporcionalidad de la injerencia*, o de *proporcionalidad a secas* (...). Ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, “Anteproyecto de la Parte General del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado”, p. 55.

De manera más precisa, sostenemos que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión no puede ser considerado como una conducta penalmente relevante (típica), pues no superará el riesgo permitido, por lo que la solución frente a dicho supuesto conflicto de derechos no deberá trasladarse al campo de la antijuridicidad (que es la tendencia dominante en los tribunales de justicia de nuestro país), sino que deberá ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro de cara a la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son penalmente relevantes de las que no gozan de tal carácter lesivo .

De este modo, con la finalidad de llevar a cabo tal objetivo se analizará, en el primer capítulo de este trabajo, la importancia de los derechos fundamentales al interior de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Esto supondrá, evidentemente, un estudio sobre la teoría de los derechos fundamentales y su vinculación con el carácter normativo de la constitución, así como una aproximación a los métodos de resolución conflictos entre derechos. Seguidamente, en el segundo capítulo, desarrollaremos el derecho a la libertad de expresión desde la perspectiva constitucional, esto es, su contenido, los límites internos y externos del citado derecho, destacando, entre ellos, su relación especialmente conflictiva con el honor.

En el tercer capítulo, nos centraremos en el análisis de la moderna teoría de la imputación objetiva como un instrumento adecuado para el análisis sobre el carácter típico de una conducta. Esto nos obligará a desarrollar criterios para el análisis sobre la tipicidad de una conducta que se encuentren en sintonía con las actuales concepciones funcionalistas y la importancia de la moderna teoría de la imputación objetiva. Lo principal en este apartado será destacar la idea consistente en que, para determinar el umbral de lo permitido o prohibido, será necesario acudir a criterios materiales que ayuden a racionalizar el sentido del tipo penal a fin de evaluar la relevancia típicamente penal de una concreta conducta en

armonía con las exigencias del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y la vigencia de los derechos fundamentales.

Al respecto, nos interesa dejar en claro que el nuevo paradigma constitucionalista resulta incompatible con una aplicación mecánica de las normas basadas principalmente en su carácter directivo; en vez de ello, obliga al intérprete a realizar ejercicios valorativos de cara a concretar el amplio catálogo de valores que subyacen a las disposiciones legales. En ese contexto, el criterio del *riesgo permitido* se erigirá como un elemento que servirá de filtro al tipo para solo acoger conductas especialmente (o cualificadamente) lesivas, que supongan un no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos, y que, por tanto, los afecten de manera relevante a través de su lesión o puesta en peligro.

Finalmente, el cuarto capítulo tratará sobre la categoría de la antijuridicidad y las causas de justificación. Así pues, se analizará el fundamento y características de las causas de exclusión del injusto como un paso determinante para sostener su carácter de excepción a la regla consistente en que la conducta típica es antijurídica. La causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un derecho será objeto de especial estudio en lo que respecta a su aplicación como “permiso” para el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información al interior del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Todo ello, nos permitirá sostener, en clave de *aterrizaje* en la parte especial del Código Penal, previo desarrollo de la tendencia jurisprudencial en nuestro país, que el legítimo ejercicio de la libertad de expresión se presenta como un comportamiento penalmente irrelevante ante el delito de difamación.

II. PRIMER CAPÍTULO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

2.1. Alcance previo

En el presente capítulo se desarrollará la supremacía normativa de la Constitución⁵⁹ así como la exigencia de que todos los actos y normas que los poderes públicos emitan se encuentren sometidos a los principios y valores que ésta consagra⁶⁰. Se expondrá, en ese sentido, que una de las más importantes consecuencias de la *constitucionalización* de nuestro sistema jurídico es el que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁶¹, convirtiéndose en un concepto prioritario, envolvente y recurrente⁶².

Sobre la base de lo expuesto, se sustentará la idea de que la Constitución busca la limitación del poder político, así como la garantía de los derechos fundamentales⁶³. En esa línea, se hará notar el consenso existente en que la Constitución contiene “los derechos, principios y valores que dotan de legitimidad a toda regulación jurídica y, *en especial*, a la intervención penal, toda vez que ésta plantea los límites negativos (mandatos y prohibiciones) del pluralismo ideológico”⁶⁴.

Justamente, como ya hemos adelantado, el propio legislador ve reducido su ámbito de discrecionalidad para tipificar comportamientos e imponer los límites máximos o mínimos de la pena, pues ha de respetar las garantías materiales y

⁵⁹ En este sentido ver: STC n° 2209-2002-AA/TC. Caso: Urello Álvarez (FJ 7) / STC n° 5854-2005-AA. Caso: Lizana Puellas (FJ 3) / STC n° 0019-2005-PI/TC. Caso: Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (FJ 36) / STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 1), entre otras.

⁶⁰ Por ejemplo: STC n° 2209-2002-AA/TC. Caso: Urello Álvarez (FJ 7).

⁶¹ STC n° 0976-2001-AA/TC. Caso: Llanos Huasco (FJ 5).

⁶² CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 19.

⁶³ AGUILÓ REGLA, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, p. 40.

⁶⁴ ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, p.16. (cursiva nuestra)

procesales propias de un Estado constitucional y democrático de Derecho, dentro de la que destaca el *principio de proporcionalidad*, entre otros bienes constitucionales, que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado⁶⁵.

Con relación al principio de proporcionalidad, se destacará su importancia — reconocida por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales— para la imposición de los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte derechos fundamentales⁶⁶. Esto último, evidentemente, goza de una especial trascendencia para el Derecho penal, pues toda intervención de ese tipo —desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución, así como la propia interpretación que lleva a cabo el Juez de cara a la calificación de una conducta como típica— limita derechos, erigiéndose en ese sentido el mencionado principio como un *límite de los límites*, es decir, “un límite constitucional *material* fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”⁶⁷.

Todo esto nos servirá para sentar las bases acerca de la especial importancia de los derechos fundamentales en un modelo de Estado como el nuestro; lo que, luego, nos permitirá resaltar la valía del legítimo ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión e información para la democracia constitucional. Para esto último, en definitiva, deberemos lograr una adecuada delimitación del contenido o facultades concretas que integran el derecho en cuestión (límites internos), cuyo ejercicio reconozca y respete la vigencia de otros derechos (límites externos).

No obstante, ello será materia del segundo capítulo, por lo que, ahora, solo esbozaremos los cimientos para tal fin, dejando el análisis de los elementos necesarios para su *legítimo ejercicio*, esto es, un comportamiento inscrito dentro

⁶⁵ Ver, entre otras, la STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 14).

⁶⁶ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1361.

⁶⁷ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1361 y 1362.

del espacio de libertad que la sociedad reconoce a sus ciudadanos, que, a su vez, cumple un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, para el siguiente acápite.

2.2. Teoría de los derechos fundamentales en un Estado constitucional y democrático de Derecho

El periodo en el que se desarrolló el Estado absolutista se caracterizó por el uso arbitrario y despótico del poder por parte de los monarcas⁶⁸. Frente a tales excesos, surgió el Constitucionalismo y, a partir de ello, la Constitución con la finalidad de evitar que el ejercicio del mismo interfiera en la esfera de autodeterminación individual de las personas, empezándose a hablar del citado instrumento como un límite al poder⁶⁹.

Es importante destacar que la referida finalidad no se habría podido cumplir si es que a la Constitución se la hubiese considerado únicamente como un mero instrumento político y no como uno normativo, capaz de producir una necesaria y efectiva vinculación entre sus destinatarios⁷⁰. Así pues, dicha tarea, de acuerdo a

⁶⁸ Sobre el tema, CARBONELL, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, pp. 55 – 63. Así, en términos generales, el citado autor indica que el Estado Constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista que se consolida en Europa durante el siglo XV y al descontento de la población. Para mayor detalle, ver también: LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, pp. 47 – 75.

⁶⁹ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 190. El citado autor señala que la Constitución fue concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar el ejercicio del poder en general y, en particular, del poder político. Ahora bien, de acuerdo a Riccardo Guastini, lo señalado se corresponde con una concepción originaria liberal del término Constitución (constitucionalismo liberal) en donde el mismo denota “(...) no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder político”, por lo que los Estados Despóticos no son en definitiva Estados constitucionales. Ver: GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, p. 30.

⁷⁰ Al respecto, se destaca que el constitucionalismo como filosofía política aspiró en lo fundamental a controlar el poder con el fin de preservar la libertad, siendo necesaria para tal actividad que cada Estado se dote de una regulación básica de carácter unitario: la Constitución escrita. Dicho instrumento sirvió para cambiar el fundamento de la legitimidad de lo estatal, pues si el Derecho del feudalismo se apoyó en la tradición, en los designios divinos o en la ascendencia real, el constitucionalismo basó la legitimidad de la actuación de las autoridades, así como del funcionamiento del derecho, en el consenso racional de los miembros de la comunidad. Ver: CARBONELL, *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*, p. 61.

una asentada corriente de opinión, solo podría realizarse en tanto se concibiese a la Constitución como norma fundamental, esto es, como *fundamento de todo el ordenamiento jurídico*⁷¹.

Lo señalado guarda correspondencia con el abandono del paradigma positivista (imperio de la ley), que ha venido de la mano con la *constitucionalización del orden jurídico*⁷² (primacía de la Constitución), luego de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días⁷³. En pocas palabras, como bien ha señalado nuestro máximo intérprete de la Constitución, “El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es

⁷¹ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 191. Cabe recordar, aunque producto del conflicto entre el gobierno republicano y la oposición federalista, a la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, pues marco un hito al consagrar en 1803 el principio jurídico de la supremacía constitucional por encima de la soberanía política del Congreso. Ver: LANDA ARROYO, *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*, pp. 55 y 56.

⁷² Por «constitucionalización del ordenamiento jurídico» ha de entenderse a aquel proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Ver: GUASTINI, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. Para TASSARA ZEVALLOS, Una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución, p. 14, lo apuntado también es conocido como *constitucionalismo pos liberal* o «*neoconstitucionalismo*», cambio que se traduce en tres hechos esenciales: “El primero es que la Constitución ya no es una mera norma política, sino también una norma jurídica; el segundo hecho, supone que los derechos humanos constituyen el fundamento y la justificación última de todas las normas que conforman los ordenamientos jurídicos, y, el tercero, se funda en la tesis de que un Estado no puede ser reputado como democrático y constitucional de Derecho si en él no hay cabida para la justicia constitucional”.

⁷³ AGUILÓ, “Sobre Derecho y argumentación”. En: LANDA, *Materiales de enseñanza del curso de Derecho procesal constitucional*, p. 7. En este sentido, cabe señalar que “El Constitucionalismo o Nuevo-constitucionalismo, entendido como teoría del derecho⁷, intenta oponerse al positivismo clásico formal y se presenta como un fenómeno de posguerra, que pasando la mitad del siglo XX y teniendo como primeros referentes normativos la constitución alemana de 1949 y la española de 1978, construye un discurso que pretende identificar a la constitución, como un criterio de realización de valores propios de una moral política, sobre la cual aparentemente se ha llegado a un consenso en occidente entendiéndose derechos humanos y democracia., que sea realmente vinculante al legislador y que por lo tanto no deje a su arbitrio, dependiendo de las coyunturas políticas, el respeto material de los valores que integran dicha moral”. Ver: CORTE-BARCO, “Constitucionalización del Derecho penal y proporcionalidad de la pena”.

decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto”⁷⁴.

En efecto, hoy en día, a través de distintas sentencias del Tribunal Constitucional se ha defendido la idea de que la “(...) Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella”⁷⁵. Así, de acuerdo a Tassara Zevallos, que la Constitución sea entendida como norma supone “i) que ésta es fuente de Derecho; pero no cualquiera, sino la principal; ii) que, en esa medida, determina la producción y validez de todas las normas; iii) que es necesario un órgano que se encargue de interpretarla y resguardar su integridad; y, iv) que la tarea de vigilar la compatibilidad de las otras normas con la Constitución es una tarea que solo puede llevarse a cabo de manera efectiva a través del control jurisdiccional”⁷⁶.

Sobre la base de lo señalado, se ha apuntado también que en tal contexto “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁷⁷. Es más, de acuerdo a Correa Henao, la constitucionalización de los derechos fundamentales “es el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional. Esto hace que los derechos fundamentales se conviertan en un concepto prioritario, envolvente y recurrente”⁷⁸.

⁷⁴ STC n° 5854-2005-AA. Caso: Lizana Puelles (FJ 3).

⁷⁵ STC n° 2209-2002-AA/TC. Caso: Urello Álvarez (FJ 7). Así también cabe hacer referencia, entre muchas otras, a la sentencia recaída en el Exp. 5854-2005-AA. Caso: Lizana Puelles (FJ 3), pues en esta se indicó que asumir la supremacía de la Constitución significa “(...) superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso – de la mano del principio político de soberanía popular – al principio jurídico de la supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico normativo”.

⁷⁶ TASSARA ZEVALLOS, Una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución, p. 15.

⁷⁷ STC n° 0976-2001-AA/TC. Caso: Llanos Huasco (FJ 5).

⁷⁸ CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 19.

Cabe agregar que, según refiere la citada autora, existe una relación estrecha entre los derechos fundamentales y el principio democrático, ya que el “valor de los derechos fundamentales procede por una parte de la legitimidad democrática reconocida al proceso constituyente. Ha sido la decisión democrático-constitucional la que ha permitido convertir al ser humano en el centro del razonamiento del derecho y a sus derechos fundamentales en la razón última de lo político y de lo jurídico. Esto vale para afirmar que los derechos encuentran fundamento en el principio democrático constituyente”⁷⁹.

A todo esto, consideramos que debe tomarse en consideración siguiendo a Bustamante, que los “(...) derechos humanos suelen ser llamados también con la expresión “derechos fundamentales”, aunque algunos encuentran diferencias entre ambos términos. Así, la locución “derechos humanos” muchas veces es utilizada para identificar a aquellos derechos que, a pesar de derivarse de los valores que se fundamentan en la dignidad del ser humano (como la libertad, igualdad, seguridad y solidaridad), no están reconocidos en los ordenamientos jurídicos de algún Estado (aunque como exigencias éticas demanden ser reconocidos o positivados). También suele designarse con dicho nombre a los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. En cambio, con la locución “derechos fundamentales” generalmente se identifica a aquellos derechos que sí han sido recogidos o positivados por el ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Según esta distinción, puede ocurrir que un Estado no vulnere un derecho fundamental (porque su ordenamiento jurídico no lo ha reconocido como tal) pero sí un derecho humano (porque este último trasciende a un ordenamiento jurídico estatal)”⁸⁰. No obstante ello, de acuerdo a Castillo Cordova, con la expresión derechos fundamentales o derechos constitucionales se hace alusión a lo mismo: “a la constitucionalización de una serie de exigencias humanas que, formuladas como bienes humanos, son debidos

⁷⁹ Además, la citada profesora señala que “(...) lo que distingue el proceso constituyente como acto que institucionaliza el Estado Constitucional, es la consagración en la Constitución de las garantías, valores, principios y bienes constitucionales necesarios para preservar los derechos fundamentales” Ver: CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 31.

⁸⁰ BUSTAMANTE ALARCÓN, *Una breve aproximación a los Derechos Humanos*, p. 2.

a la persona por ser tal. Está legitimado, por tanto, el empleo de una u otra expresión”⁸¹.

Por todo ello, coincidiendo con Bustamante, somos de la idea de que los derechos humanos o fundamentales “forman parte del contenido de justicia del Derecho de una sociedad democrática moderna. Tienen como fin último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico. Son instrumentos para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran la dignidad humana en todas las dimensiones de su vida”⁸².

Así las cosas, una de las consecuencias más importantes de dicha comprensión es que la función principal de tal tipo de derechos es orientar la organización de la sociedad, y principalmente del Derecho, de acuerdo con la dignidad de la persona, para que pueda realizar los valores y demás contenidos que identifican a esa dignidad⁸³.

La importancia de los derechos también es destacada por el filósofo Charles Taylor, quien sostiene que “Nuestra cultura legal, al menos en occidente, otorga un lugar privilegiado a lo que se ha denominado derechos subjetivos. Al reconocérseles derechos otorgamos a los individuos, o a grupos interiores a la sociedad, la posibilidad de poner límites a la acción de esta sociedad”⁸⁴. Es más, el citado autor señala que “Si, por ejemplo, se me otorga el derecho a la libertad de expresión, quiere decir que legítimamente la sociedad no podría tomar una decisión, adoptar una legislación, establecer reglas que me priven de esa libertad. Como sujeto de derecho tengo el poder legal de reivindicar mi derecho y así obtener que esta decisión o esta legislación sean nulas y sin valor (...)”⁸⁵.

⁸¹ CASTILLO CORDOVA, El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo, p. 5.

⁸² BUSTAMANTE ALARCÓN, Una breve aproximación a los Derechos Humanos, p. 2.

⁸³ BUSTAMANTE ALARCÓN, Una breve aproximación a los Derechos Humanos, p. 3.

⁸⁴ TAYLOR, “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu”. p. 52

⁸⁵ TAYLOR, “Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la relación del profesor Mathieu”, p. 52.

Así, es desde la Constitución, y de su sistema de valores, principios, derechos y libertades en ella consagrados, de donde deben elaborarse y definirse tanto los límites como los principios que han de informar las distintas parcelas del Ordenamiento Jurídico, principalmente de aquellas que, como el Derecho penal, suponen una intromisión intensa en el haz de libertades y derechos de los individuos⁸⁶. No cabe duda de que, como indica Demetrio Crespo, el Derecho penal “tanto desde un punto de vista estrictamente jurídico —como conjunto de normas— como desde el punto de vista sociológico —sistema de control social— ha de aspirar a responder al modelo de Estado constitucionalmente consagrado”⁸⁷.

De otro lado, un punto importante a tomar en cuenta es que el criterio según el cual la Constitución es la norma fundamental, así como la base de nuestro ordenamiento jurídico, ha encontrado acogida en el propio texto del mencionado instrumento normativo, siendo una expresión de la voluntad del poder constituyente el considerar a la Constitución (y no a la ley) como la norma jerárquicamente superior en el sistema jurídico. En estricto, la citada disposición señala que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente”⁸⁸ (art. 51 Const.).

Asimismo, debe destacarse que al interior del texto constitucional se observan disposiciones que —aunque en un primer momento solo de manera genérica— afirman la fuerza vinculante del citado instrumento. Por ejemplo, el artículo 38 de nuestra Constitución señala que “todos los peruanos tienen el deber de (...) respetar, cumplir y defender la Constitución”. Esto, como apunta Castillo Córdova,

⁸⁶ Sostiene dicha postura y, a su vez, cita a distintos autores que también la suscriben: RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 49

⁸⁷ DEMETRIO, *Constitución y sanción penal*, p. 98.

⁸⁸ En virtud de la consagración del criterio según el cual la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma jurídica, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas ‘desde’ y ‘conforme’ con la Constitución. Ver: STC n° 1230-2002-HC/TC. Caso: Tineo Cabrera (FJ 4).

hace referencia a un deber que atañe a todo peruano, independientemente de que sea gobernante o gobernado⁸⁹.

El artículo 45 de la Constitución dota de mayor precisión a aquel genérico mandato de cumplimiento y respeto de la carta fundamental, pues señala que “(...) el poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”⁹⁰. Se observa, entonces, con mayor claridad que tanto los gobernantes como todo aquel que ejerce poder al interior de un Estado social y democrático de Derecho, en donde la Constitución es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, se encuentran vinculados por el contenido de la norma fundamental.

Obviamente, lo acabado de mencionar acarrea determinados efectos en lo relacionado con la vigencia de los derechos fundamentales al interior de aquel tipo de Estado. Así, según el Tribunal Constitucional, “el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede ‘suprimir o disminuir los derechos fundamentales’, pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título cómo éstos se hallen consagrados”⁹¹. Dicha afirmación, que compartimos, es extensiva tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial⁹².

De acuerdo a ello, se debe destacar el que en todo Estado constitucional y democrático de Derecho, la potestad de administrar justicia, así como todo acto de poder, deba estar enmarcada dentro de los cauces constitucionales, esto es, en observancia de los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, pues dicho instrumento, a partir del principio de supremacía constitucional, ha sentado las bases constitucionales sobre las cuales

⁸⁹ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 200.

⁹⁰ Lo señalado, adquiere una mayor singularidad a partir de distintas disposiciones presentes en la Constitución que hacen referencia tanto al ámbito ejecutivo, como también al legislativo, y al judicial. Ver: CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 201.

⁹¹ STC n° 0014-2002-AI/TC. Caso: Colegio de Abogados del Cusco (FJ 92 c1)

⁹² CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 202.

se edifican las diversas instituciones del Estado, configurándose como una exigencia el que todas las disposiciones que integran nuestro ordenamiento jurídico deben estar acordes con lo que ésta señala⁹³.

Ahora bien, no puede dejarse de mencionar que, aun cuando se ha hecho especial referencia a la vinculación que los distintos poderes del Estado (y *las personas que los ejercen*) deben a la Constitución, tal fuerza normativa no se limita únicamente a éstos. Todo lo contrario, dicha norma también es vinculante a los particulares e, incluso, cobra una especial significación cuando se trata de disposiciones de la Constitución que reconocen derechos⁹⁴.

En ese sentido, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado —eficacia vertical—, e irradian las relaciones inter privados —eficacia horizontal—”⁹⁵. Así también, se ha resaltado que (...) la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos (...) resulta inexorablemente inconstitucional”⁹⁶.

Por todo esto, no debe extrañarnos que tanto el legislador como el aplicador del Derecho penal, y con ello sus posibilidades de interpretación y justificación dogmática, deban sentirse vinculados y tomar en consideración los límites que la

⁹³ LANDA, “Bases constitucionales del nuevo Código procesal penal”.

⁹⁴ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 206.

⁹⁵ STC n° 0050-2004-AI/TC. Caso: Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos c/. Congreso de la República (FJ 72).

⁹⁶ STC n° 1124-2001-AA/TC. Caso: Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica Del Perú S.A. y Fetratel (FJ6).

Constitución impone⁹⁷. Tal conclusión, seguramente, también ha servido para que un autor de la valía de Vives Antón llegue a sostener que en un sistema de democracia constitucional el único dogma que debería tener el Derecho penal es el respeto de los principios constitucionales⁹⁸. En estricto el mencionado autor señala que:

“Si la doctrina penal es un saber acerca de normas, los únicos dogmas que puede admitir son los derechos y garantías que derivan de la norma suprema, que forman parte de un sistema que se proyecta tanto sobre el Derecho penal material como sobre el proceso penal y que... son límites externos del poder punitivo, sino también fronteras lógicas de lo que llamamos delito y pena; esto es, momentos determinantes de sus respectivos conceptos”⁹⁹.

2.3. El carácter normativo de la Constitución y los derechos fundamentales: Acerca del denominado contenido esencial

Como se ha hecho mención, la norma fundamental al interior de nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución, que se erige como el fundamento del mismo, y es, por tanto, vinculante tanto para el Estado como para los particulares. Se ha indicado, además, que en tal contexto los derechos consagrados en la Constitución (sea directa o indirectamente) informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico e, incluso, se presentan como *el factor que mayor peso ha jugado en el proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado Constitucional*¹⁰⁰.

⁹⁷ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, pp. 39 y 40.

⁹⁸ Vives Antón, citado por RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 40.

⁹⁹ Citado por RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p.40. (pie de página 32).

¹⁰⁰ CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 19.

En ese sentido, cabe advertir que ciertas teorías han buscado determinar la forma en que se estructura la noción del contenido de los derechos, lo que produce importantes repercusiones en el concepto de los derechos fundamentales y, como consecuencia de ello, sobre los poderes del legislador (o, en algunos casos, del Ejecutivo) con relación a la limitación de éstos¹⁰¹.

Teniendo en cuenta lo señalado, cabe indicar que las teorías más representativas que han tenido por finalidad la mencionada tarea pueden dividirse en: a) *teoría absoluta del contenido esencial*, y b) *teoría relativa del contenido esencial*. Estas, según comenta Landa Arroyo, desde una teoría institucionalista de los derechos fundamentales, se resumen en que “La teoría absoluta se basa en el valor mínimo e intangible con que cuenta un derecho fundamental para no dejar de ser tal y, en cuanto tal, se relaciona jerárquicamente con los demás derechos. La teoría relativa busca delimitar el contenido esencial de un derecho fundamental en relación a los demás valores y bienes constitucionales, por cuanto los derechos encuentran su esencia y límites en relación con otros derechos fundamentales”¹⁰².

A mayor ahondamiento, la teoría relativa “(...) considera que el contenido de un derecho fundamental está formado por un único contenido, y no en dos partes como lo proponía la anterior teoría. El contenido de un derecho fundamental es un contenido homogéneo y, por tanto, todo él vincula de una misma forma al legislador, pero no de modo fuerte y por tanto absoluto, sino de forma débil y por tanto relativo. En este caso la garantía del «contenido esencial» significará que no existe ningún reducto en el contenido del derecho fundamental que pueda ser indisponible para el legislador, de modo que éste podrá afectar, intervenir y sacrificar el contenido del derecho fundamental siempre y cuando haya una justificación proporcional. En esta teoría finalmente contenido esencial y principio de proporcionalidad vienen a ser la misma cosa”¹⁰³

¹⁰¹ CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 75.

¹⁰² LANDA, *Estudios sobre Derecho procesal constitucional*, pp. 126 y 127.

¹⁰³ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 244.

Como se podrá observar, esta última teoría es merecedora de serios cuestionamientos en torno a cómo es que se lleva a cabo la “limitación” de un determinado derecho fundamental. A las críticas ya señaladas, Correa Henao agrega que “La introducción de la ponderación en la definición del contenido esencial del derecho, parece convertirse en el único límite al que ésta sujeto el legislador, con lo que se descuida lo “que de específico de cada derecho tiene aquél contenido esencial”¹⁰⁴.

Ahora bien, en el ámbito nacional nuestro máximo intérprete de la Constitución ya ha sentado postura sobre cuál de las teorías señaladas es de recibo en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el citado tribunal ha indicado en reiteradas decisiones que: “(...) cabría distinguir, de un lado, un contenido no esencial, esto es, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados, y, de otra parte, el contenido esencial, absolutamente intangible para el legislador (...)”¹⁰⁵. También ha afirmado que “Todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta valido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume”¹⁰⁶.

Así pues, para el Tribunal Constitucional resulta adecuado adherirse a una posición en la que en todo derecho fundamental existen dos zonas: a) una constituida por una esfera medular que configura el contenido esencial de todo derecho, al cual toda intervención resulta vedada y, b) una esfera adjetiva o no esencial en la cual es admisible la actuación regulatoria del legislador siempre y cuando lo haga conforme a ciertos principios como el de *proporcionalidad*¹⁰⁷.

De este modo, para el máximo intérprete de la Constitución, “ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, sino que por el contrario, se encuentran

¹⁰⁴ CORREA HENAO, *La limitación de los derechos fundamentales*, p. 76.

¹⁰⁵ STC n° 1417-2005-AA/TC. Caso: Anicama Hernández (FJ 20).

¹⁰⁶ STC n° 1417-2005-AA. Caso. Anicama Hernández (FJ 21).

¹⁰⁷ GARCÍA TOMA, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, p. 34. A modo de ejemplo ver también: STC n° 05265-2009-PA/TC. Caso: HATUCHAY E.I.R.L. (FJ3)/ STC n° 03850-2011-PA/TC. Caso: Centro cultural de música y danza expresiones andinas (FJ3).

limitados, no sólo por su propio contenido, sino por su relación con otros bienes constitucionales (Cfr. Exp. n° 1091-2002-HC/TC). Es así que en ciertas situaciones de conflicto y, de acuerdo a las circunstancias del caso concreto, un derecho fundamental puede ceder ante otro bien de relevancia constitucional. En tales casos, el conflicto deberá resolverse a través de una *ponderación*¹⁰⁸. Se evidencia, entonces, que el máximo intérprete de la Constitución en nuestro país se adscribe a una postura absoluta sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁰⁹.

Frente a ello, desde una perspectiva sumamente crítica, Castillo Córdova considera que es más acertado indicar que los derechos fundamentales gozan de un contenido único, que vincula de modo fuerte y en su totalidad al poder público en general y al legislador en particular, así como también a los particulares. Dicho contenido, de acuerdo al citado autor, empieza a configurarse desde la Constitución, pero requiere de unas concretas circunstancias para su definición y delimitación en un caso en concreto, por lo que “no existe un único y predeterminado para siempre contenido de un derecho fundamental”¹¹⁰. A ello, haciendo énfasis en el contenido de un derecho fundamental como algo único y vinculante, agrega que:

El contenido de los derechos constitucionales es uno sólo —no dos— y todo ese contenido es plenamente normativo y, por tanto, vincula la actuación del poder político (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) y a los particulares, pues a ellos vincula la Constitución y, por tanto, también las disposiciones de ésta que reconocen derechos. Debe afirmarse, por tanto, que el contenido constitucional de cada derecho fundamental es indivisible¹¹¹.

Para el citado autor, es cuestionable que se permita al poder político (y, en particular, al legislador, así como de manera excepcional al Ejecutivo) “limitar” los

¹⁰⁸ STC n° 05975-2008-PHC/TC. Caso: Ramos Monroy (FJ 7). (cursiva nuestra)

¹⁰⁹ Es más, adelantándonos a un tema que se analizará con más detalle en los siguientes apartados, se logra apreciar también que se inclina por el método de la *ponderación* para los casos de colisión entre derechos u otros bienes constitucionales.

¹¹⁰ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 250.

¹¹¹ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 250.

derechos fundamentales cuando —si bien desde una concepción originaria liberal del término Constitución¹¹²— ésta surgió para limitar el ejercicio del poder político, de modo que “no se entiende que se le dé al poder (Legislativo, Ejecutivo o Judicial) la facultad de limitar aquello que es un límite para él”¹¹³.

Adicionalmente a ello, refiere que resulta controvertido que, pese a la vigencia del principio de unidad de la Constitución, se afirme que el “limitar” un derecho fundamental (en su contenido no esencial) es necesario para armonizar su ejercicio con otros derechos de su mismo rango o para lograr la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales, pues esto significaría que el contenido de un derecho constitucional se contraponen al contenido constitucional del otro, por lo que se tendría que admitir que “(...) la Constitución ha dispuesto contenidos contradictorios e irreconciliables entre sí. Es decir, debe admitirse que la Constitución no puede ser interpretada de mono unitario, como si de una unidad sistemática y coherente se tratase”¹¹⁴.

Finalmente, en atención al principio de normatividad de la Constitución, indica que el mismo sería obviado si se propone, en correspondencia con las teorías absolutas y relativas, “limitar” el contenido de un derecho fundamental, pues con ello se limitaría la propia Constitución. Brevemente, en caso se optase por las anteriores posiciones, el citado autor sostiene que “La Constitución sería normativa sólo en parte (en el supuesto núcleo duro) y habría dejado de ser normativa en la parte no esencial. La Constitución habría dejado de ser normativa porque lejos de proponer la vinculación de sus contenidos normativos al legislador (al poder político en general), se permite que el legislador limite el contenido constitucional del derecho y, por tanto, limite a la Constitución misma”¹¹⁵.

¹¹² GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, p. 30

¹¹³ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 247.

¹¹⁴ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 247. Es más, el citado autor agrega que “Si se parte del hecho que una norma dispone cosas contradictorias, entonces, sencillamente debe admitirse también la inviabilidad de esa norma, la cual no podrá tener vigencia efectiva en la práctica. Ninguna norma con una mínima vocación de eficacia puede admitir que se le interprete como si dispusiese cosas contradictorias e irreconciliables entre sí”.

¹¹⁵ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 249.

Por nuestro lado, como desarrollaremos más adelante, sin ánimo alguno de restar importancia al debate sobre el contenido de los derechos fundamentales que desde distintas perspectivas se mantiene en la actualidad, participamos de la idea de que los derechos fundamentales sean entendidos como principios¹¹⁶, los cuales se presentarán como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”¹¹⁷, es decir, como *mandatos de optimización*. Los derechos fundamentales, entonces, tendrán una amplitud *prima facie* ilimitada en su contenido, lo que producirá que en algunas ocasiones colisionen.

En caso exista una colisión entre principios, es que se llevará a cabo una búsqueda del establecimiento de un límite, operación que implica que existe otro derecho (bien jurídico o determinado instituto de rango constitucional)¹¹⁸ que requiere ser garantizado. A nuestro criterio, esto último no debería alarmarnos ni llevarnos a pensar que se está obviando el principio de normatividad de la Constitución y con ello la propia vinculatoriedad de la que gozan los derechos fundamentales frente al poder público, el legislador o los particulares.

¹¹⁶ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 299.

¹¹⁷ Ver: ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

¹¹⁸ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 40 – 41. El referido autor señala que, siguiendo a Lepa, las colisiones pueden producirse entre: a) derechos fundamentales, b) derechos fundamentales y bienes colectivos, y c) derechos fundamentales e institutos de rango constitucional. En esta línea, también refiere que “Alexy formula una tipología que comprende únicamente los dos primeros supuestos, denominándolos conflictos iusfundamentales «en sentido estricto» y «en sentido amplio» respectivamente. Scheneider añade al primer grupo, los conflictos acontecidos entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos: «conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos de la comunidad (*Gemeinschaft*)» y «conflictos entre derechos fundamentales y bienes jurídicos del Estado». Aparece en su planteamiento la distinción entre bienes jurídicos de la colectividad y del estado. Por su parte, Stern propone una dicotomía entre colisiones iusfundamentales auténticas (*echte Grundrechtsskollisionen*) e «inauténticas» (*unechte Grundrechtsskollisionen*). Las primeras serían las producidas entre derechos fundamentales y, las segundas, las que enfrentan derechos fundamentales frente a «posiciones constitucionales» o «bienes constitucionales». No obstante ello, Mendoza Escalante llega a señalar que “Las posibilidades de conflictos de los derechos fundamentales con otros componentes materiales enunciados en la Constitución depende de la variedad de estos últimos. Por esto, puede también formularse una tipología de conflictos iusfundamentales en base a la tipología de contenidos materiales enunciados en la Constitución. Estos últimos, al margen de la diversidad de planteamientos al respecto, pueden ser reconducidos a: a) derechos fundamentales, b) viene y fines constitucionales”. Ver: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 42.

Consideramos, como sostiene Alexy, que las normas-principio (los derechos) tienen una relación de implicación con el “más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios”¹¹⁹. Así, como también lo entiende Mir Puig, el recurso al principio de proporcionalidad encuentra su fundamento “en la propia vigencia de las disposiciones constitucionales que prevén derechos fundamentales, vigencia que se opone a su limitación por parte del Estado salvo que resulte idónea y necesaria para la protección de otros derechos y no suponga mayor coste en los derechos sacrificados que beneficio para los derechos protegidos (que no resulte desproporcionada en sentido estricto)”¹²⁰.

Por todo ello, somos de la opinión de que la tesis a favor de un contenido esencial de los derechos fundamentales (o del contenido del derecho constitucionalmente garantizado) que, en casos de conflicto, permita acudir al test de ponderación, resulta acertada. El propio reconocimiento constitucional de principios, que por su propia naturaleza no tienen determinados sus límites, necesitan del principio de proporcionalidad —que incluye tres subprincipios como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— para que se impongan limitaciones en atención a un caso en concreto que sirvan a la satisfacción de otros principios (otros derechos fundamentales) sin suponer mayor coste que beneficio¹²¹.

Es más, de acuerdo a Mir Puig, dado que la exigencia del principio de proporcionalidad (y de sus subprincipios) se afirma respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de seguir toda intervención estatal que limita derechos, aquella tendrá particular importancia de cara a la justificación de la intervención penal por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos, previniendo así la lesión de tales

¹¹⁹ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

¹²⁰ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1368.

¹²¹ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1373.

intereses, lo que se traduce en el principio de *exclusiva protección de bienes jurídico-penales*¹²².

Dicho autor sostiene que las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de *necesidad de pena* para la protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, *última ratio*, fragmentariedad e intervención mínima; mientras que, el tercer subprincipio, de proporcionalidad en sentido estricto, tiene relación con la exigencia de proporción entra la gravedad del delito y la gravedad de la pena¹²³.

Adicionalmente a ello, agrega que los requisitos de idoneidad y necesidad son congruentes con una fundamentación *utilitarista* del Derecho penal, la que precisamente presupone que “la intervención penal sea *idónea*, esto es, un medio capaz de conseguir el fin de protección pretendido: si el Derecho penal fuera inútil, incapaz de evitar delitos, no sería legítimo en un Estado que sólo puede limitar derechos de sus ciudadanos si ello redundaría en una mayor protección de los derechos. Pero exige que además la intervención penal resulte *necesaria*, en el sentido de que el fin de protección perseguido no pueda ser conseguido con un menor coste en afectación de derechos, esto es, que no haya *alternativas* a la intervención penal menos lesivas que ésta. Ello obliga a respetar el principio de *intervención mínima*, que no ha de entenderse en sentido de un mínimo absoluto, sino en el del mínimo necesario para cumplir con la finalidad de protección, un mínimo relativo que implica que no existan medios menos graves (menos pena o un medio no penal: *subsidiariedad* del Derecho penal) para conseguir aquella finalidad. En este mismo sentido, el subprincipio de necesidad exige que la intervención penal sea el último recurso: *la última ratio*”¹²⁴.

Lo sostenido por el profesor de la Universidad de Barcelona, reforzaría nuestra posición, pues de ser el ejercicio legítimo de la libertad de expresión una conducta

¹²² MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1362.

¹²³ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1363.

¹²⁴ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1365.

que se halle dentro del marco del *riesgo permitido*, la intervención penal no resultaría necesaria, por lo que debería de recurrirse a otras alternativas en atención al carácter subsidiario del Derecho penal. Como consecuencia de ello, la solución frente al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión e información y al honor no debería trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino que debería ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro de cara a la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son *penalmente relevantes* de las que no gozan de tal carácter lesivo.

2.4. Aproximación a los métodos de resolución conflictos entre derechos

Los principales mecanismos de solución de conflictos entre derechos como la libertad de expresión e información frente al honor son: a) la posición preferente, y b) la ponderación. Estos modos de solución parten de la idea de que los derechos fundamentales son realidades que eventualmente pueden entrar en oposición entre sí, por lo que son conocidas como posturas “conflictivistas”, en donde la solución de los casos pasa por preferir un derecho en vez de otro o, en otras palabras, por poner uno de los derechos por encima del otro con el que se encontraría en conflicto (esto, de acuerdo a la tesis de la ponderación, solo sería de aplicación a un *caso en concreto*)¹²⁵.

Adicionalmente a ello, desde una perspectiva no conflictiva, cabe indicar que existe una tercera posición conocida como la *teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales*, que parte de la idea de que, en realidad, no existen conflictos entre dos derechos fundamentales, sino solamente situaciones en las cuales, por un lado, se encuentra un *ejercicio abusivo de un derecho* y, por otro, quienes sí están en el ejercicio regular de un derecho, cuya titularidad les corresponde plenamente.

¹²⁵ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 374.

Todas las teorías o posiciones comentadas serán analizadas a continuación desde una perspectiva crítica a fin de identificar aquella que mejor se acomode a la idea de la importancia de los derechos fundamentales en un Estado Social, Democrático y Constitucional de Derecho.

2.4.1. Primer método: La posición preferente de la libertad de expresión e información

Con relación al primer modo de solución, Montoya Chávez señala que quizá la propuesta más interesante sobre este tema se ha llevado a cabo en el pensamiento jurídico del mundo anglosajón a través de las *libertades preferentes*, teoría con la que “se ha intentado expresar que todo derecho posee un valor propio, por lo que la interpretación se hará de acuerdo a la fuerza que posea. Se podrán sobrevalorar unos derechos frente a otros, aunque solo prima facie. Así lo ha concebido la teoría valorativa, gracias a la postura de los preferred freedoms, construcción expuesta dentro de la llamada Jurisprudencia de los Valores. Dentro de ella, la Corte Suprema estadounidense ha elaborado una lista en la que se muestra un orden a seguir para el acto de solución de colisiones”. Esta primacía se presenta en el plano abstracto, ya que para poder actuarse frente al conflicto real entre los derechos fundamentales se deberá utilizar la técnica del *balancing*¹²⁶.

Dicha tesis de la posición preferente, así como la técnica del *balancing test*, han sido seguidas en España tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo con la finalidad de resolver los conflictos entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos a la intimidad, honor y la propia imagen¹²⁷. En este sentido, según afirma Marciani Burgos, en los casos en que el conflicto se dé entre, por un lado, la libertad de expresión y, por otro, el honor o la intimidad, se empezará por reconocer la posición preferente del primero, en tanto se configura

¹²⁶ MONTOYA CHÁVEZ, “Relaciones entre los derechos fundamentales ¿Conflictivismo entre la comunicación del discurso y el respeto propio?”, p. 157.

¹²⁷ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 100

como una garantía institucional de la opinión pública libre y soporte del sistema democrático, solo en caso de que se advierta el incumplimiento de alguno de los requisitos que sustentan tal posición es que se deberá proceder a llevar a cabo el *balancing test* o juicio de ponderación, pudiendo prevalecer en tal caso el derecho a la libertad de expresión o el otro derecho en conflicto¹²⁸.

De acuerdo a lo apuntado, existiría una preeminencia de ciertos derechos sobre otros, esto es, que en determinados casos unos derechos tendrían más importancia en comparación con otros que también se tutelan en el ordenamiento jurídico. Esto, precisamente, se ha observado en el caso de la libertad de expresión, pues el Tribunal Constitucional español¹²⁹ ha desarrollado su construcción jurisprudencial sobre la base de dos fundamentos: a) la condición de garantía de la opinión pública que se ha atribuido a la libertad de expresión e información, y b) la posición preferente de tal libertad, que es una consecuencia de

¹²⁸ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 101.

¹²⁹ Debe precisarse, según refiere Ugaz Sánchez, que la jurisprudencia española que buscó dar alguna solución al conflicto entre la libertad de expresión y el honor ha transitado por tres fases perfectamente definidas: a) *Prevalencia del derecho al honor*, en donde tanto los tribunales civiles como penales —en atención al carácter personalísimo del honor— resolvieron los mencionados casos a favor de este, pues lo entendieron como un límite objetivo a la libertad de expresión. Esto, de acuerdo a una posible inclinación por parte de dichos tribunales por una tesis formal alemana vigente en la época de Weimar, que llevaba a que la libertad de expresión ceda frente a cualquier otro bien jurídico. b) *Ponderación de los bienes en pugna*, en esta segunda etapa se inició con la sentencia del Tribunal Constitucional español 104/1986, que reconoce que la libertad de expresión posee una doble calidad, esto es, de derecho individual, pero a la vez de garantía de una institución política fundamental como la opinión pública que se encuentra indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. Debe resaltarse, que es a partir de esta posición que se introduce al Derecho penal la perspectiva constitucional, ya que se llegaría a alegar el ejercicio de la libertad de expresión como una causa de justificación (ejercicio legítimo de un derecho), lo que obligó al juez a llevar a cabo una ponderación constitucional entre la (supuesta) lesión al derecho al honor y el ejercicio de otro derecho fundamental como lo es la libertad de expresión. c) *Posición preferente de las libertades de expresión e información*, en esta tercera fase el Tribunal Constitucional español, a partir de la sentencia 159/1986, señaló con qué criterios deben realizarse la ponderación de derechos en conflicto, declarando la posición preferencial del derecho a la información sobre la base de su función institucional de garantía de la opinión pública libre, base para la construcción de un Estado plural y democrático. Esta toma de posición, según sigue describiendo Ugaz Sánchez, tuvo su máxima expresión en la denominada *full protection theory* que se decantó por la plena protección de la libertad de expresión, posición que tuvo origen en los Estados Unidos con la formulación de la Primera Enmienda de su Constitución. Ver: SÁNCHEZ MORENO UGAZ, Carlos. *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1869 – 1999)*, pp. 59 – 63.

su relación con la formación de la opinión pública, así como con el pluralismo y, consecuentemente, del rol sustantivo que adquiere para la democracia¹³⁰.

Así pues, a criterio del citado tribunal, en tanto se constituyese como una garantía institucional de la opinión pública libre, la libertad de expresión tendría una posición preferente ante los derechos al honor, la intimidad y la voz e imagen propia¹³¹. Ya en la sentencia n° 6/1981, el Tribunal Constitucional del citado país afirmó que: “El art. 20 de la Constitución, (...) [que reconoce la libertad de expresión e información], garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico política”¹³².

Lo señalado también puede apreciarse en lo sostenido a través de la sentencia 12/82 del Tribunal Constitucional español, que estableció que el derecho a la expresión e información reconocidos en el artículo 20 de la Constitución española “no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la

¹³⁰ Cabe señalar que, según afirma Mendoza Escalante, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional español considera que la libertad de expresión e información (al igual que cualquier otro derecho) posee un doble carácter (subjetivo e institucional), se debe llevar a cabo una diferenciación de ello con lo que jurisprudencialmente se ha configurado como el carácter de *garantía de la opinión pública en el sistema democrático* que ostenta el referido derecho, pues este es precisamente en que le hace gozar de su posición preferente. Ver: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 271 – 277.

¹³¹ De acuerdo a Castillo Córdova, el Tribunal Constitucional español habría llevado a cabo una jerarquía abstracta en la práctica, pues “ha atribuido a la libertad de expresión e información una “posición prevalente” en el seno del ordenamiento jurídico español, justificándola precisamente en su valor institucional y si bien se presenta muchas veces como una preferencia que se define en cada caso en concreto, en la práctica las reiteradas declaraciones del mencionado Tribunal Constitucional, han ido consolidando un valor superior de carácter general de las libertades informativas”. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*, p. 51.

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional español, de 16 de marzo de 1981. Citado por MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 271 y 272.

opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”¹³³.

Además, lo apuntado se complementa con lo previsto en la sentencia 104/86 del referido tribunal, en donde se indica que “Esta dimensión de garantía de una institución pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor, o, dicho con otras palabras, el hecho de que el artículo 20 de la Constitución ‘garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática’”¹³⁴.

Asimismo, en la sentencia 159/86 del Tribunal Constitucional español, se hace referencia expresa a la posición preferente del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos fundamentales¹³⁵, de manera que se torna evidente su inclinación hacia la citada teoría en cuya virtud ante supuestos de colisión con otros derechos, el derecho a la libertad de expresión prevalece en tanto se ubiquen ciertos elementos: a) el interés público, b) la ausencia de excesos en cómo se transmite la información o se expresa un juicio de valor y, en el caso de la libertad de información (que como veremos más adelante forma parte del derecho en sentido amplio de la libertad de expresión), la veracidad.

No obstante, de acuerdo a Marciani Burgos, cabe señalar que en la actualidad el Tribunal Constitucional español ya no alude recurrentemente a la mención expresa de la posición preferente del derecho a la libertad de expresión ni a sus condiciones de preferencia, sino que resuelve el conflicto de derechos sobre la base de la delimitación de sus contenidos constitucionalmente protegidos, de manera que “(...) goza de protección constitucional y, por lo tanto, es lícita, la

¹³³ Sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 31 de marzo de 1982. Citado por MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 96. (pie de página 95).

¹³⁴ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 96. (pie de página 95).

¹³⁵ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 96. (pie de página 95).

comunicación veraz (límite interno de la libertad de información), no vejatoria (límite interno de la libertad de expresión) y, de ser el caso, (...) que trate sobre temas de trascendencia o interés público. El interés público constituye un criterio principal de delimitación del contenido constitucionalmente protegido de la expresión”¹³⁶.

Este cambio de criterio o, en todo caso, flexibilización del recurrentemente sostenido se ha hecho patente en la sentencia 158/2003 del Tribunal Constitucional español, ya que en ella se ha afirmado expresamente, en relación con el carácter preferente del derecho a la libertad de expresión e información, que: “El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales”¹³⁷.

En el ámbito nacional, la idea de las libertades preferidas o, en concreto, la posición preferente del derecho a la libertad de expresión, fue recogida en distintas sentencias del Tribunal Constitucional donde se indicó que “en tanto permiten la plena realización de sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas”¹³⁸ y que la condición de libertad preferida “requiere que, cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales”¹³⁹

Así también, siguiendo una posición muy similar a la de su homólogo español, se señaló que “en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía

¹³⁶ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 103. Ahora bien, se debe precisar que a criterio de la citada profesora, la delimitación de los contenidos de los derechos en supuesto conflicto es en realidad un rezago de la posición preferente de la libertad de expresión. No obstante, como desarrollaremos más adelante, no necesariamente la delimitación del contenido de un derecho debe suponer que este sea jerárquicamente superior en comparación a otro, así sea en un caso en concreto, sino únicamente que el mismo se está ejerciendo legítimamente.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 15 de setiembre de 2003. Citado por MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 98.

¹³⁸ STC n° 0905-2001-AA/TC. Caso: Caja rural de ahorro y crédito de San Martín. (FJ 13).

¹³⁹ STC n° 0905-2001-AA/TC. Caso: Caja rural de ahorro y crédito de San Martín (FJ 14).

mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social”¹⁴⁰. En otras sentencias del citado tribunal también se ha mencionado que “las libertades de información y expresión constituyen libertades preferidas en nuestro ordenamiento jurídico, pues su ejercicio es consustancial al régimen democrático. Ellas permiten la libre circulación de ideas y, por tanto, contribuyen a la formación de la opinión pública”¹⁴¹. Incluso, se afirmó que “Tratándose de una intervención legislativa sobre una libertad preferida, esta condición impone que el control sobre las normas y actos que incidan sobre ella no solo se encuentren sujetos a un control jurisdiccional más intenso, a la luz de los principio de razonabilidad y proporcionalidad, sino, además, que en ese control tenga que considerarse que tales actos o normas que sobre él inciden carecen, prima facie, de la presunción de constitucionalidad”¹⁴².

Ahora bien, como apunta Castillo Córdoba, existe cierto pronunciamiento del Tribunal Constitucional que *“ha sentado las bases para decir adiós definitivamente a cualquier postura o criterio que intente hacer prevalecer derechos fundamentales”*¹⁴³. La sentencia a la que el citado autor hace referencia señala en estricto que “si bien la relación existente entre los derechos a la vida privada y a la información es una de las más clásicas en el Derecho, en muchos casos se ha dado una respuesta poco idónea a la teoría de los derechos fundamentales. Así, se ha propuesto la primacía de la información en virtud de la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, postura doctrinaria que propendería a una jerarquía entre los derechos fundamentales. (...) Pero no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución. Por eso, lo que corresponde realizar en una determinación de los contenidos de cada uno de

¹⁴⁰ STC n° 2465-2004-AA/TC. Caso: Barreto Herrera (FJ 16).

¹⁴¹ STC n° 1048-2001-AA/TC. Caso: Empresa de Radio y Televisión de Huánuco (FJ1).

¹⁴² STC n° 2579-2003-HD. Caso: Arellano Serquén (FJ 6).

¹⁴³ CASTILLO CÓRDOVA, ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, p. 302.

los derechos involucrados. Solo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos”¹⁴⁴.

Sobre la base de lo expuesto por el Tribunal Constitucional, el citado autor ha expresado vivamente que “Nada, pues, de posiciones preferidas o prevalentes entre derechos fundamentales. En su lugar, una adecuada dogmática y hermenéutica constitucional exige del conocimiento y puesta en práctica de una serie de herramientas que permitan definir en cada caso en concreto las fronteras que delimitan el contenido constitucional de un derecho fundamental, a fin de establecer si se debe dar o negar la protección constitucional a una concreta pretensión”¹⁴⁵. No obstante, aunque a través de una sentencia posterior el propio Tribunal Constitucional reafirma su alejamiento de la teoría de la posición preferente, cabe indicar que también se hizo mención expresa a su preferencia por una tesis conflictivista. Veamos:

“(…) Asumiendo en este tema una teoría conflictivista de los derechos fundamentales, y dejando de lado la aplicación equívoca de la teoría valorativa de las *preferred freedoms* al sistema constitucional, este Tribunal ha venido admitiendo la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio para poder demostrar la afectación de un derecho personal sobre la base del ejercicio de los derechos comunicativos”¹⁴⁶ [haciendo referencia a lo resuelto en el Exp. 6712-2005-PHC/TC]

2.4.2. Segundo método: La ponderación de derechos fundamentales

El otro mecanismo de solución de conflictos entre derechos, siempre dentro de la postura conflictivista, es la ponderación de derechos. Este mecanismo se ha desarrollado especialmente en el ámbito anglosajón y consiste en sopesar los

¹⁴⁴ STC n° 06712-2005-HC/TC. Caso: (FJ 40).

¹⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA, “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, p. 302.

¹⁴⁶ STC n° 4611-2007. Caso: Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 (FJ 40) [resaltado mío]

conflictos de derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias del caso, con la finalidad de determinar cuál derecho “pesa” más en el caso *en concreto*, de modo que no se trata, a diferencia del primer método, de una jerarquización abstracta¹⁴⁷.

Ahora bien, como paso previo al desarrollo del citado método, cabe señalar que los derechos fundamentales son entendidos como principios¹⁴⁸, los cuales, a su vez, se presentarían como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización”¹⁴⁹. En este sentido, según refiere Alexy, las normas-principio tienen una relación de implicación con el “más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel”¹⁵⁰.

Teniendo en cuenta lo señalado, cabe advertir que, de acuerdo a aquella postura, los derechos fundamentales tienen una amplitud ilimitada en su contenido, pues

¹⁴⁷ CASTILLO CORDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, p. 377.

¹⁴⁸ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 299. En este sentido, debe hacerse referencia a que, de acuerdo a Mijail Mendoza, siguiendo a Alexy, “En el contexto de una teoría de los derechos fundamentales (...) diremos que ellos representan posiciones jurídicas. Por posición se entiende la relación jurídica establecida entre tres elementos: un titular, un objeto y un destinatario. Toda posición designa una relación de esta naturaleza. El concepto derecho designaría una relación jurídica de este tipo. Sin embargo, se trata de una *posición* debido a que la vinculación de estos tres elementos deriva de la existencia de una *norma* iusfundamental, una *norma de derecho fundamental*. Por esto, la afirmación de una posición presupone la existencia de una norma”. Ver: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 36 y 37.

¹⁴⁹ Debe precisarse, no obstante lo señalado, que en la aplicación jurídica también se presenta la operación de la subsunción, la misma que se corresponde con el tipo de normas - regla que, a diferencia de las normas-principio, son mandatos definitivos, que ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones, siendo, consecuentemente, normas condicionadas (aunque también pueden revestir una forma categórica como, por ejemplo, la prohibición de la tortura). Al final de cuentas, lo decisivo de este tipo de normas es “(...) que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse”, lo que precisamente las diferencia de las normas-principio, pues estas son normas que ordenan “que algo sea realizado en la mayor medida posible (...)”. Ver: ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

¹⁵⁰ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

“(…) viene conformado “por todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución”¹⁵¹, lo que producirá que se tenga que aceptar la idea de que los derechos fundamentales colisionen en sus contenidos, esto es, que el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede entrar en conflicto con el contenido *prima facie* ilimitado de otro derecho o bien jurídico constitucional.¹⁵²

Precisamente, ante el supuesto de que exista una colisión entre principios es que se llevará a cabo una búsqueda del establecimiento de un límite a un derecho fundamental, operación que implica que existe otro derecho (bien jurídico o determinado instituto de rango constitucional)¹⁵³ que requiere ser garantizado, de ahí que se emplee la expresión de “conflictos entre derechos”, ya sea que

¹⁵¹ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 300.

¹⁵² CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 300.

¹⁵³ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 40 – 41. El referido autor señala que, siguiendo a Lepa, las colisiones pueden producirse entre: a) derechos fundamentales, b) derechos fundamentales y bienes colectivos, y c) derechos fundamentales e institutos de rango constitucional. En esta línea, también refiere que “Alexy formula una tipología que comprende únicamente los dos primeros supuestos, denominándolos conflictos iusfundamentales «en sentido estricto» y «en sentido amplio» respectivamente. Scheneider añade al primer grupo, los conflictos acontecidos entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos: «conflictos entre derechos fundamentales y otros bienes jurídicos de la comunidad (*Gemeinschaft*)» y «conflictos entre derechos fundamentales y bienes jurídicos del Estado». Aparece en su planteamiento la distinción entre bienes jurídicos de la colectividad y del estado. Por su parte, Stern propone una dicotomía entre colisiones iusfundamentales auténticas (*echte Grundrechtskollisionen*) e «inauténticas» (*unechte Grundrechtskollisionen*). Las primeras serían las producidas entre derechos fundamentales y, las segundas, las que enfrentan derechos fundamentales frente a «posiciones constitucionales» o «bienes constitucionales». No obstante ello, Mendoza Escalante llega a señalar que “Las posibilidades de conflictos de los derechos fundamentales con otros componentes materiales enunciados en la Constitución depende de la variedad de estos últimos. Por esto, puede también formularse una tipología de conflictos iusfundamentales en base a la tipología de contenidos materiales enunciados en la Constitución. Estos últimos, al margen de la diversidad de planteamientos al respecto, pueden ser reconducidos a: a) derechos fundamentales, b) viene y fines constitucionales”. Ver: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 42.

estemos ante un análisis en *abstracto*¹⁵⁴ de la restricción o de uno en *concreto*, que se produce como consecuencia de la práctica de los mismos¹⁵⁵.

Como consecuencia de ello, sea en correspondencia con las teorías absolutas o relativas sobre la noción del contenido de los derechos, es que surgirá la necesidad de que se configure una zona restringible en el contenido del derecho fundamental (teoría absoluta) o, desde otro extremo, que todo el contenido constitucional de un determinado derecho pueda ser dispuesto (teoría relativa)¹⁵⁶. Lo señalado, llevará a que “En uno y otro caso, la restricción o sacrificio será permitido sólo cuando y en la medida que sea necesario para permitir el ejercicio de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional. Es precisamente en este contexto que surge el principio de proporcionalidad como herramienta que permitirá responder las siguientes dos preguntas: primera, cuál de los dos contenidos de los derechos fundamentales ha de restringirse; y segunda, cuál ha de ser la medida de la restricción”¹⁵⁷.

Así, por ejemplo, en el caso de un conflicto iusfundamental, en sentido estricto y concreto, entre los derechos a la expresión y el honor, tenemos que el mismo — según apunta Mendoza Escalante, podría ser definido como: “Caso donde se presenta una contraposición entre dos modalidades derivadas de la libertad de expresión o información y el derecho al honor de distintos titulares, consistente en que un acto de manifestación de pensamiento, opinión o información de uno de ellos está permitido por aquellas libertades y, a la vez, prohibido por el derecho al honor del otro”¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Estos tipos de conflictos se producen en situaciones en las que se ha de examinar la constitucionalidad de una regulación o intervención normativa. Así, se producen respecto a normas que tiene por objeto la protección de un derecho fundamental, pero que, a pesar de ello, termina incidiendo negativamente en otro derecho de la misma condición. Al respecto ver. MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 44.

¹⁵⁵ Así, Alexy, citado por Mendoza Escalante, señala que “[l]as colisiones de derechos fundamentales en sentido estricto se originan cada vez que el ejercicio o la realización del derecho de un titular suyo tiene efectos negativos en derechos fundamentales de otros titulares de derechos fundamentales”. Ver: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 48.

¹⁵⁶ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 300.

¹⁵⁷ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 300.

¹⁵⁸ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 117.

De este modo, el test de proporcionalidad sería el adecuado para resolver aquellos casos de colisión de derechos, como el planteado en el supuesto anterior, comprendiendo que, en lo que a la limitación de derechos se refiere, “el medio es idóneo, cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado; es necesario, cuando no pudo ser establecido otro medio, igualmente adecuado para el logro del fin, pero que suponga una menor restricción para el derecho afectado. A su vez, la limitación al derecho fundamental debe ser proporcional en sentido estricto, debe guardar una afectación razonable con el peso e importancia de los argumentos que hablan a favor de una mayor y mejor protección del derecho afectado.”¹⁵⁹.

En esa línea, entonces, en aras a resolver un conflicto entre derechos se debería llevar a cabo un análisis sobre la existencia de un fin legítimo que sirva como fundamento para restringir un derecho (que para efectos del presente trabajo vendría a ser el derecho al honor frente al ejercicio del derecho a la expresión¹⁶⁰), verificar si la interferencia en dicho derecho tiene relación con el fin legítimo perseguido (principio de adecuación o idoneidad), comprobar que no exista otro mecanismo menos gravoso (requisito de necesidad) y, finalmente, evaluar si en el caso en concreto la afectación del derecho se justifica por la mayor importancia o necesidad que existe de satisfacer el bien en conflicto (ponderación en sentido estricto)¹⁶¹.

Sobre la base de lo expuesto, debe resaltarse que a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para proteger el honor, así como otros

¹⁵⁹ CLÉRICO, “El examen de proporcionalidad Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, p. 126.

¹⁶⁰ Vale recordar que el principio de proporcionalidad fue establecido inicialmente sobre la base de la siguiente lógica operativa: “una ley contenía una restricción del contenido prima facie constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, si la ley se ajustaba a las exigencias del principio de proporcionalidad, la restricción legislativa se convertía en constitucionalmente permitida. Tales exigencias son las siguientes tres: el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio ponderativo (o de proporcionalidad en sentido estricto)”. Ahora bien, actualmente, es posible trasladar la referida lógica operativa tanto a un acto ejecutivo o administrativo como a una resolución judicial o, incluso, una decisión privada. Ver: CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, pp. 303 - 304.

¹⁶¹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 159 y 160.

derechos que pudiesen verse afectados por el ejercicio de la libertad de expresión, debe llevarse a cabo una análisis que responda a un criterio de estricta proporcionalidad¹⁶². En el ámbito nacional, el intérprete máximo de la Constitución ha afirmado que cuando “(...) se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales en conflicto, deberá realizar no solo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada”¹⁶³.

Además, vía el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, la Corte Suprema de Justicia de la República también ha señalado que “La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información”¹⁶⁴. Así, a primera vista, podría señalarse que el citado ente también se ha adscrito a la tesis conflictivista representada por la técnica del *balancing test*¹⁶⁵

En este sentido, debe tomarse en consideración que los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización referente a las posibilidades fácticas, de manera que en ellos “la ponderación un juega ningún papel”, sino que a través de estas se buscaría impedir ciertas intervenciones en derechos fundamentales que sean evitables sin costo para otros principios¹⁶⁶. Por

¹⁶² CIDH. Caso: *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 56.

¹⁶³ STC n° 2192-2004-AA. Caso: Costa Gómez y Ojeda Dioses (FJ 18).

¹⁶⁴ Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116. FJ: 8.

¹⁶⁵ Sin embargo, debo resaltar que luego de determinar los criterios que delimitan el contenido del derecho a la libertad de expresión e información, el citado Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 no ha indicado paso alguno sobre cómo es que se ha de llevar a cabo el juicio ponderativo de acuerdo a la fórmula del test de ponderación. De este modo, por más que en su fundamento jurídico séptimo se afirme la asunción de una postura conflictivista, en realidad el citado instrumento se acerca más a una posición *armónica* de los derechos fundamentales, que se corresponde, como se verá más adelante, con una teoría de los límites inmanentes.

¹⁶⁶ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 15.

el contrario, en lo que al principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere, cabe apuntar que Alexy ha sido enfático en afirmar que “(...) el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. (...) El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”¹⁶⁷.

Ello, sobre la base de la idea de que, como señaláramos, en tanto los principios serían mandatos de optimización se hace necesario contrastarlos con otros principios que jueguen en sentido contrario, encontrándose —en una constelación como esta— tales principios en colisión, fundamentando *prima facie* normas incompatibles¹⁶⁸. Así pues, la ponderación “(...) representa el mecanismo para resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*”¹⁶⁹. Ahora, en el ámbito del principio de proporcionalidad en estricto, debe destacarse que para establecer la relación de *precedencia condicionada*¹⁷⁰ se debe tener en cuenta 3 elementos que conforman la estructura de la ponderación: a) la ley de la ponderación, b) la fórmula del peso, y c) la carga de argumentación¹⁷¹.

¹⁶⁷ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

¹⁶⁸ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 45.

¹⁶⁹ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 45.

¹⁷⁰ En este sentido, conviene señalar, siguiendo a CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 301, que: “La relación de precedencia que se llegue a establecer determinará cuál derecho fundamental prevalecerá sobre el otro derecho fundamental que se le contrapone y respecto del cual se formula el conflicto constitucional. La prevalencia significará que habrá un derecho fundamental cuyo contenido constitucional —*prima facie*— experimentará una optimización a costa de la restricción o sacrificio del contenido constitucional —también *prima facie*— del otro derecho fundamental. Es connatural al carácter *prima facie* su derrotabilidad en su camino a adquirir definitividad, de modo que el conflicto constitucional se decidiría estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido. Sólo en el caso del derecho vencedor, su contenido constitucional inicialmente *prima facie* se convierte finalmente en contenido constitucional definitivo. La restricción del contenido constitucional del derecho vencido sólo podrá ocurrir en la parte no nuclear o accidental si se parte desde la base dogmática de las teorías absolutas, o podrá ocurrir en cualquier parte de su contenido si se parte de las teorías relativas. En uno y otro caso, el principio de proporcionalidad justificará la restricción del derecho vencido siempre que “la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo””.

¹⁷¹ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 46.

En relación con la primera, la *ley de la ponderación*, Alexy ha dividido en tres pasos la aplicación del juicio ponderativo: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no afectación o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”¹⁷².

Asimismo, se deberá dividir el grado de afección de acuerdo a una escala tríadica: leve, medio y grave (“l”, “m” y “g”)¹⁷³. Dichos grados de afección como indica Moreso, son relativos al contexto establecido por el caso concreto, de lo que resultará que “(...) las vulneraciones leves de un derecho fundamental ceden ante la protección media y la grave de otro derecho fundamental, y las medias ceden ante las graves. Quedan tres casos de empate, en donde (...) el legislador goza de la discreción para afectar a uno u otro derecho, lo que equivale a decir que, en los casos de empate, las restricciones legislativas al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas”¹⁷⁴.

Ello, como consecuencia de que los tres pasos y las respectivas magnitudes esbozarían la siguiente: Pi sería un principio y Pj el otro en colisión. De este modo, primeramente se definirá el grado de intervención en Pi dentro del contexto (circunstancias) de un caso en concreto, quedando la fórmula $IPiC$ (que se entiende como el *grado de intervención sobre Pi en las circunstancias C*). Luego, se buscará definir el grado de importancia del otro principio en las circunstancias de un caso en concreto, configurándose la fórmula $WPjC$ (que se lee como el *grado de importancia de Pj en las circunstancias C*). Al final, se debería comparar las valoraciones (“l”, “m” y “g”) atribuidas por el intérprete en los pasos anteriores.

¹⁷² ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 15. Debe advertirse, según Bernal Pulido, que el primer y segundo paso de la ponderación son análogos, pues ambas operaciones consisten en establecer la *importancia de los principios en colisión*. Ver: BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 47.

¹⁷³ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 20.

¹⁷⁴ MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, p. 45.

Así, se obtendrá nueve posibles respuestas: tres en las que Pi precede a Pj, tres en las que Pj precede a Pi y otras tres en las que hay un empate¹⁷⁵.

Además, se debe tomar en cuenta que la importancia de los principios en colisión no es la única variable a tomarse en cuenta, sino que también deberá estudiarse el peso abstracto de los principios, el cual puede variar de acuerdo a la de la fuente del derecho en que estén establecidos¹⁷⁶: “El peso abstracto de un principio Pi es el peso que se le asigna a Pi en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Hay muchos principios de la Constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. (...) Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación”¹⁷⁷.

A todo lo anterior, siguiendo a Bernal Pulido, debe sumarse una tercera variable S, que hace referencia a la seguridad o certeza de las apreciaciones empíricas concernientes al grado en que “la medida analizada implica fácticamente la falta de satisfacción del primer principio y la satisfacción del segundo en las circunstancias del caso concreto. La variable S se basa en el reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios en colisión pueden tener un grado diverso de certeza y esto puede afectar el peso relativo que se atribuya a cada principio en la ponderación”¹⁷⁸.

En segundo lugar, de acuerdo, ahora, a la *fórmula del peso*, “fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera breve, su peso concreto”¹⁷⁹, la articulación de la importancia de los principios, el

¹⁷⁵ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 305.

¹⁷⁶ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 47.

¹⁷⁷ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 21. No obstante ello, debe señalarse que, según refiere Caro John, es imposible atribuir un valor abstracto al principio afectado. Ver: CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 277.

¹⁷⁸ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 48.

¹⁷⁹ Alexy, citado por CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 305.

peso abstracto de los mismos y la seguridad de las apreciaciones empíricas relativas a la importancia de los principios se estructura de la siguiente manera:

$$GPI,jC = IPIc \cdot GPIA \cdot SPIc / WPjC \cdot GPJA \cdot SPjC$$

Así, a través de la citada fórmula se establece que “el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j en cierto caso, deriva del cociente entre, por una parte, el producto de la importancia del principio P_i , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia y, por otra parte, del producto de la importancia del principio P_j , su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Alexy sostiene que es posible atribuir, de forma metafórica, un valor numérico a las variables de la importancia y del peso abstracto de los principios, mediante la escala tríadica, del siguiente modo: leve 2° , es decir, 1; medio 2^1 , es decir 2; y grave 2^2 , es decir, 4. En contraste, a la seguridad de las apreciaciones empíricas puede dársele una expresión cuantitativa de la siguiente forma: cierto 2, es decir, 1; plausible 2^{-1} , es decir $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso 2^{-2} , es decir, $\frac{1}{4}$ ”¹⁸⁰. De este modo, mediante la aplicación de los mencionados valores numéricos, en virtud de

¹⁸⁰ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 48. Cabe señalar que Castillo Córdova obtiene la siguiente fórmula: $GPI,jC = IPIc / WPjC$. Ello, según comenta el citado autor, se lee de la siguiente manera: “el peso concreto (G) de P_i en relación con P_j dentro de unas circunstancias C es igual al cociente resultante de dividir el grado de afectación de P_i en las circunstancias C, entre el grado de importancia de P_j en las circunstancias C. La aplicación de esta fórmula matemática requiere asignar valores numéricos tanto al grado de lesión como al grado de importancia de los principios (derechos fundamentales) contrapuestos. Alexy propone los siguientes valores numéricos para cada una de sus tres magnitudes. Para la leve un valor de 1 (es decir 2°); para medio un valor de 2 (es decir 2^1) y a grave un valor de 4 (es decir, 2^2)”. Ahora bien, entendemos que esta fórmula se encuentra abreviada, pues el autor habría omitido los pesos abstractos, así como la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a su importancia. Ello, posiblemente, se deba a que no diferencia el peso abstracto de un principio en comparación a otro, pues todos los derechos fundamentales gozan del mismo valor. Ver: CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 305.

*la fórmula del peso, se haría posible determinar el peso concreto del principio Pi en relación con el principio Pj en el caso concreto*¹⁸¹.

Finalmente, en tercer lugar, se debe tomar en consideración el elemento denominado como *carga de la argumentación*. Dicho elemento opera una vez aplicada la fórmula del peso, en caso de que el resultado sea un empate, esto es, cuando el peso concreto de los principios en colisión sea idéntico: $GP_{i,j}C = GP_{j,i}C$ ¹⁸². Ahora, según refiere Bernal Pulido, a partir de la evolución de los trabajos de Alexy se pueden observar dos formas diferentes de resolver tal problemática: a) una en la que se aducen argumentos que fundamentan una carga de la argumentación a favor de la libertad y la igualdad jurídica, en donde el principio *in dubio pro libertate* expresaría el significado de tal carga de la argumentación, de manera que los empates deben favorecer a la libertad y la igualdad jurídica, b) otra en la que todo caso de empate a razón del control de constitucionalidad de una ley llevará a que la misma se considere como no desproporcionada, por lo que deberá ser declarada constitucional, apostándose de este modo por el principio democrático¹⁸³.

2.4.3. Tercer método: La tesis de la relación “armónica” entre los derechos fundamentales

Se trata de una tercera posición que es habitualmente conocida como la *teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales*. Así, según Espinosa-Saldaña Barrera, esta teoría parte del supuesto de que, en realidad, no existen conflictos entre dos derechos fundamentales, sino solamente situaciones en las cuales, por un lado, se encuentra un *ejercicio abusivo de un derecho* y, por

¹⁸¹ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 49.

¹⁸² BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 49.

¹⁸³ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 49. A criterio del citado autor, la existencia de estos dos modos diferentes de resolver los casos de empate “(...) resulta problemática, por cuanto puede implicar resultados incompatibles (...)”.

otro, quienes sí están en el ejercicio regular de un derecho, cuya titularidad les corresponde plenamente¹⁸⁴.

Desde dicha perspectiva, para un sector de la doctrina nacional, no existe además ningún elemento que obligue a sostener la existencia de un contenido constitucional de carácter ilimitado *prima facie*, esto es, que se expanda ilimitadamente en su contenido constitucional y que, precisamente por ello, deba ser sacrificado y restringido para permitir su convivencia con otros derechos ni, por otro lado, que el contenido de un derecho fundamental deba dividirse en dos partes, que es una propuesta propia de las teorías absolutas, vinculadas estrechamente con la posición conflictivista sobre la resolución de la “supuesta” colisión entre derechos fundamentales¹⁸⁵.

Tal posición, asimismo, advierte que lo señalado en torno al contenido de carácter ilimitado *prima facie* de los derechos fundamentales es solo una exigencia metodológica propia de una determinada epistemología iusfundamental, de manera que si es posible reformularla no habrá inconveniente en abandonarla¹⁸⁶. El único acuerdo, como sostiene Castillo Córdova, quien es uno de los principales representantes de esta posición en nuestro país, es sobre la configuración como mandato abierto y genérico de los derechos fundamentales que requieren de concreciones, ya que no gozan de un supuesto de hecho definido y acabado al que se haya de aplicar; sin embargo, ello no habilita a “confundir indeterminación semántica de la disposición con expansión ilimitada jurídica de la norma”¹⁸⁷.

En esa línea, podría agregarse que, si se quisiera asumir que los derechos fundamentales son mandatos de optimización, éstos solo podrían realizarse dentro de las posibilidades jurídicas, es decir, “que el afán optimizador no podrá en ningún caso lesionar, restringir o sacrificar el contenido esencial de otro derecho

¹⁸⁴ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, “Libertades informativas versus intimidad, honor, buena reputación o buena imagen: las ventajas de un tratamiento procesal constitucional de estos casos”, pp. 172 y 173.

¹⁸⁵ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, pp. 306 y 307.

¹⁸⁶ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 307.

¹⁸⁷ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 307.

fundamental, ni tan siquiera *prima facie* (...)”¹⁸⁸. Además, en correspondencia con lo acabado de señalar, deberá atenderse que los derechos fundamentales son reconocidos en conjunto y que, precisamente, en conjunto han de ser determinados, ya que también en conjunto se han de ejercitar. Ello, se corresponde con el entendido de que la Constitución conforma un sistema en el que sus disposiciones deben ser interpretadas (principios de normatividad, unidad y sistematicidad de la Constitución) buscando la unidad y evitando la contradicción, de modo que no habrá un conflicto real de derechos¹⁸⁹.

Otro punto a tomar en cuenta desde tal perspectiva, es que la *fórmula del peso* también requeriría, valga la redundancia, de los pesos abstractos de los principios, los cuales son independientes de cualquier circunstancia concreta, de manera que se tendría que tener a disposición una asignación de peso abstracto para cada principio, esto es, una escala de ordenación abstracta de los derechos; sin embargo, como refiere Moreso, no se conoce ninguna escala de este tipo que pueda ser aceptada razonablemente “Al respecto Alexy sólo nos da una pista: que el derecho a la vida tiene mayor peso abstracto que la libertad general de actuar. Se trata de una intuición plenamente aceptable, como es obvio, pero está muy lejos de ser ni siquiera el núcleo de una escala de ordenación de todos los derechos constitucionales. Sin esa escala, en cada caso concreto a enjuiciar se planteará de nuevo la cuestión del peso abstracto de cada principio en liza. (...) En

¹⁸⁸ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 308.

¹⁸⁹ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 308. Cabe señalar, que el mencionado autor, también hace mención a la naturaleza de la persona humana como una unidad en su esencia. Con relación a esto último, aunque en un trabajo anterior, el referido autor apuntó que “La persona humana, como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto. (...) Si la naturaleza humana es —como efectivamente es— una unidad, y los derechos humanos en cuanto tales se predicen del hombre, entonces no hay modo que ni en su formulación teórica, ni en su ejercicio práctico, tales derechos —si realmente son unos derechos del hombre— sean contradictorios entre sí, o —lo que es lo mismo— que supongan contenidos incompatibles entre sí. Muy por el contrario, si tales derechos son efectivamente derechos humanos, la única manera que tienen de existir —y de ser ejercitados— es de compatibilidad armónica y vigencia conjunta entre unos y otros”. Ver: CASTILLO CORDOVA, ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?, pp. 56 y 57.

resumen, no es claro qué es lo que debería medir la supuesta escala abstracta de ordenación de los derechos constitucionales”¹⁹⁰.

En lo que se refiere a la asignación de grados de afectación de acuerdo a la escala tríadica (leve, medio y grave) se presenta otro cuestionamiento: ¿de qué depende tal asignación de grados en un caso en concreto? Así, según refiere Castillo Córdova, “Más allá de que los grados de importancia de satisfacción y afectación de los derechos fundamentales no son cuantificables en una escala métrica, está el dato cierto de que no existe ningún elemento que objetivamente permita atribuir un valor (l, m, g) al grado de frustración de un derecho y a la importancia de la optimización de su contrapuesto a fin de establecer cual principio (derecho fundamental) ha de preceder a su opuesto. La doctrina de Alexy no aporta ningún criterio que permita la determinación de los grados de optimización y de sacrificio de los derechos fundamentales a fin de establecer la relación de precedencia”¹⁹¹.

En esta línea, Moreso apunta que solo se pueden construir escalas ordinales o cardinales cuando se está en presencia de alguna propiedad claramente definida como sucede, por ejemplo, con “el test del rayado para la escala de los minerales. Un mineral es más duro que otro si y sólo si el primero puede rayar al segundo y el segundo no puede rayar al primero. La dureza de los minerales nos permite de este modo construir una escala ordinal”¹⁹², característica que no se presentaría en la interferencia en los derechos fundamentales. Por ello, para Castillo Córdova, muy posiblemente vendría a ser la particular concepción axiológica de aquel que ejecute la ponderación la que establezca en el caso en concreto los valores

¹⁹⁰ MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, p. 63.

¹⁹¹ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 310.

¹⁹² MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, p. 63. Por ello mismo, para el Prof. José Juan Moreso, es mejor seguir un enfoque especificacionista consistente en reducir el alcance de los principios, pero conservar su fuerza. En ese sentido, el mencionado profesor de la Universidad Pompeu Fabra muestra un conjunto de etapas a seguir: a) la delimitación del problema normativo (universo del discurso): Consiste en delimitar claramente el ámbito del problema normativo que nos ocupa, b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables a tal ámbito de acciones, c) la toma en consideración de determinados casos paradigmáticos —reales o hipotéticos— del ámbito normativo previamente seleccionado en la primera etapa, d) El establecimiento de las propiedades relevantes para la determinación de las soluciones normativas, e) formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso. Ver. MORESO, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, pp. 826 y 827.

numéricos que conforman el dividendo y el divisor en la fórmula del peso, despertando con ello ciertas denuncias de arbitrariedad en la realización de tales componentes¹⁹³.

Asimismo, para Ferrajoli, el papel de la ponderación es limitado para que se evite así que se debilite el carácter «tendencialmente cognoscitivo» de la jurisdicción y se aliente, en consecuencia, el activismo judicial¹⁹⁴. Pronunciándose sobre unos casos paradigmáticos, Ferrajoli indica que “Si queremos hablar de «ponderación», me parece más simple y correcto, en ambos casos, afirmar que el objeto de la ponderación son, caso por caso, las connotaciones singulares e irrepetibles de los hechos y de las situaciones juzgadas, que son siempre distintas aun cuando subsumibles en las mismas normas (...), y no las normas a aplicar, sean reglas o principios, que, por el contrario, son siempre las mismas. Se trata, en efecto, de lo que en *Diritto e ragione* he llamado la «comprensión» o «connotación equitativa», presente siempre en todo juicio y que exigiría (lo que con frecuencia no sucede) ser cada vez más racionalmente argumentada y motivada¹⁹⁵.”

Como complemento a lo apuntado, también se plantean ciertas dudas sobre el hecho de que la ponderación se lleve a cabo para casos individuales, realizándose, de ese modo, una concepción *ad hoc* de la ponderación, pues mientras que “la ponderación en abstracto es una ponderación definicional —es decir, una asignación de peso independiente de las circunstancias —, pero inconcluyente, puesto que de la fórmula de Alexy se deriva que un principio con mayor peso en abstracto puede ser derrotado en concreto por otro con menor peso en abstracto, la ponderación en concreto es siempre *ad hoc* y ello conlleva que “una sola característica peculiar puede justificar una solución diversa de aquella que se ha atribuido a un caso anterior”¹⁹⁶, con lo que se terminaría

¹⁹³ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, pp. 309 y 310.

¹⁹⁴ ATIENZA, “Constitucionalismo y Derecho penal”, p. 24.

¹⁹⁵ FERRAJOLI y RUIZ MANERO, “Un dialogo sobre principios constitucionales”, p. 367.

¹⁹⁶ MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, p. 64.

obviando la previsibilidad de las decisiones, así como también se sustituiría un modelo generalista de toma de decisiones por otro de carácter particularista¹⁹⁷.

Por nuestro lado, desde una mirada a la *praxis* del Tribunal Constitucional, también cabría señalar que en muy pocos casos se ha aplicado el test de proporcionalidad en toda su dimensión. Es más, de manera reiterada se ha señalado por parte del citado ente la necesidad de llevar a cabo tal método; sin embargo, por lo menos en caso en los que ha estado en colisión la libertad de expresión y el honor o la intimidad, no se observa un razonamiento que siga paso a paso las etapas que hemos descrito líneas arriba¹⁹⁸.

En resumen, para dicha postura se entenderá que los derechos se encuentran en sí mismos limitados, por lo que no será necesario recurrir a limitaciones *desde afuera*, sino a una interpretación acorde con la primacía normativa, unidad y sistematicidad de la Constitución. Así, como postula Haberle, “La unidad que resulta creada entre los diversos bienes regulados en la Constitución y las relaciones de complementariedad que subsisten entre ellos, justifican el imperativo de una interpretación “sistemática” de la Constitución. Los límites y el contenido de los derechos fundamentales deben ser determinados mediante una “visión de conjunto” que tenga en cuenta el significado que tienen estos derechos como elementos constitutivos de un sistema unitario”¹⁹⁹.

Así pues, en lugar de establecerse jerarquías, así sean en un caso en concreto, lo que se buscará será el equilibrio entre los derechos fundamentales, de modo que en virtud de tal procedimiento se determinaran los límites propios de cada derecho (inmanentes) y su contenido²⁰⁰, lográndose la solución de los supuestos conflictos a través del legítimo ejercicio de los mismos, esto es, al ejercicio amparado al interior de los límites del derecho en cuestión y no a través de algún proceso que afecte a los derechos fundamentales desde el exterior. El contenido y los límites,

¹⁹⁷ MORESO, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, p. 64.

¹⁹⁸ Ver: ANEXO 1.

¹⁹⁹ HABERLE, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, p. 56.

²⁰⁰ A manera informativa: MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 157 y 158.

entonces, deben determinarse partiendo de la totalidad del sistema constitucional de los valores al que hace en su esencia referencia todo derecho fundamental²⁰¹.

Cabe agregar que para Haberle el equilibrio es un ejercicio permanente de delimitación del derecho y en la medida que los límites y el contenido se presenten caso por caso: “El contenido y los límites de los derechos fundamentales deben ser definidos mediante una operación mental diferenciada, que exige una interpretación ‘sistemática’ de la Constitución. El derecho fundamental es un elemento que asume, por así decir, formas siempre nuevas de acuerdo a la situación de conflicto, que debe ser actualizado y concretizado caso por caso, no obstante el hecho de que él ya haya sido fijado en la Constitución”²⁰².

Por todo ello, y en correspondencia con los principios de normatividad, unidad y sistematicidad de la Constitución, debería, entonces, interpretarse las distintas disposiciones que recoge dicho cuerpo normativo como si de una unidad se tratase, pues de lo contrario se haría peligrar la eficacia normativa de la Constitución al contener mandatos que, por un lado, permiten hacer algo y, por otro, lo prohíben. En ese sentido, a modo de refuerzo de dicha tesis, es oportuno señalar, explicitando la posición de Castillo Córdova, que:

“(…) no parece ser verdad que se esté tomando en serio los derechos fundamentales cuando se interpretan las disposiciones iusfundamentales como contradictorias entre sí, de modo que la colisión o contradicción se solucione estableciendo un derecho vencedor y un derecho vencido. Precisamente, si nos tomamos los derechos fundamentales en serio, no pueden existir derechos fundamentales vencidos de ninguna forma. En la lógica de quienes comparten teorías absolutas o relativas de los derechos fundamentales, el derecho vencido tiene que sacrificar su contenido constitucional para permitir el ejercicio del derecho fundamental vencedor. Pero, si fuese posible comunicarnos con

²⁰¹ HABERLE, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, p. 109.

²⁰² HABERLE, *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*, pp. 90 y 91.

los derechos fundamentales vencidos, ¿cómo les explicaríamos que los hemos tomado en serio? Si en serio nos lo hubiésemos tomado no tendría que haber ocurrido su derrota”²⁰³.

De ese modo, la vía de solución a los supuestos conflictos entre derechos deberá ser el llevar a cabo una actividad hermenéutica que permita justificar tales decisiones. Estas no supondrán limitación o restricción de derecho fundamental alguno, sino *“que deberán significar determinaciones o concreciones del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental, ya que diferenciando la limitación de la delimitación, concretar una norma iusfundamental será establecer límites (fronteras internas) que existen previamente”*²⁰⁴.

2.5. Balance provisional

A nuestro criterio, siguiendo a Mir Puig, es imperativo en el estado actual de la teoría constitucional tomar en cuenta al principio de proporcionalidad²⁰⁵ en toda su dimensión, no por nada, como se ha expuesto, hoy en día tal principio “es reconocido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales como el que impone los límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte derechos fundamentales”²⁰⁶.

Ello, como lo señaláramos en un primer momento, goza de una especial importancia para el Derecho penal, pues toda intervención penal —desde la tipificación del delito hasta la imposición de la pena y su ejecución, así como la

²⁰³ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 314.

²⁰⁴ CASTILLO CORDOVA, “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”, p. 314.

²⁰⁵ Cabe indicar que, a criterio del Tribunal Constitucional, el principio de proporcionalidad se halla constitucionalizado en el último párrafo del art. 200 de la Constitución (STC n° 010-2002-AI/TC). No obstante, en otras sentencias, el máximo intérprete de la Constitución también ha indicado que al reconocer en los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta (STC n° 00535-2009-PA/TC). Todo esto, y con mayor empleo de jurisprudencia y pronunciamientos de la doctrina nacional, se puede ver en: YON RUESTA y SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p. 100.

²⁰⁶ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1361.

propia interpretación que lleva a cabo el Juez de cara a la calificación de una conducta como típica— limita derechos, erigiéndose en ese sentido el mencionado principio como un *límite de los límites*, es decir, “un límite constitucional *material* fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”²⁰⁷.

Con base en dicha idea, un sector de la doctrina nacional, siguiendo a Arroyo Zapatero y a García Rivas, refiere que el principio de proporcionalidad “se ubica como parte de la estructura de un Programa penal de la Constitución, constituyendo un límite constitucional a la actuación estatal en materia penal, tanto a nivel primario (legislativo) como secundario (jurisdiccional)”²⁰⁸

Es por esto, a nuestro criterio, que autores como Mir Puig sostienen que el recurso al principio de proporcionalidad encuentra su fundamento “en la propia vigencia de las disposiciones constitucionales que prevén derechos fundamentales, vigencia que se opone a su limitación por parte del Estado salvo que resulte idónea y necesaria para la protección de otros derechos y no suponga mayor coste en los derechos sacrificados que beneficio para los derechos protegidos (que no resulte desproporcionada en sentido estricto)”²⁰⁹.

En ese sentido, debemos mencionar que participamos de la idea de que los derechos fundamentales sean entendidos como principios, los cuales, a su vez, se presentarían como “*normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización*”²¹⁰.

Hay que hacer notar, entonces, que nos adherimos a la posición de Alexy, en el sentido de que las normas-principio tienen una relación de implicación con el “más

²⁰⁷ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1361 y 1362.

²⁰⁸ YON RUESTA y SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p. 100.

²⁰⁹ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1368.

²¹⁰ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquel”²¹¹.

El propio reconocimiento constitucional de principios, que por su propia naturaleza no tienen determinados sus límites, necesitan del principio de proporcionalidad —y sus tres subprincipios como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto— para que se impongan limitaciones en atención a un caso en concreto que sirvan a la satisfacción de otros principios (otros derechos fundamentales) sin suponer mayor coste que beneficio²¹².

Consideramos adecuado, entonces, que en aras a resolver un conflicto entre derechos se realice un análisis sobre la existencia de un fin legítimo que sirva como fundamento para restringir un derecho (el honor frente al ejercicio del derecho a la expresión), verificar si la interferencia en dicho derecho tiene relación con el fin legítimo perseguido (principio de adecuación o idoneidad), comprobar que no exista otro mecanismo menos gravoso (requisito de necesidad) y, finalmente, evaluar si en el caso en concreto la afectación del derecho se justifica por la mayor importancia o necesidad que existe de satisfacer el bien en conflicto (ponderación en sentido estricto)²¹³.

No olvidemos que, de acuerdo a Mir Puig, dado que la exigencia del principio de proporcionalidad (y de sus subprincipios) se afirma respecto a una finalidad beneficiosa para intereses públicos o particulares que ha de seguir toda intervención estatal que limita derechos, aquella tendrá particular importancia de cara a la justificación de la intervención penal por la finalidad de proteger intereses directos o indirectos de los ciudadanos, previniendo así la lesión de tales

²¹¹ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

²¹² MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1373.

²¹³ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 159 y 160.

intereses, lo que se traduce en el principio de *exclusiva protección de bienes jurídico-penales*²¹⁴.

En efecto, como ya se mencionó, dicho autor sostiene que las exigencias de idoneidad y necesidad incluyen directamente los principios de *necesidad de pena* para la protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, *última ratio*, fragmentariedad e intervención mínima; mientras que, el tercer subprincipio, de proporcionalidad en sentido estricto, tiene relación con la exigencia de proporción entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena²¹⁵.

En esa línea, se advierte que el principio de proporcionalidad, como sostiene el profesor Velásquez Velásquez, encuentra asidero tanto en la construcción dogmática de la teoría del delito como en las consecuencias jurídico-penales (penas o medidas de seguridad), lo que permite colegir —aunado a que dicho principio persigue el fin de mínima intervención del Estado o de legitimación de toda intervención estatal— que “rige tanto en el momento en que el derecho es creado por los legisladores *como en el que es aplicado por los jueces o tribunales*, amén de que también opera en la fase de la ejecución de las sanciones penales”²¹⁶.

Tal posición, como adelantáramos, refuerza nuestra posición, pues —como se demostrará en los siguientes capítulos— al ser el ejercicio *legítimo* de la libertad de expresión una conducta que se halla dentro del marco del *riesgo permitido*, la intervención penal no resultará necesaria. La solución frente al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor no debe, entonces, trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino que debería ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro de cara a la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar

²¹⁴ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1362.

²¹⁵ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1363.

²¹⁶ VELÁSQUEZ V, “Anteproyecto de la Parte General del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado”, p. 56.

aquellas conductas que son *penalmente relevantes* de las que no gozan de tal carácter lesivo.

Ello, se corresponde plenamente con los postulados del principio de proporcionalidad, pues el mismo —toda vez que es un límite material al ejercicio de la actividad punitiva del Estado y que tiene pleno alcance tanto en el momento en el que el derecho es creado por los legisladores *como en el que es aplicado por los jueces o tribunales*— no se opone solamente a la criminalización de conductas mediante la creación de tipos penales en tanto no sean ni idóneas, necesarias o proporcionales (en sentido estricto), sino también a la calificación de una conducta como típica por parte de los Jueces si es que carece de una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, así como a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que contribuyen a la estabilidad aplicativa.

En otras palabras, lo señalado podrá explicarse a partir de que el principio de proporcionalidad exige que, al interior de la teoría del delito, en la *tipicidad*, rija una prohibición de exceso, es decir, que para la consecución de un fin de relevancia constitucional (la protección del honor a través del Derecho penal, por ejemplo) solo se proceda si es que nos hallamos ante una conducta verdaderamente lesiva (tipo indiciario de un injusto cualificado), pues de lo contrario la medida no será ni adecuada ni útil de cara a la protección penal de un interés valioso (honor), sino que dificultará la consecución de dicha finalidad, incumpléndose de ese modo con lo exigido por el subprincipio de idoneidad, ya que no será ni cuantitativa ni cualitativamente adecuada, toda vez que el instrumento empleado significará la limitación de un derecho fundamental (la libertad de expresión) en virtud de una conducta carente de la lesividad que requiere el empleo del arsenal penal²¹⁷.

²¹⁷ A modo de ejemplo, sobre la lesividad como un elemento del juicio de idoneidad previsto al interior del test de ponderación ver: STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 32), STC n° 0014-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima (FJ 42), STC n° 0008-2012-PITC. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley n° 28704 (FJ 31 y 32), en donde se hace especial mención a los fines de la pena al momento de desarrollar el subprincipio de idoneidad. En la doctrina nacional, se ha señalado que “(...) la medida evaluada debe ser adecuada y útil para alcanzar la finalidad que persigue. Están proscritas entonces las medidas neutrales, aquellas que no llevan a lograr la finalidad, y las medidas negativas, que son las que dificultan el logro de la finalidad perseguida. (...)El examen de idoneidad implica entonces identificar el fin de relevancia constitucional en la medida penal que

Debe hacerse mención a que, como indica Demetrio Crespo, la idoneidad “se proyecta tanto sobre la norma de conducta, como sobre la norma de sanción. Según Gloria Lopera (...) básicamente implicaría comprobar respecto de la primera si la conducta descrita en el tipo penal es susceptible de afectar al bien jurídico que se pretende proteger, exigiendo verificar en cuanto a la segunda que la conminación penal representa un medio apto para prevenir la realización de la conducta prohibida”²¹⁸. Lo que se enlaza con la idea señalada por el mismo autor con relación a que “en el Derecho penal constitucional existe una relación entre legitimidad y efectividad, de modo que un instrumento total o parcialmente inefectivo pierde su legitimidad”²¹⁹.

Así pues, como un adelanto de nuestra posición, consideramos que una conducta que se ajusta al conjunto de condiciones que el propio sistema jurídico propone para el ejercicio legítimo de un derecho no puede ser de ningún modo considerada como susceptible de provocar una afectación de entidad considerable —que es una exigencia del Derecho penal a fin de afirmar el carácter típico de un comportamiento— en el honor de otra persona. La intervención penal perdería su efectividad y, por tanto su legitimidad, si responde —así sea a través de la calificación como típica, pero excepcionalmente justificada— ante una conducta que no presenta el necesario carácter ofensivo para justificar su intervención.

En el caso del derecho a la libertad de expresión e información nos encontramos ante un ejercicio normal de las libertades jurídicamente reconocidas. No nos hallamos ante la necesidad de justificar un comportamiento en sí y por sí prohibido (que es lo propio del sistema de causas de justificación). De esto, da cuenta la

limita un derecho fundamental. Dicho fin recae sin duda en el principio de lesividad, consagrado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano. El fin de relevancia constitucional en toda medida penal deberá ser entonces la protección de bienes jurídico penales frente a su lesión o puesta en peligro. El segundo paso del análisis de idoneidad conlleva el análisis de una relación medio-fin, en la que debe tenerse en cuenta “no solo el fin de protección de bienes jurídicos que se persigue a través del Derecho penal, sino también los fines preventivos que se predicen de las penas”. Ver: YON RUESTA y SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p. 104.

²¹⁸ DEMETRIO, Constitución y sanción penal, p. 81.

²¹⁹ DEMETRIO, Constitución y sanción penal, p. 81.

función misma que cumple la libertad de expresión e información en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho: “(...) tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre”²²⁰. Por ello, el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático “(...) adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social (...)”²²¹. Así pues, el Tribunal Constitucional indica que “(...) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático (...)”²²².

Somos de la idea de que la calificación del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información como típica generaría un “efecto desaliento” en el cumplimiento no solo de las condiciones que el propio sistema jurídico exige para el ejercicio de un determinado derecho fundamental, sino que también incidiría en el derecho de todos los ciudadanos a recibir información veraz o a expresar libremente sus ideas. Se afecta así la propia legitimidad de la intervención penal al interior de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pues ni se asegura la protección de los miembros de la sociedad a través de la *prevención limitada* del delito ni, por tanto, se procura la maximización de los derechos y libertades fundamentales. Por demás está decir que nada de ello aseguraría a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo la salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente²²³.

Esto último, como se podrá apreciar, requiere de un mayor desarrollo, lo cual es el preciso objetivo de este trabajo de investigación, por lo que se volverá sobre el tema más adelante. No obstante, ya que en este capítulo estamos buscando resaltar la necesidad del empleo del principio de proporcionalidad para la limitación de derechos fundamentales (especialmente cuando esa limitación

²²⁰ STC n° 02-2001-AI/TC. Caso: Defensoría del Pueblo (FJ 9).

²²¹ STC n° 2465-2004-AA/TC. Caso: Barreto Herrera (FFJJ 15 y 16).

²²² STC n° 0027-2005-PI/TC. Caso Colegio de Periodistas del Perú (FJ 26).

²²³ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, pp. 4 y 5.

proviene desde el Derecho penal) creemos adecuado indicar que, en definitiva, el mencionado instrumento resaltaré la falta de necesidad de pena (propio del injusto) cuando nos encontramos ante el ejercicio *legítimo* de un derecho fundamental, pues la intervención penal no será idónea ni necesaria, ya que habrá otra vías (el derecho civil) menos gravosas e, incluso, seguramente, más satisfactorias que la sola pena de prisión (prevista para el delito de difamación). Así, como indica la profesora Rodríguez Montañés:

“En principio, hay cierto consenso al afirmar que no resulta constitucionalmente admisible la aplicación de un tipo penal a conductas que constituyen actos de ejercicio de un derecho fundamental, pues la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales en juego”²²⁴.

Ahora bien, frente a las críticas efectuadas en contra de dicha postura, coincidiendo con Bernal Pulido, debemos mencionar que “en la práctica” ningún poder constituyente o constituido “dispone del tiempo, la información y los acuerdos para prever y regular los conflictos que, de modo hipotético, puedan surgir en la aplicación de los principios. A ello debe sumarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho, tampoco sería deseable que existiese un sistema jurídico que garantizase una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiese de un catálogo de principios constitucionales y legales totalmente determinados, que además estuviesen

²²⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 67.

revestidos de un “efecto de irradiación” sobre todo el ordenamiento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política”²²⁵.

Consideramos que es propio de una Democracia constitucional el que no se tenga una respuesta “correcta” (¿tesis de la armonía?) para controversias de tal magnitud y complejidad como lo es la colisión de principios. Por ello mismo, no consideramos que sea lo más acertado el pretender una articulación sistemática de todos los principios jurídicos que, en consideración a su jerarquía (¿tesis de la posición preferente?), resuelva de antemano las posibles colisiones así como las posibles incompatibilidades entre las norma *prima facie* que fundamentan²²⁶.

Una hipotética solución de tal tipo para las colisiones entre principios “debe rechazarse por presuponer algo imposible de concebir en el ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista: una jerarquía de todos los principios jurídicos que refleje una jerarquía de todos los valores. La ponderación no implica ni la validez de un orden lexicográfico de los derechos fundamentales ni un orden lexicográfico de principios de justicia”²²⁷, todo lo contrario, esta es una estructura por medio de la cual no debe establecerse una relación absoluta, sino una relación de *precedencia condicionada* entre los principios, de acuerdo a las concretas circunstancias del caso, a fin de determinar el sentido de la decisión judicial.

Finalmente, de acuerdo a lo apuntado líneas arriba al momento de describir la postura de Alexy, nos parece que dicho modelo de ponderación cumple con las exigencias teóricas y prácticas de racionalidad, siempre que esto último no sea entendido como “hiperracional”, pues terminaría llevándonos a no reconocer que incluso la racionalidad tiene ciertos límites²²⁸. No obstante, coincidiendo con Caro John, somos de la idea de que, en lo relacionado con la denominada fórmula de pesos, el asignar un determinado valor a la afectación de los derechos fundamentales (esto es, el peso abstracto del principio, el peso concreto del

²²⁵ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 41.

²²⁶ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 45.

²²⁷ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 46.

²²⁸ BERNAL PULIDO, “La racionalidad de la ponderación”, p. 40.

mismo, y la seguridad de la afectación del principio) es un paso particularmente discutible.

Siguiendo al mencionado autor, consideramos que dicho paso “es particularmente polémico, y lo hemos de omitir al momento que realicemos el análisis de los conflictos de derechos, pues la denominada fórmula de los pesos es desde nuestra posición impracticable al ser imposible atribuir un valor abstracto al principio afectado”²²⁹. En ese mismo sentido, Eloy Espinosa-Saldaña sostiene que “(...) justo es señalar que la conformación del sistema de derechos acogido por nuestro ordenamiento jurídico no parece admitir la existencia de derechos fundamentales que en abstracto tengan mayor relevancia que otros”²³⁰.

De manera global, ha de tomarse en consideración, como sostiene Mir Puig, que el tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, “requiere un juicio de ponderación de la importancia respectiva de la afectación del derecho que implica la intervención penal y de la importancia de los bienes a cuya protección ha de servir aquella intervención. Una vez comprobada la idoneidad (capacidad de protección) y la necesidad (ausencia de otras alternativas menos lesivas para conseguir la finalidad de protección) de la intervención penal, aún falta comprobar el coste de la intervención penal, representado por la limitación de derechos que supone, no sea mayor que el beneficio (protección) que con ella se puede conseguir”²³¹.

En otras palabras, desde una perspectiva propiamente penal, esto significará que el interés que se espera proteger sea proporcionado a la gravedad de la intervención penal, de manera tal que es ésta no sea más grave que el mal que se

²²⁹ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 277.

²³⁰ Asimismo, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera agrega que “(...) Nuestros preceptos constitucionales reconocen que toda persona tiene derechos, más no indican que tenga más derechos que los otros. Tampoco se establece un elenco más tuitivo para algunos derechos constitucionalmente acogidos, situación que en determinados países —en nuestra modesta opinión erróneamente— en la práctica lleva a establecer una suerte de jerarquización formalmente no reconocida entre los diferentes derechos fundamentales. Ver: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, “Libertades informativas versus intimidación, honor, buena reputación o buena imagen: las ventajas de un tratamiento procesal constitucional de estos casos”, p. 169.

²³¹ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, p. 1364.

trata de evitar. Así pues, en la medida en que la intervención penal afecte derechos fundamentales, “sólo resultará proporcionada si trata de evitar lesiones de derechos igualmente fundamentales o por lo menos intereses fundamentales para la vida social que, además de ser en abstracto merecedores de tutela penal (bienes jurídico-penales), **afecten con intensidad a dichos bienes**. Y a medida que aumente la gravedad de la intervención penal (así mediante penas o medidas privativas de libertad y en la medida en que su duración aumente) mayor habrá de ser la importancia del bien o bienes que con ella se espera proteger y mayor la intensidad de su afectación que se desea evitar”²³². En términos del análisis económico del Derecho, para Demetrio Crespo, esto podría resumirse en no aplicar un precio excesivo para obtener un beneficio inferior²³³.

III. SEGUNDO CAPÍTULO: EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

3.1. Alcance previo

Las libertades de expresión e información se han encontrado presentes en las listas de derechos del hombre desde las primeras declaraciones de derechos del constitucionalismo revolucionario²³⁴ hasta los actuales tratados internacionales

²³² MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1364 y 1365. (cursiva nuestra)

²³³ DEMETRIO, Constitución y sanción penal, p. 82.

²³⁴ CASTILLO CÓRDOVA, “Las libertades de expresión e información como derechos humanos”, p.18: A mayor ahondamiento, el autor indica como ejemplos: “Así, es en artículo XII de la Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776), en el que se estableció que «Que la libertad de imprenta es uno de los más grandes baluartes de la libertad y sólo un despótico puede restringirla». Igualmente en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787, en la primera de las diez enmiendas (15 de diciembre de 1791), se ha dispuesto que «El congreso no aprobará ley alguna por la que (...) coarte la libertad de expresión, de imprenta o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al Gobierno la reparación de agravios». De igual forma en la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789, en la que se dispuso que «Nadie debe ser molestado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley» (artículo 10)” [pie de página 11].

sobre derechos humanos, lo que no resulta extraño en tanto que dicho derecho trata en buena cuenta del reconocimiento y garantía jurídica de la autonomía individual sin la cual no es posible la autorrealización personal.

En ese sentido, de acuerdo a Castillo Córdova, “si el reconocimiento de un ámbito de libertad a través del cual pueda manifestarse y relacionarse la persona humana es necesario para su existencia digna en tanto que favorece su libre y pleno desarrollo, entonces no hay más que reconocer que la libertad de expresión y de información es la traducción jurídica de las concreciones del principio de libertad y dignidad humanas”²³⁵.

Es más, según afirma el citado autor, la plena realización personal no es el único argumento que resalta la importancia del derecho a la libertad de expresión e información, toda vez que existe por lo menos uno adicional de suma importancia: *la organización democrática de la convivencia humana*. En esa misma línea, dado que la naturaleza humana tiene una dimensión social, que significa que el hombre existe y alcanza pleno desarrollo en sociedad, esto es, en convivencia con otras personas, se requerirá de una estructura organizativa que ordene el grupo social: *la estructura democrática de Derecho*.

Sobre aquella base, podemos agregar que, como sostienen De Domingo Pérez/Martínez-Pujalte, si bien es cierto que todos los derechos fundamentales tienen una dimensión institucional, esto es, que no solo constituyen un bien para su titular, sino también para la comunidad, “algunos de ellos, además cumplen una función política de particular importancia para el funcionamiento del sistema democrático. Así sucede paradigmáticamente con los derechos a la libre expresión e información, cuyo ejercicio garantiza una opinión pública libre, sin la cual no puede existir una verdadera democracia”²³⁶.

De la misma manera, la profesora Astacio Cabrera señala categóricamente que el derecho a la libertad de expresión e información es componente básico de la

²³⁵ CASTILLO CÓRDOVA, “Las libertades de expresión e información como derechos humanos”, p. 22.

²³⁶ DE DOMINGO PÉREZ y MARTÍNEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodo 2001 – 2005”, p. 29.

democracia, cuyo componente objetivo, precisamente, constituye un elemento imprescindible del orden jurídico, como presupuesto de la opinión, el debate y la crítica necesarios para el funcionamiento de las instituciones democráticas²³⁷.

Ahora bien, pese al reconocimiento expreso que en el presente trabajo hacemos acerca de la importancia del derecho a la libertad de expresión, somos de la idea de que no se debe obviar que todos los derechos fundamentales tienen el mismo peso abstracto, siendo el juicio ponderativo (test de ponderación) el que ha de servir para determinar el alcance del derecho en el caso en concreto (*precedencia condicionada*) y, de ese modo, definir cuál de los derechos invocados se ejerció de manera legítima, esto es, de manera constitucionalmente válida.

En esa línea, como señala Meini Méndez, se advierte que “no necesariamente ni en todo caso la afectación al honor ha de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de las libertades de expresión e información, ni viceversa, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre unos y otras”²³⁸. En otras palabras, se deberá indagar en qué supuestos se puede aplicar el límite penal (representado por los delitos contra el honor) y, sobre todo, establecer cuando es que el derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio) se ejerció de manera legítima.

Para ello, se deberán desarrollar ciertos criterios que ayuden a definir el contenido de los derechos a la libertad de expresión e información. Siguiendo a Marciani Burgos, cabrá encontrar entonces en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión dos clases de límites: a) *internos* (los cuales permiten delimitar el contenido o facultades concretas que integran el derecho en cuestión y, de ese modo, diferenciarlo de otros)²³⁹ y b) *externos* (buscan restringir el ámbito de ejercicio de un determinado derecho en aras de conservar ciertos límites que se encuentran referidos al reconocimiento y respeto de otros derechos²⁴⁰).

²³⁷ ASTACIO CABRERA, Tratamiento jurídico –penal de la apología del terrorismo, pp. 43 y 44.

²³⁸ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, pp. 181 y 182.

²³⁹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.110.

²⁴⁰ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.111.

En este sentido, en aras a llevar a cabo la mencionada tarea, en el presente trabajo se desarrollará el concepto, contenido y características del derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio) para, luego, ahondar en cada uno de los citados elementos a partir de sus dos manifestaciones: el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto). Finalmente, se desarrollarán los límites externos de la libertad de expresión, haciéndose, por obvias razones, énfasis en solo uno de ellos: el derecho al honor.

3.2. El derecho a la libertad de expresión —en sentido amplio—

El derecho a la expresión (en sentido amplio), se encuentra consagrado en el inciso 4 del artículo 2 de nuestra Constitución, disposición que expresamente señala que toda persona tiene derecho a *“las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento alguno, bajo las responsabilidades de ley”*. En el ámbito internacional, el citado derecho se encuentra previsto tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁴¹, en la Convención Europea de Derechos Humanos²⁴², como también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁴³ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁴⁴.

²⁴¹ “Artículo 13.-

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.

(...)”

²⁴² “Artículo 10.-

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)

2. El ejercicio de estas responsabilidades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, concesiones, 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”.

²⁴³ “Artículo 13.-

A partir de lo previsto en los citados dispositivos se puede observar, aún de manera general, que la libertad de expresión (en sentido amplio) comprende el derecho de toda persona a difundir, recibir y buscar ideas u opiniones así como información de toda índole. El Tribunal Constitucional, citando a Bidart Campos, ha sido categórico al señalar que “(...) la libertad de expresión no se limita a exteriorizar pensamientos, ideas y opiniones; implica asimismo la libertad de buscar, recibir y difundir información. Y ello por todos los medios existentes en cada circunstancia de lugar y tiempo”²⁴⁵, de modo que queda clara la importancia

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.

(...)”

²⁴⁴ “Artículo 19.-

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (...)”

²⁴⁵ STC n° 0027-2005-PI/TC. Caso: Colegio de periodistas del Perú (FJ 20). Además, cabe hacer mención que lo apuntado por nuestro Tribunal Constitucional guarda estricta correspondencia con lo expresado anteriormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El artículo 13 señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole...” Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Ver: Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85: “La colegiación obligatoria de periodistas”, del 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5, párr. 30.

de la emisión como también de la búsqueda y recepción en tanto componentes de la libertad de expresión (en sentido amplio).

Además, cabe precisar que el derecho a la libertad de expresión comprende dos manifestaciones íntimamente ligadas²⁴⁶: el *derecho a la libertad de expresión propiamente dicha*, referido a la expresión de ideas y opiniones; y el derecho a la *libertad de información*, que trata sobre la transmisión y recepción de hechos²⁴⁷. En efecto, según apunta Abad Yupanqui, la libertad de expresión (propiamente dicha) consiste, precisamente, en el derecho de comunicar sin trabas el propio pensamiento a través de las más variadas formas de comunicación, sea oral, escrita, a través de símbolos por radio, televisión o cualquier otra modalidad. En cambio, la libertad de información comprende los derechos: a) a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo)²⁴⁸.

De acuerdo a ello, resulta fundamental llevar a cabo una distinción entre el ejercicio del derecho a la expresión (propiamente dicha) del de información²⁴⁹, pues los elementos que configuran el legítimo ejercicio de cada uno se

²⁴⁶ Frente a dicha posición, Castillo Córdova se muestra sumamente crítico, pues entiende que no solo es ineficaz, sino que además supone un gravísimo riesgo de inconstitucionalidad, por lo que se ha de hacer es preguntar por el contenido del mensaje mismo, no por cuál libertad está en juego (si la de expresión o información). “Es decir, en lugar de definir el mensaje que se ha de analizar como expresivo o informativo, se debe determinar qué elementos (si el objetivo y/o el subjetivo) forman parte del mismo para inmediatamente después exigir de cada uno de esos elementos unos límites propios”. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”, p. 91

²⁴⁷ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.107.

²⁴⁸ ABAD YUPANQUI, “Libertades de expresión e información”, pp. 71 y 72. No obstante, debemos precisar que “...conviene subrayar que será difícil encontrar una comunicación de hechos y noticias neutral con estricta puridad sin conectar con el derecho a la libertad ideológica; raro y extraño será un mensaje que únicamente sea informativo, sin que contenga alguna opinión o juicio porque casi siempre irá acompañada de un elemento valorativo, hasta el punto de haber podido señalar el Tribunal Constitucional que la valoración de los hechos constituye un elemento del derecho de información en el que se incluye la actitud crítica...” [STAP Sevilla, de 6 de junio de 1994. Ponente Sr. Fco de Paula Piñero Carrión] Citado por FRÍJOLA VALLINA, *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación: Límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, p. 30.

²⁴⁹ Conviene señalar que, para Bobadilla Rodríguez, no solo las noticias o las ideas, sino los mensajes de juicio, el publicitario, el de relaciones públicas y patrocinio son objeto de un único derecho a la información y son susceptibles de un tratamiento doctrinal conjunto de tal manera que a ellos le sean aplicables los principios iusinformáticos que los articulan, respetando lo que hay de común y diferente en cada uno de esos mensajes. Ver: BOBADILLA RODRÍGUEZ, “la información como derecho”, p. 71.

diferenciaran en tanto lo que se transmita sean hechos u opiniones²⁵⁰. Ello, como se verá más adelante, ya que existen ciertos elementos que solo pueden predicarse de una de aquellas manifestaciones del derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio) y no de otra. Así, la veracidad solo será considerada con relación a la transmisión de hechos, esto es, con el ejercicio del derecho a la información, pero no para la legítima configuración del derecho a la opinión (expresión en sentido estricto).

Lo acabado de señalar se corresponde con la posición seguida por el Tribunal Constitucional, ya que el máximo intérprete de la Constitución ha apuntado que el “derecho a la libertad de expresión consiste en expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; mientras que el derecho a la libertad de información garantiza el libre ejercicio de todas las personas a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión²⁵¹. Así también, ha sostenido que “el contenido constitucionalmente protegido de las libertades de información y expresión no es semejante: mientras que con la primera se garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir

²⁵⁰ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 107. En este sentido, el Tribunal Constitucional también ha señalado que: “Aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2° de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. (...) Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente. (...) Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz. Por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas que cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad; a diferencia de lo que sucede con los hechos noticiosos, que, por su misma naturaleza de datos objetivos y contrastables, sí lo pueden ser”. Ver: STC n° 0905-2001-AA/TC. Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín con la Empresa Comunicaciones y Servicios S.R.L (FJ 9).|

²⁵¹ STC n° 0027-2005-PI/TC. Colegio de Periodistas del Perú (FJ 19). Así también, en otra resolución, el citado ente jurisdiccional señaló que: “(...) la información como derecho fundamental está referida a la recepción y difusión de noticias, datos o cualquier otro tipo de mensaje tangible, sustentada en el principio de veracidad. Por su parte, la expresión está vinculada con la comunicación de ideas, comentarios u opiniones, que sobre la base de congruencia, merece tutela constitucional”. Ver: STC n° 4611-2007-PA/TC. Caso: Comunidad Nativa Sawawo Hito (FJ 39).

libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones; con la segunda se garantiza un complejo haz de libertades que, conforme enuncia el artículo 13.º de la Convención Americana de Derechos Humanos comprende las libertades de buscar, recibir y difundir verazmente informaciones de toda índole (...)”²⁵²

Se observa entonces que tanto el derecho a la libertad de expresión (propiamente dicha), como también el derecho a la libertad de información, gozan de gran importancia. Ello, pues su adecuada tutela incide directamente en el sostenimiento del sistema democrático, ya que permite la libre circulación de la opinión e información sobre temas de interés público, lo que coadyuva a la formación consciente y racional de la opinión pública. Es más, en la democracia constitucional, como indica Astacio Cabrera, la manifestación de las ideas y el libre flujo de la información cobran vida entre las libertades estratégicas que permiten consolidar la misma democracia y el resto de libertades²⁵³.

Asimismo, debe hacerse mención a que el fundamento de dichas libertades se encuentra, por un lado, en la dignidad humana²⁵⁴ (dimensión subjetiva) y, por otro, en el hecho de constituir un supuesto básico para la vigencia de un Estado Democrático (dimensión objetiva o institucional)²⁵⁵. Las citadas dimensiones, cabe

²⁵² STC n° 0866-2000-AA/TC. Caso: Machaca Mestas (FJ 2)

²⁵³ ASTACIO CABRERA, Tratamiento jurídico –penal de la apología del terrorismo, p. 45,

²⁵⁴ Ver: STC 0866-2000-AA/TC. Caso: Machaca Mestas (FJ 2): “[Acerca del contenido constitucionalmente protegido de las libertades de información y expresión] **Su reconocimiento se deriva del principio de dignidad de la persona** y, en su vertiente individual, garantiza que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento” o de difundir hechos informativos” (resaltado mío)

²⁵⁵ ABAD YUPANQUI, “Libertades de expresión e información”, p. 73. Debe hacerse mención a que, como ya hemos advertido en otro acápite, siguiendo la doctrina jurisprudencial española, Mendoza Escalante ha indicado que si bien es cierto que el Tribunal Constitucional español considera que la libertad de expresión e información (al igual que cualquier otro derecho) posee un doble carácter (subjetivo e institucional), se debe llevar a cabo una diferenciación de ello con lo que jurisprudencialmente se ha configurado como el carácter de *garantía de la opinión pública en el sistema democrático* que ostenta el referido derecho, pues este es precisamente en que le hace gozar de su *posición preferente*. Así, aunque lo mencionado sea una conclusión que surge a partir del análisis de las resoluciones del citado tribunal foráneo, cabe hacerla extensiva a nuestro país, pues la resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional, aunque puede que sin haberlo notado, parecen haber seguido el mismo derrotero, más aun en la época en la que se adhería expresamente a la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión. MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 271 – 277. Sobre la posición seguida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y, a partir de ello, la razón por la cual considero que es acertada la observación de Mendoza Escalante pueden observarse, por ejemplo, las siguientes resoluciones: “(...) ellas no sólo constituyen una concreción del principio de dignidad del hombre y

resaltar, han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional, el cual ha indicado que “tales libertades informativas son, al mismo tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional”²⁵⁶. Esto último, se corresponde ampliamente con la línea jurisprudencial que el mencionado tribunal ha desarrollado a través de numerosas sentencias en donde ha resaltado la importancia del derecho a la libertad de expresión²⁵⁷.

A criterio del máximo intérprete de la Constitución en nuestro país, el derecho a la libertad de expresión deriva del “(...) principio de dignidad de la persona y, en su vertiente individual, garantiza que “nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento” o de difundir hechos informativos”²⁵⁸. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha indicado que el citado derecho a “la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia, ya que ésta no puede existir sin una auténtica

un complemento inescindible del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad. **También se encuentran estrechamente vinculadas al principio democrático, en razón de que, mediante su ejercicio, se posibilita la formación, mantenimiento y garantía de una sociedad democrática, pues se permite la formación libre y racional de la opinión pública.** Desde esa perspectiva, ambas libertades “tienen el carácter de derechos constitutivos por antonomasia para la democracia. Constituyen el fundamento jurídico de un proceso abierto de formación de la opinión y de la voluntad políticas, que hace posible la participación de todos y que es imprescindible para la referencia de la democracia a la libertad”(…); o, como lo ha expresado la **Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen “una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública.** Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales y, en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. **Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.** (OC 5/85, de 13 de noviembre de 1985, Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 70). (..) **Por ello, tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, tienen la condición de libertades preferidas y, en particular, cuando su ejercicio permite el debate sobre la cosa pública”.** {STC n° 0905 – 2001AA/TC. Caso: Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín (FJ 13) [resaltado mío]}/ “(...) es cierto que en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una **posición preferente** por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos -como lo alega el recurrente al invocar una abierta protección de su derecho a la libertad de opinión y de expresión-, toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado” {STC n° 2465-2004-AA/TC. Caso: Barreto Herrera (FJ16) [resaltado mío]}

²⁵⁶ STC n° 0905 – 2001AA/TC. Caso: Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín (FJ 13)

²⁵⁷ Ver Anexo II.

²⁵⁸ STC n° 0866-2000-AA/TC, Fundamento Jurídico 2.

comunicación pública libre”²⁵⁹. Por ello, el derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático “(...) adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social (...)”²⁶⁰. Asimismo, el citado Tribunal también ha indicado que “(...) no puede soslayar la importancia capital del rol del ejercicio profesional del periodismo y de los medios de comunicación social para la consolidación de las instituciones y del propio régimen democrático (...)”²⁶¹.

En este mismo sentido, cabe apuntar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁶², también ha señalado categóricamente que la libertad de expresión “es una piedra angular en la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública.... Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada (...)”²⁶³. Dicha línea protectora del derecho a la libertad de expresión ha sido ratificada en posteriores ocasiones por el mencionado ente, resaltándose de ese modo que el citado derecho constituye “(...) la piedra angular de una sociedad democrática, es una condición esencial para que esta sea suficientemente informada”²⁶⁴, así como “(...) uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal del individuo”²⁶⁵.

²⁵⁹ STC n° 02-2001-AI/TC, Fundamento Jurídico 9

²⁶⁰ STC n° 2465-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 15 y 16

²⁶¹ STC n° 0027-2005-PI/TC. Caso. Colegio de Periodistas del Perú (FJ 26).

²⁶² Se debe resaltar que en conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, los derechos y libertades de la persona que dicha carta reconoce se interpretan de conformidad con lo dispuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como por los tratados de la materia que hayan sido ratificados por nuestro país, lo que hace que aquellos instrumentos internacionales se configuren como fuentes de uso obligatorio para determinar los alcances de la libertad de expresión. En este mismo sentido: DEFENSORIA DEL PUEBLO. “Situación de la libertad de expresión en el Perú. Setiembre 1996 – setiembre 2000”. En: *Serie de Informes Defensoriales* (48), Lima, 2000, p.10.

²⁶³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85: “La colegiación obligatoria de periodistas”, del 13 de noviembre de 1985, serie A, n° 5. Citado por BERTONI, “La crítica política y su relevancia para los tribunales internacionales”, p. 21.

²⁶⁴ Corte IDH. Caso: “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs Chile). Sentencia del 5 de febrero de 2001. Serie C, núm. 73, párr. 68.

²⁶⁵ Corte IDH. Caso: “Ivcher Bronstein. Sentencia del 6 de febrero de 2001. Serie C, núm. 74, párr. 152.

Lo señalado, cobra mayor fuerza a partir de la prohibición de la censura previa, pues al lado del aspecto positivo (libre comunicación de ideas, opiniones y noticias) se reconoce uno negativo: la prohibición de cualquier tipo de censura previa. Con esto, se pretende evitar que se lleve a cabo algún tipo de interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, exigiéndose —como regla— que el ejercicio de la misma se haya realizado para después, de ser el caso, sancionarlo²⁶⁶. Esto, se corresponde con el inc. 4 del art. 2 de nuestra Constitución, así como con el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevén, ante el ejercicio ilegítimo de tal libertad, la instauración de responsabilidades ulteriores (sean de índole civil o penal)²⁶⁷.

Ahora bien, como se ahondara más adelante, lo apuntado no significa que el derecho a la libertad de expresión sea un derecho ilimitado, que permita el ejercicio ilegítimo del mismo, ya que el uso alejado de los alcances de su contenido podrá acarrear responsabilidades penales, en correspondencia con el inc. 24 del art. 2 de la Constitución, pues “(...) 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”.

Así también, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “(...) la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir

²⁶⁶ Así lo señala EKMEKDJIAN, citado por ABAD YUPANQUI, “Libertades de expresión e información”, p. 76.

²⁶⁷ Solo de manera excepcional, en el caso de los espectáculos públicos, en salvaguarda de la moral pública, se permite la censura previa del derecho a la libertad de expresión, pero ello no es extensible a otros supuestos. Es más, incluso antela invocación de razones de seguridad nacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que “*La prohibición de la difusión, total o parcial, por medios de radiodifusión sonora o audiovisual, de los comunicados de grupos guerrilleros o de organizaciones vinculadas al narcotráfico o al terrorismo, la prohibición de la identificación o de entrevistas a testigos de actos de violencia y de personas vinculadas a dichas organizaciones, así como la de transmitir en directo —desde el lugar de los hechos— actos de violencia; configuran restricciones indebidas al derecho que tiene toda sociedad de ser informada sobre la realidad de los hechos*”. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”; OEA; doc. 39 rev., 14 de octubre de 1993, p. 196; En: *Comisión Andina de Juristas*, p. 216. Citado por EGUIGUREN PRAELI, *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, p. 46.

responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho”²⁶⁸. Es más, el citado ente supranacional ha sido categórico en afirmar que “(...) el artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Esto implica límites a las injerencias de los particulares y del Estado. Por ello, es legítimo que quien se considere afectado en su honor recurra a los medios judiciales que el Estado disponga para su protección”²⁶⁹.

En efecto, el mencionado derecho al honor ha sido consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷⁰, la Convención Americana de Derechos Humanos²⁷¹ y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷², entre otros instrumentos de carácter supranacional, lo que justifica la tutela del mismo por parte del Estado. Y es que, como también lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “El artículo 11 de la Convención establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, por lo que este derecho implica un límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del Estado”²⁷³.

Ello, además, se corresponde con lo previsto en el art. 2 inc.7 de nuestra Constitución, el cual establece que “todas las personas tienen derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (...)”. En efecto, como cualquier otro derecho fundamental, su ejercicio también presenta ciertos límites

²⁶⁸ CIDH. Caso: *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 54.

²⁶⁹ CIDH. Caso: *Kimel vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008, párrafo 55.

²⁷⁰ “Artículo 12.-

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

²⁷¹ “Artículo 11.-

4. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
5. 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.
6. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁷² “Artículo 17.-

3. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

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

²⁷³ CIDH. Caso: *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párrafo 101.

legítimos. El propio Tribunal Constitucional ha sido claro en explicar que — en referencia al art. 19, inc. 3, acápite “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y al art. 13, inc. 3, acápite “a” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— el ejercicio del derecho a la información representa deberes y responsabilidades especiales, por lo que está sujeto a restricciones en aras de asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás²⁷⁴.

Consecuentemente, el citado ente refiere que el art. 2, inc. 4, de la Constitución sanciona *ex post* la afectación a un derecho fundamental, con la tipificación de los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social que se encuentran tipificados en el Código Penal. Así pues, los delitos de injuria, calumnia y difamación, que se encuentran regulados en el Título II de nuestro Código Penal, abarcando los artículos 130º a 138º del citado texto punitivo, buscan la tutela del honor de las personas ante el ejercicio ilegítimo o abusivo del derecho a la libertad de expresión.

Dicha previsión normativa se corresponde con lo previsto en el art. 2 inc.7 de nuestra Constitución, el cual establece que “todas las personas tienen derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar (...)”. Así también, con lo señalado en el inc. 4 del mencionado artículo, que refiere que “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.” .A continuación, desarrollaremos los elementos que hacen, de acuerdo a una asentada corriente jurisprudencial y teórica, que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto), así como el derecho a la libertad de información, sean legítimos y que, como se verá en el próximo capítulo, se sitúen al interior del marco de libertades reconocidas a los ciudadanos.

3.2.1. El legítimo ejercicio de la libertad de información y sus límites internos

²⁷⁴ STC n° 06712-2005-HC/TC. Caso: Medina Vela y Guerrero Orellana (FJ 36).

La libertad de información consiste en la acción libre de exteriorización o comunicación de información, entendiéndose, precisamente, por información a la comunicación de hechos y sucesos de todo tipo²⁷⁵. No obstante, como adelantáramos, el mencionado derecho no se agota en la sola difusión, sino que también comprende el buscar, recibir y difundir información por todos los medios existentes en cada circunstancia de lugar y tiempo e, incluso, el fundar medios de comunicación.

En esa línea, para Bobadilla Rodríguez, la configuración doctrinal del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene una especial relevancia, pues identifica las facultades que el derecho a la libertad de información concede a sus titulares: investigar, recibir y difundir. “El derecho a investigar otorga el acceso a las fuentes, en tanto origen de información con interés público. De otro lado, gracias a la facultad de recibir, el público puede conocer noticias, opiniones, avisos comerciales. Puede seleccionarlos y, también, negarse a recibirlos. Por último, por la facultad de difundir, la empresa, el periodista y el público pueden divulgar libremente toda suerte de mensajes (...)”²⁷⁶.

El citado derecho, asimismo, presenta de acuerdo a un amplio sector de la doctrina ciertos límites internos: veracidad, interés público y la ausencia de expresiones vejatorias (prohibición de exceso)²⁷⁷. Sobre ello, el Tribunal

²⁷⁵ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 114-115. El profesor Bobadilla Rodríguez, identifica tres etapas en la evolución del derecho a la libertad de información: a) etapa individualista (libertad de expresión frente al Estado), b) etapa empresarial (libertad para hacer empresas periodísticas), c) etapa universalista (el público como sujeto del derecho a la información). Asimismo, indica que “En el caso peruano, el ordenamiento jurídico vigente apunta a la etapa *universalista*, aun cuando la práctica y la jurisprudencia se muevan doctrinalmente en la etapa individualista y empresarial. En su manifestación universalista, es preferible utilizar la expresión *derecho*, en lugar de la de libertad. La primera refleja mejor el contenido del derecho, diferenciándolo de la connotación política que acompaña a la *libertad*”. Ver: BOBADILLA RODRÍGUEZ, “La información como derecho”, p. 77.

²⁷⁶ BOBADILLA RODRÍGUEZ, “La información como derecho”, p. 79.

²⁷⁷ A modo de ejemplo: UGAZ SÁNCHEZ -MORENO, *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1869 – 1999)*, p. 91. Por su lado, Marciani Burgos señala como límites internos del derecho a la libertad de información a la veracidad y al interés público. Ver: MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.116. Además, a partir de un análisis de la jurisprudencia española, también puede consultarse: MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 282. Desde una perspectiva crítica de la jurisprudencia

Constitucional ha buscado dar algunos alcances, afirmando, por ejemplo, con relación a la veracidad, que “(...) la Libertad de Información, reconocida en el inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución, garantiza un complejo haz de libertades que, conforme enuncia el artículo 13.º de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende tanto las libertades de buscar y recibir información como la de difundir informaciones de toda índole **verazmente**”²⁷⁸. También ha destacado que “(...) tratándose de hechos noticiosos, para merecer protección constitucional, requieren ser **veraces**, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública”²⁷⁹.

En el ámbito penal, el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 es el que ha buscado interpretar lo que se entiende por obrar en ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (en sentido amplio). Así, el citado instrumento ha apuntado ciertos criterios que permitirían esclarecer si nos encontramos bajo el amparo del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información²⁸⁰:

- a) La **veracidad** de los hechos, pues no se protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, se comportan de modo irresponsable al transmitir como verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas,
- b) Las afirmaciones deben incidir en la **esfera pública** y no en la intimidad de las personas, esto es, debe estar centrado en el **interés público** del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento,
- c) La **posición jurídica** de la persona relativizará su nivel de protección cuando las expresiones incidan en **personajes públicos o de relevancia pública**, quienes en aras del interés general en juego, deben soportar cierto

del Tribunal Constitucional peruano: CASTILLO CÓRDOVA, “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, p. 282.

²⁷⁸ STC n° 3512- 2005-PA/TC. Caso: Universidad Alas Peruanas (FJ 4). [resaltado nuestro]

²⁷⁹ STC n° 3512- 2005-PA/TC. Caso: Universidad Alas Peruanas (FJ 4). [resaltado nuestro]

²⁸⁰ Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116. FJ: 10, 11 y 12.

riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones,

- d) No están amparadas las **frases objetiva o formalmente injuriosas**, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones, pues resultan impertinentes e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena.

a. La veracidad de la información

A partir de un requisito de verdad objetiva o de exactitud en la información, se evolucionó a uno que hace hincapié en la actitud del informador tendente a alcanzar la verdad, pero que no requiere que ésta se cumpla en todos los casos²⁸¹. Una clara muestra de ello es la Constitución española que expresamente exige tal requisito, sin embargo, nuestra Constitución, a diferencia de lo que sucede con la española, no exige en su redacción que la información tenga que ser veraz, por lo que —en principio— podría presentarse ciertas dudas sobre su necesidad.

No obstante, lo cierto es que, como se verá a continuación, tal elemento se ha configurado tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia nacional y comparada, como un requisito indispensable para el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de información, esto es, que se ha constituido en un límite interno del citado derecho.

En efecto, en la doctrina nacional Marciani Burgos, ha afirmado que la libertad de información presenta ciertos requisitos o características que la hacen merecedora de tutela constitucional: la veracidad de la información y el interés público²⁸². Así, con relación al deber de veracidad, la mencionada autora hace referencia “a una

²⁸¹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.119.

²⁸² MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.107.

*actitud del sujeto que transmite los hechos, una actitud que tiende a alcanzar la verdad, aunque en ocasiones yerre en su intento*²⁸³.

En este mismo sentido, Castillo Córdova señala que al informado lo que debe exigírsele es “que actúe de buena fe, con criterio objetivo y con la diligencia debida en la interrogación de las fuentes, en el contraste de los datos que unas u otras le ofrezcan, en la valoración final del producto para definir si es publicable o no lo es. Esa diligencia y buena fe, debe llevar al informador a no publicar aquello que no ha sido debidamente contrastado, y a publicar como verdadero aquello que del tratamiento diligente y de buena de las fuentes le ha producido el convencimiento de verdad (...)”²⁸⁴.

Por su lado, desde una postura que asume la tesis de la posición preferente de la libertad de expresión e información, Castillo Alva afirma que la “posición prevalente del derecho a la información dentro de la constelación de derechos reside, de manera básica, en el derecho a recibir información veraz por parte de la sociedad y de los individuos que la conforman. (...) Sólo el derecho a revivir información veraz es lo que permite la formación de una opinión publica libre, consciente y responsable de los problemas y los valores sociales, pues la opinión pública presupone la existencia de individuos informados”²⁸⁵.

En la doctrina comparada, De Domingo Pérez y Martínez-Pujalte —a partir de un análisis de la jurisprudencia constitucional española del periodo 2001-2005— indican que una noticia cumple con el requisito de veracidad cuando ha sido

²⁸³ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.119.

²⁸⁴ CASTILLO CÓRDOVA, “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”, p. 97.

²⁸⁵ CASTILLO ALVA, “El deber de veracidad como límite a la libertad de información”, pp. 185 y 186. Es más, Castillo Cordova agrega que la exigencia del deber de veracidad demanda la obligación por parte del informador de actuar con la diligencia debida en la búsqueda de la verdad de la información, no publicando afirmaciones no contrastadas debida y suficientemente e, incluso, llegar a exigir que si en caso se trate de información que atañe a la consideración personal y social de un determinado sujeto, se tenga que solicitar por parte de éste la confirmación o negación del hecho. Ver: CASTILLO CÓRDOVA, “Lectura constitucional de un asunto penal”, p. 192.

diligentemente contrastada, independientemente de que lo transmitido coincida sustancialmente con la realidad²⁸⁶.

Así también, el profesor Berdugo Gómez de la Torre destaca que la “veracidad se refiere a la actitud hacia la verdad del que ejercite esta libertad respecto al contenido de la información”²⁸⁷, por lo que en ningún sentido se exigirá la verdad, entendida como un valor absoluto, ya que, como lo ha indicado el TC español, en la Sentencia 6/1988 de 21 de enero, “las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponer “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”²⁸⁸.

En esta línea, a decir del citado profesor español, “la exclusión de la verdad objetiva como límite de la libertad de expresión viene exigida desde el propio concepto de verdad y desde el carácter democrático del Estado, pues supondría la existencia de “una verdad” y que su presencia fuera decidida en último término por el propio Estado a través del Poder Judicial”²⁸⁹. A ello, se debe agregar, en relación con el alcance de la veracidad, que “su consideración como verdad subjetiva y como fuente de un deber de diligencia en la transmisión de hechos aparece como coherente con el derecho a expresar el propio pensamiento independientemente de que este se corresponda con la realidad, con el reconocimiento del derecho a la rectificación y con el pluralismo consustancial en la formación de la opinión pública en un sistema democrático”²⁹⁰.

En la jurisprudencia nacional, como se ha adelantado, el Tribunal Constitucional ha afirmado categóricamente que: “(...) la libertad de información (...) garantiza un

²⁸⁶ DE DOMINGO PÉREZ y MARTINEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodo 2001 – 2005”, p. 49.

²⁸⁷ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 288.

²⁸⁸ Ver: BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 290.

²⁸⁹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 288.

²⁹⁰ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, pp. 289 y 290.

complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13^o de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente”²⁹¹. Luego, reiterando su posición, ha agregado que“(…) aunque la Constitución no especifique el tipo de información que se protege, el Tribunal Constitucional considera que el objeto de esa libertad no puede ser otro que la información veraz”²⁹².

Además, desde una corriente que ha sido acogida por nuestros tribunales, el Tribunal Constitucional español ha referido que el requisito de veracidad supondrá privar “de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. De modo que el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones”²⁹³.

Por todo ello, queda claro que al interior de la jurisprudencia y doctrina tanto nacional como comparada, lo que se entiende por veracidad es el intento honesto del informador para reflejar los hechos de manera que se ajusten a la verdad y a la realidad, pero no se le impone la obligación de que así sea. Sin embargo, como indica Meini Méndez, el que no se requiera veracidad objetiva en el libre ejercicio del derecho a la libertad de información “no impide reivindicar una actuación diligente en la investigación y un razonamiento lógico que genera la noticia, de tal manera que se pueda calificar la expresión [información] de razonable y debidamente fundada, al haber sido corroborada con datos imparciales antes de su divulgación”²⁹⁴.

Para finalizar, se debe indicar que el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 ha señalado en estricto, en su fundamento jurídico 12, que: “(…) el ejercicio legítimo

²⁹¹ STC n° 0905- 2001-AA/TC. Caso: Caja rural de ahorro y crédito de San Martín (FJ 9).

²⁹² STC n° 0905- 2001-AA/TC. Caso: Caja rural de ahorro y crédito de San Martín (FJ 10).

²⁹³ STC 6/1988, de 21 de enero (FJ 5). Citado por: CASTILLO CÓRDOVA, “Lectura constitucional de un asunto penal”, pp.192 y 193

²⁹⁴ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 192.

de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz (...) Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales (...).”

De este modo, aunque en un principio se observe cierta ambigüedad en el mensaje, puede afirmarse que a criterio de la Corte Suprema la veracidad es entendida como una actitud del sujeto que transmite los hechos que tiende a alcanzar la verdad, aunque en ocasiones yerre en su intento.

b. El interés público

En cuanto a lo que se refiere al interés público, cabe señalar que el mismo no presenta un contenido acabado. Así, en principio, se podría señalar que los temas de interés público son el objeto de la opinión pública, concepción que se predica desde el siglo XVIII a partir de la sociedad liberal burguesa, pues en esa época los temas de interés general se identificaron con la discusión y opinión sobre temas políticos que, consecuentemente, formaron la opinión pública. Sin embargo, de acuerdo a Marciani Burgos, en la actualidad es imposible identificar los temas de interés público con el objeto de la opinión pública, ya que la opinión pública se

construye esencialmente desde los medios de comunicación, encontrándose condicionada por sus elecciones y omisiones²⁹⁵.

Por ello, a criterio de la citada autora, podrá hablarse de interés público en la materia que es objeto de información o expresión, en tanto la misma resulte de interés general con relación a su conocimiento como también a su discusión “De modo que el debate sobre dicha materia sea útil para la formación de la opinión pública, la cual trasciende los ámbitos estrictamente políticos o de autogobierno y se extiende a cualquier tema relevante para la subsistencia de la sociedad y de los principios, valores y normas que ésta defiende”²⁹⁶, por lo que, por ejemplo, el simple fisgoneo en la vida privada de una celebridad no podrían tolerarse, ya que no contribuiría en nada a la revisión de los valores y principios de la sociedad; a menos que pueda determinarse lo contrario sobre la base de ciertos datos objetivos como el que dicha persona sea un líder de opinión cuyo comportamiento influya en un determinado grupo de la sociedad.

Ahora bien, cabe indicar que el carácter de límite interno del interés público en el derecho a la libertad de información es discutido, pues se sostiene que habrían manifestaciones de información cuyos objetos no tengan relación alguna con el interés público; sin embargo, pese a ello, las mismas no perderían su categoría de ejercicio de un derecho fundamental, ya que de lo contrario llegarían a ser entendidas como libertades sin relevancia jurídica o como expresivos de segundo grado, dejándose de lado su ámbito de autonomía, esto es, precisamente su condición de libertad²⁹⁷.

Frente a ello, Castillo Córdova señala, aunque sin precisar qué vendría a ser en concreto el interés público, que el mismo se configuraría como un límite

²⁹⁵ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 348 – 363.

²⁹⁶ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 367.

²⁹⁷ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, pp. 470 – 473.

inmanente, ya que el mensaje que se transmite no puede estar referido a aspectos de la vida privada de las personas, de modo que debe tener interés público²⁹⁸.

Luego, con la finalidad de llevar a cabo una definición más elaborada del citado elemento, el mencionado auto refiere que un mensaje comunicativo tendría relevancia pública en tanto pueda considerarse como asunto de interés todos aquellos temas respecto de los cuales se pueda concluir razonablemente que contribuyen a la formación de la opinión pública necesaria para poner al ciudadano en condiciones de participar en la vida política, económica, social y cultural de la nación; así como, particularmente, en condición de conocer y fiscalizar el ejercicio del poder político²⁹⁹.

Teniendo en cuenta lo acabado de comentar, en el estricto plano del Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, fundamento jurídico 10, es oportuno indicar que la Corte Suprema ha tratado de brindar alcances sobre el interés público:

“La naturaleza pública de la libertad de información y de expresión, vinculadas a la libertad de opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública —no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento—. Obviamente, la protección del afectado se relativizará —en función al máximo nivel de su eficacia justificadora— cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos

²⁹⁸ CASTILLO CÓRDOVA, “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, p. 282.

²⁹⁹ CASTILLO CÓRDOVA, “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”, p. 298.

resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios”.

Sin embargo, como podrá observarse en el citado acuerdo no se hace mención directa al interés público como elemento o límite interno del derecho a la libertad de información, sino que, en todo caso, se advierte que la naturaleza pública de la libertad de información y de expresión, vinculadas a la libertad de opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública y no en la intimidad de las personas.

No obstante, a criterio de un sector de la doctrina, lo apuntado sí haría referencia al citado elemento en tanto que la información ha de estar al margen de la esfera privada del sujeto, esto es, “(...) *que ha de guardar relación con aspectos públicos de los cuales puedan resultar, en este sentido, de interés para la colectividad*”³⁰⁰. Inmediatamente nos preguntamos: ¿Toda información que no forme parte de la vida privada de un ciudadano necesariamente han de resultar de interés de la colectividad? ¿Acaso tal información necesariamente configurará un tema relevante para la subsistencia de la sociedad y de los principios, valores y normas que ésta defiende?

Por nuestro lado, advertimos que no *necesariamente* toda información que se aleje de la esfera privada de un sujeto tendrá que ser de interés público, lo que no

³⁰⁰ GARCÍA CANTIZANO, “El derecho al honor frente al derecho a la libertad de información (a propósito del Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116), p. 235. Posiblemente en este mismo sentido: MONTOYA CHÁVEZ, “El honor frente a la expresión y a la información. Un conflicto que quiso ser resuelto por la Corte Suprema”, pp. 717 – 723.

debería producir que sea tratado como el ejercicio de una “libertad sin relevancia jurídica” o como “expresiones de segundo grado”. Con relación a que no toda información que guarde distancia de la esfera privada tenga que ser necesariamente de interés público, se puede apuntar la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

“No debe confundirse interés del público con mera curiosidad. Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo.

Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. Lejos de él, su protección debería disminuir”³⁰¹.

Es más, en el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, luego de indicarse que la naturaleza pública de la libertad de información y de expresión (vinculadas a la libertad de opinión ciudadana) exige que las expresiones incidan en la esfera pública y no en la intimidad de las personas, así como tampoco de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, se procede a hacer referencia al hecho de que la posición jurídica de la persona relativizará el nivel de protección de la misma cuando las expresiones incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones.

Lo señalado, vale resaltar, se corresponde con la línea jurisprudencial del Poder Judicial, pues el criterio que afirma la reducción del ámbito de protección del derecho al honor de los personajes públicos ha sido recogido en numerosas

³⁰¹ STC n° 06712-2005-HC/TC. Caso: Medina Vela y Guerrero Orellana (FJ 58).

sentencias emitidas por el citado órgano. Así, por ejemplo, podemos indicar las siguientes:

- “Al ser el querellante un personaje público, su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas; en consecuencia se encuentran permanentemente sujetas al riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad se vean afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas” [Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para procesos sumarios con reos libres de la Corte Superior de justicia de Lima de 16 de marzo de 1998, Exp. n° 7567-97³⁰²]
- “(...) en el presente caso la protección del honor del querellante Naupas Paitan se relativiza, pues —en razón del cargo funcional que desempeñaba— se trataba de un personaje público o de relevancia pública y, como tal, estaba más expuesto al escrutinio público y al riesgo de que su derecho al honor resulte afectado por expresiones o informaciones desfavorables” [R.N N° 5662 – 2006- APURÍMAC]
- “Obviamente, la protección del afectado se relativizará —en función al máximo nivel de su eficacia justificadora— cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos

³⁰² ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, p.226.

resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre (...)” [Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, Fundamento Jurídico 10]

En este sentido, como también lo ha indicado Caro John³⁰³, nuestro Tribunal Constitucional ha llevado a cabo una clasificación en base a tres grupos de personas, cuya posición jurídica en la sociedad hace que sus derechos personalísimos cedan o se relativicen ante la libertad de expresión o información³⁰⁴. Veamos:

- Personas cuya presencia social es gravitante: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Dichas personas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.
- Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.
- Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Teniendo en cuenta lo señalado, de los grupos mencionados, aquellos donde las personas ocupan una función pública (primero y tercer grupo) siempre han visto reducido su derecho al honor, debiendo, en consecuencia, soportar críticas

³⁰³ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 283.

³⁰⁴ STC n° 6712-2005-HC/TC. Caso: Medina Vela y Guerrero Orellana (FJ 54).

especialmente duras³⁰⁵. En esta misma línea, se ha pronunciado el Tribunal Europeo, en el caso *Lingens*, al referir que:

“41. A este respecto, el Tribunal recuerda que la libertad de expresión, consagrada por el apartado 1 del artículo 10, es uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual. Sin perjuicio del apartado, no se aplica solamente a las «informaciones» o «ideas» que reciben favorablemente, sino también a las que ofenden, hieren o molestan. Así lo exigen el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin las cuales no hay «sociedad democrática»

(...)

42. Además, la libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio”³⁰⁶.

De este modo, el citado tribunal para la protección de los Derechos Humanos en Europa toma una postura que amplía, como también lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia previamente citada, la posibilidad de la crítica a aquellos que desempeñan cierta actividad política, pues resulta obvio que sus actividades repercuten directamente dentro de la sociedad.

Ello, como concluye De Vega Ruiz, se debe a que la trascendencia o el interés público puede darse tanto por la materia como por la persona. A esto arriba el citado autor luego de analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, que reconoce como francamente esclarecedora. Veamos:

³⁰⁵ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 283.

³⁰⁶ Sentencia del TEDH, caso *Lingens versus Austria*, FJ 41 y 42.

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano es francamente esclarecedora. Hay al respecto dos corrientes claramente diferenciadas y contradictorias entre sí, aunque vengan marcadas por épocas también claramente distintas.

En el año 1964, la Sentencia dictada en el caso Times versus Sullivan introdujo la doctrina de la “actual malice” según la cual aplica la categoría de personaje público solamente a los dedicados a la política. Progresivamente se fue ampliando el ámbito de aplicación de tal categoría a empleados y funcionarios públicos, en base a la doctrina de los “public officials” de la Sentencia del caso Rosenblatt versus Baer de 1966.

Posteriormente fue la tesis de las “public figures” en virtud de la cual se catalogaba como personajes públicos a entrenadores de fútbol o guardas de una estación de esquí (...). La amplitud del concepto llega a su punto máximo con la doctrina del “general interest” en virtud del cual interés público coincidía con interés del público (sentencia de 1871 caso Rosebloom versus Metromedia).

La corriente contraria se inicia después, a partir de 1974 (Sentencia de 1974 caso Gertz versus Robert Welch Inc.). Según ella, la mera inclusión de una noticia en un medio de información no es suficiente para afirmar su interés para la opinión pública, pues ha de diferenciarse entre personajes que voluntariamente aceptan su carácter público, como los políticos, de aquellos otros que siendo particulares se ven involucrados sin querer en asuntos de interés público de forma accidental³⁰⁷.

³⁰⁷ DE VEGA RUÍZ, Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación, p. 44.

Sentado aquello, en el presente trabajo se entenderá que el interés público no presenta un carácter de límite interno con relación al derecho a la libertad de información, pues no podría sostenerse la existencia de manifestaciones de información entendidas como libertades “sin relevancia jurídica” o como “expresiones de segundo grado”.

No obstante, sí se considerará que se presenta como un elemento que, ante el conflicto con otro derecho, podrá servir para afirmar la *precedencia condicionada* del derecho a la libertad de expresión; esto, toda vez que, de manera previa, se observen en el caso en concreto los correspondientes límites internos, resaltándose de ese modo el legítimo ejercicio del citado derecho.

Cabe advertir que, en contra de la postura aquí asumida, Marciani Burgos señala que el desarrollo doctrinal de la libertad de información “siempre ha estado determinado por la necesidad del interés público en la información, siendo precisamente esto lo que ha permitido desarrollar una protección característica para aquella fase de la libertad de expresión”³⁰⁸; no obstante, la citada autora sostiene que el mencionado elemento no es un límite interno de la libertad de expresión propiamente dicha, pero sí una condición para su posición preferente en un caso en concreto (*precedencia condicionada*).

Lo sostenido por la mencionada profesora será expuesto al tratar el ejercicio legítimo de la libertad de expresión u opinión, sin embargo, conviene desde ahora destacar que uno de los argumentos que emplea para negar que interés público sea un límite interno de aquella libertad es que “(...) puede entenderse que la protección constitucional dada a ésta comprende también aquellas opiniones que carecen de relevancia pública”³⁰⁹.

Nosotros, si bien hemos indicado que el interés público se presenta como un elemento que sirve para afirmar la *precedencia condicionada* del derecho a la libertad de expresión, también venimos sosteniendo que en un diálogo privado,

³⁰⁸ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 114 y 115.

³⁰⁹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 114.

esto es, en cualquier relación intersubjetiva, se transmiten datos o informaciones, de modo que el que carezcan de interés público no puede llevar a que sean entendidas como libertades “sin relevancia jurídica”, debiéndose afirmar también la necesidad de su protección constitucional.

En resumen, somos de la opinión de que el interés público no se configura como un límite interno del derecho a la libertad de información (ni, como veremos más adelante, de la libertad de expresión propiamente dicha), pero sí resulta de suma importancia en caso se presente un conflicto de derechos (entre el honor y el derecho a la libertades de expresión e información, por ejemplo).

Esto, obviamente, es trascendental para el ejercicio del periodismo, pues en él las libertades de expresión e información cumplen con mayor nitidez su objetivo-meta de garantizar la existencia de la opinión pública libre e íntimamente ligada al pluralismo jurídico³¹⁰, siendo para ello el interés público un elemento que, a través del énfasis en la materia como en la persona, permita afirmar la *precedencia condicionada* del derecho a la libertad de expresión.

c. La prohibición de expresiones vejatorias

El Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 estableció que no se encuentran amparados las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones, pues resultan impertinentes e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Sobre el referido elemento se hará mayor análisis al abordar el derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto), pues este se configura como un requisito que tanto el derecho a la información como el acabado de mencionar guardan en común.

No obstante, cabe señalar que, de acuerdo a Caro John, con el elemento materia de análisis se hace referencia a que la frase no debe ser dicha con el único objeto

³¹⁰ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 191.

de denigrar a la persona sino que la misma haya guardado una relación con la finalidad de la expresión³¹¹. En estricto, el citado acuerdo plenario ha señalado, en su fundamento jurídico 11, que:

“El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones —con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen—, pues resultan impertinentes —desconectadas de su finalidad crítica o informativa —e innecesarias al pensamiento o idea que exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad”.

No obstante, cierta línea jurisprudencial ha señalado que algunas formas de transmitir la información, a primera vista insultante, constituirían un ejercicio legítimo del citado derecho, si es que se toma en cuenta que las mismas no pueden desligarse del contexto en el que se produce. Así, por ejemplo, se puede señalar la RN n° 4694 – 2001 LORETO, en la cual ha afirmado que, a pesar de ciertas afirmaciones que habrían puesto en tela de juicio la honorabilidad de cierta persona, “al señalar la citada querellada, entre otras afirmaciones, que el antes citado le gustaba orinar en plena vía pública cuando se encuentra ebrio, que es un fracasado, además de ser un perdedor; **que en los delitos contra el honor, la lesión del bien jurídico debe ser valorada dentro del contexto situacional en el que se ubican tanto el sujeto activo como el pasivo, por el indiscutible**

³¹¹ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 285.

contenido socio-cultural que representa la reputación o la buena imagen de la persona como objeto de tutela penal, en tal sentido, las expresiones genéricas antes señaladas, si bien revelan un vocabulario ofensivo y hasta cierto punto agresivo, denotando una grave falta de educación, no evidencian en cambio un componente injurioso, puesto que no se infiere de ellas ninguna afectación real a la posición que ocupa el querellante dentro de su relación social, concreta, conforme se advierte del contenido de la citada transcripción (...).”

En este sentido, quizá la resolución del citado fallo podría entenderse a partir de que sea inherente a la propia naturaleza del ejercicio de la actividad periodística el transmitir hechos noticiables y, a su vez, opinar o formular juicios de valor acerca de ellos, tal estrecha vinculación entre ambos ha producido que el propio Tribunal Constitucional señalase que “dificilmente se puede ejercer el derecho a la libertad de información si es que no se encuentra garantizado también el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión. Esta estrecha vinculación ha llevado a reconocer a la doctrina constitucional que la libertad de información –relatos de hechos noticiables que sean veraces– y la libertad de expresión –pensamientos, ideas, opiniones, juicios de valor– se confunden, a veces, en el ejercicio de la actividad periodística. Por eso mismo se ha señalado que (...) la libertad de expresión no se limita a exteriorizar pensamientos, ideas y opiniones; implica asimismo la libertad de buscar, recibir y difundir información. Y ello por todos los medios existentes y disponibles en cada circunstancia de lugar y tiempo”³¹².

Lo cierto es que, en concordancia con el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, Fundamento Jurídico 11, no puede perderse de vista el contexto en que se realizan las expresiones, ya que “Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, **apreciados en su significado usual y en su contexto**, evidencian menosprecio o animosidad”. No obstante, lo señalado no debe ser interpretado en el sentido de que cualquier tipo de “contexto” (y, a partir de ello, cualquier modo de

³¹² STC n° 0027-2005-PI/TC. Caso: Colegio de Periodistas del Perú (FJ 19).

argumentación que trate de justificar el uso de ciertos términos ofensivos) pueda servir de herramienta para justificar conductas que lesionan el honor de las personas, por lo que el empleo de tal elemento debe gozar de racionalidad y estar comprometido con los valores de la Constitución y, con relación al ámbito penal, saber reconocer cuando un comportamiento no se ajusta a los parámetros de riesgo permitido.

3.2.2. La libertad de expresión (u opinión) y sus límites internos

La libertad de expresión³¹³ consiste en la acción libre de exteriorización o comunicación de pensamientos (ideas) y opiniones de cualquier tipo —incluso causticas, hostiles o incómodas—, configurándose como un correlato de la citada libertad una prohibición de intervención tanto frente al estado como frente a particulares³¹⁴. En este sentido, debe resaltarse que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dejado expresa constancia, a través de su Observación General n° 10 (1983), que la libertad de opinión no debe ser objeto de obstáculos en cuanto a su ejercicio³¹⁵.

Asimismo, debe resaltarse que la comunicación del objeto expresivo (pensamiento u opinión) puede llevarse a cabo a través de distintas formas: lingüísticamente, simbólicamente, o a través de una conducta. Los medios a través de los cuales una persona puede expresarse pueden ser cualesquiera, desde los más simples a los más sofisticados³¹⁶.

Ahora, como se adelantó, el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116 ha buscado interpretar lo que se entiende por obrar en ejercicio legítimo del derecho a la

³¹³ Para los profesores De Domingo Pérez y Martínez-Pujalte, el objeto del derecho a la libre expresión radica en el mundo interior de las personas, pudiéndose dividir las posibilidades expresivas en tres categorías: a) ideas, b) sentimientos o emociones, c) opiniones o juicios de valor. En ese sentido, destacan que es la opinión la que mayor interés y complejidad presenta. Ver: DE DOMINGO PÉREZ y MARTINEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodos 2001 – 2005”, p. 40.

³¹⁴ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 113.

³¹⁵ GARCÍA TOMA, *Los Derechos Fundamentales en el Perú*, p.153.

³¹⁶ MENDOZA ESCALANTE, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, p. 114.

libertad de expresión en sentido estricto (opinión o crítica). Así, a través de dicho instrumento se ha apuntado determinados criterios que permitirían esclarecer si nos encontramos o no bajo el amparo de su ejercicio legítimo:

“(…) el elemento ponderativo que se corresponde está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas — deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión— y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y/o formuladas de mala fe —sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”.

En efecto, pues la frase no debe ser dicha con el único objeto de denigrar a la persona sino que la misma tiene que guardar relación con la finalidad de la expresión. En este sentido, Marciani Burgos señala que incluso ciertas expresiones verbales que contienen excesos terminológicos, se encontrarían protegidas cuando guardan relación directa con el tema en discusión y son esenciales a la transmisión de la idea u opinión³¹⁷.

En sintonía con lo mencionado, para los profesores De Domingo Pérez/Martínez-Pujalte, a partir del análisis del razonamiento jurídico desarrollado por el Tribunal Constitucional español, los juicios de valor o críticas serán inadmisibles si aparecen desconectados del hecho que se valora, convirtiéndose, a consecuencia de ello, en insultos³¹⁸.

Para respaldar tal afirmación, exponen la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional español:

³¹⁷ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 131.

³¹⁸ DE DOMINGO PÉREZ y MARTÍNEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodos 2001 – 2005”, p. 41.

“Las manifestaciones realizadas en el Pleno municipal por el ahora demandante de amparo constituyen, indudablemente, un ataque a la reputación del entonces director de la residencia de ancianos, y no tenían otro objeto que atacar a éste, en cuanto nada tenían que ver con el asunto que en el Pleno se estaba debatiendo, que era la toma de decisión sobre la encomienda o no a la Junta de Extremadura de la gestión de la residencia de ancianos, y no la evaluación del desempeño que su director venía realizando. Tampoco se expusieron, como alega el Ministerio Fiscal, como conclusiones críticas de un comportamiento previamente expuesto. Fueron simples frases despectivas o desconectadas de cualquier razonamiento que las explicase o justificase”³¹⁹

Por su lado, De Luca apunta que el criterio para juzgar las opiniones o valoraciones de terceros (sean dibujos, fotomontajes, texto, empleo de lenguaje procaz, etc.) no consiste en estar o no de acuerdo con ellas, sino en si están o no conectadas con un asunto de *interés público*³²⁰.

Lo sostenido por el citado autor no es compartido por Marciani Burgos, pues la mencionada autora hace hincapié en que el interés público no es un límite interno del derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto), ya que la emisión de una opinión o idea es protegida de manera independiente al interés público, toda vez que es una manifestación del yo, sobre la base del respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad³²¹.

La posición seguida en el presente trabajo, como ya se ha apuntado cuando se desarrolló el derecho a la información, es la de no considerar al interés público como un límite interno del derecho a las libertades de expresión e información. En esa línea, el interés público solo se configuraría —desde una tesis conflictivista—

³¹⁹ Ver: DE DOMINGO PÉREZ y MARTINEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodos 2001 – 2005”, pp. 41 y 42.

³²⁰ DE LUCA, *Libertad de prensa y delitos contra el honor. Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*, p. 487.

³²¹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 128 y 129.

como un elemento importante para la determinación de la primacía de un derecho sobre otro³²².

Para justificar dicha postura en el caso específico del derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto), siguiendo a Marciani Burgos, podemos señalar que la opinión insultante es ilícita *per se*³²³, pues transgrede un límite interno que la hace hallarse extramuros del derecho constitucional a la libertad de expresión; “Sin embargo, la opinión que no es de interés público no deja de ser parte del derecho a la libertad de expresión y no necesariamente será ilícita”³²⁴.

Así pues, el interés público será importante para la libertad de expresión en el caso de situaciones de conflicto con otros derechos, pues en tales casos “el límite interno constituido por la ausencia de excesos en la expresión es insuficiente para solucionar el conflicto, pues éste solo determina la configuración del derecho en el caso concreto, pero un su primacía. Entonces, el interés público se presenta como un criterio fundamental para la resolución del conflicto”³²⁵.

Por otro lado, cabe observar que el ejercicio del derecho a la expresión no se encuentra limitado por el deber de veracidad ya que, como apunta Berdugo Gómez de la Torre, la propia naturaleza del deber de veracidad hace que solo pueda referirse a hechos nunca a juicios de valor³²⁶. Ello, ya que la opinión sobre un determinado hecho no es otra cosa que un “juicio de apreciación personal sobre determinados hechos, situaciones o sujetos, que implica una particular y

³²² MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 128 y 129.

³²³ Ello se corresponde con la posición del Tribunal Constitucional español en la STC 204/2001, de 15 de octubre: “(...) La Constitución no veda, en cualesquiera circunstancias, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero de la protección constitucional que otorga el art. 20.1 a) CE están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 1/1998, de 12 de enero; 200/1998, de 14 de octubre; 180/1999, de 11 de octubre; 192/1999, de 25 de octubre; 6/2000, de 17 de enero, 110/2000, de 5 de mayo; y 49/2001, de 26 de febrero)”. Ver: DE DOMINGO PÉREZ y MARTINEZ-PUJALTE, “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodos 2001 – 2005”, p. 39.

³²⁴ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 128.

³²⁵ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 129.

³²⁶ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 288.

subjetiva forma de ver el mundo”³²⁷, por lo que no puede exigirse de ellas deber de contraste alguno, siendo además —como lo apunta el propio acuerdo plenario materia de comentario— son imposibles de probar.

Además, debe tomarse en cuenta que “cuando narramos un hecho adoptamos una particular forma de hacerlo y ello —consciente o inconscientemente— tiene su origen en nuestra particular forma de ver las cosas (en la opinión que nos hemos formado sobre dicho hecho). En todos estos casos, la manifestación de nuestra opinión, ya sea de modo gestual —si admitimos ésta como una forma de expresión de la opinión— o verbal, se evidencia en nuestra forma de transmitir los hechos y ello ocurre incluso con los periodistas que suelen auto denominarse objetivos”³²⁸. No obstante, cabe precisar que, a excepción del deber de veracidad, sí resultan de aplicación todos los demás criterios expuestos para el legítimo derecho de la libertad de información como lo es la proscripción de palabras objetivamente vejatorias.

Otro punto a tomar en cuenta, es que calificaciones a primera vista ofensivas podrían encontrarse amparadas en el derecho materia de comentario si es que son analizadas en el contexto en que se produjeron, ya que no es lo mismo, por ejemplo, la ofensa producida en el calor del debate que aquella que se produce en una conversación común³²⁹. Desde una perspectiva penal, cabe señalar que la determinación de la relevancia penal de una determinada opinión, que presupondrá el ilegítimo ejercicio de tal derecho, no puede llevarse a cabo desde una lectura literal, sino que precisará del contexto de la emisión de la opinión³³⁰. Tal línea, a partir del análisis de algunas sentencias del Poder Judicial, parece que se ha venido tomando en consideración. Veamos:

³²⁷ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.108. En este mismo sentido, De Luca apunta en relación con la libertad de expresión (en sentido estricto) que: “(...) a diferencia de la libertad de información, su objeto no son los hechos y debido a que los pensamientos, ideas, y opiniones no son susceptibles de prueba, la libertad de expresión carece del límite interno de veracidad al que la libertad de información se halla sometido. Es, por ello, un derecho más amplio”. Ver: DE LUCA, *Libertad de prensa y delitos contra el honor. Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*, p.221.

³²⁸ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.108.

³²⁹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p.134.

³³⁰ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 288.

- “Examinados los hechos y las pruebas actuadas, se ha llegado a establecer que la conducta desarrollada por el procesado no se adecua al objeto del delito de difamación agravada, habida cuenta que si bien el referido encausado ha aceptado haber proferido en contra de la querellante adjetivos como “terrorista”, “agitadora” y “soliviantadora”, estos dentro del contexto y circunstancias en que fueron expresados, no evidencian la existencia de un *animus difamandi* o *injuriandi*, requisito exigible para que se configure este tipo penal, puesto que los términos vertidos por el encausado son el resultado de la exteriorización de un concepto personal sobre la querellante respecto a la forma como conduce su programa periodístico; en ese sentido, se puede concluir que las expresiones verbales antes anotadas no tienen un contenido difamatorio, ofensivo, insultante y vejatorio que pudieran haber lesionado el honor de la querellante, por lo que la conducta desarrollada por el impugnante, no resulta ser antijurídica, pues no se ha afectado el bien jurídico protegido por la norma sustantiva en cuestión”[Ejecutoria Suprema del 22 de setiembre de 2004, R.N N° 715-2004-AYACUCHO³³¹]

- “En los delitos contra el honor la lesión del bien jurídico debe ser valorada dentro del contexto situacional en el que se ubican tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo, por el indiscutible contenido socio-cultural que representa la reputación o la buena imagen de la

³³¹ ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, pp. 213 y 214. [resaltado nuestro]

persona como objeto de tutela penal; en tal sentido, las expresiones genéricas “se ha comido la plata de los padres de familia”, “ha cometido graves irregularidades”, entre otras, si bien revelan un vocabulario ofensivo y agresivo, denotando una grave falta de educación, no evidencia en cambio un componente injurioso, puesto que no se infiere de ellas ninguna afectación real a la posición que ocupa la querellante dentro de su relación social concreta, careciendo además el comportamiento de los agentes del especial animus injuriandi” [Ejecutoria Suprema del 01 octubre de 1997, Exp. 4165-96LAMBAYEQUE³³²]

Tal línea se refuerza con lo señalado por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el RN n° 1372-2010 - AMAZONAS, pues en la citada resolución indicó que los juicios de valor emitidos serán legítimos siempre que tengan una “base fáctica suficiente, incluyendo aquellos que sean exagerados o con unas ciertas dosis de provocación, críticas vehementes o casuísticas, ataques incisivos que resulten poco gratos (...), para lo cual han de tomarse en cuenta **el contexto** en que se producen las expresiones objeto de cuestionamiento (...)”.

Además, teniendo en cuenta lo anterior, la citada resolución de la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vía RN n° 1372-2010 – AMAZONAS, resaltó la importancia de la libertad de expresión y su legítimo ejercicio, aun a partiendo del siguiente supuesto fáctico en donde se aprecian opiniones sumamente críticas y/o mordaces sobre el comportamiento de un determinado individuo:

En la edición del nueve de octubre de dos mil cinco, bajo el título: "Otra denuncia contra Dir. ISTP Utcubamba", calificó al querellante de desadaptado porque agredió al empleado de servicio José Regalado Muñoz por haberle pedido que

³³² ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, pp. 192 y 193. [resaltado nuestro]

fuera a dormir a otro lugar del Instituto porque donde se encontraba ya lo había limpiado. Además, mencionó otras dos agresiones del indicado querellante contra un profesor rural en el local de la UGEL y el Licenciado Narciso Reyes Gonzáles, razón la cual, "...según muchos consideran", que es un desadaptado social.

"En la edición del dieciséis de octubre de dos mil cinco, bajo el título: "Cuando la soberbia se mezcla con la ignorancia en Bagua Grande", se menciona que el querellante desató una disposición judicial para la reposición de un funcionario, y luego de afirmar que el Juez no debe retroceder ante la actitud del querellante y de indicar que unos cuantos meses en "San Humberto" haría muy bien, lo tildó de "sopenco".

Pese a tales expresiones, la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, vía el citado RN n° 1372-2010 – AMAZONAS, afirmó la legitimidad del ejercicio de la libertad de expresión por parte del querellado:

"En las ediciones del trece de marzo, del nueve de octubre y del dieciséis de octubre, las tres del año dos mil cinco literales e), h) e i) del fundamento jurídico séptimo, se parte de información que detalla sobre malos manejos, agresiones corporales contra tres profesores y el incumplimiento a una disposición judicial de reposición. Se menciona la existencia de volantes, de una denuncia presentada a la UGEL ¿la que se mencionó en el literal A) de este fundamento jurídico? y de una disposición judicial de reposición incumplida. Las fuentes son explícitas y el querellante no las ha refutado. A partir de allí las crónicas denunciadas formulan críticas directas al querellante y contienen calificaciones, tales como "Net.On", "desadaptado social" y "sopenco".

Como se ha señalado, más allá de la falta de tino y prudencia del querellado al formular las referidas calificaciones personales, lo determinante desde el Derecho penal es que, más allá de ser

críticas ásperas, cáusticas o ataques incisivos y poco gratos para el afectado ?necesariamente tolerables para afianzar la libertad de opinión y garantizar un debate público sobre asuntos de interés local en el manejo de instituciones del Estado?, que las frases proferidas han de ser absolutamente vejatorias, innecesarias y desprovistas de interés público. En las ediciones analizadas existe una relación fáctica entre la calificación y los hechos precedentes, las referencias en el primer caso son irónicas en su comparación con un personaje histórico, en el segundo importan un claro reproche por una conducta de agresión corporal realizada por quien desempeña un cargo de dirección en un centro educativo superior, y en el tercero son cáusticas y hasta crueles ante una flagrante desobediencia a un juez que denota su falta de entendimiento del alcance de una disposición judicial. No existe, pues, frases que de modo patente constituyan insultos absolutos desconectados en lo esencial con los hechos que se vierten en el propio relato, aunque revelen objetivamente una manifiesta desaprobación y un evidente rechazo personal al querellado (...)

Como se puede observar, a criterio de la Corte Suprema de Justicia de la República, los mencionados juicios de valor (opiniones) se encontrarían permitidos, pues guardarían relación con el tema en discusión y, a criterio del citado tribunal, son esenciales a la transmisión de la idea u opinión, a pesar de que tales críticas hayan sido ásperas, cáusticas o incisivas y poco gratas para el afectado, aunque según se afirmó necesarias para afianzar la libertad de opinión y, consecuentemente, toleradas³³³.

³³³ Cabe anotar, además, que la citada línea jurisprudencial también es seguida en otros tribunales distintos al del Perú. Así, por ejemplo, la Corte Suprema del país de Argentina ha señalado que: “Si bien las declaraciones vertidas por el imputado pecan de falta de educación en cuanto a la forma en que fueron realizadas y denotan una ausencia de límites en cuanto a la verborágica personalidad de éste, no van más allá de una acida crítica respecto de la labor de un árbitro de fútbol. Las expresiones “novato”, “principiante” e “incompetente”, por su significado conceptual, no tienen por objeto imputaciones que atribuyan calidades, costumbres o conductas susceptibles de ser apreciadas como peyorativas para la personalidad del ofendido, sino una desafortunada manera de catalogar una actuación profesional” [CNC., sala IV, 6-3-2001,

Otro caso resaltante es el resuelto a través de la sentencia recaída en el Exp. 26566-2011 del 53 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de julio de 2012, en el caso Miyashiro Ribeiro vs Medina Vela. Así, en la citada resolución se hizo mención a que Magaly Medina habría expresado una opinión crítica sobre la manera en que Miyashiro Ribeiro presentó la entrevista realizada al “cholo Payet” (se le tapó el rostro con mosaicos), quien fue el principal sospechoso del asesinato del joven Walter Oyarce, cuya trágica muerte como consecuencia de una acción vandálica en el Estadio Monumental causó la indignación de la sociedad en general. En este sentido, a la querellada Medina Vela se le imputó el haber atribuido a Miyashiro Ribeiro el ilícito de encubrimiento personal, así como haber señalado ciertos juicios de valor que dañaron su honor:

“Miyashiro, que ha reaccionado como un bebe ofendido”, “Que lindo, se puso fuerte, se puso hombre”, “Esa es la cara del angelito que la Policía está buscando y que dice Miyashiro que no conoce su nombre”, “él amenaza ahora demandarme, bueno ese es el menor de los problemas, a mi realmente que me demande o no, poco me interesa lo que el señor Miyashiro vaya a hacer o deje de hacer”, “A mí me interesa un pepino, como dicen algunos, se están amenazando de muerte, me van a demandar, ya fui a la cárcel Miyashiro, tú y a cualquiera que me quiera demandar, los grupos poderosos me llegan acá, altamente (...) vamos a ver lo chistoso que dijo ayer en esas circunstancias realmente lo que dice Miyashiro ya no es gracioso sino patético”, “hay, toda arañándose como niña, como niña delicada, porque la señora me dijo, destrozó mi honra”, “esta sociedad está al borde del caos y él se está arañando porque la conducta (sic) de otro programa me dijo las verdades en mi cara, sé más hombrecito, ponte los

“C.J.L”, c. 15.211]. Ver: DONNA/DE LA FUENTE/I. MAIZA/PIÑA, *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*, p. 514.

pantalones, resiste como los hombres (...) también por decirle blandengue y que siente “asco” de lo “blandengue” que es (...)”³³⁴.

Ante tales hechos, el referido ente jurisdiccional indicó que: “Delimitada la discusión, y efectuada una valoración global de la causa penal postulada por el querellante, los descargos esgrimidos por la querellada, así como los lineamientos jurisprudenciales sobre la materia, se concluye que el uso de los adjetivos reprochados por el querellante, se encuentran protegidos por el derecho a opinar conforme a lo regulado en el mencionado artículo 2º, inciso 4) de la Constitución Política del Estado; y, del intercambio de opiniones producidos por los sujetos procesales (...); se concluye que estas expresiones, si bien son incisivas no constituyen per se afirmaciones con contenido penal, decir lo contrario llevaría a hipertrofiar el sistema penal (...)”³³⁵. Finalmente, también se buscó sustentar lo apuntado sobre la base de que “(...) analizando los hechos en su contexto (tiempo y lugar), en la emisión de opiniones relacionadas con un suceso que causó la atención mediática (la muerte de Walter Oyarce), no se constata que la querellada difundió sus ideas objetivamente difamantes (no se le atribuyó al querellante la comisión de un delito) ni que se haya realizado con el ánimo de difamar, a nivel televisivo, una noticia de interés público”³³⁶.

Como se podrá observar, más allá de lo debatible del presente fallo, el órgano jurisdiccional encargado apeló al contexto en el que se produjeron los hechos para evaluar la relevancia penal de los juicios de valor expuestos. No obstante, se observa también el recurso a un elemento de tendencia interna (*animus*) en el análisis de los hechos, el mismo que ha sido seriamente cuestionado desde un sector de la doctrina, ya que obligaría a penetrar en la esfera interna de una persona, esto es, “en un ámbito donde reina la pura subjetividad, indemostrable a

³³⁴ Exp. 26566-2011 del 53 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de julio de 2012 (FJ 1).

³³⁵ Exp. 26566-2011 del 53 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de julio de 2012 (FJ 7).

³³⁶ Exp. 26566-2011 del 53 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 12 de julio de 2012 (FJ 8).

todas luces”³³⁷, así como también constituiría una afectación al principio de legalidad al requerir para el delito de difamación algo que de su propia redacción no se aprecia³³⁸.

Finalmente, cabe hacer mención a otro fallo sumamente mediático y, a mi criterio, controvertido que también fue resuelto a partir del análisis del contexto en el que se realizaron ciertos juicios de valor. Lo resaltante es que las referidas expresiones ostentarían, a primera vista, la calidad de insultos y, pese a ello, el órgano jurisdiccional encargado de emitir sentencia decidió declarar que tal comportamiento se encontró dentro de los parámetros de la libertad de expresión, pues constituyeron una opinión. Veamos:

“(…) vivo el aniversario de mi programa y se me cruza gente como este, gente imbécil, que nunca tolerará el éxito ajeno, que nunca tolerará salir de esa mediocridad en la que andan metido y la que viven, porque ese es Lucho Cáceres un mediocre fracasado del medio, pobre hombre de verdad y estoy furiosa y lo digo es mi opinión, y se le encanta demandarme por esto y me van a meterme otra demanda por decir mi opinión, pues que lo hagan porque los tendré acá (golpeándose el pecho), como condecoraciones, así como tengo como condecoración el hecho de haber ido a parar con todo y mis huesos a la cárcel (…)”³³⁹

Dichas expresiones, de acuerdo a lo que se observa en la sentencia, se habrían originado como consecuencia de que el querellante (Luis Cáceres) rompiese la cámara de uno de los reporteros que laboran para la querellada (Medina Vela), quien ante tal acontecimiento habría querido criticar tal agresiva conducta desde el set de televisión en el que se encontraba celebrando el aniversario de su programa de farándula. Así pues, aun cuando tal retahíla de expresiones se presentaría como lesiva al honor, ya que —se podría argumentar— el uso de las

³³⁷ CARO JOHN, “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”, p. 288.

³³⁸ MEINI, “La tutela del honor”, p. 357.

³³⁹ Exp. 30184-2011 del 27 Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 4 de mayo de 2012 (FJ 17). El subrayado proviene del texto original.

mismas no era necesario ni idóneo para el fin (manifestar un juicio de valor sobre el comportamiento de una persona), esto es, no serían esenciales a la transmisión de la idea u opinión, el órgano jurisdiccional encargado de resolver tal proceso señaló que:

“(…) como es de verse, lo expresado por la querellada demuestra su malestar ante el hecho que tomo conocimiento (supuesta agresión del querellante a su fotografía) en su programa de aniversario, indicando como habría sucedido estos hechos y lo se debía hacer ante ello; y si bien, también se puede apreciar que ha proferido diversos adjetivos insultantes en contra del querellante como “patán” “imbécil” “mediocre” “fracasado”, también es cierto que los mismos no deben ser extraídos del contexto y las circunstancias en que fueron expresadas, no evidenciándose la existencia de un *animus difamandi* o *injuriandi*, requisito exigible para que se configure este tipo penal, ya que estas expresiones fueron dadas a consecuencia de la supuesta agresión que habría sufrido un fotógrafo de la revista Magaly TV por parte del querellante, entendiéndose la real acepción que quiso dar con los términos usados, máxime si estos tiene dispares acepciones, que incluso por su dimensión pueden considerarse ofensivos, debe entenderse que los mismo fueron expresados en esas circunstancias”.

De este modo, vía la contextualización de las citadas expresiones y del recurso a un cuestionable elemento de tendencia interna (*animus*), es que se falló absolviendo a la querellada, confirmándose su actuar conforme a Derecho, ya que habría hecho ejercicio de su derecho a la libertad de expresión (en sentido estricto), aun cuando los mencionados juicios de valor hayan tenido una muy fuerte apariencia ofensiva e, incluso, se tejan ciertas dudas sobre su necesidad esencial para la transmisión de las opiniones por parte de la querellada.

3.3. Los límites externo del derecho a la libertad de expresión: El honor

El derecho a la libertad de expresión no solo presenta límites *internos* (que permiten delimitar el contenido o facultades concretas que integran el derecho en cuestión y, de ese modo, diferenciarlo de otros), sino también *externos*. Estos últimos, no derivan de la naturaleza misma del derecho ni lo delimitan, sino que resultan de la existencia de otros derechos, bienes jurídicos constitucionales o valores que limitan el ejercicio del derecho a la libertad de expresión³⁴⁰.

Como indica Marciani Burgos, en el caso de los límites externos partimos de constatar la existencia de un tipo de expresión en principio protegida por el derecho constitucional a la libertad de expresión, pero que bien podría no resultar siendo protegida debido a la existencia de otros bienes jurídicos o valores con los cuales entra en conflicto y que, luego de la aplicación del test de ponderación, resultan siendo más importantes que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información en un caso en concreto (*precedencia condicionada*).

Así pues, será la naturaleza jurídica y la importancia en el caso en concreto de cada derecho lo que nos permita optar por uno u otro (libertad de expresión u honor), resaltándose de ese modo que la piedra angular de aquel planteamiento consiste en entender que ***existen límites extrínsecos de todo derecho, derivados de la propia existencia social del derecho y del respeto a los sujetos que coexisten en sociedad***³⁴¹.

En estricto, la mencionada autora señala que “los límites externos no actúan limitando automáticamente el derecho, sino cuando es declarada su primacía, una vez realizada la ponderación de bienes o derechos en conflicto”³⁴². El procedimiento para la aplicación del método de ponderación de bienes supone seguir los siguientes pasos³⁴³.

³⁴⁰ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 151.

³⁴¹ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 184.

³⁴² MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 152.

³⁴³ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 159 y 160.

- a) Se debe constatar la existencia de un fin legítimo que sirva de fundamento para restringir un derecho.
- b) Se debe verificar si la interferencia en dicho derecho tiene relación con el fin legítimo perseguido, es decir, si sirve para obtener ese fin (principio de adecuación).
- c) Se debe comprobar la inexistencia de otro mecanismo menos gravoso que la restricción del derecho que permita obtener el fin legítimo buscado (requisito de necesidad)
- d) Se debe evaluar en el caso en concreto si la afectación se justifica por la mayor importancia o necesidad que existe de satisfacer el bien en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto).

Todos aquellos pasos, como se habrá podido advertir, cristalizan la aplicación del principio de proporcionalidad, lo cual consideramos acertado, pues las normas-principio (derechos fundamentales) tienen una relación de implicación con el “más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios”³⁴⁴.

Así, en aras a resolver un conflicto entre derechos, se debe realizar un análisis sobre la existencia de un fin legítimo que sirva como fundamento para restringir un derecho (el honor frente al ejercicio del derecho a la expresión), verificar si la interferencia en dicho derecho tiene relación con el fin legítimo perseguido (principio de adecuación o idoneidad), comprobarse que no exista otro mecanismo menos gravoso (requisito de necesidad) y, finalmente, evaluarse si en el caso en concreto la afectación del derecho se justifica por la mayor importancia o necesidad que existe de satisfacer el bien en conflicto (ponderación en sentido estricto)³⁴⁵.

³⁴⁴ ALEXY, “La fórmula del peso”, p. 14.

³⁴⁵ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, pp. 159 y 160.

Lo apuntado cobra especial importancia para los casos en que el límite externo se encuentre impuesto por una norma penal (delitos contra el honor) y, por tanto, por la propia interpretación que lleva a cabo el Juez de cara a la calificación de una conducta como típica (del delito de difamación, por ejemplo), pues el mencionado principio se configura como “un límite constitucional *material* fundamental, que condiciona la legitimidad de la intervención penal atendiendo a su gravedad”³⁴⁶.

Será entonces a partir de la ponderación en sintonía con la moderna teoría de la imputación objetiva que se podrá establecer cuando es que el derecho a la libertad de expresión e información se ejerció de manera legítima. Esto, desde una perspectiva propiamente penal, nos permitirá afirmar que la solución al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor no debe trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal, que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro de cara a la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son *penalmente relevantes* de las que no gozan de tal carácter lesivo.

En efecto, el principio de proporcionalidad exige que, al interior de la teoría del delito (en la *tipicidad*), solo se proceda si es que nos hallamos ante una conducta verdaderamente lesiva (tipo indiciario de un injusto cualificado), ya que de lo contrario se incumplirá con lo requerido por el *subprincipio de idoneidad*, pues la imposición de un límite penal (la protección del honor) no sería ni cuantitativa ni cualitativamente adecuada, toda vez que el instrumento empleado significará la limitación de un derecho fundamental (la libertad de expresión) en virtud de una conducta carente de la lesividad que requiere el empleo del arsenal penal³⁴⁷.

³⁴⁶ MIR PUIG, “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”, pp. 1361 y 1362.

³⁴⁷ A modo de ejemplo, sobre la lesividad como un elemento del juicio de idoneidad previsto al interior del test de ponderación ver: STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 32), STC n° 0014-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima (FJ 42), STC n° 0008-2012-PITC. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley n° 28704 (FJ 31 y 32), en donde se hace especial mención a los fines de la pena al momento de desarrollar el subprincipio de idoneidad. En la doctrina nacional, se ha señalado que “(...) la medida evaluada debe ser adecuada y útil para alcanzar la finalidad que persigue. Están proscritas entonces las medidas neutrales, aquellas que no llevan a lograr la

En ese sentido, el profesor Meini Méndez sostiene que “La determinación de los baremos en virtud de los cuales se pueda precisar cuándo una noticia puede perjudicar el honor de otro y cuando no lo puede hacer, permite distinguir aquellas noticias respecto de las cuales nadie cuestiona su capacidad difamatoria (como atribuir falsamente a una persona la comisión de un delito), de aquellas otras que se ubican en una suerte de limbo al no ser tan clara su idoneidad para lesionar el honor. En estas últimas los baremos habrán de fijarse en función al contenido de la noticia, a las circunstancias particulares del caso, pero sobre todo, a las coordenadas de tiempo y lugar en que se difunden la noticia. En definitiva, jurídicamente hablando, habrá de recurrir a la imputación objetiva para determinar si la conducta ha creado un riesgo penalmente desaprobado o aumentado uno permitido a límites prohibidos”³⁴⁸.

Si bien sobre aquel punto se ahondará en el capítulo siguiente, de modo provisional, cabe resaltar que, en correspondencia con el principio de legalidad, para la configuración de un comportamiento típico se exigirá no solo que el delito debe de estar específicamente tipificado, sino que constituya la infracción de una norma primaria. No obstante, a la afirmación de dicha infracción solo se llegará a partir del complejo *proceso de desvaloración de conductas de cara a la calificación de las mismas como típicas*; lo cual, no se satisfará con la correspondencia semántica de la conducta con el tipo, sino que requerirá de la

finalidad, y las medidas negativas, que son las que dificultan el logro de la finalidad perseguida. (...)El examen de idoneidad implica entonces identificar el fin de relevancia constitucional en la medida penal que limita un derecho fundamental. Dicho fin recae sin duda en el principio de lesividad, consagrado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano. El fin de relevancia constitucional en toda medida penal deberá ser entonces la protección de bienes jurídico penales frente a su lesión o puesta en peligro. El segundo paso del análisis de idoneidad conlleva el análisis de una relación medio-fin, en la que debe tenerse en cuenta “no solo el fin de protección de bienes jurídicos que se persigue a través del Derecho penal, sino también los fines preventivos que se predicán de las penas”. Ver: YON RUESTA/SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p. 104.

³⁴⁸ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 188.

emisión de juicios de valor y del establecimiento de determinadas relaciones de atribución³⁴⁹.

En pocas palabras, la realización de un comportamiento contrario a lo prescrito en la norma primaria y, por tanto, *desvalorado*, conlleva a que como condición necesaria se exija la presencia de un componente de desvalor objetivo, esto es, la creación de un riesgo fuera de los alcances del permitido: *la creación de un riesgo no permitido*. Todo aquel proceso, como indicó Meini Méndez, nos permitirá la determinación de los baremos en virtud de los cuales se pueda precisar cuándo una noticia puede perjudicar el honor de otro y cuando no lo puede hacer.

Ello, guarda sintonía con la actual concepción sobre la tipicidad en tanto que el instituto del *riesgo permitido* ubicado al interior de la moderna teoría de la imputación objetiva (o, con mayor precisión, como se verá más adelante, de la *creación de conductas típicas*), exige en todos los casos la realización de valoraciones acerca de la conducta, pues “La subsunción no es una operación simple, de mera conexión de sentido gramatical o, más ampliamente, semántico, sino que en todos los casos exige también una conexión valorativa (una conexión entre el sentido profundo —teleológico— de la conducta y el sentido teleológico que el tipo penal posee [vía atribución])”³⁵⁰.

En ese contexto, el criterio del *riesgo permitido* se erigirá como un elemento que servirá de filtro al tipo para solo acoger conductas especialmente (o cualificadamente) lesivas, que supongan un no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos, y que, por tanto, los afecten de manera relevante a través de su lesión o puesta en peligro. Todo ello, es producto de principios que ofrecen un baremo totalmente abstracto en el seno del programa del ordenamiento jurídico: en especial, la idea de llevar la libertad del uno con la libertad (y los bienes) del otro, según una ley general, a una relación (recíprocamente) aceptable por todos los sectores.

³⁴⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 95.

³⁵⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 61.

Ahora bien, de regreso a los límites externos de la libertad de expresión, cabe señalar que Marciani Burgos identifica dentro de dicho catálogo al orden público, la seguridad nacional, la moral pública y a los *derechos de terceros*. Sobre esto último, la mencionada autora señala que la libertad de expresión, “como cualquier otro derecho fundamental, encuentra su límite en la protección de los demás derechos fundamentales. Así pues, en la dinámica del ejercicio de los derechos fundamentales todos ellos se limitan entre sí y en caso de conflicto entre alguno de ellos, el procedimiento a seguir será —como ya hemos visto— el de la ponderación o equilibrio de los derechos en conflicto”³⁵¹.

La libertad de expresión, en efecto, suele entrar en conflicto con los derechos a la intimidad, a la voz e imagen propias, así como con el *honor*. Sin embargo, de acuerdo con la finalidad del presente trabajo, solo desarrollaremos este último, el cual comparte con el derecho a la libertad de expresión e información una relación *naturalmente conflictiva*³⁵².

3.3.1. EL honor como límite externo del derecho a la libertad de expresión e información

Como una primera aproximación, conviene señalar que la determinación del contenido del derecho al honor ha sufrido una importante evolución a lo largo de los años, dejando de ser un derecho que tutela los intereses de cierto grupo social privilegiado y que deriva de las relaciones de reconocimiento social basadas en las ideas de clase, nobleza, etc. “para proteger actualmente a cualquier sujeto, independientemente de su condición social y, aun, de su estilo de vida, frente al escarnio o la humillación de que puede ser objeto”³⁵³.

No obstante ello, si hay algo que se mantiene en el tiempo, es la complejidad que reviste su conceptualización, pues como bien manifiesta el profesor Berdugo

³⁵¹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 212.

³⁵² UGAZ SÁNCHEZ -MORENO, *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1869 – 1999)*, p. 53.

³⁵³ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 220.

Gómez de la Torre, el honor es uno de los conceptos, cuyo contenido se hace más difícil precisar, “tanto por su carácter inmaterial como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en la peculiaridades del instrumento de tutela”³⁵⁴.

En efecto, el concepto de honor se ha presentado a través del tiempo como uno de los temas más difíciles de definir; así Maurach indicó que «El honor es el bien jurídico de nuestro sistema penal más sutil, el que con los guantes de madera del Derecho Penal resulta más difícil de alcanzar»³⁵⁵.

En la doctrina nacional, Roy Freyre ha sido sumamente expresivo al indicar que la “importancia del bien jurídico honor, por paradoja, corre pareja con el obstáculo que existe en precisar su concepto”³⁵⁶, dicha “traba”, sin embargo, permitió que sobre el honor se esbochen diversas teorías que, si bien en principio fueron insuficientes, contribuyeron a que, hoy en día, exista cierto consenso en sostener que el contenido del mencionado bien debe ser abordado al amparo de las normas constitucionales y del sistema social al que ésta pretende llegar³⁵⁷.

Como no podría ser de otro modo, para ello se necesitó de un intenso debate tanto en el ámbito doctrinario como también jurisprudencial en busca de la mejor conceptualización acerca del honor. A modo de ejemplo, en el ámbito nacional, la propia Corte Suprema de Justicia de la República, a través del Acuerdo Plenario nº 3-2006/CJ-116, sostuvo que:

“El honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico, pero que en todo caso, desde una perspectiva *objetiva*, aluden a la suma de

³⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, p.249.

³⁵⁵ Maurach, citado por GÖSSEL, “La protección del honor en el Derecho penal alemán”, p. 1299.

³⁵⁶ ROY FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 423.

³⁵⁷ MEINI MÉNDEZ, “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”, p. 185.

cualidades que se atribuyen a la persona y que son necesarias para el cumplimiento de los roles específicos que se le encomiendan. Desde un sentido *subjetivo* el honor importa la conciencia y el sentimiento que tiene la persona de su propia valía y prestigio; reputación y la propia estimación son sus dos elementos constitutivos (...)³⁵⁸

Pese a ello, el Poder Judicial, a través de su línea jurisprudencial, ha mostrado decisiones que no guardan completa correspondencia con lo indicado en el mencionado Acuerdo Plenario o, en todo caso, solo lo hacen en apariencia, pues exponen también una posición propia que —a nuestro criterio— se aleja teóricamente de lo sostenido por el mencionado instrumento que sirve para la interpretación judicial de la ley³⁵⁹

Sobre esto último, vale la pena recordar que, en una publicitada sentencia del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. n° 22 – 2008, que sentenció a Magaly Jesús Medina Vela y a Ney Víctor Guerrero Orellana por el delito de difamación a través de un medio de comunicación social, se apuntó una construcción sobre el honor que, como venimos indicando, se apartó de la asumida en el Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116. Veamos:

“El artículo segundo, inciso séptimo de la Constitución Política del Perú señala que: “toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación”. Dada la ubicación que tiene dicho bien jurídico dentro de la Carta Política, es evidente que su consideración es la de un derecho fundamental, *en la medida que el honor consiste en el conjunto de relaciones de reconocimiento que se derivan de la*

³⁵⁸ Acuerdo Plenario n° 3-2006/CJ-116, FJ 6.

³⁵⁹ De acuerdo a San Martín Castro, se han reconocido dos direcciones en la interpretación judicial de la ley (atribución de significado): “una tendiente a individualizar la solución más justa en relación a la peculiaridad del caso concreto —propia de las ejecutorias tradicionales—; la otra tendiente a establecer a nivel general cuál es el significado más justo atribuible a la norma —que es el objetivo preciso de una sentencia emanada de un Acuerdo Plenario”. Ver: SAN MARTÍN CASTRO, “La jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema de justicia de la república. El ámbito penal”, p.15.

*dignidad y del libre desarrollo de la personalidad. Defraudar las concretas expectativas de reconocimiento que emanan de estas relaciones constituye un comportamiento lesivo para el honor*³⁶⁰.

No obstante, líneas más adelante, la misma sentencia se adhirió a la postura de la Corte Suprema, toda vez que indicó que “(...) la conducta de los querrelados (...) lesionó el bien jurídico protegido honor, siendo de tipo subjetivo en cuanto se trata de la autovaloración personal que tiene cada persona de sí mismo; y objetivo cuando lo es de la reputación de la que goza toda persona frente al resto de sujetos que conforman la sociedad (...)”³⁶¹.

Podemos apreciar, como seguidamente desarrollaremos, que tanto en el Acuerdo Plenario nº 3-2006/CJ-116, como también en la última cita de la mencionada sentencia de la Corte Superior, se apostó por una clásica concepción del honor denominada como teoría *fáctica o psicológica*³⁶², mientras que, la primera cita de la referida sentencia, se decanta por una *teoría normativa* del honor, consecuencia todo ello de la falta de unidad en el criterio jurisprudencial en lo referente al concepto del derecho al honor.

Es más, en principio el citado Acuerdo Plenario al hacer referencia a que el *“honor es un concepto jurídico ciertamente indeterminado y variable, cuya delimitación depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico”*, sostiene, a nuestro criterio, una concepción normativa que después es cambiada por una postura fáctica al adoptarse la bifurcación objetiva y subjetiva del honor.

Esta última postura, pese a las críticas que se han levantado en su contra, ha sido asumida de manera constante por la línea jurisprudencial del Poder Judicial. Así, podemos mencionar —dentro de un universo ciertamente amplio— las sentencias recaídas en el Exp. nº 4732-1997-Lima: “En los delitos de difamación e injuria el

³⁶⁰ Sentencia recaída en el Exp. nº 22 – 2008, FJ 1 emitido por del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. (cursiva nuestra)

³⁶¹ Sentencia recaída en el Exp. nº 22 – 2008, FJ 9 emitido por del Vigésimo Séptimo Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima. (cursiva nuestra)

³⁶² CASTILLO GONZALES, *La Excepción de Verdad en los Delitos Contra el Honor*, p.42.

bien jurídico tutelado es el honor, el cual consiste en la valoración que otros hacen de nuestra personalidad ético social, estando representado por la apreciación o estimación que hacen los semejantes de nuestras cualidades morales y de nuestro valor social”³⁶³.

Igualmente, la decisión recaída en el Exp. n° 5510-1997-Arequipa: “El delito de difamación se configura cuando ante varias personas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, se atribuye a una persona, un hecho o una cualidad que pueda perjudicar su honor o reputación”³⁶⁴ o la del RN n° 381-2005-Junin: “Es el delito de difamación uno de mera actividad. Se consuma con la imputación del hecho determinado, sin que sea necesaria la generación del desprecio o el odio público, o que se produzca un daño a su honor o reputación, bastando que el hecho imputado sea potencialmente apto o suficiente para colocar en condición de ser objeto de tales sentimientos adversos”.

Visto aquello, a continuación presentaremos y analizaremos las principales teorías que se han elaborado acerca del honor con la finalidad de que, una vez realizado aquello, podamos sustentar la que nos parece acertada y propia de una democracia constitucional. Obviamente, todo esto se realizará sin dejarse de prestar atención a la imposibilidad de establecer relaciones de superioridad jerárquica apriorísticamente, que simplifiquen de manera superflua el conflicto que se halla detrás del honor como límite externo al ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

a. Teoría fáctica o psicológica del honor

La teoría fáctica o psicológica parte de una visión bipolar³⁶⁵, pues para dicha postura el honor presenta tanto un lado subjetivo (que se relaciona con la

³⁶³ Ver: VILLAVICENCIO TERREROS, *Diccionario penal jurisprudencial*, p. 336. [cursiva nuestra]

³⁶⁴ Ver: VILLAVICENCIO TERREROS, *Diccionario penal jurisprudencial*, p. 209. [cursiva nuestra]

³⁶⁵ Vidal Marín señala que tal concepción que diferencia entre sentido objetivo y subjetivo del honor procede de la obra de Franck, R., *Das Strafgesetzbuch für das deutsch Reich*, de 1926. Ver: VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, pp. 48 – 49 (pie de página 14).

autoestima, esto es, la valoración personal que cada persona tiene de sí misma) como un aspecto objetivo (que es la visión que los demás tienen de una determinada persona: su grado de reputación social).

Así pues, como señala García Cantizano, se puede indicar que el honor —de acuerdo a esta postura— presenta dos planos: a) *honor subjetivo*, que puede entenderse como la autovaloración del sujeto, y b) el *honor objetivo*, que sería la valoración que otros hacen de la personalidad ético- social del mismo (reputación)³⁶⁶.

Frente a ello, se han alzado voces sumamente críticas que califican de insostenible la asunción o defensa de dicha tesis. Se ha indicado, en ese sentido, que es portadora de un alto grado de inseguridad jurídica, ya que —según tal planteamiento— la «cantidad de honor» correspondiente a cada persona sería variable, posibilitándose situaciones extremas como negar a alguna de ellas su titularidad en atención a la particular clase o condición social³⁶⁷

Por nuestro lado, advertimos que dicha postura presenta serios inconvenientes en su coherencia interna, así como también graves consecuencias prácticas, pues la protección jurídica brindada a una determinada persona estaría sujeta a su discrecionalidad, ya que sólo ella sabría si su honor se ha vulnerado en el plano subjetivo³⁶⁸.

El profesor Caro John, asimismo, señala que en un “sistema basado en una protección del honor desde un plano estrictamente subjetivo podría llegarse al absurdo de considerar que existe una afectación del derecho al honor cuando una persona se refiere a otra incluso por el uso de su nombre sin que le anteceda un determinado título nobiliario, pues lo que realmente va a interesar no es lo que el

³⁶⁶ GARCÍA CANTIZANO, “El delito de Difamación y la aplicación de la *Exceptio Veritatis*”, p. 63. Por su lado, Carlos Creus señala, desde esa perspectiva, que al aspecto objetivo o social se le ofende mediante la difamación, es decir, desacreditándolo ante terceros y de ese modo perjudicando la fama de un determinado sujeto; mientras que, al aspecto subjetivo se le ofende mediante el ultraje (deshonra) personal. Ver: CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, p. 138.

³⁶⁷ CARMONA SALGADO, *Medios de comunicación y derecho al honor: interrelaciones y límites recíprocos*, p. 1910.

³⁶⁸ MEINI MÉNDEZ, “La *Tutela Penal del Honor*, pp. 344 y 345.

estándar social determine como honor, sino lo que la persona considere para sí como digna de su más alta estima”.³⁶⁹

En el plano objetivo, esto es, la visión que los demás tienen de una determinada persona, el reconocimiento del honor estaría sujeto a la valoración social que recaería sobre una determinada persona, lo que ocasionaría graves conflictos en el ejercicio de actividades socialmente desaprobadas, pero jurídicamente permitidas, como es el caso de la prostitución³⁷⁰.

De ese modo, tendríamos que determinadas personas se encontrarían en una clara desventaja en comparación a otras, ya que se verían afectadas por los prejuicios sociales (plano objetivo) que se tienen de ellos. Con dicha teoría podríamos llegar al extremo de afirmar que un ladrón o una prostituta no tendrían derecho al honor, lo que constituiría una clara violación al principio de igualdad en tanto se les podría injuriar libremente³⁷¹.

Debe resaltarse, además, que el plano “objetivo” de la teoría fáctica o psicológica del honor solo representa “un traslado de valoración de lo individual a lo social, dependiendo la determinación del honor finalmente de una psicología social. O sea, se disfraza lo subjetivo individual con un ropaje subjetivo colectivo”³⁷². Así, la determinación de la afectación o no al honor quedaría sujeta a lo que la mayoría discrecionalmente (arbitrariamente) considere lesivo o no del mismo.

Además, de acuerdo a Vidal Marín, si consideramos conjuntamente la acepción objetiva y subjetiva de honor, “se puede producir la situación de que algunas veces el honor subjetivo y objetivo coincidan, pero otras veces discrepen. Pensemos, por ejemplo, el caso de un individuo con una gran consideración o

³⁶⁹ CARO JOHN, “La protección penal del honor de la persona jurídica”, p.309.

³⁷⁰ MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, p. 345.

³⁷¹ MONTOYA CHAVEZ, “El Honor Frente a la Expresión y a la Información. Un conflicto que quiso ser resuelto por la Corte Suprema”, p. 689: “Se acusa a esta postura porque si una prostituta o un presidiario buscan tutelar su honor, estos se verían seriamente afectados por las consideraciones sociales -prejuicios- que tendrían para con ellos, negándoseles en la práctica la existencia de honor, sin embargo, la tutela jurídica penal no podría replegarse ante una realidad social completamente injusta.”.

³⁷² CARO JOHN, “La protección penal del honor de la persona jurídica”, p.309.

reputación social y que, sin embargo, tenga una muy escasa o nula consideración o estima propia”³⁷³.

Todo esto explicaría que, como indican los profesores Quintero Olivares y Morales Prats, las llamadas concepciones fácticas hayan sido paulatinamente abandonadas, pues resultan difícilmente compatibles con los principios de igualdad, pluralismo y seguridad jurídica³⁷⁴. Por ello, de acuerdo a los citados autores, no es de extrañar que la doctrina haya desarrollado en los últimos tiempos nuevas definiciones de honor desde postulados normativo-valorativos y constitucionales, que intentan aunar la salvaguardia de los valores afectados por la postura fáctica³⁷⁵.

Ahora bien, las objeciones presentadas a la citada teoría se corresponden con lo enunciado por el TC, pues dicho ente ha indicado categóricamente que “la dimensión interna [honor subjetivo] resultaría del todo subjetiva al apelar a las apreciaciones de cada persona que se vea afectada en tal derecho. Las consecuencias serían, al propio tiempo, absurdas, pues atendiendo a tal dimensión, encontraríamos personas que tienen un nivel de autoestima mayor que otras, con lo que la dimensión interna del honor resultaría hasta discriminatoria. Otro tanto habría que decir de la dimensión externa [honor objetivo] del honor, pues sujeta a las apreciaciones colectivas, sociológicas o culturales diversas, el honor de las personas resultaría del todo incontrolable jurídicamente y el derecho se vería así sometido a una suerte de escrutinio social que podría desvirtuar su nivel de garantía”³⁷⁶.

De acuerdo a ello, para el citado tribunal el concepto fáctico o psicológico del honor presentaría serias incongruencias que imposibilitarían su suscripción, por lo que sería “necesario construir un concepto de honor que sea lo más objetivo y

³⁷³ VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 51.

³⁷⁴ QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, “Delitos Contra el Honor”, p. 1111.

³⁷⁵ En ese sentido, los mencionados autores sostienen que el problema central es el de “la adecuada articulación normativa del principio de dignidad con los principios constitucionales de igualdad y pluralismo (derecho a la diferencia)”. Con mayor detalle y una amplia bibliografía al respecto: QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, “Delitos Contra el Honor”, pp. 1112 y 1113.

³⁷⁶ Sentencia recaída en el Exp. n° 4099-2005-AA/TC, FJ 3.

razonable posible y que permita, al mismo tiempo, una grado de tutela compatible con los demás valores y principios del Estado Democrático”³⁷⁷.

Esa línea fue esbozada con anterioridad por el Tribunal Supremo español a través de la STS 20.7.88: “El bien jurídico protegido por el delito de injurias no se identifica con el concepto fáctico de honor en el sentido de buena fama como sostiene el recurrente. El concepto de honor se debe construir, por el contrario, desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona (art. 10. 1 CE). Desde dicha perspectiva el honor es la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad”³⁷⁸

b. Teoría normativa del honor

El criterio normativo busca abordar el problema del contenido del honor ya no a través de sus manifestaciones en la realidad (sea objetiva o subjetiva), sino a partir del marco jurídico en que se le reconoce³⁷⁹. En ese sentido, como apunta un sector de la doctrina nacional, para delimitar tal contenido la mencionada tesis recurrió a diversos códigos valorativos. Se distinguen los siguientes³⁸⁰:

- i) **Concepciones morales:** Asocian la noción de honor a un código de carácter ético, frecuentemente religioso. Como consecuencia de ello,

³⁷⁷ STC n° 4099-2005-AA/TC, FJ 4. A lo señalado, el TC ha añadido en el FJ 5 de la citada sentencia que: “En este contexto, y para decirlo en términos sencillos, el honor está constituido por aquella esfera de inmunidad frente a cualquier trato que ofenda o agrada la condición de la persona humana en su relación con los demás o en su relación con los poderes públicos. El derecho al honor protege, entonces, la intangibilidad de la dignidad en la dinámica social de un tiempo determinado. Como ha sostenido nuestro par español, en criterio que hacemos nuestro, “*El contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental (...) es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión*” (STC 185/1989, FJ, 4)”.

³⁷⁸ STS 20.7.88 citada por RODRIGUEZ MOURULLO, “Delitos contra el honor”, p. 610.

³⁷⁹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 225.

³⁸⁰ Para lo que sigue consúltese: GÁLVEZ VILLEGAS y ROJAS LEÓN, *Derecho penal. Parte especial (Introducción a la Parte General)*, p. 831.

para tal corriente de opinión, semejante posición no podría ser adoptada, pues sería incompatible con el reconocimiento del pluralismo ideológico en que se basa la sociedad democrática, suponiendo, asimismo, restricciones injustificadas al libre desarrollo de la personalidad.

- ii) **Concepciones normativo sociales:** Para las cuales el contenido del honor se determina no en función de que la persona posea una buena o mala reputación, sino de acuerdo a cómo la persona —en tanto miembro de un grupo social y de acuerdo a su capacidad— cumple con los deberes sociales que este le impone.

Como crítica a tal posición se indica que el Derecho no se encuentra necesariamente vinculado a los criterios específicos imperantes en la sociedad. Asimismo, se aduce que desde tal concepción se podría considerar como fuente de honor a la valoración proveniente de “códigos de honor” de grupos ilegales (mafia, organizaciones criminales, etc.). También se indica, que el honor de una persona no puede supeditarse a su capacidad para cumplir los deberes sociales.

- iii) **Concepciones estrictamente jurídicas:** Se indica que el contenido del honor debe realizarse a partir de las valoraciones establecidas por el propio ordenamiento jurídico. Además, desde dicha perspectiva, cualquier ataque al honor constituye un ataque o lesión inmediata a la dignidad de las personas en sus materializaciones mínimas: autoestima y fama.

A mayor ahondamiento, Marciani Burgos precisa que “(...) a través de la denominada teoría normativa, se recurre a los principios y valores que consagra la Constitución y que son la base de todo el sistema de derechos constitucionales, y de modo determinante a los valores de la dignidad y la igualdad. (...) La teoría

normativa vincula el derecho al honor con el valor dignidad —y de la igualdad— y, así, reconoce ese derecho a todos los humanos por igual”³⁸¹.

Tal afirmación es respaldada por Castillo Gonzales, quien refiere que la mencionada tesis sobre el honor se fundamenta en “(...) el valor interno de la persona humana, de tal modo que toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene el derecho a no ser tratada inmerecidamente por debajo de su valor”³⁸²; a lo que, Lorenzo Copello, agrega que de tal manera se termina identificando al “honor interno” con la dignidad del ser humano, y tanto la autoestima como la fama constituirían el reflejo exterior de tal dignidad³⁸³.

Así pues, a dicha teoría “puramente” normativa se le ha criticado el no lograr dotar de especificidad al bien jurídico honor, toda vez que la dignidad constituye un presupuesto genérico aplicable a todos los derechos fundamentales y no únicamente al mencionado bien³⁸⁴. En ese mismo sentido, el partir de la dignidad humana, que es un atributo inherente a toda persona, se postularía la total identificación entre honor y dignidad, lo que dejaría sin un contenido específico al bien tutelado en los delitos de injuria, calumnia y difamación.

La crítica se agrava aún más si se advierte que, al ser la dignidad un principio genérico aplicable por igual a todos los derechos fundamentales³⁸⁵, la vinculación que guardaría con el derecho al honor no podría ser distinta ni más intensa de la que podría existir con otros derechos.

No obstante, un sector de la doctrina nacional ha indicado que, a pesar de todo, la concepción normativa “explica el contenido del bien jurídico honor de modo más objetivo y en concordancia con derechos fundamentales reconocidos a nivel constitucional como es la dignidad de las personas y el libre desarrollo de su

³⁸¹ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 225.

³⁸² CASTILLO GONZALES, *La Excepción de Verdad en los Delitos Contra el Honor*, p.54.

³⁸³ LAURENZO COPELLO, “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, p.41.

³⁸⁴ GÁLVEZ VILLEGAS y ROJAS LEÓN, *Derecho penal. Parte especial (Introducción a la Parte General)*, p.834.

³⁸⁵ LAURENZO COPELLO, “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, p.44.

personalidad”³⁸⁶, constituyendo, esto último, el enlace entre los aspectos interno y externo del honor³⁸⁷.

A partir de lo anotado, podemos apreciar que, el recurrir a un valor tan trascendente o ideal como lo es la dignidad, dificulta el establecimiento de un concreto contenido para el honor y, a consecuencia de ello, hace sumamente difusos sus alcances. En esa línea, se indica que “elaborar conceptos con referencia a entidades ideales como valores trascendentes o normas no dadas por ningún legislador y a partir de ahí construir un discurso adecuado a dicho concepto, resulta que en el mismo está ausente toda referencia clara a la realidad, es decir, a lo que los ciudadanos entienden por honor, y, en consecuencia, deviene de contrastación problemática y algo inaferrable”³⁸⁸.

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

En coherencia con lo señalado, podemos indicar que dicha postura, a nuestro criterio, no se halla en sintonía con la línea seguida por el TC, ya que el citado tribunal ha señalado que el “(...) honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor (...)”³⁸⁹.

³⁸⁶ SALINA SICCHA, *Derecho Penal. Parte Especial*, p.261.

³⁸⁷ LAURENZO COPELLO, “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, pp.41y 42: “El enlace entre los aspectos interno y externo del honor –esto es, entre la dignidad abstracta y su plasmación en la autoestima y la fama – se realiza a través de la idea de libre desarrollo de la personalidad. La libertad de autodeterminación se presenta, en efecto, como una consecuencia directa de la consideración de la persona como ser racional, de donde se sigue que el respeto de la esencia misma de la dignidad –representada por el honor interno- necesariamente ha de traducirse, en el contexto exterior, en términos de respeto a las opciones vitales de cada ciudadano, cualquiera sea el contenido de estas.”.

³⁸⁸ VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 52.

³⁸⁹ STC n° 04611-2007-PA/TC. Caso: Caso: Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 (FJ 37 y 38).

De esa manera, el máximo intérprete de la Constitución reconoce el derecho al honor de las personas jurídicas, protegiéndolas ante el hecho de que su capacidad para interactuar en sociedad se vea frustrada. Tal reconocimiento, a nuestro criterio, no sería posible si se parte de un concepto como la dignidad humana que, si bien constituye una categoría personal, se halla despersonalizada³⁹⁰.

c. Teoría fáctico - normativa del honor

De acuerdo a Vidal Marín, para intentar superar las deficiencias que han presentado las concepciones fácticas y normativas, la doctrina elaboró las *concepciones fáctico-normativas de honor*, así llamadas porque tienen en cuenta “tanto el valor intrínseco de la persona como su reputación en relación con la dignidad de la persona, determinando su contenido sobre la base de los valores ético-sociales de actuación”³⁹¹.

En esa línea, para dicha postura, si bien la esencia del honor se encuentra correctamente situada en la dignidad personal, es necesario retomar la vista a la realidad social, al plano fáctico, para graduar el alcance concreto del citado bien³⁹², de modo que el merecimiento de tutela del mismo pueda variar en razón de la forma e intensidad de la participación de la persona en la vida social o del grado de cumplimiento de determinados deberes ético sociales.

Tal concepción teórica ha sido desarrollada fundamentalmente por la doctrina alemana (Hirsch, Lenckner, Rudolphi, Otto, etc.); mientras que, en España la han seguido principalmente Alonso Álamó y Berdugo Gómez³⁹³. Así, por ejemplo, Alonso Álamó, —siguiendo la posición de Hirsch— considera al honor como una derivación de la dignidad humana, pero sin confundirse con ella, toda vez que solo representa un aspecto de la misma y, en consecuencia, es un valor que pertenece

³⁹⁰ En clave informativa, sobre la tesis de Gonzáles Pérez, puede consultarse a VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 53.

³⁹¹ VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 53.

³⁹² LAURENZO COPELLO, “El bien jurídico en los delitos contra el honor”, p. 45.

³⁹³ VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 54.

a todo hombre por el hecho de ser tal; no obstante, a ello se suma el que la conducta sea valorada desde el punto de vista ético-social.

A mayor ahondamiento, Vidal Marín comenta lo siguiente sobre la mencionada tesis: “Considerado el honor desde esta perspectiva, resulta que podrá disminuir por falta de integridad moral o por graves defectos de la personalidad, pero no puede aumentar ni tampoco desaparecer del todo. Ahora bien, los ataques al honor, añade la autora, no son directamente ataques a la dignidad de la persona sino a su valor ético-social de actuación del cual surge una pretensión de respeto, hallando cabida dentro del mismo la consideración social efectivamente ganada”³⁹⁴.

Sin embargo, a dicha posición podría reclamársele el hallarse en tensión con el principio de igualdad, ya que de admitirse que el honor puede disminuir por falta de integridad moral, nos llevaría a que existirían personas que tienen “más” honor que otras en atención a lo que la consideración social decida, que bien —en algunos casos— podría ocasionar algún tratamiento injusto o, incluso, una afrenta al canon axiológico impuesto por la Constitución.

Por su parte, el profesor Berdugo Gómez de la Torre parte por considerar que la definición del honor debe buscarse en sintonía con los principios consagrados en la Constitución; no obstante que, al mismo tiempo, afirma que el honor es una realidad empírica, puesto que la sociedad valora las cualidades y los comportamientos de los ciudadanos³⁹⁵.

En estricto, el mencionado autor sostiene que “el honor está constituido por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad. El honor, en cuanto emanación de la realidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, del libre desarrollo de la personalidad, tendrá una mayor o menor extensión en función del nivel de

³⁹⁴ VIDAL MARÍN, *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, p. 54.

³⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, p. 257.

participación del individuo en el sistema social. Esta última dimensión estará directamente condicionada por la actuación y contenido de los diversos procesos de control social, y con la intervención, en último término, como criterio corrector de los principios constitucionales”³⁹⁶.

De tal manera, se puede advertir que Berdugo Gómez de la Torre adopta una posición mixta, en donde el honor está constituido tanto por las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad, como también en el libre desarrollo de la personalidad (es decir, la participación real de la persona en la comunidad), los cuales constituyen los presupuestos de la participación del individuo en el sistema social.

A decir de Marciani Burgos, la teoría fáctica-normativa es la concepción imperante sobre el honor en la doctrina actual, la misma que lo reconoce para todos los seres humanos sin distinciones, realizando también la delimitación concreta de su extensión a partir de las circunstancias que determinan la consideración merecida del sujeto (los actos propios); de manera que, desde dicha perspectiva, los actos o expresiones de desmerecimiento que se dirigen contra el sujeto vulneran su honor no solo en la medida que lesionan la dimensión estática de la dignidad, sino también su dimensión dinámica, expresión del libre desarrollo de su personalidad³⁹⁷.

d. Teoría normativo funcional

Para Jakobs, las injurias se entienden como imputaciones inciertas contra una persona³⁹⁸. A criterio del mencionado autor si no existiese garantías de veracidad específicas destinadas a la protección frente a imputaciones informales incorrectas se podrían producir todo tipo de falseamientos; por lo que, en ese sentido, las normas contra las injurias tienen por objeto prestar la necesaria *garantía de*

³⁹⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Revisión del contenido del bien jurídico honor”, pp. 264.

³⁹⁷ MARCIANI BURGOS, *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, p. 229 y 230

³⁹⁸ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p. 432.

veracidad específica, de manera que dicho elemento (la veracidad) constituirá un elemento esencial de cara a la configuración de las injurias.

Así pues, la protección frente a las injurias servirá tanto para la protección de las condiciones de funcionamiento de la sociedad como para la protección de la persona³⁹⁹, de manera que el delito de injurias ya no podrá concebirse estrictamente como un delito contra las personas, sino también contra los intereses públicos, es decir, delitos establecidos contra los falseamientos de la imputación informal.

Desde dicha perspectiva, podría indicarse que aquellas posturas que considera que la persona [humana] por el sólo hecho de serlo es poseedora de honor confunden “la inalienable capacidad para ser titular de honor con el estatus de honor que se posee en un momento determinado”⁴⁰⁰. Sería, entonces, más acertado indicar que la persona tendrá la capacidad de poseer honor y que existe un *interés público* en la comunicación veraz.

Brevemente, el honor consiste en que se le imputa a una persona su comportamiento como meritorio: *honor es imputabilidad meritoria*⁴⁰¹; por el contrario, si únicamente predominan los comportamientos imputables como negativos habrá *deshonor*⁴⁰². De esa manera, las afirmaciones se constituyen en un interés valioso por tutelar, ya que no se puede (no se debe) encargarse al receptor que el mismo se cuide de la veracidad de las comunicaciones que recibe, por el contrario, existe un *interés público* en que tales sean ajustadas a la realidad⁴⁰³.

Un punto a tomar en cuenta es que aquél que no genere con su comportamiento tales expectativas de reconocimiento (imputación laudatoria) no podrá ser vejado

³⁹⁹ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p. 432.

⁴⁰⁰ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p. 434

⁴⁰¹ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p. 434

⁴⁰² JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p. 433: “Al tener en cuenta el interés público, se obtiene una explicación de que el comportamiento injurioso se halle circunscrito a las afirmaciones (...). La limitación a las afirmaciones solo deriva del interés público en que se proteja (en algunos ámbitos) precisamente esa forma de comunicación (...)”

⁴⁰³ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”, p.432.

libremente, pues como se ha advertido existe un interés público en la corrección de las afirmaciones, reafirmandose, de esta manera, el principio de igualdad, ya que estas personas también serían protegidas por el ordenamiento jurídico, toda vez que “(...) la norma contra las injurias no protege en todos los casos el honor positivamente existente, sino que protege frente al empeoramiento del balance del honor (...)”⁴⁰⁴.

Frente a dicha postura, un sector de la doctrina nacional ha señalado que los criterios esgrimidos toman en cuenta estrictamente la concepción social de la persona, pero no el aspecto individual o personal que está vinculado directamente al derecho a la dignidad humana⁴⁰⁵.

3.4. Balance provisional

Nos queda claro que el derecho a la libertad de expresión comprende dos manifestaciones íntimamente ligadas. La libertad de expresión (propriadamente dicha) que consiste, precisamente, en el derecho de comunicar sin trabas el propio pensamiento a través de las más variadas formas de comunicación, sea oral, escrita, a través de símbolos por radio, televisión o cualquier otra modalidad y, por otro lado, la libertad de información que comprende los derechos: a) a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación (aspecto activo); y, b) a recibir información en iguales condiciones (aspecto pasivo).

Consideramos también que el fundamento de dichas libertades se encuentra, por un lado, en la dignidad humana (dimensión subjetiva) y, por otro, en el hecho de constituir un supuesto básico para la vigencia de un Estado Democrático (dimensión objetiva o institucional)⁴⁰⁶. Justamente, las citadas dimensiones han sido desarrolladas por el Tribunal Constitucional, el cual ha afirmado que “tales

⁴⁰⁴ JAKOBS, “La misión de la protección jurídico-penal del honor”..., p.434.

⁴⁰⁵ GÁLVEZ VILLEGAS y ROJAS LEÓN, *Derecho penal. Parte especial (Introducción a la Parte General)*, p.834.

⁴⁰⁶ ABAD YUPANQUI, “Libertades de expresión e información”, p. 73.

*libertades informativas son, al mismo tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional*⁴⁰⁷.

Es más, somos de la idea de que la *prohibición de la censura previa* dota de mayor alcance al derecho a la libertad de expresión e información, ya que hace notar que al lado del aspecto positivo (libre comunicación de ideas, opiniones y noticias) se prevé uno negativo: *la prohibición de cualquier tipo de censura previa*. Con ello, se pretende evitar todo tipo de interferencia en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, exigiéndose —como regla— que el ejercicio de la misma se haya realizado para después, de ser el caso, sancionarlo.

Lo acabado de mencionar, se corresponde con el inc. 4 del art. 2 de nuestra Constitución, así como con el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prevén, ante el ejercicio ilegítimo de tal libertad, la instauración de responsabilidades ulteriores (sean de índole civil o penal). No obstante, para la imposición de tales sanciones, deberá —desde una lente penal— realizarse un adecuado juicio de desvaloración que supere el filtro que la moderna teoría de la imputación objetiva supone.

Dada la importancia del mencionado derecho, que podría llevar a predicar un alcance desmesurado y en tensión con otros bienes, conviene también mencionar que su ejercicio no es libre ni irrestricto, ya que se encuentra sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado Democrático y Social de Derecho.

En efecto, como se desarrolló en su momento, el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión presenta dos clases de límites: a) *internos* (los cuales permiten delimitar el contenido o facultades concretas que integran el derecho en cuestión y, de ese modo, diferenciarlo de otros) y b) *externos* (buscan restringir el ámbito de ejercicio de un determinado derecho en aras de conservar ciertos límites que se encuentran referidos al reconocimiento y respeto de otros derechos).

⁴⁰⁷ STC n° 0905 – 2001AA/TC. Caso: Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín (FJ 13)

No obstante ello, como hemos venido indicando, el legítimo ejercicio de la libertad de expresión e información supone precisamente que se han respetado el conjunto de condiciones impuestas por el propio sistema jurídico (veracidad, prohibición de excesos y, en ciertos casos, interés público), de manera que, de modo alguno, podría señalarse que se ha realizado un comportamiento que de manera jurídicamente desaprobada ha creado un riesgo prohibido, por lo que, es innecesario ponderar circunstancias excepcionales (propias de las causas de justificación) en atención a un especial contexto, ya que la conducta realizada se enmarca al interior del marco de libertades jurídicamente garantizadas.

No debemos olvidar que los postulados del principio de proporcionalidad no se opone solamente a la criminalización de conductas mediante la creación de tipos penales en tanto no sean ni idóneas, necesarias o proporcionales (en sentido estricto), sino también a la realización del complejo juicio de desvaloración de un comportamiento en un tipo penal por parte de los Jueces si es que aquella se halla carente de una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, así como a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que contribuyen a la estabilidad aplicativa.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad exige que, al interior de la teoría del delito, en la *tipicidad*, solo se comprendan conductas verdaderamente lesivas (tipo indiciario de un injusto cualificado), ya que de lo contrario la imposición de un límite penal (la protección del honor) no sería ni cuantitativa ni cualitativamente adecuada, en vista de que el instrumento empleado significará la limitación de un derecho fundamental (la libertad de expresión) en virtud de una conducta carente de la lesividad que requiere el empleo del arsenal penal⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ A modo de ejemplo, sobre la lesividad como un elemento del juicio de idoneidad previsto al interior del test de ponderación ver: STC n° 0012-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados de Lima (FJ 32), STC n° 0014-2006-PI/TC. Caso: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima (FJ 42), STC n° 0008-2012-PITC. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° de la Ley n° 28704 (FJ 31 y 32), en donde se hace especial mención a los fines de la pena al momento de desarrollar el subprincipio de idoneidad. En la doctrina nacional, se ha señalado que "(...) la medida evaluada debe ser adecuada y útil para alcanzar la finalidad que persigue. Están proscribas entonces las medidas neutrales, aquellas que no llevan a lograr la finalidad, y las medidas negativas, que son las que dificultan el logro de la finalidad perseguida. (...)El examen de idoneidad implica entonces identificar el fin de relevancia constitucional en la medida penal que

Esto en vista de que, al interior de una democracia constitucional, en donde los derechos fundamentales se conviertan en un concepto prioritario, envolvente y recurrente, cualquier clase de medida que los restrinja debe ser proporcionada a fin de cautelar la esfera de libertad de sus destinatarios, sobre todo, en el caso de la aplicación de la norma penal.

Si bien es cierto que la libertad de expresión no solo presenta límites internos, sino también externos; lo cierto es que, aun cuando podría darse el caso de la existencia de un tipo de expresión que podría afectar la existencia de otros bienes jurídicos o valores con los cuales entra en conflicto, cabe indicar que, si se respetan tanto los límites internos como externos en aplicación del test de ponderación, y de ello resulta legítimo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información en un caso en concreto (precedencia condicionada), no podría justificarse la intervención del Derecho penal a través de la calificación de tal conducta como ofensiva, toda vez que aquella ha cumplido con todas las condiciones que el sistema jurídico ha impuesto.

Incluso cabe agregar que, dado que desde una perspectiva penal y constitucional el honor se presenta como un límite externo a la libertad de expresión, su contenido no podría verse intensamente afectado cuando otro derecho se ejerce en atención al amparo de las mismas normas constitucionales que regulan el sistema jurídico y, sobre todo, si su ejercicio supera el test para la resolución de conflictos entre derechos al interior de una democracia constitucional.

Para nosotros, el honor implica un trato justo de acuerdo a las *expectativas de reconocimiento* que la persona genera a partir de sus propios actos, de manera que “la protección que el Ordenamiento jurídico le dispensa al honor consiste

limita un derecho fundamental. Dicho fin recae sin duda en el principio de lesividad, consagrado por el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano. El fin de relevancia constitucional en toda medida penal deberá ser entonces la protección de bienes jurídico penales frente a su lesión o puesta en peligro. El segundo paso del análisis de idoneidad conlleva el análisis de una relación medio-fin, en la que debe tenerse en cuenta “no solo el fin de protección de bienes jurídicos que se persigue a través del Derecho penal, sino también los fines preventivos que se predicen de las penas”. Ver: YON RUESTA y SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”, p. 104.

simplemente en que el resto de personas nos reconozca como aquello que nuestros actos libres, voluntarios y responsables hace de nosotros”⁴⁰⁹. En tal sentido, las condiciones que se imponen para el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información tratan, precisamente, de garantizar dentro de determinados márgenes que lo informado o expresado no afecte gravemente el honor de una persona.

Ahondemos un poco más al respecto, en el ámbito nacional, Meini Méndez ha señalado que el honor se refiere a las *expectativas de reconocimiento que el sujeto genera en sociedad*. El honor, de esa manera, se configurará en dos momentos: “en primer lugar, por su condición de ser humano y el derecho inalienable que tiene de desarrollar libremente su personalidad (...)”⁴¹⁰ y, luego, en un segundo momento, tales expectativas de reconocimiento de la persona varían en función de su comportamiento, llevado a cabo libremente en sociedad, evaluando su vulneración sobre la base del conjunto de valores que la Constitución prevé y no según la mera subjetividad del grupo social, quizás, dominante.

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

“(...) cada quien configura su honor a partir de sus comportamientos libres, autónomos y responsables en sociedad. Al ordenamiento jurídico le interesa que el resto de personas no distorsionen, por infravaloración, el honor del sujeto, es decir, le interesa que se le trate de manera más fiel al significado que sus actos cobran según el conjunto de valores que la Constitución

⁴⁰⁹ MEINI MÉNDEZ, “La tutela del honor”, p. 348.

⁴¹⁰ MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, p. 346.

prevé y que emanan de ella. *La protección jurídica del honor es entonces protección a las expectativas de reconocimiento que los actos generan en sociedad según los valores del modelo constitucional*⁴¹¹.

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

Tal criterio consideramos que es compartido por el Tribunal Constitucional, pues dicho ente ha sostenido que el “(...) honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para **interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor (...)**”⁴¹². De manera que, para el máximo intérprete de la Constitución, el honor forma parte del catálogo de derechos reconocidos a las personas tanto naturales como jurídicas, protegiéndolas ante el hecho de que su capacidad para interactuar en sociedad se vea frustrada⁴¹³.

⁴¹¹ MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, pp. 348 y 349.

⁴¹² STC n° 04611-2007-PA/TC. Caso: Comunidad Nativa Sawawo Hito 40 (FJ 37 y 38).

⁴¹³ Ver también **STC n° 0905-2001-AA/TC FJ 6**: “(...) aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, este no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las **personas jurídicas de Derecho privado**, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podrá ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la imagen que tiene frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos”; se puede consultar, además, la **STC n° 04072-2009-PA/TC (FJ 16 y 17)**: “En ese sentido, debe tenerse presente que el honor es un derecho único que engloba también la buena reputación, reconocida constitucionalmente. Así lo ha postulado también el Código Procesal Constitucional, que deja de mencionar la buena reputación. Y si bien tiene una base en la dignidad humana y, por lo tanto, se cuestionaría su reconocimiento a favor de la persona jurídica, el honor se ha entendido como “(...) la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación (...)”. Protege a su titular contra el escarnecimiento o la humillación, ante sí o ante los demás, incluso frente al ejercicio arbitrario de las libertades comunicativas, al significar un ataque injustificado a su contenido. Forma parte de la imagen humana (quizás por ello el equívoco de incluir en la demanda el cuestionamiento a la imagen). (...) **El honor, como concepto único, también es aplicable a las personas jurídicas. Si su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada, debe originarse la defensa del honor**”.

De ese modo, podrá señalarse que se ha lesionado o puesto en peligro el honor de las personas jurídicas en tanto su capacidad para interactuar en la sociedad se ve mellada. Esto, desde una perspectiva penal, implica que la sanción se impone a quien no respeta las legítimas expectativas de reconocimiento generadas a partir del comportamiento ajustado a la escala de valores constitucionales, es decir, de acuerdo a Derecho.

Sin embargo, debe tomarse en consideración no solo que la intervención del Derecho penal es innecesaria cuando se han cumplido con todas las condiciones que el sistema jurídico ha impuesto para la realización de un comportamiento (el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información), sino que tampoco podría aceptarse la tutela penal de cualquier afectación del honor por mínima que sea, en vista de que la sociedad actual es una sociedad de riesgos⁴¹⁴, en donde el titular de ciertos bienes debe aceptar la posibilidad de sufrir ciertos ataques en aquellos derechos que, de no ser especialmente ofensivos, como sería el caso del ejercicio legítimo de un derecho, deberían tutelarse a través de otras parcelas del ordenamiento jurídico distintas al Derecho penal.

En pocas palabras, como indica Meini Méndez, “La protección penal al honor consiste en sancionar los tratos no acordes con dichas expectativas de reconocimiento que reciba la persona, siempre y cuando, **por su gravedad**, no pueden ser ya reparados por algún medio de control no coercitivo, como la reparación civil”⁴¹⁵.

Es cierto que el honor trasciende a su titular e incumbe a la sociedad desde que nuestro sistema jurídico les reconoce a las personas el derecho a integrarse, participar y desarrollarse en sociedad⁴¹⁶. Incluso, así también lo entiende el profesor Caro John cuando señala que: “El honor deja de ser un concepto derivado de la personalidad, para ser visto como lo que es, un concepto social, más exactamente un concepto funcional, en la medida que sirve para el

⁴¹⁴ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p.95.

⁴¹⁵ MEINI MÉNDEZ, “La tutela del honor”, p. 360. (resaltado nuestro)

⁴¹⁶ MEINI MENDEZ, “La Tutela Penal del Honor”, En: *Imputación...*, pp. 346.

mantenimiento de las estructuras de comunicación social. El honor tiene un contenido propio en el que condensa la atribución o la imputación social meritoria a favor de una persona por ocupar un estatus dentro de la sociedad; el honor facilita así la interacción de los actores sociales al brindar un intercambio de información veraz sobre ámbitos de interés general para la sociedad”⁴¹⁷.

Por lo que, se podrá sostener que, de darse un trato no acorde a las expectativas de reconocimiento que una persona (natural o jurídica) genera en sociedad a partir de su participación en sociedad, se verá mermado el honor, en tanto capacidad para interactuar en la sociedad⁴¹⁸. No obstante, debe ponerse énfasis que, de cara a la calificación de dicha conducta como penalmente relevante, semejante afectación debe ser especialmente lesiva; lo cual, hasta donde entendemos, no podría generarse, desde una perspectiva valorativa, si es que se han cumplido con las propias exigencias que razonablemente se han impuesto en el ordenamiento jurídico para reducir el margen de afectación de los derechos a límites tolerables o, en otros términos, de riesgos permitidos.

Por todo lo comentado, nos queda claro que el honor (entendido sobre la base de los parámetros esbozados) se configura como un interés de una importancia tal que merita ser tutelado penalmente. La necesidad de tutela penal del referido derecho se sustenta en su necesidad para el funcionamiento y evolución del sistema social en el que nos encontramos, pues ninguna sociedad configurada como un Estado constitucional y democrático de Derecho podrá subsistir sin la participación de las personas en tal sistema social. Pese a esto, no debería entenderse que cualquier mínima afectación al honor podría ser objeto de tutela penal ni mucho menos poder calificar como una conducta típica, pues “el ciudadano tiene que soportar el coste de vivir en una sociedad de libertades y de

⁴¹⁷ CARO JOHN, “La protección penal del honor de la persona jurídica”, p.324.

⁴¹⁸ A modo de ejemplo, cuando una empresa o una persona natural paga puntualmente sus impuestos, cumple la normativa laboral con respecto a sus trabajadores, no contamina el medio ambiente y realiza prácticas de responsabilidad social, tiene, en definitiva, *legítimas expectativas a que se le reconozca como tal* y que no se le trate de un modo que no guarde correspondencia con las justas expectativas de reconocimiento que ha generado a partir de su participación en sociedad, pues ello quiebra la protección que el Ordenamiento jurídico dispensa al honor .

los mass media, en la que el riesgo de sufrir ataques en aquellos derechos es, en determinados supuestos, elevado”⁴¹⁹.

IV. TERCER CAPÍTULO: MODERNOS INSTRUMENTOS PARA EL ANÁLISIS DE LA TIPICIDAD

4.1. Alcance previo

La dogmática jurídico-penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho punitivo⁴²⁰. En tal sentido, debe resaltarse que dicha actividad constituye la base previa para la aplicación, enseñanza y reforma del Derecho penal, pues solo a partir de tal ejercicio cognoscitivo pueden aplicarse o criticarse las normas del mismo.

En esta línea, podrá advertirse también que la mencionada elaboración categorial y la integración de los diversos conceptos jurídico-penales en un sistema proporcionarán un nivel de seguridad jurídica que de otro modo sería inexistente⁴²¹, pues la decisión de si una persona es o no penalmente responsable no podrá justificarse válidamente a través de meras intuiciones o “corazonadas”⁴²²,

⁴¹⁹ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p.95.

⁴²⁰ ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 192.

⁴²¹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 64.

⁴²² En este sentido, como bien ha apuntado Jescheck, cabe indicar que sin el empleo de la articulación sistemática de la teoría del delito “la solución del caso expuesto sería insegura y dependiente de consideraciones sentimentales. Los elementos generales del hecho punible que son tratados por la teoría del delito, posibilitan por el contrario una *jurisprudencia racional, objetivamente fundada e igualitaria*, contribuyendo así esencialmente a garantizar la *seguridad jurídica*”. Ver: JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 210. Además, sobre la justificación (interna y externa) de las resoluciones judiciales en un Estado Constitucional de Derecho: ZAVALETA RODRÍGUEZ, “La teoría de la argumentación jurídica en la sentencias del Tribunal Constitucional peruano”, pp. 237 – 267.

sino que requerirá del análisis concienzudo de las categorías básicas del hecho punible⁴²³.

Por ello, como bien afirma Muñoz Conde, se aprecia que “la dogmática jurídicopenal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites”⁴²⁴.

Así, no podrá perderse de vista que la elaboración sistemática garantiza la igualdad, la coherencia interna y la justicia en la aplicación del Derecho⁴²⁵, de manera tal que dicho esfuerzo científico es irrenunciable en una cultura jurídica desarrollada y racional⁴²⁶. La dogmática jurídico-penal, consecuentemente, constituirá la principal actividad de quien procure la adopción de un sistema respetuoso de las libertades básicas de los ciudadanos⁴²⁷.

En atención a lo expuesto, no será banal pretender un acercamiento alternativo a la resolución de un aspecto dogmáticamente problemático (la recurrente colisión entre el derecho a la libertad de expresión y el honor) que se halle presente en ciertos grupos de casos, cuando la respuesta empleada mayoritariamente a través del tiempo genere serias dudas en torno a la coherencia interna y la justicia en la

⁴²³ En este sentido, con relación a la función garantista de la teoría del delito y de sus elementos, BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 143: “Esta teoría es producto del método dogmático. Partiendo de la ley, la dogmática penal ha ordenado y sistematizado bajo las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad todas las reglas jurídicas que condicionan la responsabilidad penal. La sistematización de estas reglas es garantista en dos sentidos: por una parte, porque asegura que todo lo jurídico penalmente relevante del hecho probado va a ser objeto de un riguroso análisis y, por la otra, porque ofrece la seguridad de que la ley siempre va a ser interpretada de la misma manera posibilitando con ello una aplicación segura, calculable y racional del Derecho”.

⁴²⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 212.

⁴²⁵ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 20.

⁴²⁶ SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, pp. 19 y 20.

⁴²⁷ Esto hace que, sobre la base de una aplicación más proporcionada y justa del Derecho penal en virtud del conocimiento sistemático que proporciona la dogmática penal, se afirme su condición de ciencia del Derecho penal por excelencia. Ver: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 64 - 65.

aplicación del Derecho⁴²⁸. Ello ocurre, precisamente, cuando se califica como típico (vía la aplicación judicial del delito de difamación, por ejemplo) un comportamiento que, como la libertad de expresión⁴²⁹, es una manifestación de la libertad jurídicamente reconocida, que se encuentra permitida de manera general, esto es, independientemente de un caso concreto (lo que, como se verá más adelante, es propio de las causas de justificación).

En otras palabras, el que respetadas posturas doctrinales consideren que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión debe de valorarse recién en el campo de la antijuridicidad, obvia la diferencia existente entre comportamientos que se hallan dentro del espacio de libertad jurídicamente garantizada de manera general (comportamientos de *riesgo permitido*) de otros que, siendo penalmente relevantes y expresando con ello un juicio de valor sumamente importante al representarse —en abstracto— como la más grave injerencia posible en la esfera de libertad de otras personas, puedan ser excepcionalmente tolerados (*causas de justificación*).

Por ello, consideramos necesario un acercamiento alternativo que vea en el instituto del riesgo permitido un filtro a través del cual se pueda determinar el carácter prohibido o no de una conducta y apuntar, a partir de ello, que el comportamiento realizado dentro de aquel marco se encuentra inscrito en el espacio de libertad general de actuación que la sociedad reconoce a sus ciudadanos. La propia labor del jurista atento al desarrollo dogmático exige que no se sobrevalore el alcance logrado por un sistema, ya que ante la aparición de

⁴²⁸ No debe olvidarse, además, que al ser la teoría del delito una construcción que sirve a la aplicación de la ley penal al caso concreto, los fines que persigue la misma son esencialmente prácticos, pues busca ofrecer tanto al jurista como al operador jurídico una propuesta metodológica que sirva para establecer si la realización de un determinado hecho acarreará o no responsabilidad penal. Ver: BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, p. 143

⁴²⁹ Dicho ejercicio legítimo de la libertad de expresión, además, es promovido desde las bases mismas del Estado social y democrático de Derecho, que en tanto solo ha de buscar la prevención del delito limitado a lo estrictamente necesario, no deberá reprimir aquello que se estima valioso —por ejemplo— para la formación de una opinión pública libre, presupuesto de la configuración del Estado como uno democrático. Tal atributo, a su vez, impide la sujeción de la referida libertad a límites de carácter preventivo cualesquiera sean las circunstancias, así como el que toda limitación impuesta por el gobernante a su ejercicio deba interpretarse restrictivamente. Ver: Exp. n.º 829-98-AA/TC. Caso: Alberto Felipe Ortiz (FJ 2); Exp n.º 02-2001-AI/TC. Caso: Defensoría del Pueblo (FFJJ 7 y 9; entre otros).

posibles problemas en el diseño del mismo, o de falta de respuesta ante nuevas situaciones, se deberá someter a prueba la sistematización existente⁴³⁰ o la interpretación que de este se ofrece.

4.2. El tipo penal y la tipicidad

4.2.1. Concepto

El tipo es la descripción de la conducta prohibida en el supuesto de hecho de una norma penal; en otras palabras, viene a ser la descripción concreta de la conducta hecha por el legislador⁴³¹. En virtud de ello, los tipos reunirán las circunstancias que fundamentarán el contenido de merecimiento de pena de la correspondiente clase de delito⁴³², generando que, por ejemplo, el hurto se diferencie del delito de estafa y éste, a su vez, del de robo.

Habrà de destacar, asimismo, que la tipificación legal de un comportamiento busca la protección de ciertos bienes jurídicos ante comportamientos que podrían ponerlos en riesgo o lesionarlos⁴³³. Por esto, se afirma que la decisión en virtud de la cual se tipifica un comportamiento reviste gran importancia, pues lo distinguirá de otros que no sean penalmente relevantes, expresando, consecuentemente, un juicio de valor sumamente importante, ya que representará la más grave injerencia posible en la esfera de libertad de otras personas⁴³⁴.

⁴³⁰ SCHÜNEMANN, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", p. 20. Cabe indicar que lo expuesto no constituye una práctica novedosa, sino todo lo contrario. Por ejemplo, en el causalismo naturalista, así como en el valorativo, la ubicación del dolo y la culpa se encontraba en el campo de la culpabilidad, siendo recién con el finalismo que se trasladaron tales elementos a la tipicidad, provocando una ruptura absoluta con el sistema de la determinación puramente objetivo del tipo que regía plenamente hasta ese entonces, esto es, de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad y que en el tipo no existía nada que no fuese objetivo. Es más, actualmente, aunque en términos generales la doctrina mayoritaria no acepta el presupuesto metodológico de la corriente finalista, debe resaltarse que la ubicación del dolo y la culpa en el tipo es un tema pacífico. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 2010, p.311. En esta misma línea, para una lectura sobre las variaciones sistemáticas de la teoría del delito en sus manifestaciones bipartita, tripartita o, incluso, cuatripartita. Ver: BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal Parte general*, pp. 153 – 156.

⁴³¹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 295.

⁴³² ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, p. 286.

⁴³³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 251.

⁴³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 638. Cabe indicar que el citado autor llega a tal conclusión aun cuando se adscribe a una teoría bipartita que entiende que la norma de

Sobre la base de lo anotado, al tipo se le asigna una triple función en el Derecho penal: a) unas funciones seleccionadora de los comportamientos humanos penalmente relevantes, b) una función de garantía, ya que solo los comportamientos subsumibles en aquel podrán ser sancionados penalmente, y c) una función motivadora general, pues con la descripción de los comportamientos en el tipo penal, el legislador busca comunicar a los ciudadanos que comportamientos se encuentran prohibidos, de manera que se abstengan de realizarlos⁴³⁵.

Por su lado, la tipicidad no vendrá a ser otra cosa que la adecuación de un comportamiento a la descripción que del mismo se ha llevado a cabo en la ley⁴³⁶, configurándose, a criterio de Muñoz Conde/García Arán, como la primera y más relevante, desde el punto de vista jurídico-penal, categoría de la teoría del delito⁴³⁷. De este modo, la estricta vinculación a la tipicidad, como podrá colegirse, es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, por lo que no será posible derivar acciones punibles de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado⁴³⁸.

Con relación a esto último, Silva Sánchez ha destacado que en el contenido del principio de legalidad se halla tanto una dimensión de seguridad jurídica como una de legitimación de la decisión de incriminación. La primera, incorporaría la garantía del *saber a qué atenerse*, esto es, el conocer antes de actuar cuáles son los espacios de libertad jurídicamente garantizada y cuáles no; mientras que, en la

determinación resulta de la armonización de dos clases de enunciados valorativos: a) los que valoran negativamente los hechos lesivos de bienes jurídicos, y b) lo que valoran positivamente los hechos que salvaguardan o protegen determinados bienes o intereses jurídicos.

⁴³⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 252.

⁴³⁶ Dicha operación, sin embargo, no se agota en una mera interpretación literal (estrictamente gramatical o de sentido semántico), sino que, por el contrario, como se verá más adelante, exige para todos los casos la realización de valoraciones acerca de la conducta, así como del tipo penal en cuestión, ya que a éste habrá de *atribuirse* un sentido en correspondencia con el sistema jurídico entendido como un todo.

⁴³⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 251.

⁴³⁸ Así, desde 1970 ROXIN viene señalando, desde una orientación político criminal del sistema dogmático, que “El tipo está bajo el *leitmotiv* de la determinación legal, al que frecuentemente se ha reducido únicamente la legitimación de la dogmática: los tipos sirven realmente a la realización del principio *nullum crimen* y de él debe derivarse la estructura dogmática”. Ver: ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 58. Así también, con mayor actualidad, se puede revisar: ROXIN, *Claus. Derecho penal. Parte general*, pp. 194 – 195.

segunda, se comprendería a la ley como el mecanismo de control de la actividad judicial en virtud de la cual puede esgrimirse la legitimación democrática.

La dimensión política o de incriminación —ley como el mecanismo de control de la actividad judicial— requiere del juez una vinculación a la letra de la ley así como una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales, que vienen a ser aspectos clave en la legitimación democrática de las sentencias. No obstante, también se exigirá en el juez una adecuación a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que contribuyen a la estabilidad aplicativa. En estricto, el mencionado autor señala que:

“La legalidad se muestra, en efecto, como un principio que, en los términos de la teoría de los sistemas, aparece enclavado en el punto de acoplamiento estructural o interpretación del sistema político (al que pertenecen las leyes) y el sistema jurídico (integrado por las decisiones de los tribunales). Dado que a los tribunales corresponde “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” sería erróneo limitar la noción de legalidad penal a su condición de producto (estático) del sistema político, olvidando que son los tribunales los que llevan a cabo la legalidad dinámica. Cuáles son las características de la legalidad penal de un determinado sistema sólo puede determinarse una vez que se contempla el “bloque de la legalidad” en su conjunto”⁴³⁹.

Así pues, en atención a lo expuesto, es evidente la estrecha vinculación entre el principio de legalidad y la tipicidad como compartimento de la teoría del delito. Se observa, además, que las exigencias derivadas de tal vinculación (entre ellas, el necesario empleo de la dogmática penal y su sistemática como medio para el análisis concienzudo de las categorías básicas del hecho punible) son importantes de cara a la resolución de casos a través de decisiones justas, que se hallen dentro de los márgenes de un Estado social y democrático de Derecho.

⁴³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 500.

En ese sentido, el “*punto de arranque*” para el análisis de si un comportamiento se presenta como una grave injerencia en la esfera de libertad de otras personas, lo ofrecerá la moderna teoría de la imputación objetiva, ya que ésta se muestra como un instrumento útil que permite determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante que deba entenderse como una acción típica (*creación de un riesgo no permitido*).

El *riesgo permitido* —como se observará más adelante— jugará un rol trascendental, ya que posibilitará una mejor fundamentación sobre si un determinado sujeto ha quebrantado el espacio de libertad jurídicamente garantizada y, como consecuencia de ello, su conducta merece ser penalmente desvalorada por afectar de manera relevante (a través de la lesión o puesta en peligro) determinados bienes valiosos.

Dicho elemento, que podrá definirse como un tópico novedoso dentro de la argumentación jurídico penal (del proceso de valoración de la conducta), relativizará el alcance de las pretensiones de protección que el Derecho penal despliega sobre los bienes jurídicos a lo estrictamente necesario, esto es, a los hechos que se dirijan contra bienes (libertades) significativos y que los afecte de manera relevante, filtrando aquellos que no cumpla con los criterios de relevancia penal, de manera que no se pueda reaccionar con una pena en tanto que ello sería irracional e injusto.

4.2.2. Antecedentes

Desde una perspectiva histórica, la expresión *tatbestand* surge en el lenguaje jurídico alemán a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, incorporándose con ello el concepto latino de “*corpus delicti*”⁴⁴⁰. Posteriormente, en Derecho penal, tal categoría conceptual fue mencionada por Feuerbach, quien consideró que el conjunto de las características de una acción o realidad fácticas especiales

⁴⁴⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 300. Con mayor precisión: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, pp. 188 - 190.

contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llamaría el tipo de crimen (*corpus delicti*)⁴⁴¹.

Más adelante, durante el **sistema clásico o causal naturalista**⁴⁴², a través de la aportación de Beling⁴⁴³, se concibió a la tipicidad como un equivalente a la adecuación de la acción al tipo, esto es, que el tipo era la descripción legal en la que se recogerían los hechos que el sujeto debería conocer para actuar dolosamente. El tipo vendría a ser, entonces, una pura descripción objetiva, de modo que cualquier cuestión de orden subjetivo no pertenecería a tal compartimento de la teoría del delito⁴⁴⁴.

“Beling, elaboró la teoría del tipo penal (Typus/Tatbestand) y separó la tipicidad de la antijuridicidad. El delito quedaba conformado por tres elementos: la tipicidad, la antijuridicidad, y la culpabilidad; y, para establecer claramente los límites entre estos elementos creó un concepto de delito que era meramente descriptivo, esto es, sin contener valoración alguna, el tipo era la mera descripción del suceso realizada por el legislador. De forma categórica decía Beling que «el tipo no encierra ningún juicio de

⁴⁴¹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 300. El citado autor agrega que la punibilidad objetiva, entonces, depende de la existencia del tipo de un crimen en general y que J.S.F. Bohmer entendió el “*corpus delicti*” de dos maneras distintas: primero: como lo objetivo del delito; y segundo, como un complejo conjunto de todas las condiciones del mismo, de modo que también habría alcanzado a concebir tal categoría en un sentido subjetivo.

⁴⁴² Cabe recordar que dicho sistema estuvo dominado por la filosofía positivista en virtud de la cual se concibió al delito como un hecho natural, que debía de ser examinado con el método propio de las ciencias naturales, de manera que se encontraban excluidas las valoraciones. Así, por ejemplo, en un principio, la acción era concebida en términos puramente naturalísticos: mero movimiento corporal. Dicho pensamiento mecanicista y causalista originó el método del sistema Liszt-Beling. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, pp. 273 - 280.

⁴⁴³ En este sentido, de acuerdo a LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 277: “Señalaba BELING que el liberalismo del siglo XVIII atacó la inseguridad jurídica que suponía que toda acción antijurídica y culpable fuera ya una acción punible. El juez podía imponer una pena en razón a cualquier acción que a su juicio fuera antijurídica. De ahí que posteriormente se consiguiera que únicamente ciertas conductas antijurídicas pudieran ser susceptibles de pena. De esta manera el Derecho penal se comprime en un «catálogo de tipos delictivos». Así pues, se mantiene la antijuridicidad y la culpabilidad y se añade la tipicidad, es decir, la adecuación de la conducta al catálogo de delitos. Por ello, dice BELING que delito es la acción típica, antijurídica y culpable (sin perjuicio de añadir en la definición que debe estar castigada con pena y adecuada a las condiciones objetivas de punibilidad)”.

⁴⁴⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 277.

valor». Así pues, el delito es una acción típica, antijurídica y culpable; más exactamente, Beling definió el delito como la acción típica, antijurídica, culpable, castigada con una pena y adecuada a las condiciones objetivas de punibilidad”⁴⁴⁵.

En el citado sistema, el delito se escindía en dos grandes elementos. El primero, era objetivo y acogía a la tipicidad y a la antijuridicidad; mientras que, el segundo, era subjetivo y contenía a la culpabilidad. La estructura del delito, consecuentemente, era la clásica tripartita: tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad.

Luego, con el **sistema neoclásico o sistema causal valorativo**⁴⁴⁶, el tipo dejó de ser considerado puramente objetivo y descriptivo, ya que se desarrollaron los elementos normativos del tipo (elementos valorativos) y los elementos subjetivos (referencias incluidas en la descripción típica pero que hacen alusión a circunstancias anímicas)⁴⁴⁷.

Un punto a tomar en cuenta es que durante aquel periodo se llevaron a cabo ciertos cambios en las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad, que originó la acuñación de la expresión tipo de injusto. Por ejemplo, como indica Villavicencio, en aquel sistema no cabía hablar de una separación entre tipicidad y antijuridicidad, ya que ambas se encontraron unidas: “si la conducta es típica; por ende, también es antijurídica”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, pp. 277 y 278. Sin embargo, como señala el citado profesor español, Beling, con posterioridad, cambiaría su postura, de manera tal que el tipo pasaría a ser un concepto abstracto. Asimismo, la tipicidad en dicha reelaboración no constituiría parte del tipo. Ahora bien, ha de resaltarse que tal postura no fue aceptada por la doctrina.

⁴⁴⁶ Estuvo influenciado por la filosofía neokantiana, lo que produjo que se introduzca la necesidad de la valoración en los conceptos, pues para tal corriente los valores residen en los conceptos que son los que transforman la realidad que se conforma como un resultado de esa transformación. Dicho de otra manera, siguiendo a López Barja de Quiroga, “la realidad es aprehendida por el pensamiento en razón a unos conceptos valorativos previos, de manera que el conocimiento surge de esa transformación intelectual”. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 281.

⁴⁴⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, pp. 285 y 286.

⁴⁴⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 239. A ello, el citado autor agrega que “La acción comienza a dejar de ser el núcleo de una teoría del delito, y los neokantianos perfilaban, aunque de manera inicial, el binomio injusto-tipicidad, como eje central de la estructura del delito”.

Lo señalado, se debió a que un sector de la doctrina consideró que el tipo es fundamento real y de validez de la antijuridicidad, esto es, que el tipo es *ratio essendi* de la antijuridicidad. Así, por ejemplo Sauer entendió que la tipicidad es “antijuridicidad material tipificada”⁴⁴⁹ y, por su lado, Mezger, realizó una fusión del tipo y la antijuridicidad, provocando con ello la creación de una antijuridicidad propia del Derecho penal, posición que resulta indefendible en opinión de un sector de la doctrina⁴⁵⁰.

En virtud del reconocimiento de los elementos normativos, surgió también la teoría de los *elementos negativos del tipo*⁴⁵¹, que se inclinó —siguiendo esa misma línea— por una fusión de los elementos de la tipicidad y antijuridicidad. Así, los aspectos que de acuerdo al sistema clásico se agrupaban en la tipicidad o en la antijuridicidad se distinguirían solamente por estar formulados positiva (verificación objetiva de la conducta) o negativamente (ausencia de posibles causas de justificación)⁴⁵².

Sin embargo, con relación a esto último, debe tenerse en cuenta que actualmente se reconoce de manera mayoritaria que la tipicidad y la antijuridicidad tienen funciones diferentes, más allá de la que las une y que consiste en la determinación del carácter ilícito del comportamiento. Tales diferencias, siguiendo a Hurtado Pozo, son las siguientes:

“La tipicidad, derivada directamente del principio de la legalidad, indica en abstracto, en general, cuáles son los actos incriminados. Constituye así un instrumento eficaz para influenciar la conciencia de las personas y desempeña por consiguiente un papel

⁴⁴⁹ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p.83

⁴⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 287. Frente a tal posición, cabe agregar que Hurtado Pozo ha señalado que aún desde la perspectiva que fusiona el tipo y la antijuridicidad “se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad. De esta manera se incurre en una incoherencia lo que ha permitido afirmar que esta concepción es sólo formalmente distinta a la que considera la tipicidad como indicio de la antijuridicidad”. Ver: HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 407.

⁴⁵¹ Esta teoría apunta que el tipo contiene elementos positivos y negativos. Estos últimos, los elementos negativos, viene a ser las causas de justificación, por lo que solo ante su falta de concurrencia podrá entenderse que el tipo se ha realizado.

⁴⁵² GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 322.

importante en la prevención general. Las causas de justificación se hallan en relación negativa con el ilícito, ya que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Su efecto decisivo se da, en consecuencia, en relación con el caso concreto y no con el acto descrito de manera resumida y breve en el tipo legal⁴⁵³.

Además, ha de tomarse en consideración el resumen que Calderón Cerezo y Choclán Montalvo han elaborado sobre las principales razones por las que la doctrina mayoritaria prefiere mantener la separación entre tipo y antijuridicidad. Veamos:

“1)El tipo contiene la descripción de los elementos específicos de cada delito y por ello se sujeta al principio *nullum crimen , nulla poena sine lege*, mientras que las causas de justificación no son una materia específica del Derecho penal lo que permite, por ejemplo, la apreciación de causas de justificación extrapenales; 2) la atipicidad de una conducta no significa que deje de ser antijurídica desde un punto de vista de antijuridicidad general (por ello se admite por parte de la doctrina que es posible frente a ella la legítima defensa), mientras que una conducta justificada está autorizada por el ordenamiento jurídico y frente a ella existe un deber general de tolerancia, 3) conviene tratar de forma desigual el caso de quien “no sabe lo que hace” (por ejemplo, cree disparar contra un animal y alcanza a un hombre) y el de quien sabe lo que hace (que mata a un hombre) pero por error cree hacerlo de forma justificada”⁴⁵⁴.

Todo ello, aconsejaría a que se decida por una estructura tripartita en la teoría del delito, que apueste por el análisis de un comportamiento, que se muestre como penalmente relevante, a través de la tipicidad, luego la antijuridicidad y, finalmente,

⁴⁵³ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 409.

⁴⁵⁴ CALDERON CEREZO y CHOCLÁN MONTALVO, *Derecho penal. Parte general*, p. 176.

la culpabilidad. En pocas palabras, debe seguirse postulando que la tipicidad es solo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad⁴⁵⁵.

Ahora bien, tiempo más adelante, ya con el **sistema finalista del delito**⁴⁵⁶, la tipicidad dejó de ser únicamente una categoría descriptiva de la parte objetiva del

⁴⁵⁵ En este sentido, se afirma que “La tipicidad de un comportamiento no implica, sin embargo, la antijuridicidad del mismo, sino, a lo sumo, un indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (...) El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuridicidad (*ratio cognoscendi*), pero no se puede identificar con ella (*ratio essendi*)”. Ver: MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 253. Además, el citado autor agrega que “Las consecuencia de identificar tipo y antijuridicidad se reflejan sobre todo en materia de error, pues al considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo, no hay más remedio que tratar unitariamente el error sobre los elementos del tipo y el error sobre los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Así, por ej., incurriría en la misma clase de error (error de tipo) tanto el que dispara contra un cazador confundiendo con un animal de caza, como el que dispara contra un amigo confundiendo con un presunto agresor (*teoría de los elementos negativos del tipo*), lo que (...) conduce a resultados insatisfactorios tanto teóricos como prácticos (...)”. Asimismo, Jakobs, acentuando los problemas que la postura de los elementos negativos del tipo acarrea en el aspecto subjetivo, señala también que: “El hecho de que el tipo de injusto y los presupuestos de la justificación, frente a lo mantenido por la teoría de los elementos negativos del tipo, han de separarse, se pone de manifiesto claramente en las consecuencias para el aspecto subjetivo, y desde luego con independencia de cómo se decidan los supuestos de error. En caso de comisión del hecho, el dolo ha de extenderse (...) a todas las causas pertenecientes al tipo legal. Requerir en el hecho un conocimiento de la ausencia de todas las causas de justificación (es decir, de la parte negativa del tipo de injusto total), sería, sin embargo, aun cuando se consideraran los contenidos de conciencia sobre los que no se llega a reflexionar, no solo psicológicamente absurdo, sino además imposible si se refiere a la totalidad de los tipos de justificación (...). Por lo general, únicamente cabe esperar que esté ausente la suposición de una causa de justificación, es decir, que falte una actualización psíquica de la situación justificante, si acaso unida a la suposición global de estar obrando contra Derecho, y sólo en casos concretos unida a la suposición de que falta una determinada causa de justificación en particular”. Ver: JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, pp. 193 – 194.

⁴⁵⁶ La doctrina finalista nace con Welzel, quien metodológicamente partió de una perspectiva ontológica, que lo llevó a considerar que el legislador penal se encuentra vinculado a determinadas estructuras lógico – objetivas inmutables, de manera que una vez reconocidas tales estructuras no puede obviarlas, pues se encontraría obligado a tenerlas en consideración para la configuración del hecho delictivo. Las estructuras lógico - objetivas relevantes eran: a) la acción humana como acción final y b) el poder a actuar de un modo distinto. Para mayor detalle: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 325. Debe agregarse, que las estructuras lógico objetivas son perceptibles solamente a partir de una concepción del ser humano como ser responsable, pues “Sólo un ser humano responsable, abierto al mundo, puede entender un precepto y también infringirlo. Así, en cuanto en el positivismo y en el neokantismo hay un desarrollo metodológico de orden mecanicista, en el finalismo no se verifica el mero trasplante de una metodología oriunda de las ciencias naturales. Las estructuras lógico-objetivas son relaciones ontológicas; esto es, pertenecientes al mundo del ser. Ese sustrato ontológico —que apunta siempre a un determinado fin— no es agregado a *posteriori*, sino es inherente a la propia estructura lógico-objetiva. La estructura lógico-objetiva del objeto del conocimiento fija la estructura del concepto. Si para el neokantismo es el método el que determina el objeto, para el finalismo es el objeto —y no el método— en cuanto portador de una estructura ontológica dimensionada en términos de sentido, el que da lugar a una estructura ontológica dimensionada en términos de sentido, el que da lugar a una estructura conceptual vinculante para la ciencia del Derecho penal”. Ver: PRADO REGI y MENDES DE CARVALHO, *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, p. 63.

hecho para contener al dolo y a la culpa como formas de tipicidad subjetiva⁴⁵⁷. Ello, significó no solamente un traslado de tales elementos de la culpabilidad al tipo, sino también una ruptura con “la idea de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad y que en el tipo no existía nada que no fuera objetivo; sin perjuicio de que ya hubiera habido avances anteriores en este sentido con los elementos subjetivos del tipo, el traslado del dolo o la culpa al tipo, subjetivizaba completamente el tipo. Así pues, con el reconocimiento del dolo como elemento subjetivo del tipo, se termina con el sistema de la determinación puramente objetiva del tipo”⁴⁵⁸.

En el sistema finalista instaurado por Welzel resaltó también la construcción de la adecuación social, que aun cuando sufrió diversas modificaciones⁴⁵⁹, se erigió como una forma de delimitar el alcance del tipo⁴⁶⁰ y concretar el deber general de cuidado, que, *grosso modo*, puede expresarse de la siguiente manera: “no pueden estar prohibidas aquellas acciones que se mueven dentro del orden de la vida históricamente establecido, es decir, aquellas acciones que resultan socialmente adecuadas. La adecuación social constituye así una forma de excluir la tipicidad de la conducta”⁴⁶¹.

En esta línea, debe quedar claro que el tipo para Welzel “no es una descripción de un acontecer causal, sino una selección de conductas inadecuadas socialmente. Por ello, las conductas que sean socialmente adecuadas no pueden ser

⁴⁵⁷ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 325: “El dolo fue definido como el conocimiento y la voluntad de realizar la conducta típica (el llamado dolo natural), mientras que a la culpa se la entendió como la infracción de un deber objetivo de cuidado”. En esta línea, cabe agregar que con el finalismo también se realizó una modificación estructural de trascendental importancia, ya que la teoría del error adquirió una dimensión dualista (error de tipo/error de prohibición). Ver: TENCA, *Dolo eventual. Viabilidad de su aplicación a los delitos en particular Diferencias con la culpa. Política criminal. Autoría. Participación. Tentativa. Crisis de la figura. Jurisprudencia aplicable*, p. 20

⁴⁵⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 297.

⁴⁵⁹ Se señala que Welzel no defendió siempre la misma concepción sobre la adecuación social, ya que de ubicarlo en el tipo como límite mínimo pasó a considerarlo como causa de justificación de derecho consuetudinario para, después, volverlo a colocar en el ámbito del tipo, que es donde se le considera como un principio general de interpretación. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 293.

⁴⁶⁰ Luego de un intenso debate en relación a su naturaleza como causa de justificación o de exclusión de la tipicidad se indica que la doctrina dominante en Alemania se inclina por la segunda postura. Ver: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 528.

⁴⁶¹ MARAVER GÓMEZ, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, p. 223.

abarcadas por el tipo, aunque desde un punto de vista causal pudieran ser subsumidas en el tipo”⁴⁶². Las conductas socialmente adecuadas, siguiendo la citada postura, serán aquellas que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social.

La relación entre tipo y antijuridicidad en el sistema finalista es explicada por Welzel en base a que en la lógica tales términos son utilizados para distinguir el fundamento óntico (la causa) y el fundamento lógico: “(...) el humo es el fundamento lógico de la conclusión de que en algún sitio arde fuego; el fuego es, sin embargo, el fundamento óntico (la causa del humo). Es evidente que la última relación es inaplicable a la de tipo –antijuridicidad. El tipo no es, de ningún modo, la causa de la antijuridicidad, como efecto. Entre el tipo y la antijuridicidad es sólo posible la relación lógica de razón y consecuencia”⁴⁶³.

Así pues, para los seguidores de una posición finalista, el tipo será *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad y no *ratio essendi*, de manera que se alejaron de posturas como la de Mezger, pues entenderán que la postura bipartita conduce a que ante la presencia de una causa de justificación no solo se excluya la antijuridicidad, sino también el tipo⁴⁶⁴. Welzel, en definitiva, adopta una estructura tripartita del delito, que comprende la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad como los tres elementos que convierten a una acción en delito.

Ahora bien, en la actualidad, si se quiere hacer referencia a la teoría del tipo penal no se puede dejar de mencionar a la *moderna teoría de la imputación objetiva*, en virtud de la cual el tipo es objeto de un creciente proceso de normativización, que

⁴⁶² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 293.

⁴⁶³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 298.

⁴⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 298. El citado autor, sin embargo, hace la advertencia de que Welzel sí distinguió entre tipos abiertos y cerrados: “En éstos, en los tipos cerrados el tipo produce un efecto indiciario, pero, en aquellos, esto es en los tipos abiertos no se produce tal efecto indiciario (esto ocurre, por ejemplo, en los delitos de omisión), pues, “las características del deber jurídico” (o también denominadas “características de la antijuridicidad”) son residenciadas en la antijuridicidad.

se está gestando al interior de una línea metodológica opuesta a la del sistema finalista del delito o a la del sistema causal⁴⁶⁵: **la concepciones funcionalistas**⁴⁶⁶.

En efecto, el funcionalismo desecha el método ontologicista del sistema finalista del delito, proponiendo, en cambio, que la formación del sistema jurídico-penal se sigue por las finalidades propias del Derecho penal. Roxin, en estricto, señala que “las concepciones actualmente dominantes en la doctrina del Derecho penal alemán no orientan su sistema a realidades ontológicas previas como la causalidad o la finalidad, sino a los cometidos y finalidades del Derecho penal”⁴⁶⁷.

Asimismo, el citado profesor agrega que “Se habla así de proyectos funcionalistas del sistema. Mientras que el causalismo y el finalismo compartían una base común consistente en su dependencia a fundamentos ontológicos, las teorías funcionalistas [que, según un sector de la doctrina, pueden entenderse, por un lado, como “moderadas” y, por otro, como “radicales”] coinciden en su punto de partida normativo. Sin embargo, a partir de aquí toman caminos muy distintos que con el transcurso de los años se han alejado más”⁴⁶⁸.

Por su parte, Silva Sánchez, indica que “El dominio de las concepciones funcionalistas —bien moderadas, bien radicales— sobre el debate dogmático es esencialmente patente, al menos en una primera impresión, en nuestro ámbito

⁴⁶⁵ FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Los fundamentos dogmáticos de la moderna normativización de la tipicidad en el Derecho penal. Estudio crítico sobre la evolución histórico-dogmática de la “teoría de la imputación objetiva””, p.25.

⁴⁶⁶ No obstante, de acuerdo a Silva Sánchez, debe tomarse en consideración que el *modus operandi* de la dogmática actual mayoritaria presenta una corriente de signo ecléctico. Ver: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 100. El mismo autor refiere, sin embargo, con relación a las tesis funcionalistas, que “(...) han experimentado un significativo auge en los últimos tiempos, por oposición al finalismo y a su metodología. Esto ha tenido lugar, a mi juicio, por dos vías distintas, aunque complementarias en no poca medida. Así, unos autores (paradigmáticamente Roxin) sintieron la necesidad de orientar el Derecho penal a la política criminal, separándose abiertamente del método deductivo-axiomático del finalismo, al que se objetaba su análisis de los problemas jurídicos como cuestiones básicamente lógico-abstractas. Otros autores, en cambio, centran su censura al finalismo en el método ontológico, de vinculación al legislador y la ciencia a las estructuras lógico-objetivas, que se estima agotado; por oposición a él, se propone una “refundamentación” normativa de la teoría jurídica del delito. En este sentido, señala Jakobs que asistimos al declive de la dogmática de base ontológica (...)”. Ver la introducción de Silva Sánchez a la obra citada *supra* en homenaje a Roxin *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, p. XLII.

⁴⁶⁷ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 4.

⁴⁶⁸ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 4.

iberoamericano. En particular, dicho dominio se ha manifestado en la discusión metodológica sobre la normativización de los conceptos y categorías, así como sobre sus límites⁴⁶⁹.

La teoría de la imputación objetiva, precisamente, surgió como una teoría compuesta por tópicos en los que era necesario corregir vía criterios normativos la determinación de la relación de causalidad, consiguiendo extenderse — actualmente— a todo el tipo objetivo y normativizar la conducta típica y el resultado típico, erigiéndose como un instrumento conceptual que sirve “para determinar la tipicidad objetiva en los delitos de mera conducta y de resultado, de acción y de omisión, de peligro y de lesión, dolosos y culposos”⁴⁷⁰.

Se debe reconocer, sin embargo, que si bien la teoría de la imputación objetiva puede concebirse como un elemento nuclear de una concepción funcional de la teoría del delito, su desarrollo aún no ha alcanzado una formulación definitiva⁴⁷¹, lo que —según apunta López Barja de Quiroga— no ha evitado que sea considerada una teoría aceptada de forma mayoritaria⁴⁷². A continuación, en aras a ofrecer un mejor estudio sobre la moderna teoría de la imputación objetiva, se procederá a hacer una breve descripción sobre las teorías funcionalistas que han permitido la gestación y desarrollo del citado instrumento.

⁴⁶⁹ Ver la introducción de Silva Sánchez a la obra citada *supra* en homenaje a Roxin *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales*, p. LII.

⁴⁷⁰ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 406. En esa misma línea, y con abundante bibliografía, puede consultarse a PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*, pp. 265 – 269.

⁴⁷¹ CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, pp. 27 – 31. En el plano nacional, Rojas Vargas refiere que: “Sostener que la imputación objetiva ha alcanzado el nivel de una teoría paradigmática presupone considerar que se trata de un conjunto sistemático de enunciados o proposiciones que respondiendo plausiblemente al sinnúmero de tópicos y problemas planteados por la actividad penalmente relevante y la normatividad delictiva ha encontrado niveles significativos de consenso en la comunidad jurídico-penal científica. A la fecha, resulta difícil concluir que estemos frente a una teoría, al constituir los fundamentos centrales de la imputación objetiva hipótesis de trabajo aún no lo suficientemente legitimados dogmáticamente”. Sin embargo, líneas atrás, el mismo autor sostuvo que “La teoría de la imputación objetiva —no deteniéndonos aquí en las consideraciones de si es ya una teoría o sigue constituyendo aún un conjunto de reglas prácticas basadas en postulados teóricos mínimos— es la elaboración más lograda del funcionalismo jurídico en el ámbito penal. Al tomar al riesgo permitido y al principio de confianza como núcleo de sus construcciones teórico-prácticas, el Derecho Penal se reconcilia con la realidad social; contexto de interacciones donde constantemente se está creando o reproduciendo peligros” (p. 271).

⁴⁷² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 435.

4.3. Las concepciones funcionalistas y la moderna teoría de la imputación objetiva

De acuerdo a Polaino Navarrete, son dos las doctrinas que han encabezado la discusión dogmática en los últimos decenios: el sistema teleológico orientado por lo político-criminal (funcionalismo moderado) y el funcionalismo normativista basado en la teoría de los sistemas sociales (funcionalismo radical o extremo)⁴⁷³. En correspondencia con ello, de acuerdo a Bernardo Feijoó, los modelos básicos sobre la imputación objetiva son: la imputación objetiva entendida como imputación de un resultado al tipo objetivo (desarrollado al interior del sistema teleológico) y la imputación objetiva como quebrantamiento de un rol (funcionalismo normativista-sistémico)⁴⁷⁴.

No obstante, como bien ha indicado Robles Planas⁴⁷⁵, en la más reciente etapa del desarrollo de la imputación objetiva cabe ubicar —junto a los aporte de Jakobs— los estudios realizados por Frisch, que al igual que el profesor de Bonn, resalta que el objeto del primer nivel de juicio de imputación objetiva es la determinación de la existencia de un riesgo típicamente relevante (penalmente desaprobado), el cual no debe entenderse como mera causalidad dominada por la voluntad, sino que “lo realmente importante para la imputación es si esa creación está o no jurídico-penalmente desaprobada. La desaprobación jurídico-penal del riesgo obedece a consideraciones de índole normativa que tanto en el planteamiento de

⁴⁷³ POLAINO NAVARRETE, *Introducción al Derecho penal*, p. 317.

⁴⁷⁴ FEIJOÓ SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, p. 70. Ello, evidentemente, no ha de dejar de lado los importantísimos aportes de otros profesores como, por ejemplo, Frisch que han ayudado al correcto desarrollo de la teoría de la imputación objetiva a través de una mordaz crítica a la misma que, como se desarrollará más adelante en el presente trabajo, busca reducir su ámbito de aplicación, en vista a que “(...) la creación desaprobada del peligro unido a la acción no es un presupuesto de la imputación. Si no hay creación desaprobada de un peligro unido a la conducta, entonces lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su posible peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado. Ver: FRISCH, *La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático*”, p. 30.

⁴⁷⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 184 – 186.

Jakobs como en el de Frisch, se concretan básicamente en las ideas de “competencia por el riesgo” o “posición de garante”⁴⁷⁶.

4.3.1. Evolución de la teoría de la imputación objetiva

Como ha apuntado Mir Puig, el término *imputación* es uno de los más representativos del lenguaje en el que se expresa la actual teoría del delito; sin embargo, esto no siempre ha sido así, pues aun cuando ocupó un lugar central en la tesis iusnaturalista racionalista (s. XVIII) y en los penalistas hegelianos (s. XIX), tal término cayó en desuso en Alemania en las dos últimas décadas del siglo XIX a raíz de la extensión en la doctrina alemana del naturalismo positivista de von Liszt⁴⁷⁷.

En efecto, el mencionado enfoque naturalista, que rehuía de los conceptos valorativos, destacó el concepto de causalidad como punto central del delito (dogma causal), situándose de este modo en el terreno de lo empírico, como causación de una modificación del mundo exterior causada, a su vez, por un impulso voluntario⁴⁷⁸. La posterior reorientación al significado valorativo de los conceptos impuesto por el *neokantismo* no logró desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito; no obstante, sí llegó a sentar las bases metodológicas que, luego, desde los años sesenta, permitió “el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal”⁴⁷⁹. Veamos:

“(…) se reconoció que el concepto causal ilimitado de la teoría de la equivalencia debía ser restringido ya en el estadio del tipo objetivo. Como clave para la solución de este problema fue formulada primeramente la **teoría de la adecuación** fundada por

⁴⁷⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 186.

⁴⁷⁷ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, pp. 05: 1 - 05:3.

⁴⁷⁸ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, p. 05:2.

⁴⁷⁹ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, p. 05:2.

v. Kries y desarrollado posteriormente por Traeger. Esta teoría eliminó todos los cursos causales extremadamente improbables (“aventurados”), es decir, excluyó la causalidad del concepto de causación penalmente relevante. (...) Sin embargo, el objetivo del concepto causal naturalista, consistente en poder comprobar la realización del tipo objetivo mediante un análisis puramente empírico, parecía ser alcanzable con la ayuda de la teoría de la adecuación, pues la determinación de la probabilidad de un curso causal no requiere aparentemente de otras valoraciones, y puede ser comprobada a través de un análisis puramente estadístico-empírico”⁴⁸⁰.

El cambio del paradigma del *dogma causal* surgirá a partir del reencuentro con el concepto hegeliano de voluntad⁴⁸¹; el concepto de *imputación objetiva* nace, de ese modo, por obra de un civilista hegeliano llamado Karl Larenz (1927) y, luego, en 1930, ya en el plano del Derecho penal, por Richard Honig⁴⁸², quien recurrió a la “perseguidibilidad objetiva de una finalidad” (objektive Zweckhaftigkeit) para eliminar cursos causales guiados por la causalidad y, según indica Shünemann, distinguió en ella el criterio decisivo de un juicio de imputación autónomo absolutamente independiente del juicio causal: “Imputable sería solo aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido “sirviendo a los fines” (zweckhaft)”⁴⁸³.

La concepción de Honig fue proseguida un año más tarde por dos trabajos fundamentales que, aun cuando no emplearon el término imputación objetiva, sí la trataron como cuestión y la continuaron desarrollando. Estos autores fueron: a) Engisch en su obra “Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände”

⁴⁸⁰ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 322. (resaltado nuestro)

⁴⁸¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 183.

⁴⁸² MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, p. 05:3.

⁴⁸³ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 322.

del año 1931 y b) Welzel en sus “Studien zum System des Strafrechts” del año 1939⁴⁸⁴.

En ese sentido, se indica que Engisch partió de la base de la teoría de la adecuación, que identificó con la teoría de la infracción del deber de cuidado, y la consideró imprescindible para restringir la falta de límites de la teoría de la equivalencia de las condiciones, exigiendo también la “adecuación en relación con el modo especial del curso causal”⁴⁸⁵. Se señala que “Engisch encontró ya hace sesenta años exactamente la misma formulación que utiliza la opinión ampliamente dominante en la actualidad para la definición de la imputación objetiva. Engisch también diferenciaba sistemáticamente de un modo claro ya en esa época entre causalidad en el sentido de la teoría de las condiciones, la adecuación en el sentido de la previsibilidad general del resultado y la realización del peligro como un presupuesto adicional. Así, colocaba los tres presupuestos en el mismo nivel, como elementos del tipo penal independientes entre sí”⁴⁸⁶.

No obstante, cabe indicar que, en tanto Engisch reconoció en los resultados una coincidencia total con la propuesta de Honig, discrepando únicamente de su concepto acerca de la “posibilidad objetiva de imputar”, la concepción de Engisch de la teoría de la adecuación fue considerada, por ejemplo, por Sauer como una variante de la teoría de la relevancia⁴⁸⁷, a la cual se le increpó el no conseguir desarrollar los criterios que puedan explicar el fundamento de la imputación⁴⁸⁸.

Otro autor a tomar en cuenta es Welzel quien, vía la extensión de su concepto de la adecuación social tanto a delitos dolosos como culposos, logró que dicho

⁴⁸⁴ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 323.

⁴⁸⁵ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 323.

⁴⁸⁶ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 324.

⁴⁸⁷ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 324.

⁴⁸⁸ Cabe indicar que la teoría de la relevancia significó un nuevo paso hacia la formulación y desarrollo de una teoría de la imputación en la que se establezca con claridad la separación entre causalidad e imputación. Así, se asume nuevamente la equivalencia causal de todas las condiciones, pero se afirma que no todas ellas son jurídico-penalmente relevantes. La relevancia jurídica tendría que ser derivada de criterios normativos en correspondencia con el sentido del tipo penal y del fin de protección de la norma; no así, de criterios de probabilidad. Sin embargo, de acuerdo a Jacobo López Barja de Quiroga, debe indicarse que “la formulación propuesta no conseguirá desarrollar los criterios que puedan explicar el fundamento de la imputación”. Ver: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 434.

instrumento tuviese “en esta temprana fase del finalismo aproximadamente la misma función que hoy ha adquirido la teoría de la imputación objetiva, que es aplicada al delito doloso del mismo modo que al delito culposo”⁴⁸⁹.

Sin embargo, más adelante, Welzel llevó al extremo su teoría final de la acción que, previo traslado del dolo al tipo subjetivo, propicio que se consideraron superfluos todos los criterios de delimitación en el delito doloso con la sola excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia; mientras que, en los delitos culposos, fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber de cuidado en el tipo penal. Esto último, “se convirtió finalmente en la opinión absolutamente dominante, mientras que el criterio adicional de Engisch de la realización del peligro y aún más la categoría de Honig de la imputabilidad objetiva cayeron en el olvido”.

Esto, justificaría que Mir Puig sostenga que la doctrina final de la acción (desarrollada por Welzel desde los años treinta), si bien se opuso radicalmente al causalismo, no lo combatió básicamente en el ámbito del tipo objetivo, sino desde la teoría de la acción, contribuyendo de ese modo a mantener la discusión sobre las limitaciones de la causalidad en un terreno ontológico que, como se sabe, es previo a toda valoración jurídica⁴⁹⁰.

Llegado a este punto, debe destacarse, como lo ha hecho Robles Planas que “Desde que Honig en 1930 planteara —siguiendo a Larenz—, *por primera vez*, en la dogmática jurídico-penal que lo relevante en el juicio de atribución de un resultado a un comportamiento *no es la mera presencia de causalidad, sino el significado que ésta tiene para el ordenamiento jurídico*, la doctrina no ha cesado de buscar los criterios que permiten afirmar la presencia de un nexo jurídicamente relevante entre conducta y resultado”⁴⁹¹.

El mencionado autor, una vez precisado aquello, indica que a su criterio existen tres grandes momentos en el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, en

⁴⁸⁹ SCHÜNEMANN, “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, p. 325.

⁴⁹⁰ MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, p. 05:2.

⁴⁹¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 183. (cursiva nuestra)

función del punto de referencia que se otorga para otorgar relevancia jurídica a las conductas humanas. Con relación al primero sostiene que: “(...) La —aquí llamada— “primera teoría de la imputación objetiva” se caracteriza por agrupar criterios de imputación con una característica común: todos ellos contienen la referencia a un momento prejurídico. Así, la idea de que algo puede ser objetivamente perseguido como fin (...) de Honig apuntaba a la posibilidad de control de la causalidad como punto de referencia de todo resultado susceptible de ser imputado a una conducta. Solo aquello que puede ser perseguido objetivamente como fin puede ser imputado al sujeto como su obra”⁴⁹².

En la segunda etapa, siguiendo a Robles, se produce de la mano de Roxin un giro de considerable importancia hacia la normativización de la teoría de la imputación objetiva, ya que la perspectiva prejurídica explícita en Honig es reemplazada por él —concepto que se expondrá y analizará más adelante— *principio del riesgo*. Será en la tercera etapa, sin embargo, en la que se profundizará acerca de la decisión sobre si un determinado comportamiento puede o no ser calificado como típico (infracción de la norma)⁴⁹³.

En ese sentido, como indica López Barja de Quiroga, se podrá afirmar que “La imputación objetiva con independencia de sus orígenes, que la doctrina habitualmente remonta a comienzos del siglo XIX en la persona de Georg Wilhem Friedrich Hegel y más modernamente en las de Karl Larenz y Richard Honig, ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, pasando por ser considerada un medio para limitar la causalidad, hasta un sistema coherente de imputación de un suceso”⁴⁹⁴.

⁴⁹² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 183. Asimismo, agrega que “El primer Welzel acoge ideas similares a las apuntadas por Larenz en su categoría de la adecuación social, sin embargo, la absolutización del ontologismo de la subjetividad, carente de referencias externo-objetivas, condujo a Welzel a entender que un sujeto configura el mundo siempre que actúa con una voluntad final. Aquello que puede imputarse a él como su obra coincide con el dolo. El finalismo renunció así a la teoría de la imputación objetiva y, como consecuencia de ello, la dogmática jurídico-penalse bifurcó en la forma de entender la parte objetiva del tipo”. (pp. 183 y 184)

⁴⁹³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 184 y 185.

⁴⁹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 434.

4.3.2. La orientación político-criminal del sistema dogmático

Las bases metodológicas de las que parte esta postura, según sostiene Muñoz Conde, suponen una apuesta por las cuestiones normativas frente a las puramente ontológicas y sistemáticas, causalistas y finalistas que dominaron el panorama de la ciencia alemana del Derecho penal desde 1945. En este sentido, como informa el citado autor, Roxin en 1962 criticó los excesos ontológicos del finalismo de Welzel, poniendo de manifiesto que la base de la teoría del delito no podía ser un concepto final —puramente ontológico— de acción⁴⁹⁵.

No obstante, será recién en 1970 cuando el profesor alemán exponga un programa metodológico que serviría de base a sus trabajos posteriores y a su propio Tratado de Derecho penal⁴⁹⁶. Las citadas bases, siguiendo una vez más a Muñoz Conde, serán las siguientes:

“La vinculación del sistema del Derecho penal a las valoraciones político-criminales, y la necesidad de elaborar las distintas categorías de la Teoría del Delito en función de los principios político-criminales que las informan: el principio de legalidad y la función motivadora preventiva general en la tipicidad; los principios de política social para la solución de los conflictos en las causas de justificación; la necesidad de pena tanto desde el punto de vista preventivo general, como especial, que debe añadirse a culpabilidad y servir de fundamento de la responsabilidad penal⁴⁹⁷”.

En atención a ello, resulta evidente que para Roxin los problemas político-criminales forman parte del contenido propio de la teoría general del delito, de manera tal que la vinculación jurídica y la finalidad político-criminal deben

⁴⁹⁵ Palabras previas de Muñoz Conde a la segunda edición española de la obra de ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 11.

⁴⁹⁶ Así, como apunta García Caveró, Roxin en su estudio programático de 1970, denominado *Política criminal y sistema del Derecho penal*, planteó una nueva orientación de la dogmática penal: La Política criminal. Ver: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 327.

⁴⁹⁷ Palabras previas de Muñoz Conde a la segunda edición española de la obra de ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 12.

reducirse a una unidad en el sistema del Derecho penal⁴⁹⁸. Asimismo, según refiere Villavicencio Terreros, la citada construcción es denominada por Roxin como sistema teleológico-político-criminal, en el cual se “reivindica el neokantismo de los años 30, donde se reemplaza las normas de cultura de Max Ernst Mayer que considera vaga, por la clara orientación político criminal conforme a los fines de la pena. Se reemplaza la orientación neokantiana de los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico-penal, que es la base político-criminal de la moderna teoría de los fines de la pena”⁴⁹⁹.

Con relación a esto último, debe agregarse que desde mediados de los años 60 del siglo pasado el mencionado profesor de la Universidad de Munich ha sostenido una teoría unificadora o dialéctica de la pena, que combina, por un lado, aspectos de prevención general; mientras que, por otro, de prevención especial. “Estos fines serán diferentes según el momento en el que analicemos la pena: en la amenaza penal de las disposiciones legales rige la fundamentación basada en la prevención general; en el momento de la imposición de la pena en la sentencia, el criterio se fundamenta primordialmente en la prevención general (aunque también hay algo de prevención especial), que se ha de delimitar con la medida de la culpabilidad; y, por último, en el momento de la ejecución de la pena, el criterio es la prevención especial y se rige por la idea de la resocialización”⁵⁰⁰.

Ahora bien, un punto a destacarse especialmente dentro del sistema de Roxin, y que es el eje central de la presente investigación, ha de ser el desarrollo dado a la (moderna) teoría de la imputación objetiva que, alejado del razonamiento lógico-objetivo del finalismo y contemplado en su lugar como un desarrollo ulterior del neokantismo⁵⁰¹, entiende que la imputación de un resultado al tipo objetivo se realizará con criterios distintos al causal-naturalístico, exigiendo que se realice — en su versión más extendida— cumpliendo lo siguiente: “a) Solamente puede

⁴⁹⁸ Ver: Palabras previas de Muñoz Conde a la primera edición española de 1972 de la obra de ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 19.

⁴⁹⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 249. El autor agrega que “Ello ocurre porque en el neokantismo se determina la dimensión valorativa de los elementos de la teoría del delito, pero no su significado político”.

⁵⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 324.

⁵⁰¹ Ver: MIR PUIG, “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, pp. 05: 2 y 05:3.

imputarse al tipo objetivo un resultado causado por el autor cuando la conducta del autor hubiera creado, para el objeto de la acción, un peligro que no estuviera cubierto por un riesgo permitido, y este peligro se hubiera realizado también en el resultado concreto (...)", y "b) Si el resultado se manifestara como la realización de un peligro creado por el autor, será por regla general imputable, de tal manera que se habrá cumplido con el tipo objetivo. Pero excepcionalmente podrá desaparecer la imputación cuando el alcance del tipo no abarcará la evitación de tales peligros y sus consecuencias"⁵⁰².

Brevemente, podrá señalarse que la "imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo"⁵⁰³. Dicha teoría, según refiere Cancio Meliá, es la que ha sido desarrollada por Roxin a través de diversos artículos publicados a principios de los años setenta del siglo pasado y que en la actualidad presenta una *marcha triunfal*, pues se ha extendido principalmente desde Alemania a España y, luego, en diversos países de América latina⁵⁰⁴.

Como se podrá colegir, la decisión de ubicar la teoría de la imputación objetiva en el tipo penal (y, principalmente, en lo que a la creación de riesgos prohibidos se refiere) supondrá alejarse de cualquier entendimiento de éste como un tipo avalorativo⁵⁰⁵. "Esta teoría de la imputación va a desarrollar unas reglas para, en razón a ellas, afirmar o negar la imputación del resultado al tipo objetivo. Así, por ejemplo, como ha de concurrir la creación de un peligro (jurídicamente desaprobado) ha de concluirse que el hecho no es imputable cuando la acción disminuye el riesgo o, cuando no crea el peligro, o, se actúa dentro de los límites

⁵⁰² ROXIN, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, p. 80.

⁵⁰³ ROXIN, *La imputación objetiva en Derecho penal*", p.81. En efecto, como apunta Cancio Meliá al explicar la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva de Roxin, la citada teoría puede esbozarse a través de la siguiente fórmula: "tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis a) ha generado un "riesgo jurídicamente desaprobado" y b) este riesgo se ha "realizado en el resultado". Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad (...) por ausencia del primero de los elementos, una creación desaprobada del riesgo" Ver: CANCIO MELIÁ, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", p. 231.

⁵⁰⁴ CANCIO MELIÁ, "Aproximación a la teoría de la imputación objetiva", p. 232.

⁵⁰⁵ FRISCH, "La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático", p. 30.

del riesgo permitido; igualmente, la imputación exige que el resultado sea la concreción del peligro, por lo que no será imputable cuando el resultado no esté cubierto por el fin de protección de la norma o, cuando se trate de algunos de los supuestos de autopuesta en peligro”⁵⁰⁶.

Se observa claramente que el denominador común de los criterios normativos expuestos es el *principio del riesgo*, en virtud del cual, como se adelantó en la introducción de la presente tesis, “(...) a la luz de un resultado, lo determinante es saber si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado”⁵⁰⁷. En ese sentido, el propio Roxin sostiene que “Si se contempla la protección subsidiaria de bienes jurídicos como la función del Derecho penal derivada de los fundamentos de la Constitución y uno se pregunta cómo el ordenamiento jurídico puede garantizar dicha protección, solo cabe aquí una única respuesta: para cumplir la misión de proteger los bienes jurídico penalmente protegidos *debe prohibirse la creación de riesgos no permitidos para tales bienes e imputar al autor de la acción típica la realización de tales riesgos en un resultado lesivo para un bien jurídico*”⁵⁰⁸.

En este orden de ideas, queda sentado que para Roxin lo determinante no será ni la causalidad ni la finalidad, sino la realización de un *riesgo no permitido*. Es más, el origen de tal teoría —de acuerdo a su propio autor— no residiría en la teoría de la adecuación o cualquier otra teoría causal, sino “en su derivación desde el principio de protección de bienes jurídicos, que, por su parte, encuentra su fundamento en la función del Derecho penal basada en la teoría del Estado”⁵⁰⁹. Para el mencionado profesor alemán, entonces, el actuar en conformidad o dentro de los alcances del *riesgo permitido*, a contrario del no permitido, vendría a entenderse como:

⁵⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 325.

⁵⁰⁷ Ver el estudio preliminar de SUAREZ GONZALES y CANCIO MELIÁ a la obra de JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 32 y 33.

⁵⁰⁸ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 6. (cursiva mía)

⁵⁰⁹ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 6.

“(…) una conducta que aunque crease un riesgo jurídicamente relevante está permitida de manera general (¡independientemente del caso concreto!) y por ello excluye, de manera diferente a las causas de justificación y a la imputación al tipo objetivo. El prototipo del riesgo permitido es la conducción de un auto respetando todas las reglas del tráfico rodado. No puede negarse que el tráfico rodado constituye un riesgo relevante para la vida, la salud y los bienes materiales; la estadística de accidentes lo demuestra irrefutablemente. De todos modos el legislador permite el tráfico rodado (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque esto lo exige el interés preponderante del bienestar general. A diferencia del estado de la causa de justificación del estado de necesidad (art. 34), no se necesita aquí una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a resultados diferentes según la importancia de los intereses que se encuentran en disputa, la cercanía del peligro, etc. Más bien la permisión de la conducción de vehículos se basa en una ponderación global que (al respetarse las disposiciones del tráfico) impide la aparición misma del tipo de delito. Entonces, está permitido conducir autos aunque ello, en el caso individual, no persiga intereses de gran jerarquía (p. ej., si se hace por mero aburrimiento) o incluso sirva a fines desaprobados (p. ej., la preparación de un delito), de manera que, para la permisión de estas conductas, no tiene por qué efectuarse una ponderación según los principios de las causas de justificación. Puesto que el respeto del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión a un bien jurídico que se hubiera producido pese a que se respetaron todas las reglas de tráfico, no será una acción típica. Esto rige de igual modo para los delitos dolosos y culposos. (....) Recién cuando se superase el riesgo

permitido se creará un peligro cuya realización hace imputable el resultado a la acción típica”⁵¹⁰

A partir de lo expuesto, uno de los muchos puntos a destacar es que Roxin logró sustituir satisfactoriamente, y por primera vez la, categoría científico-natural (o lógica) de la causalidad por un conjunto de reglas orientadas a las valoraciones jurídicas⁵¹¹. En ese sentido, también es completamente loable que el citado autor haya conformado un sistema abierto, que ha buscado, además, superar la clásica contraposición entre lo dogmáticamente correcto y lo político-criminalmente satisfactorio⁵¹². Debe indicarse pues, que “La normativización de los conceptos es efectivamente precisa pues solo ella proporciona la flexibilidad necesaria para posibilitar variaciones de contenido o del equilibrio de los fines”⁵¹³.

No puede dejarse de señalar que la función del Derecho penal, de acuerdo al mencionado profesor, será entonces asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre, bajo salvaguarda de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, tarea que se deduce de los principios de la Constitución, así como de los fundamentos teórico-estatales de la democracia⁵¹⁴.

4.3.3. La normativización de las categorías dogmáticas: El funcionalismo radical de Jakobs

El aporte del profesor Jakobs, pese a coincidir con su maestro Welzel en que el Derecho penal ha de asegurar la vigencia de los valores positivos de acción de carácter ético-social, ha significado un alejamiento radical de aquel tipo de dogmática de corte ontologicista para proponer en su lugar una renormativización

⁵¹⁰ ROXIN, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, pp. 96 y 97.

⁵¹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p. 250.

⁵¹² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 110.

⁵¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 110. El autor agrega que “(...) debe quedar claro que, en sus orígenes, la preocupación de Roxin es “práctica” y se halla muy relacionada con la crítica al sistema desde las perspectivas de la tónica. Su propuesta es, pues, un intento de salvar el sistema, haciéndolo, a la vez, apto para la resolución de problemas. La solución frente al sistema cerrado, por un lado, y el pensamiento tónico por otro, se llama “sistema abierto” de orientación teleológica”.

⁵¹⁴ ROXIN, “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”, p. 5.

de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientarlos a la función que —según el citado autor— le corresponde al Derecho penal: “garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales (aquellas de las que depende la propia configuración o identidad de la sociedad) frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente y ponen a ésta, por tanto, en cuestión como modelo general de orientación en el contacto social”⁵¹⁵.

Desde dicha perspectiva, el quebrantamiento del “rol” de “persona” integrante de la sociedad (ciudadano) será el factor clave para la producción de un riesgo penalmente no permitido. Con ello se ha de observar que para Jakobs “persona” será el destinatario de expectativas normativas⁵¹⁶, que es distinto al ser humano pues éste no será otra cosa que el resultado de procesos naturales, mientras que la “persona” significa un producto social. Así, como explica Caro John, “(...) para un esquema de interpretación funcional normativista se imputa a la persona y no al individuo; es decir, sólo la persona puede ser imputable jurídico-penalmente. Y la

⁵¹⁵ Ver el estudio introductorio de PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELÍA a la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 18. Cabe indicar que el mencionado maestro de la Universidad de Bonn no ha descrito en todo momento y del mismo modo la forma en que el Derecho penal cumple tal función, pues ha realizado variaciones en lo referente al papel que jugaría el elemento del *ejercicio de fidelidad en el Derecho*; no obstante, como advierten los ya citados autores en su estudio introductorio, en sus últimos aportes tal elemento ha quedado relegado al mismo plano que el efecto de intimidación general o especial, esto es, en el nivel de los efectos secundarios que se puede desear que la pena produzca, pero que finalmente resulta ajeno a lo que constituye propiamente su misión (p. 20).

⁵¹⁶ Resulta importante señalar que para la postura comentada únicamente ha de interesar las expectativas *normativas* y no las *cognitivas*, ya que estas últimas hacen referencia a las relaciones del hombre con la naturaleza; mientras que, las primeras, a las relaciones del hombre con los demás miembros de la interacción social. Así, frente al incumplimiento de una expectativa cognitiva no se ha de mantener la misma, sino que se deberá de cambiar la propia conducta; por el contrario, “La respuesta a la defraudación de una expectativa normativa es distinta. Cuando otro miembro de la interacción social se comporta en forma diversa a lo esperado, el hombre [persona] puede seguir confiando en esa expectativa a pesar de su incumplimiento, porque el sistema social tiene un mecanismo para que se mantenga como modelo de la orientación social: la sanción. A través de ésta el Estado pone de presente que, a pesar de que se ha quebrantado una norma de conducta (hay una negación), el ciudadano puede seguir confiando en ella, porque con la imposición de la pena se afirma que no rige la especial concepción del mundo que tiene el sujeto (hay una negación de la negación), y por ende que la persona puede seguir orientando su conducta con base en las expectativas generales. Es decir, con la imposición de la pena se mantiene la vigencia de la norma como modelo de contacto social”. Ver: MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, p. 25.

persona imputable es aquella «portadora de un rol», en virtud del cual ella es titular de un ámbito de organización con derechos y deberes determinados»⁵¹⁷.

De acuerdo a ello, se afirma que la postura funcional–normativa se aleja de la plena subjetividad del actuante, así como del *resultado* en el mundo exterior que de cualquier forma un sujeto pueda causar, para, en su lugar, valorarlo como una *estructura normativa* que tiene lugar en el sistema jurídico⁵¹⁸. A lo señalado, según Montealegre Lynett y Perdomo Torres, habría que agregar que:

“El Derecho penal funcional toma como base la idea de la sociedad en su constitución normativa. Es decir, el análisis de la sociedad como compendio de normas que tienen una caracterización propia. Norma es la expectativa de comportamiento a través de la cual el sujeto, considerado en su individualidad, alcanza una identidad normativo-social. Esto es, puede ser considerado como persona. El mantenimiento de la sociedad así entendida, de las normas, es función que se le asigna al Derecho penal. Es decir, responder ante los atentados a la vigencia de las normas estructurantes de una determinada sociedad. Preservar la sociedad bajo estas características es la función del Derecho penal. De esta manera, la identidad social del individuo, la personalidad jurídica del sujeto, también será preservada⁵¹⁹”.

Así pues, para un Derecho penal concebido desde una postura funcional-normativista, la preservación de la sociedad y, con ello, la identidad social del individuo y la personalidad jurídica del sujeto, se aseguran a través de la protección de la vigencia de las normas que la estructuran. Ello, se corresponde ampliamente con la fundamentación que otorga Jakobs a la pena sobre la base de

⁵¹⁷ CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”, p. 30.

⁵¹⁸ CARO JOHN, “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”, p. 33.

⁵¹⁹ MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo penal”, p. 40

la *prevención general positiva*, pues para el citado autor “(...) los destinatarios de la pena no son sólo —ni siquiera lo son en primera línea— el autor en cuestión y otros delincuentes que ya tienen tendencia a cometer el hecho, sino las personas fieles al ordenamiento, es decir, la gran masa de éstas: deben conservar su fidelidad al derecho y su confianza en la norma. Se habla de *prevención general positiva; positiva*, porque no se pretende alcanzar la intimidación de la generalidad de las personas, sino el mantenimiento de la norma como esquema de orientación; *prevención*, porque se persigue un fin, precisamente, el mantenimiento de la fidelidad a la norma; y ello, concretamente, respecto del conjunto social: por ello, *prevención general*”⁵²⁰.

En atención a lo expuesto, se puede afirmar que —para la citada postura— la vida en sociedad se desarrolla con base en las expectativas y normas que, precisamente, son estructuras sociales transmitidas por *comunicación*⁵²¹. Para Jakobs, consecuentemente, la acción será entendida como un *acto de comunicación relevante*⁵²², el cual no deberá interpretarse como una relación individual entre el sujeto y la norma defraudada, sino que el sentido del comportamiento (la acción) deberá buscarse dentro de la sociedad⁵²³.

La elaboración de un concepto de acción como el estudiado brindará relevancia al esquema social de interpretación del suceso, pues la relación de comunicación tendrá que ser definida por el contexto, de manera que se hace necesario un sistema de interpretación del suceso: *la moderna teoría de la imputación*

⁵²⁰ JAKOBS, “La pena estatal: significado y finalidad”, p. 43. Con ello, se pone de manifiesto la escasa relevancia que Jakobs atribuye a la relación interna entre autor (potencial) del hecho y la norma, que fue una cuestión central en el finalismo, pues para el citado profesor alemán la pena “no se dirige principalmente a influir sobre los potenciales autores de futuras infracciones, sino que tiene por destinatarios a todos los miembros de la sociedad, en cuanto potenciales víctimas de ellas, para reafirmarlos en la vigencia de la norma infringida”. Ver el estudio introductorio citado líneas arriba a la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 20.

⁵²¹ MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo penal”, p. 60: “La comunicación, entonces, es un instrumento básico de la interacción, en el cual cuenta no solamente las perspectiva de quien actúa, sino también la de los demás miembros de la sociedad.

⁵²² En este sentido, la acción será entendida como “acción culpable”, pues lo que la hace relevante es, precisamente, que comunica un acto de desautorización de la norma.

⁵²³ MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo penal”, p. 60.

*objetiva*⁵²⁴. En esa línea, “La acción es aquel hecho que es culpable. De manera que para nada importa al concepto el aspecto externo, esto es, el movimiento corporal, pues, lo que interesa es la relación que tiene con la norma”⁵²⁵, de manera que el concepto de acción se establecerá determinando tanto a aquel que realiza la conducta como al mundo exterior: la acción es la *causación del resultado individualmente evitable* o la *causación evitable del resultado*, definición que difumina la división entre acción y omisión⁵²⁶.

Consecuentemente, solo se deberá responder penalmente por las conductas o resultados que una persona determinada debe desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de su ámbito de responsabilidad (posición de garante o rol)⁵²⁷: “*En definitiva, no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión*”⁵²⁸. Por ello, y en atención a que lo objetivamente imputable en el caso en concreto se determina sobre la base de los roles atribuidos jurídicamente al ciudadano⁵²⁹, Jakobs fundamenta que el mantenimiento de los elementos

⁵²⁴ MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, p. 28: “La elaboración del concepto de acción con base en la comunicación implica que es relevante el esquema social de interpretación del suceso, porque, si las normas son “estructuras reflexivas de expectativas”, la relación de comunicación siempre se define por el contexto. Las conductas se determinan de acuerdo a la expectativa de expectativas, es decir, sobre expectativas recíprocas: yo realizo mi conducta de acuerdo a lo que otros esperan de mí. Esto significa que si la representación del sujeto, que considera ilícita una determinada conducta, no coincide con la concepción racional que la sociedad le da a la misma, esto no es objeto de imputación objetiva. (...) Pero la pregunta que surge en forma inmediata, es la siguiente: ¿Cómo se determina ese esquema social de interpretación? Esta tarea le corresponde a la teoría de la imputación objetiva. Con base en un sistema coherente, la imputación objetiva nos suministra el esquema de interpretación del suceso, a través del riesgo permitido, el principio de confianza, de las acciones a propio riesgo y de la prohibición de regreso. Es decir, con fundamento en los criterios que determinan la conducta prohibida. Lo anterior significa que acción e imputación objetiva no son dos elementos del tipo totalmente separados e independientes. Por el contrario: la imputación objetiva complementa y realiza la acción. Se funde así, en una sola entidad, el concepto de acción, como acto comunicativamente relevante, con el sistema de la imputación objetiva”.

⁵²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 329.

⁵²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 329.

⁵²⁷ MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo penal, pp. 61 y 62.

⁵²⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 259. (cursivas del autor)

⁵²⁹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 362.

irrenunciables de la configuración social se dividen en dos planos: a) las competencias de auto-organización, y b) las competencias institucionales⁵³⁰.

Ahora bien, sentadas las bases de la posición funcional-normativista, cabe desarrollar la teoría de la imputación objetiva gestada al interior de aquel sistema, pues esta “(...) ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictuoso, esto es, cuándo se ha defraudado de manera objetiva una expectativa social institucionalizada o, lo que es lo mismo, una norma. Como puede apreciarse, la teoría de la imputación objetiva de Jakobs se deriva de la misión que le atribuye a la imputación jurídico-penal”⁵³¹.

La mencionada teoría se divide en dos niveles: a) la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y b) la constatación —en el ámbito de los delitos de resultado— de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado)⁵³². La primera, a su vez, contiene cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales se estructura el juicio de tipicidad: *riesgo permitido*, principio de confianza, actuación a propio riesgo de la víctima y prohibición de regreso.

Con relación al *riesgo permitido*, que es el que interesa a efectos del presente trabajo, se afirma que “(...) Jakobs configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del «riesgo», desligada de probabilidades estadísticas de lesión. El riesgo permitido se define en la concepción de Jakobs como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de

⁵³⁰ Ver: JAKOBS, “Actuar y omitir”, pp. 159 – 181. Así también: MONTEALEGRE LYNETT, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, pp. 29 – 34. En el ámbito nacional véase: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 362- 374.

⁵³¹ GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 411.

⁵³² Véase el estudio introductorio de PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELÍA a la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 57.

libertades de actuación, *desvinculado* de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento”⁵³³.

En efecto, el citado profesor alemán afirma que “En la mayor parte de los riesgos hoy reconocidos en general como permitidos no cabe realizar un saldo coste-utilidad (...) aparece un riesgo permitido por «legitimación histórica»: Determinadas formas de actividad han sido consagradas por el uso históricamente, a veces forzando el marco (tráfico rodado) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas”⁵³⁴. Ello, continua Jakobs, “en último lugar sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni únicamente maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas en relación con determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta ciertamente daña bienes, pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre. Esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera «policialmente»”⁵³⁵.

Sobre esto último, los profesores Peñaranda Ramos/Suárez Gonzáles/Cancio Melía, indican que “Jakobs insiste —a diferencia de lo que suele ser habitual— en que al riesgo permitido no siempre subyace una ponderación consciente de bienes, sino que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica —de una ponderación omitida—, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación”⁵³⁶.

En ese sentido, al igual que Roxin, cabe resaltar que Jakobs también diferencia entre los supuestos en los que viene a faltar el injusto en atención a que no se excedió el riesgo permitido o a que concurrieron causas de justificación, pues en el

⁵³³ Estudio introductorio de PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELÍA a la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, pp. 57 y 58.

⁵³⁴ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 244.

⁵³⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 244.

⁵³⁶ Estudio introductorio de PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLES/CANCIO MELÍA a la obra de JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, p. 58.

primer caso no habría nada socialmente anómalo; mientras que, en el segundo, tendría que fundamentarse positivamente la tolerabilidad del suceso⁵³⁷.

Lo afirmado, permite sostener al citado autor que “Sobrepasar el riesgo permitido es requisito positivo del injusto, no es que mantenerse dentro del riesgo permitido sea una causa de justificación. Ser causante de un resultado, por ejemplo de una muerte, no es, como tal, socialmente anómalo. Ejemplo: Todo fabricante de vehículo automóviles (aunque lo haga correctamente) es causante, por la fabricación, de todos los accidentes en que intervenga un vehículo suyo, sin que la fabricación se convierta por ello en un suceso que sea tolerable sólo en relación con un contexto justificante. Únicamente al exceder el riesgo (p. ej., fabricando vehículos cuyos frenos tienen una insuficiente disminución mínima de la marcha) llegan a ser relevantes las cuestiones del dolo, de la imprudencia y, en su caso, de un contexto justificante (...)”⁵³⁸.

Finalmente, cabe indicar que, a diferencia del desarrollo mostrado por Jakobs para el primer nivel de la imputación objetiva (esto es, la imputación del comportamiento), el segundo nivel (imputación objetiva del resultado) solo pasa a ser un problema meramente empírico o descriptivo, planteamiento que coincide con lo sostenido por Frisch cuando —como se verá más adelante— resalta la importancia de determinar los alcances y límites de la libertad jurídicamente reconocida. Así, su normatividad solo reside en que el legislador lo considera todavía como parte integrante de la conducta desvalorada penalmente relevante; sin embargo, para imputar el resultado el juez ya no tendrá que valorar, “sino partiendo de la valoración que ha hecho de la conducta tener en cuenta las explicaciones que ofrecen la ciencia o la experiencia. La decisión valorativa relevante ya ha sido realizada de antemano: determinar porqué una conducta se

⁵³⁷ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 190.

⁵³⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 245.

entiende ya como socialmente inadecuada. Por esa razón no son precisos para Jakobs más criterios para imputar un resultado”⁵³⁹.

4.3.4. La teoría de la conducta típica (y la limitación de la imputación objetiva) de Frisch

Como se indicó, en la más reciente etapa del desarrollo de la imputación objetiva cabe ubicar los estudios realizados por Frisch, que al igual que Jakobs, resalta que el objeto del primer nivel de juicio de imputación objetiva es la *determinación de la existencia de un riesgo típicamente relevante* (penalmente desaprobado)⁵⁴⁰, el mismo que no debe entenderse como mera causalidad dominada por la voluntad, sino que “lo realmente importante para la imputación es si esa creación está o no jurídico-penalmente desaprobada”⁵⁴¹.

En esa línea, desde una posición crítica, Frisch parte por indicar que si “casi toda acción (conducta) puede comportar la presencia o producción de condiciones capaces de lesionar un bien. Ello no puede bastar para *desaprobar* una conducta, pues de lo contrario las limitaciones de la libertad alcanzarían una magnitud tal en la que nadie está interesado”⁵⁴². Siendo esto así, propone que para una prohibición debe atenderse solamente a un círculo más estrecho de formas de conducta posiblemente lesivas: “La propia esencia del Derecho impone restringirse a conductas cuya prohibición pueda ser aceptada, a su vez y en tanto ser racional, por el propio afectado por la limitación de sus posibilidades de actuación, precisamente porque él mismo la desearía en la posición de potencial afectado por la conducta”⁵⁴³.

⁵³⁹ FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Los fundamentos dogmáticos de la moderna normativización de la tipicidad en el Derecho penal. Estudio crítico sobre la evolución histórico-dogmática de la “teoría de la imputación objetiva””, pp. 162 y 163.

⁵⁴⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 184 – 186.

⁵⁴¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 186.

⁵⁴² FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 1.

⁵⁴³ FRISCH, Wolfgang. “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 1. (cursiva nuestra)

En coherencia con lo anteriormente señalado, de cara a las conductas que *no* deben constituir delito, Frisch —apoyado en su concepción del consenso— refiere que “A mi modo de ver, de lo que se trata es de la mirada detrás de la ley o a lo que la ley presupone: los correspondientes preceptos legales no aparecen por causalidad. Éstos deben su positivización a un consenso más o menos extendido que da por supuesto que determinados hechos que se hallan en el nivel bajo (culpabilidad disminuida, ausencia de interés público) no merecen la sanción con pena o bien no la necesitan”⁵⁴⁴.

Lo apuntado se corresponde con lo que el citado autor entiende por Derecho, pues manifiesta que no es algo tan simple como normas que en caso resulten lesionadas son impuestas a través de la coacción organizada (Estado), de manera tal que se pueda afirmar que según la importancia de la regla y de la necesidad de su imposición se está en presencia de un delito o no. Por el contrario, para Frisch el Derecho es toda “*una red de relaciones de reconocimiento recíproco*: el reconocimiento mutuo de personas como personas en Derecho, como portadores de derechos y libertades”⁵⁴⁵, lo que no se agota ni trata del reconocimiento recíproco inmediato de individuos y de sus libertades particulares, ya que también el Estado y las personas jurídicas, entre otros, pueden concebirse como sujetos de aquel reconocimiento recíproco (indirecto); dicho reconocimiento, consecuentemente, es lo que garantiza que los individuos puedan existir como personas en Derecho también allí donde no hay coacción estatal, más aun cuando ésta tan solo constituirá la última opción⁵⁴⁶.

En ese sentido, lo afirmado en cuanto al Derecho como una red de relaciones de reconocimiento mutuo, tendrá también importancia para la cuestión del injusto (conducta que, precisamente, discrepa del Derecho): “Injusto es, en realidad, el quebrantamiento de estas relaciones de reconocimiento, es una conducta que se

⁵⁴⁴ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 203.

⁵⁴⁵ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 206. (cursivas del autor)

⁵⁴⁶ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 206.

manifiesta como *negación del reconocimiento* de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos”⁵⁴⁷.

Esto se expresa en el campo del Derecho penal en el sentido de que la pena habrá de circunscribirse a un ámbito limitado del injusto (de aquellas conductas que discrepan del Derecho), en correspondencia también con exigencias de racionalidad y de justicia, pues “En la medida en que la pena constituye una consecuencia negativa especialmente importante (lo que será también así para quienes sostengan un concepto amplio de pena), sólo puede reaccionarse con pena frente a un *injusto cualificado*. (...) Por consiguiente, la razón para calificar un hecho como merecedor de pena (esto es, que se hace acreedor de pena) y necesitado de pena, es decir, como delito es que el hecho constituye un *injusto cualificado* (frente al que ha de responder el autor)”⁵⁴⁸.

Con mayor precisión, Frisch refiere que “Para un Derecho penal que solo reacciona frente a determinados injustos es *obligado concentrarse* en aquel injusto cualificado que se manifiesta como no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos: éste es el injusto verdaderamente relevante y, a la vez, también el injusto problemático para la vigencia del ordenamiento jurídico en el sentido de su reconocimiento”⁵⁴⁹.

De ese modo, queda claro que para Frisch no se puede reaccionar frente a todo comportamiento con una pena (que es la sanción más gravosa del Estado), ya que ello sería irracional y se sentiría injusto, por lo que, valga la redundancia en lo motivos, tanto razones de racionalidad como de justicia imponen la limitación a hechos relevantes: “Materialmente sólo pueden ser hechos que se dirijan contra bienes (libertades) significativos y se los afecte de manera relevante, especialmente (pero no solo) lesionándolos”⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 206. (cursivas del autor)

⁵⁴⁸ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 205. (cursivas nuestras)

⁵⁴⁹ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 206.

⁵⁵⁰ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 206.

Lo expuesto permitirá a Frisch poder afirmar, por ejemplo, que las conductas que están permitidas de modo general por parte del ordenamiento primario previo al Derecho penal que se manifiestan como ejercicio de la libertad de acción ¡no pueden castigarse a través del Derecho penal! Ello se encuentra impedido a través del principio de unidad del ordenamiento jurídico⁵⁵¹.

El citado autor agrega que: “Lo que (desde el punto de vista de la teoría de las normas) el sector del ordenamiento jurídico previo al Derecho penal califica como ejercicio normal del Derecho no es injusto, incluso cuando no exista una causa de exclusión de la tipicidad penal o de justificación que excluya expresamente la presencia del injusto. El Derecho penal tiene en cuenta lo anterior mediante la interpretación restrictiva de los elementos del tipo y, si es necesario, mediante una reducción teleológica —en el tipo—”⁵⁵²

Con ello puede observarse que todo aquel comportamiento que se encuentra dentro del marco de la libertad jurídicamente garantizada y, por tanto, en conformidad con el ordenamiento jurídico primario (esto es, del entramado normativo compuesto por normas constitucionales, principios, valoraciones, etc.⁵⁵³), no puede ser penalmente castigado. Para ello, si es que lo entendemos correctamente, se necesitará más: De cara a la sanción penal se debe exigir la presencia de un *injusto cualificado*, esto es, que no basta con cualquier tipo de injusto, sino de aquel que se dirige contra bienes (libertades) significativos, afectándolos de manera relevante (a través de la lesión o puesta en peligro de dichos bienes).

La tipicidad penal, en ese sentido, y según detalla Robles Planas siguiendo a Frisch, será el nivel en el que se lleve a cabo el análisis sobre si una determinada conducta contiene “los elementos que la convierten en merecedora de pena (presupuesta la ausencia de causas de justificación) En este sentido, la tipicidad penal presupone que la conducta sea antijurídica desde el punto de vista

⁵⁵¹ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, pp. 219 y 220.

⁵⁵² FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 220.

⁵⁵³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 191.

general⁵⁵⁴; sin embargo, ya que no cualquier conducta antijurídica es una merecedora de pena, habrá que observarse que será en la tipicidad penal donde se concrete “qué injusto es injusto penal, filtrando aquellos hechos injustos que no cumplen con los criterios de relevancia penal. La tipicidad penal es, pues, la categoría que expresa los requisitos específicamente penales que debe mostrar el injusto para llegar a ser injusto penal⁵⁵⁵”.

De ese modo, la *teoría de la conducta típica* tiene asignada como primera función el seleccionar aquellas formas de conducta que merecen ser penalmente desvaloradas, quedando fuera del ámbito de tipicidad penal aquellas otras que no sean expresión de un (especial) quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada, lo que sucede tanto cuando la conducta no es apta para producir resultados típicos como cuando, siendo apta, no se renuncia a su producción *por otras razones*⁵⁵⁶. Así, no formarán parte de aquellos riesgos (que merecen pena) los derivados de la mera posibilidad de producción de resultados o, también denominados, *riesgos generales de la vida*, ya que son el punto de partida racional del desarrollo de la libertad en las sociedades actuales, teniendo que ser rebasados en caso de que se quiera hablar de una conducta penalmente relevante⁵⁵⁷.

También deberá sumarse aquellas conductas a las que no se puede racionalmente renunciar, esto es, que “la prohibición penal de conductas sólo debe comenzar allí donde puede renunciarse racionalmente a la actividad o conducta productora del daño (donde racionalmente significa que la renuncia a la actividad o conducta es siempre más beneficiosa que su mantenimiento), pero no cuando tal renuncia comportaría más desventajas que beneficios desde el punto de vista social. Dicho de otro modo: debe admitirse un cierto margen de lesividad derivado de la propia configuración social⁵⁵⁸”.

⁵⁵⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 193.

⁵⁵⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 194.

⁵⁵⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 194.

⁵⁵⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 196.

⁵⁵⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 196.

Como consecuencia de ello, de acuerdo a Robles Planas, surge una primera manifestación de lo que la doctrina nombra como *riesgo permitido*, denominación que a criterio del mencionado autor es acertada siempre que se tenga en cuenta que este primer nivel de análisis de la tipicidad acerca de la lesividad de las conductas se efectúa sobre procesos o actividades genéricas, pues “Lo que se tolera es la peligrosidad abstracta de ciertos grupos de conductas por su utilidad social: conducción de vehículos, construcción, comercialización de productos, contagio de determinadas enfermedades en transportes públicos, riesgos derivados del deporte, etc. En estos casos —para evitar posibles equívocos— debe aclararse que estamos ante conductas que pertenecen a la *clase de conductas* que no son penalmente lesivas por estar toleradas desde el punto de vista general. Así, solo en la medida en que la conducta objeto de análisis abandone las características que son propias de aquella clase de conductas que se toleran de modo general, podrá entenderse que la conducta es típicamente relevante en el sentido de que su configuración evidencia un riesgo (lesividad) típicamente relevante”⁵⁵⁹.

Ahora bien, un punto importante a tomar en cuenta con relación a la postura teórica elaborada por Frisch es que para el citado autor la creación desaprobada del peligro unido a la acción no es un presupuesto de la imputación (entendida como imputación del resultado), sino que ante su ausencia, “lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su posible peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los delitos de resultado. Cuando no concurre este aspecto falta también la conducta presupuesta en los tipos de delito de resultado consumados”⁵⁶⁰

En efecto, desde aquella postura, se puede observar que en los primeros niveles de la imputación (creación de la conducta típica) de lo que se trata realmente es de la cuestión de si lo que debe ser visto como acción y posiblemente también

⁵⁵⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 197. (cursivas del autor)

⁵⁶⁰ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, pp. 49 y 50.

imputado a la culpabilidad debe estar jurídicamente desaprobado, interesando el contenido del Derecho —la relación de la concreta conducta con el Derecho— o, en otras palabras, la índole de las relaciones jurídicas entre individuos, la amplitud y las fronteras de la libertad a reconocer y no la imputación propiamente dicha⁵⁶¹. En estricto, Frisch señala lo siguiente:

“Este baremo no se determina mediante criterios de imputación (tales como controlabilidad de una conducta o que un resultado pueda perseguirse como fin). Las cuestiones de este tipo sólo son relevantes para la construcción del Derecho en la medida en que la descripción y limitación de la libertad se refieren a la conducta imputable de personas. El reconocimiento y la limitación de derechos y libertades y, unido a ello, la desaprobación de determinadas conductas, son producto, más bien, de principios que ofrecen un baremo totalmente abstracto en el seno del programa del ordenamiento jurídico: en especial, la idea de llevar la libertad del uno con la libertad (y los bienes) del otro, según una ley general, a una relación (recíprocamente) aceptable por todos los sectores. De esta idea forman parte sobre todo los criterios que se llevan practicando desde hace tiempo en el marco de la llamada ponderación de intereses, tales como la idoneidad y necesidad de determinadas restricciones de la libertad para la conservación de los bienes y libertades, la valoración positiva de

⁵⁶¹ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 58. Esto es lo que le permite al citado autor señalar que “La inflación de la doctrina de la imputación es consecuencia de un planteamiento insuficiente de la doctrina de la conducta típica: algunas «relaciones» son figuras erróneas, cuyo origen se debe sólo a haber perfilado insuficientemente la conducta típica. En la doctrina de la imputación se inscriben como relaciones (...) sólo la relación causal y la de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado; su captación más precisa constituye —junto con la cuestión de la relevancia de ciertas causas subsidiarias— la materia de la doctrina de la imputación. En la cual sigue estando abierta la cuestión de si la relación causal no constituirá asimismo en realidad sólo un sub-requisito aclaratorio de realización (ocupándose entonces la doctrina de la imputación únicamente de esta relación). Por el contrario, la concreción de los riesgos desaprobados en cada caso, junto a la indicación de las conductas abarcadas y no abarcadas en general y en particular, representa un problema exclusivo de la doctrina de la conducta típica”. Ver FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 82.

determinados bienes y libertades, el que puedan esperarse determinadas medidas de protección por parte de los propios titulares de derechos responsables, etc.”.⁵⁶²

Sobre la base de lo expuesto, se entenderá que aquellas concepciones que pretenden convertir todas las cuestiones apuntadas en problemas de imputación llegarían a mezclar cuestiones relativas a la constitución del Derecho (y a la discrepancia de una determinada conducta del Derecho) con lo propio de la auténtica imputación, que debe limitarse a aquello que realmente es un problema de imputación, esto es, si el resultado producido es la consecuencia específica del actuar previamente desaprobado e imputable a la persona⁵⁶³.

Así, a decir de Robles Planas, lo que Frisch sostiene es la necesidad de que “ya en el nivel del tipo, si éste se entiende como tipo de injusto, se articule un juicio en virtud del cual se aparten del ámbito de la relevancia penal determinadas conductas que caen dentro del ámbito de la libertad general de actuación y, por consiguiente, no pueden llegar a ser calificadas en ningún caso como conductas injustas”⁵⁶⁴. Entonces, lo que el profesor alemán habría venido a proponer es que, en lo concerniente a la desaprobación jurídica de las conductas, de lo que en realidad se trata es de los alcances y límites de la libertad jurídicamente reconocida, que es una cuestión necesariamente previa al problema de la imputación, teniendo también principios y reglas absolutamente divergentes⁵⁶⁵.

Con mayor precisión, en la creación de las conductas típicas (juicio de desaprobación) los principios a considerar son la igualdad individual, el valor de las libertades y los bienes, la idoneidad y necesidad de determinadas restricciones

⁵⁶² FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 59.

⁵⁶³ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 60. De ese modo, en la imputación del resultado no habrá problema normativo alguno, siendo únicamente un problema de prueba fáctica, resultado, por tanto, innecesario la búsqueda de fórmulas especiales para una doctrina autónoma de la realización del riesgo. Ver: VÁSQUEZ SHIMAJUKO, “La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva”, p. 9.

⁵⁶⁴ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, p. 75.

⁵⁶⁵ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, p. 81.

de la libertad para la conservación de los bienes y libertades, el que puedan esperarse medidas de protección por parte de los propios portadores de derechos, etc.⁵⁶⁶. Se trata, entonces, “de llegar a legitimar racionalmente la prohibición de una conducta sobre la base de un conjunto de principios encaminados a deslindar lo correcto de lo incorrecto. El carácter incorrecto de una conducta no se aprende, pues con la “imputación” y sus criterios, sino solo con la valoración de esa conducta a la luz de los principios que determinan el alcance de la libertad de actuación de los ciudadanos”. (...) Por el contrario, la imputación no requiere la ponderación y legitimación racional de la imposición coactiva de las restricciones de la libertad, sino que esta se presupone⁵⁶⁷.

Como podrá observarse, Frisch considera necesario un juicio de ponderación para llevar a cabo el juicio de desaprobación en aras a la determinación de las conductas típicas. Ello. Ya que la misión del Estado de proteger y garantizar las condiciones de existencia y desarrollo del individuo en la comunidad obliga tendencialmente a una desaprobación de conductas lo más amplia posible que, evidentemente, entra en conflicto con el ejercicio de las libertades, de manera que debe ser sometido a restricciones, planteándose solo allí “donde es *adecuada y necesaria* para garantizar estos bienes. Además, la oportuna prohibición de determinados comportamientos, también en función de todo el sistema de valores constitucionales, tiene que poder ser calificada como medio proporcionado de proteger bienes, para lo que ha de cumplirse el postulado de la *proporcionalidad*: la desaprobación de determinados comportamientos tiene que ser proporcionada en consideración a la importancia del interés en la acción, por una parte, y a los intereses en mantener los bienes y en la seguridad. De la mano de estos criterios ha de responderse en todos los casos a la cuestión de la desaprobación de determinadas creaciones de riesgo⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, p. 82.

⁵⁶⁷ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, pp. 97 y 98.

⁵⁶⁸ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 89.

Con relación a esto último, que ha sido criticado por un sector de la doctrina en base a que en la teoría de Frisch no se distinguiría de forma clara entre ponderaciones y valoraciones previas a la existencia de las norma que le competen al legislador penal y la labor hermenéutica de las normas penales que deben realizar el dogmático y los órganos judiciales⁵⁶⁹, cabe señalar que:

“Ello no supone defecto alguno, sino todo lo contrario. Esta es, en efecto, una cuestión fundamental en un planteamiento puramente normativista como el de Frisch. El aplicador del Derecho, en tanto que debe incidir en el marco (y en la medida en) que el legislador ha programado que lo haga, no puede prescindir de las que éste partía (o debía partir) a la hora de dictar las leyes. Con todo, ciertamente, no se trata de una apelación a planteamientos formalistas, sino de, allí donde el legislador deja en manos del juez la misión de articular la “responsabilidad”, hacerlo conforme a los principios que están detrás y conforme a lo que entendemos razonablemente por restricción legítima de la libertad de actuación a favor de determinados bienes o intereses, aspectos normalmente también positivizados de manera expresa y concretados en lugares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico”⁵⁷⁰.

4.4. Balance provisional

En el presente trabajo, como se adelantó, partimos de la idea de que la determinación de las fronteras mínimas de lo que puede ser prohibido y penado por el Derecho penal, así como de qué elementos deben concurrir como mínimo y con carácter general para que algo sea jurídico-penalmente prohibible y punible,

⁵⁶⁹ Ver: FEIJOÓ SÁNCHEZ, “Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo: Desvalorare imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal”, en la obra citada supra, p.129.

⁵⁷⁰ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, pp. 161 y 162.

dependerá de la función que se atribuya al Derecho penal y de los límites que se imponga de modo general a su ejercicio⁵⁷¹.

En este sentido, no nos cabe duda de que el modelo de Estado social y democrático de Derecho asumido por nuestra Constitución exigirá que en el seno del mismo se desarrolle un Derecho penal también democrático que deberá servir, por exigencia del aspecto social, al aseguramiento de la protección de los miembros de la sociedad a través de la prevención *limitada* del delito y, de ese modo, en base a los postulados del Estado democrático, procurar la maximización de los derechos y libertades fundamentales.

En otras palabras, el Derecho penal (conjunto de normas) ha de servir de instrumento jurídico para asegurar a los ciudadanos una vida en común pacífica y libre de amenazas especialmente lesivas (injustos cualificados). Para ello, vía las *normas primarias*, se dirigirá a los ciudadanos un mensaje prescriptivo prohibiéndoles la realización de determinados hechos sumamente desvalorados; imponiéndoseles, a través de las *normas secundarias*, una pena en caso se haya producido un especial quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada dirigido contra bienes (libertades) significativos, afectándolos de manera relevante (a través de su lesión o puesta en peligro).

Así, las normas penales, “tanto las secundarias como las primarias, deben entenderse, pues, ante todo como expresión de un imperativo. Las normas primarias están destinadas a influir en el proceso de motivación del ciudadano, prohibiéndole delinquir. Las normas secundarias refuerzan esta motivación mediante la amenaza de pena”⁵⁷², ambas, además, presupondrán determinadas valoraciones (en el caso de un ilícito será, obviamente, una valoración negativa) que precederán al imperativo.

La concepción aquí asumida (norma penal imperativa que presupone determinadas valoraciones) producirá consecuencias fundamentales tanto en la

⁵⁷¹ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 137.

⁵⁷² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 70.

función de la pena como en la teoría del delito, pues al admitir la esencia imperativa de la norma dirigida al ciudadano “será más coherente asignar al Derecho penal, y por tanto a la pena, la función de prevención de delitos, que una función puramente retributiva. Ello ha de servir de base a la teoría del delito”⁵⁷³.

De este modo, en correspondencia con el principio de legalidad, se habrá de entender no solo que el delito ha de estar específicamente tipificado, sino que constituya la infracción de una norma primaria⁵⁷⁴. A la afirmación de dicha infracción se llegará a partir del proceso de desvaloración de conductas de cara a afirmar el carácter típico de las mismas, *lo cual*, no se satisfará con la sola correspondencia semántica de la conducta con el tipo, sino que requerirá de la *emisión de juicios de valor* y del establecimiento de determinadas relaciones de atribución⁵⁷⁵.

En efecto, la realización de un comportamiento contrario a lo prescrito en la norma primaria y, por tanto, *desvalorado*, conlleva a que como condición necesaria se exija la presencia de un componente de desvalor objetivo (¡el desvalor de la intención de ningún modo será suficiente en un Estado de Libertades!⁵⁷⁶), esto es,

⁵⁷³ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 70.

⁵⁷⁴ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, p. 137.

⁵⁷⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 95.

⁵⁷⁶ Debe prestarse atención a que en el Derecho penal de un Estado de Libertades lo que se busca es el control de lo externo; mientras que, la pregunta acerca de lo interno solo estará permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son en sí mismos perturbadores, pues no siempre será legítimo acudir al lado subjetivo de una persona, siendo necesario una razón especialmente cualificada para ello: *la desaprobación objetiva o la relevancia objetiva de la conducta realizada*. Ver: ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 67. Esto, asimismo, se corresponde con el criterio metodológico, con relación a la actividad interpretativa, en virtud del cual antes de examinar el aspecto subjetivo (dolo) del agente ha de observarse si éste realizó o no una conducta de riesgo no permitido. Ver: CARO JOHN, “De nuevo sobre el “caso Utopía”: lo común de la imputación objetiva en los delitos de comisión y omisión”, p. 66. En definitiva, dentro del marco del proceso global de subsunción de la conducta en el tipo, debe señalarse que, si bien en un inicio se intentó introducir en el juicio de tipicidad un primer juicio de valor referido al proceso psíquico subyacente a la conducta externa del sujeto, en la actualidad la mera “consideración de dicho aspecto [psiquismo del sujeto] no proporciona por sí sola una valoración suficientemente global de la conducta humana a los efectos de determinar la opinión que la misma merezca al Derecho penal. Y ello, por dos razones: primero: porque las concepciones actuales de la teoría de la acción no otorgan una relevancia tan exclusiva a los datos psíquicos subyacentes, sino que consideran junto con ésta también la trascendencia externa (física y social) de la conducta; y segundo, porque, en consonancia con este giro del pensamiento filosófico, el Derecho penal contemporáneo ha incrementado sustancialmente su orientación hacia las consecuencias, limitando con fuerza el papel —

la creación de un riesgo fuera de los alcances del permitido: *la creación de un riesgo no permitido*.

Con ello, se refuerza la idea de que la calificación de una conducta como típica no se agota en una mera interpretación literal (estrictamente gramatical o de sentido semántico), sino que, por el contrario, exige para todos los casos la realización de valoraciones acerca de la conducta⁵⁷⁷, así como del tipo penal en cuestión, ya que a éste habrá de *atribuirse* un sentido en correspondencia con el sistema jurídico entendido como un todo, pues “No sólo los tipos delictivos en su conjunto, sino casi todos los componente que los conforman se interconectan múltiples veces en el sistema como los nudos de una red”⁵⁷⁸.

La actual concepción del tipo se encuentra alejada de aquella que se dio durante el sistema clásico o causal naturalista que, a través de la aportación de Beling, concibió a la tipicidad como un equivalente a la adecuación de la acción al tipo, esto es, que el tipo era la descripción legal en la que se recogerían los hechos que el sujeto debería conocer para actuar dolosamente, de manera tal que vendría a ser una pura descripción objetiva, por lo que cualquier cuestión de orden valorativo no pertenecería a tal compartimento.

Tal comprensión sobre la tipicidad ha quedado desfasada, ya que, vía el instituto del *riesgo permitido* ubicado al interior de la moderna teoría de la imputación objetiva (o, con mayor precisión, de la *creación de conductas típicas*), se entiende que todos los tipos y no solo los que contienen elementos normativos de carácter clásico, se convierten en tipos estrictamente normativos. Así, la mencionada teoría representa un alejamiento del razonamiento lógico deductivo del finalismo en aras

innegable— de las consideraciones de la actitud y de motivación a favor de las de carácter consecuencialista. Hasta tal punto esto es así que (...) se puede afirmar que en la actualidad resulta completamente ilegítimo, con los valores de nuestro Ordenamiento jurídico y los predominantes en nuestra sociedad a la vista de la pretender reducir la valoración jurídico-penal de la conducta a la de su motivación y sustrato psíquicos. Pues ello significaría un desprecio manifiesto hacia valores esenciales de nuestro Ordenamiento (...), que también en el Derecho penal han de encontrar su asiento”. Ver: PAREDES CASTAÑON, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 96 y 97.

⁵⁷⁷ PAREDES CASTAÑON, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 60 – 61.

⁵⁷⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general.*, pp. 103 y 104.

a la búsqueda de criterios normativos que permitan excluir realizaciones aparentemente típicas.

En otras palabras, se advierte que el proceso de interpretación no podrá ser eminentemente literal, sino que exigirá “(...) en todos los casos la realización de valoraciones acerca de la conducta. La subsunción no es una operación simple, de mera conexión de sentido gramatical o, más ampliamente, semántico, sino que en todos los casos exige también una conexión valorativa (una conexión entre el sentido profundo —teleológico— de la conducta y el sentido teleológico que el tipo penal posee [vía atribución])”⁵⁷⁹.

En esa línea, como se podrá colegir, y lo han resaltado también Muñoz Conde y García Arán, la tipicidad se erigirá como una de la más relevante categoría de la teoría del delito⁵⁸⁰. La estricta vinculación a la tipicidad será también una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*, lo que no ha de interpretarse en un sentido formal, pues la función político-criminal del tipo —como hasta cierto punto se ha visto al desarrollar los aportes de Frisch— se define cada vez más con ayuda de consideraciones jurídico-constitucionales.

Por ejemplo, Amelung en el año 1984 ya advertía que, en lo que a la citada función se refiere, “son determinantes de su contenido la proporcionalidad, la necesidad y la idoneidad de una reacción jurídico-penal, que se estima la forma más grave de reacción de nuestro ordenamiento jurídico. Con ello, el objeto de la

⁵⁷⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 61.

⁵⁸⁰ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal Parte general*, p. 251. Un importante sector de la doctrina considera, sin embargo, que la antijuridicidad y la culpabilidad son los dos niveles fundamentales en el concepto de delito; mientras que, la tipicidad y su relación con las restantes categorías solo ocuparían un *segundo nivel*. Ello, ha influido en el ámbito académico, pues hasta el momento no se han realizado trabajos dedicados exclusivamente al estudio de la extensión de la imputación objetiva (riesgo permitido) en el ámbito —por ejemplo— de las causas de justificación, considerándose dicha temática como un *reto a futuro*. Nuestra práctica jurisprudencial, coincidiendo con aquella línea de pensamiento, tampoco ha realizado esfuerzos por diferenciar los supuestos que excluyen la tipicidad de aquellos otros que ni egan excepcionalmente la antijuridicidad; no obstante, que tal omisión colisione no solo con un coherente desarrollo metodológico y dogmático, sino que también provoque una arbitraria restricción de las libertades jurídicamente reconocidas. En este sentido, considero, como correctamente ha apuntado Sanz Morán, que no debe dejarse de lado que “*injusto penalmente significativo lo es solamente, por exigencia del principio de legalidad, el injusto <<típico>>*”, por lo que, ciertamente, se erigirá como un problema medular el tratamiento dogmático de la acción típica. Ver: SANZ MORÁN, “Teoría general de la justificación”, p. 77.

decisión político-criminal ya no aparece constituido por la cuestión de si una acción debe estar, en general, prohibida, sino por la relativa a si debe estar prohibida bajo pena. De este modo, la delimitación del injusto punible como injusto agravado se convierte en la función esencial del tipo penal⁵⁸¹.

En atención a lo expuesto, debe dejarse en claro que el punto de partida del juicio de tipicidad penal será la correspondencia gramatical y semántica de la conducta con el tipo legal, pero ello no deberá dar pie a que se entienda que tal operación sea condición necesaria y suficiente para la afirmación del desvalor de la conducta, sino que hará falta un examen de la conexión valorativa de la conducta y el sentido teleológico que el tipo penal posee vía atribución⁵⁸².

Por ello, podrá afirmarse que no todas las conductas que en virtud de los significados lingüísticamente posibles del tenor literal de un tipo legal resulten “subsumibles” en el mismo deberán considerarse como *efectivamente típicas*, ya que, como se ha venido indicando, en la dogmática contemporánea se considera necesario —a través de una concepción sistemática del concepto de delito, que acoja todas las derivaciones de los principios orientadores y limitadores del *ius puniendi* en nuestro Ordenamiento Jurídico—, en aras a tal determinación, un examen sobre lo especialmente peligroso o lesivo de una determinada conducta para con un bien jurídico, función que, como se sabe, se asigna actualmente a la moderna teoría de la imputación objetiva o, con mayor precisión, a la teoría acerca de la *creación de conductas típicas* o *teoría de la conducta típica*.

En esa línea, deberá resaltarse que todas aquellas operaciones “tienen sentido en Derecho penal, únicamente en la medida en que, en ningún caso, suponen una ampliación del número de supuestos subsumidos en la descripción típica respecto de aquellos que aparecen como subsumibles desde un punto de vista puramente semántico. Lo contrario sería atentatorio al principio de legalidad penal, que exige

⁵⁸¹ AMELUNG, “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin”. pp. 19 y 20.

⁵⁸² PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 87 - 93.

en todo caso el respeto al tenor literal de los tipos legales por lo que se refiere a la fundamentación de prohibiciones penales”⁵⁸³.

En ese contexto, el criterio del *riesgo permitido* se presentará como un elemento que sirve de filtro al tipo para solo acoger conductas especial o cualificadamente lesivas, que supongan un no reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos, y que, por tanto, los afecten de manera relevante a través de su lesión o puesta en peligro. Dicho criterio, como se ha podido apreciar a través del desarrollo del mismo por distintos autores, permite afirmar que existen cierta *clase de conductas* que no son penalmente lesivas por estar toleradas desde el punto de vista general (Frisch), expresando el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, una conducta permitida de manera general e independientemente del caso concreto (Roxin).

Lo apuntado, aunque desde su particular posición, también es asumido por Kindhäuser, quien refiere que “(...) la teoría de la imputación objetiva no pretende abandonar de ningún modo la distinción entre tipicidad y antijuridicidad, sino que más bien diferencia entre dos clases de causaciones permitidas de resultados. Por una parte, considera que hay causas que, ya por el hecho de estar permitidas, impiden la afirmación de la realización de un tipo; quien coloca esas causas no actúa en ningún caso de manera penalmente relevante. Las causas de esta **clase** son calificadas de riesgo permitido y no fundamentan *per se* ninguna responsabilidad por las consecuencias. Por otra parte hay causaciones que son ciertamente típicas y están prohibidas en general, pero que debido a una situación específica de justificación están excepcionalmente permitidas [causas de justificación]”⁵⁸⁴.

En atención a lo expuesto, advertimos que el *riesgo permitido* trata sobre ciertas clases de conductas que, a pesar de ser peligrosas, se encuentran permitidas en virtud de consideraciones de intereses concurrentes que limitan el alcance de la

⁵⁸³ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 93.

⁵⁸⁴ KINDHÄUSER, “El denominado riesgo no permitido”, p. 55. (negrita nuestra)

norma primaria (o, como se verá más adelante, del deber de conducta) de un modo que no es excepcional (como es el caso de las causas de justificación), sino general⁵⁸⁵.

Cobra importancia, entonces, el que la *teoría de la conducta típica* tenga asignada como primera función el seleccionar aquellas formas de conducta que merecen ser penalmente desvaloradas, quedando fuera del ámbito de tipicidad penal aquellas otras que no sean expresión de un especial quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada, lo que sucede tanto cuando la conducta no es apta para producir resultados típicos como cuando, siendo apta, no se renuncia a su producción *por otras razones*⁵⁸⁶.

Entre aquellas *otras razones*, como expone Frisch, se hallaran las conductas a las que no se puede racionalmente renunciar, toda vez que tal renuncia comportaría más desventajas que beneficios desde el punto de vista social, debiéndose admitir un cierto margen de lesividad derivado de la propia configuración social⁵⁸⁷. Esto se corresponde, siguiendo la línea de pensamiento del citado autor, desde el punto de vista de la teoría de las norma, con el criterio conforme al cual las conductas que están permitidas de modo general por parte del ordenamiento primario previo al Derecho penal, que se manifiestan como ejercicio de la libertad de acción, no pueden castigarse a través del Derecho penal.

Ello se encontrará impedido a través del principio de unidad del ordenamiento jurídico⁵⁸⁸. Además, si el sector del ordenamiento jurídico previo al Derecho penal califica una conducta como ejercicio normal del Derecho, esta, obviamente, no dará lugar a un injusto especialmente cualificado, lo cual en Derecho penal deberá tenerse cuenta mediante la interpretación restrictiva de los elementos del tipo o, si es necesario, mediante una reducción teleológica —en el tipo— aun cuando la citada conducta pueda calzar en el sentido literal del mismo.

⁵⁸⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 82 y 83.

⁵⁸⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 194.

⁵⁸⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 196.

⁵⁸⁸ FRISCH, "Delito y sistema del delito, pp. 219 y 220.

Es más, Alejandro de Pablo Serrano, es de la idea de que podría acogerse “a la teoría de la adecuación social e incluir la “inadecuación social” de la conducta como elemento implícito del tipo penal para dejar fuera aquellos comportamientos que no posean una carga ofensiva digna de consideración”⁵⁸⁹, toda vez que “en ocasiones, la conducta enjuiciada es tan irrelevante por ser socialmente adecuada o por ajustarse a los usos sociales que no puede tener encaje en el tipo penal y, por consiguiente, lo excluye”⁵⁹⁰.

Más adelante, el citado autor precisa que “Conviene, por lo tanto, seguir avanzando para definir la verdadera posición dogmática de la adecuación social. Así, creemos que más que como elemento implícito del tipo penal, la adecuación social caracteriza al tipo en su totalidad y debe recurrirse a ella como principio de interpretación teleológica del tipo penal, que aspira a restringir el ámbito de conductas susceptibles de representar una lesión de entidad considerable para el bien jurídico honor. Siguiendo a ROXIN, dentro de las conductas socialmente adecuadas, los ataques al honor que no encierran suficiente entidad como para considerarlas inofensivas se considerarían atípicos por ser *insignificantes* y *socialmente toleradas*. Precisamente, con esta formulación mantenemos a salvo nuestra preocupación y suspicacia en relación con las teorías que resuelven el conflicto por vía de la tipicidad a costa de negar que el honor ha sido lesionado: si la adecuación social es una forma de interpretar el tipo penal y orientarlo en exclusiva a la concreta protección del bien jurídico honor, no habrá problemas en admitir que ciertas conductas son atípicas porque ni siquiera han afectado al bien jurídico honor, ya que eran socialmente adecuadas; así entendido, desaparece el problema de ignorar que el bien jurídico honor ha sido lesionado porque en tales casos de bagatela, de escasa envergadura o socialmente adecuados, también

⁵⁸⁹ DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 1002.

⁵⁹⁰ DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 1002.

nosotros creemos que el honor no ha sido lesionado y que no puede haber hecho típico”⁵⁹¹.

Así pues, resulta claro que el concepto de riesgo permitido —que tiene como antecedente el de la adecuación social— se ubica dentro del sistema dogmático de interpretación de los tipos penales y, por tanto, de determinación de la responsabilidad, esto es, en el proceso de valoración de la conducta, siendo por ello especialmente importante definir cuál es el nivel máximo de riesgo derivado de una actuación que el ordenamiento jurídico decide permitir⁵⁹².

Coincidimos por ello con Robles Planas, cuando afirma que en virtud del *riesgo permitido*: “Lo que se tolera es la peligrosidad abstracta de ciertos grupos de conductas por su utilidad social: conducción de vehículos, construcción, comercialización de productos, contagio de determinadas enfermedades en transportes públicos, riesgos derivados del deporte, etc. En estos casos —para evitar posibles equívocos— debe aclararse que estamos ante conductas que pertenecen a la *clase de conductas* que no son penalmente lesivas por estar toleradas desde el punto de vista general. Así, solo en la medida en que la conducta objeto de análisis abandone las características que son propias de aquella clase de conductas que se toleran de modo general, podrá entenderse que la conducta es típicamente relevante en el sentido de que su configuración evidencia un riesgo (lesividad) típicamente relevante”⁵⁹³.

En esa línea, de acuerdo con Frisch, consideramos que la creación desaprobada del peligro unido a la acción no es un presupuesto de la imputación (entendida como imputación del resultado), sino que ante su ausencia, “lo que en realidad falta es una conducta prohibida (con relación a su posible peligrosidad para bienes). La vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad es, en este sentido, el elemento nuclear de la conducta típica de los

⁵⁹¹ DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 1003.

⁵⁹² PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 136.

⁵⁹³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 197. (cursivas del autor)

delitos de resultado. Cuando no concurre este aspecto falta también la conducta presupuesta en los tipos de delito de resultado consumados”⁵⁹⁴.

En efecto, como adelantáramos en clave informativa, pero que ahora asumimos por considerarlo un argumento acertado, de lo que se trata realmente es de la cuestión de si lo que debe ser visto como acción y posiblemente también imputado a la culpabilidad debe estar *jurídicamente desaprobado*, interesando el contenido del Derecho (la relación de la concreta conducta con el Derecho) o, en otras palabras, la índole de las relaciones jurídicas entre individuos, la amplitud y las fronteras de la libertad a reconocer y no la imputación propiamente dicha⁵⁹⁵. Todo ello, es producto de principios que ofrecen un baremo totalmente abstracto en el seno del programa del ordenamiento jurídico: en especial, la idea de llevar la libertad del uno con la libertad (y los bienes) del otro, según una ley general, a una relación (recíprocamente) aceptable por todos los sectores⁵⁹⁶.

En pocas palabras, consideramos que en lo concerniente a la desaprobación jurídica de las conductas, de lo que en realidad se trata es de los alcances y límites de la libertad jurídicamente reconocida, que es una cuestión necesariamente previa al problema de la imputación, teniendo también principios y reglas absolutamente divergentes⁵⁹⁷, entre los que “forman parte sobre todo los criterios que se llevan practicando desde hace tiempo en el marco de la llamada ponderación de intereses, tales como la idoneidad y necesidad de determinadas restricciones de la libertad para la conservación de los bienes y libertades, la valoración positiva de determinados bienes y libertades, el que puedan esperarse

⁵⁹⁴ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, pp. 49 y 50.

⁵⁹⁵ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 58.

⁵⁹⁶ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 59.

⁵⁹⁷ ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, p. 81.

determinadas medidas de protección por parte de los propios titulares de derechos responsables, etc.⁵⁹⁸

En atención a lo señalado, es que se ha considerado conveniente emplear la teoría sobre el comportamiento típico realizada por Frisch, ya que esta, como se observó líneas arriba, traslada exitosamente la ponderación y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) al campo del Derecho penal, siendo ello una cuestión fundamental en un planteamiento puramente normativista, lo que, además, cobra mayor importancia cuando se sabe que el aplicador del Derecho deberá incidir en el marco que el legislador ha programado que lo haga, por lo que no podrá prescindir de las valoraciones de las que el legislador debió partir a la hora de dictar las leyes.

En este orden de ideas, y ya a lo que a este trabajo de investigación interesa, se debe recalcar, que todo aquel comportamiento que supere satisfactoriamente la ponderación a realizarse en el conflicto entre el ejercicio legítimo a la libertad de expresión y el derecho al honor, no será considerado como una *intervención ilegítima* o, en términos propios de la dogmática penal, *no generará riesgo prohibido alguno*, toda vez que se entenderá como una expresión de las libertades jurídicamente reconocidas y, como se sabe, solo se puede reaccionar a través del Derecho penal ante un hecho que merece y necesita pena, ya que reaccionar “en nombre del Derecho ante una conducta que no contradice el ordenamiento jurídico sería paradójico, irracional e injusto, porque la conducta jurídicamente correcta merece confirmación y no reprobación”⁵⁹⁹.

Lo señalado cobra mayor fuerza argumentativa cuando, de acuerdo a Robles Planas, “La libertad de actuación es lo que otorga sentido a la existencia de bienes jurídicos (sin conexión con ella los bienes no interesan), de manera que su consideración aquí como parte esencial del conflicto es ineludible, Tan solo aquellas formas de conducta que traspasen la frontera de la cristalización del

⁵⁹⁸ FRISCH, “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, p. 59.

⁵⁹⁹ FRISCH, “Delito y sistema del delito”, p. 204.

conflicto de intereses representado entre libertad de actuación y protección de bienes, van a ser, en primer término, las que interesen al Derecho penal”⁶⁰⁰.

Por ello mismo, distintos autores también han sido de la idea —aunque desde aristas y fundamentos diversos— de trasladar el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información y el honor al campo de la tipicidad y no de la antijuridicidad.

Así, de acuerdo a Alejandro de Pablo Serrano, Morales Prats “considera que el rol dogmático de las libertades informativas en sus relaciones con el bien jurídico honor no puede reducirse al juicio de antijuridicidad, sino que hay que tomar partido en una fase previa, en el juicio de tipicidad, desterrando el automatismo de creer que estamos ante conductas indiciariamente antijurídicas que a lo sumo pueden estar excepcionalmente justificadas por el Ordenamiento”⁶⁰¹. Tal posición la fundamenta, a diferencia de nosotros, en la teoría de la adecuación social, proponiendo integrar por vía interpretativa o como exigencia implícita del tipo penal de la injuria (en calidad de criterio de incriminación legislativa) el elemento de la *inadecuación social*. Esto, con el objeto de dejar en claro que “un ejercicio socialmente adecuado de las libertades informativas, en tanto que sean éstas en el caso concreto proyección del orden político y social definido en la Constitución y asentado en los principios de libertad y de pluralismo, no sería penalmente típico por atentar contra el honor puesto que, desde una perspectiva valorativa-material, al ser socialmente adecuado no podría subsumirse en la descripción típica”⁶⁰².

Alejandro de Pablo Serrano, también nos indica que Asúa Batarrita, aunque desde un fundamento distinto, arriba a la misma idea. Así pues, partiendo del sentido sustancial de la prohibición típica, que de acuerdo con la *teoría de la imputación objetiva* es un elemento de la tipicidad Asúa Batarrita sostiene que lo determinante es clarificar los elementos de la conducta típica y estudiar si se han desplegado en

⁶⁰⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*”, p. 195.

⁶⁰¹ Esa es la posición de MORALES PRATS, comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 992.

⁶⁰² Esa es la posición de MORALES PRATS comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 992.

el marco de los límites derivados de su propia función, de tal forma que si está ausente algún requisito necesario para considerar ejercida la libertad de información dentro de sus límites, entonces deberá admitirse que se ha incurrido en un *riesgo no permitido* o en un incremento del riesgo admitido, constatándose la tipicidad de la conducta; por el contrario, “si la libertad informativa respetó su espacio propio, aunque afectara al honor de una persona, su ejercicio no habrá contrariado el verdadero sentido de la prohibición típica de los ataques contra el honor”⁶⁰³.

De igual manera, Quintero Olivares, como explica Alejandro de Pablo Serrano, parte de la *tesis de la delimitación de los derechos fundamentales* para sostener que una determinación correcta de los límites internos del derecho al honor y de las libertades de expresión e información, permitirá evitar llegar al absurdo de que el adecuado ejercicio de un derecho fundamental pueda revestir carácter típico. Desde esa perspectiva, para Quintero Olivares, se despreciaría y minusvaloraría una libertad fundamental de la categoría de la libertad de expresión si su ejercicio fuera siempre examinado en sede de la antijuridicidad a través de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho⁶⁰⁴.

Nosotros, en principio, si bien compartimos dicha idea, consideramos que para dar por sentado que se ha creado un riesgo no permitido no bastará con observar si el ejercicio del derecho en mención se encontró en sintonía con sus límites internos, sino que será necesario el análisis de los límites externos (su especial situación conflictiva con el honor) a partir de la realización del test de ponderación en sede del tipo.

Adicionalmente a ello, Alejandro de Pablo Serrano menciona también que López Peregrín excluye la tipicidad del ataque al honor a través del esquema secuencial de la *teoría de la imputación objetiva*, siempre que: “a) la conducta informativa no represente un peligro *ex ante* o cree un riesgo permitido por razones de utilidad

⁶⁰³ Esa es la posición de ASÚA BATARRITA, comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 993.

⁶⁰⁴ Esa es la posición de QUINTERO OLIVARES, comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 994.

social, y b) cuando no se realice el riesgo en el resultado, bien porque se imputen hechos ciertos que no representan un peligro *ex ante* para la pretensión de respeto que se deriva del valor real (honor real o merecido) del sujeto, bien cuando se imputen hechos falsos sin conocimiento de su falsedad ni temerario desprecio a la verdad, pues en tal caso el *riesgo permitido* no se habrá superado dado que en estos supuestos se amplía el ámbito de lo permitido para potenciar el debate abierto sobre asuntos de interés general⁶⁰⁵. Igualmente, Alejandro de Pablo Serrano sostiene que Fernández Palma también apuesta por la resolución del conflicto en la tipicidad, recurriendo para ello a la teoría del riesgo permitido⁶⁰⁶.

Por nuestro lado, consideramos que, si como sostiene Montoya⁶⁰⁷, la decisión sobre la restricción del marco de libertades de una persona depende de criterios materiales que ayuden a racionalizar el sentido del tipo penal de cara a evaluar la relevancia lesiva de una concreta conducta y su posible sanción; y que, como explica Meini, la determinación del *riesgo típico* significa la aplicación de los principios jurídico-penales (autorresponsabilidad, exigibilidad y principalmente de la ponderación del ejercicio de libertades) en sede de tipicidad⁶⁰⁸; lo más razonable, es sostener que, en sintonía con el principio de proporcionalidad, no cualquier mínima afectación al honor podría ser objeto de tutela penal ni mucho menos poder calificar como una conducta típica, sobre todo si la situación especialmente conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión e información con el honor es cotidiano, representando así el ejercicio del primero, en tanto se realice de acuerdo a las condiciones que lo hacen un ejercicio legítimo, una conducta aceptada desde el punto de vista general (Frisch), que expresa el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, una conducta permitida

⁶⁰⁵ Esa es la posición de López Peregrín, comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 994.

⁶⁰⁶ Esa es la posición de Fernández Palma, comentada por DE PABLO SERRANO, *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*, p. 993.

⁶⁰⁷ MONTROYA, "Aproximación a una funcionalización constitucional de la teoría del delito". p. 119

⁶⁰⁸ Lo que, como indica Meini, se observa de mejor manera cuando se revisan los diversos criterios de imputación objetiva que la doctrina ha sistematizado para orientar el juicio de tipicidad a través de la interpretación teleológica (principio de confianza, prohibición de regreso y la imputación o autopuesta en peligro de la propia víctima). Ver: MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, pp. 174-175.

de manera general e independientemente del caso concreto (Roxin). No se trata de una conducta excepcionalmente permitida (que es lo propio de las causas de justificación), sino de una que, tanto por su aspecto objetivo como subjetivo, no solo debe ser generalmente permitida, sino también fomentada y cautelada dada su importancia para *la organización democrática de la convivencia humana*.

En resumen, la posición aquí asumida consiste en que solo será típica la realización de un comportamiento que es contrario a lo prescrito en la norma primaria y, a su vez, *desvalorado*, por suponer una intromisión arbitraria en el marco de libertades garantizadas al interior del sistema jurídico. Para esto, como condición necesaria, se requerirá la presencia de un componente de desvalor objetivo, esto es, la creación de un riesgo fuera de los alcances del permitido (*la creación de un riesgo no permitido*), por lo que una conducta que cumple con las condiciones de seguridad impuestas por el propio sistema jurídico para reducir la probabilidad de producción de resultados lesivos⁶⁰⁹, aun cuando naturalísticamente haya causado un mal para terceros, no podrá considerarse típico.

Teniendo en cuenta lo acabado de mencionar, sostenemos que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión supone precisamente que se han respetado el conjunto de condiciones impuestas por el propio sistema jurídico (veracidad, prohibición de excesos y, en ciertos casos, interés público), de manera que, de modo alguno, podría señalarse que se ha realizado un comportamiento que de manera jurídicamente desaprobada ha creado un riesgo prohibido, por lo que, es innecesario ponderar circunstancias excepcionales en atención a un especial contexto, ya que la conducta realizada se enmarca al interior del marco de libertades jurídicamente garantizadas.

⁶⁰⁹ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 168.

V. CUARTO CAPÍTULO: LA ANTIJURIDICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

5.1. Alcance previo

Lo sostenido por Welzel⁶¹⁰ acerca de que la tripartición del delito fue el más importante progreso dogmático de las últimas dos o tres generaciones no ha perdido vigencia, toda vez que, pese a ya no sostenerse (o, por lo menos, no mayoritariamente) la perspectiva ontológica del sistema finalista, hoy en día la doctrina dominante sigue empleando tal estructura como un medio idóneo para calificar o no a un comportamiento como delito.

Así, a través del tipo, en vista de que no todo comportamiento contrario a Derecho puede ser penado, sino solo aquel que suponga un especial quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada, se seleccionan aquellas acciones que incorporan un injusto jurídico-penalmente relevante, que en virtud de su grado de dañosidad social hace legítima la consecuencia jurídica consistente en una «pena criminal»⁶¹¹.

Luego de dicho examen, esto es, una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, se procede con el siguiente paso en orden a la averiguación de si el comportamiento puede engendrar responsabilidad penal: la determinación de la *antijuridicidad*, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito⁶¹².

Con relación a esto último, Muñoz Conde precisa que “El Derecho penal no crea la *antijuridicidad* sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad), pero esta presunción puede ser

⁶¹⁰ SANZ MORÁN, “Teoría general de la justificación”, p. 76.

⁶¹¹ Así, entre otros, GÜNTHER, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, p.46.

⁶¹² MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 299.

desvirtuada por la concurrencia de una *causa de justificación* excluyente de la antijuridicidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuridicidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico”⁶¹³.

Incluso desde su postura bipartita, Mir Puig sostiene que “(...) la sola concurrencia del tipo positivo ya basta para considerar “relevante” el hecho para la consideración jurídico-penal (como Welzel ha dicho, matar a una persona, aunque sea justificadamente, tiene siempre mayor relevancia que matar a un mosquito). Dicha “relevancia” es suficiente para que de la concurrencia del tipo del delito se desprenda ya una “función de llamada” o de advertencia. La razón de todo ello es que la realización del tipo de delito supone ya un ataque imputable del bien jurídico correspondiente, ataque que no desaparece, sino que sólo se justifica, cuando concurre alguna causa que excluye la antijuridicidad”⁶¹⁴.

En el ámbito nacional, el maestro Peña Cabrera indicó en su momento que “La contrariedad de la conducta con el derecho se establece por su resuelta antinormatividad (prohibición) y por la *ausencia de conceptos permisivos (no permisión)* llamadas “causas de justificación”. Se comprueba que la tipicidad penal aparece como un indicio de la antijuridicidad, lo que viene a significar que los preceptos permisivos asuman posición decisoria para abatir el carácter indiciario del tipo. El efecto irradiante de los preceptos permisivos es amplio, rebasa el ámbito penal e incursionan en todo el territorio globalmente considerado del ordenamiento jurídico”⁶¹⁵.

⁶¹³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 299. (cursiva nuestra)

⁶¹⁴ MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, pp. 428 y 429. El citado autor también señaló que “El desvalor del hecho típico no puede verse en la infracción de la norma primaria (contra lo que sostiene el finalismo), porque por de pronto el hecho típico puede estar justificado y entonces está permitido y no puede infringir la norma. Sin embargo, la valoración negativa de la conducta y del resultado típico es un presupuesto implícito de la norma prohibitiva que no desaparece aunque el hecho típico deje de prohibirse por estar justificado. En este caso el hecho típico no deja de prohibirse porque las causas de justificación hagan desaparecer la lesión o puesta en peligro del bien jurídico-penal y la peligrosidad típica de la conducta (que en sí mismos, aisladamente considerados, han de verse como un “mal”), sino porque resultan necesarios para evitar otro *mal mayor*” (p. 159).

⁶¹⁵ PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, pp. 393 y 394.

Con relación a los efectos de la justificación, el profesor Hurtado Pozo es de la idea de que la antijuridicidad es una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico, es una noción común a todos los dominios del Derecho y no una categoría propia del ámbito penal “Por esto, las normas permisivas, con independencia de su naturaleza (civil, administrativa o pública) la excluyen de todo acto, incluso del hecho conforme a un tipo penal”⁶¹⁶.

Sobre la base de lo expuesto, se puede advertir que la realización de un comportamiento de riesgo no permitido nos enmarcará dentro de lo socialmente dañoso y en ningún caso adecuado socialmente⁶¹⁷. No obstante, de modo *excepcional*, puede que el comportamiento que configuró el tipo indiciario de injusto se encuentre justificado, lo cual en nada alterará la tipicidad del comportamiento, sino que, ante un caso en concreto, tal acción se entenderá tolerada o permitida, pero al menor sobrepaso de los límites de la autorización, la comentada autorización decaerá y el comportamiento seguirá estando prohibido aun en tales circunstancias⁶¹⁸.

Por ello mismo, el considerar que, pese a que se cumplan con las exigencias de los límites internos y externos del derecho a la libertad de expresión e información, el conflicto entre ambos derechos se resolverá en sede de antijuridicidad, sosteniéndose así que el ejercicio legítimo de la libertad de expresión sí puede configurar el tipo penal de un delito contra el honor (la difamación), nos llevaría a afirmar que el ejercicio legítimo del citado derecho solo resulta tolerado a razón de excepcionales circunstancias; lo que, no solo no concuerda con la importancia de los derechos al interior del Estado Constitucional, sino que tampoco explica cómo, pese a que la libertad de expresión es una pieza clave para el desarrollo de la persona y la sociedad en su conjunto⁶¹⁹, más aun cuando su correcto ejercicio coadyuva a la formación de la opinión pública, que es consustancial al carácter

⁶¹⁶ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 513.

⁶¹⁷ En términos similares: WOLTER, “Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad”, p. 7.

⁶¹⁸ KINDHÄUSER, “El consentimiento en el Derecho penal. Reflexiones desde las teorías de las normas”. p. 566.

⁶¹⁹ HUERTA GUERRERO, *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio*, p. 1.

democrático del Estado⁶²⁰, pueda sostenerse su carácter típico, es decir, considerársele como una conducta que simboliza la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos.

Consideramos que es sumamente cuestionable el tratamiento jurisprudencial que se brinda al derecho a la libertad de expresión en nuestro país, toda vez que el mismo no supone otra cosa más que el ejercicio de un derecho fundamental que va de la mano con la propia fuerza normativa de la Constitución y, consecuentemente, con la fuerza que los derechos en ella previstos también gozan. Sobre todo si su correcto ejercicio coadyuva a la formación de la opinión pública, que es consustancial al carácter democrático del Estado y, como explicaremos a continuación, sus características no sintonizan con el contexto común ni con fundamento último que las informa.

5.2. La antijuridicidad, el injusto y las causas de justificación

5.2.1. Concepto

En términos generales, la *antijuridicidad* puede entenderse como la contrariedad de la acción realizada (hecho típico) con el Derecho, suponiendo así un juicio sobre el hecho, que es comparado con el ordenamiento jurídico para arribar a si efectivamente es o no contrario a este. Ello, ya que en el ordenamiento jurídico existen supuestos en los que se permite excepcionalmente la realización de un comportamiento típico y, como consecuencia de tal autorización, no concurre la antijuridicidad⁶²¹.

En sintonía con lo acabado de señalar, el profesor Bramont Arias, sostuvo que la justificación de una acción típica se deduce, en los casos concretos, de la colisión entre la norma prohibitiva o precepto en el que se basa el tipo de lo injusto y una norma permisiva. A lo que agregó que “Frente a los tipos de injusto se hallan los

⁶²⁰ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”, p. 287.

⁶²¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p.613.

tipos permisivos que consienten, con carácter de excepción, las llamadas causas de justificación: una conducta lesionadora de bienes jurídicos, que impiden que la prohibición se concrete en un deber jurídico: la conducta justificada sigue siendo “típica”, pero no contiene una lesión del deber jurídico”⁶²².

Los profesores Jeschek y Weigend son de la idea de que la exclusión de la antijuridicidad de acciones típicas se deriva del hecho de que el Ordenamiento no sólo está constituido por prohibiciones, sino que también conoce autorizaciones que, bajo determinados presupuestos, levantan a las primeras, esto es, que las autorizaciones están revestidas de proposiciones permisivas (*tipos de justificación*), que prevalecen frente a los tipos de injusto, de manera que, cuando concurre una causa de justificación, la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto deja de ser eficaz como deber jurídico en el caso concreto⁶²³.

Por ello no es de extrañar que, como indica López Barja de Quiroga, a la teoría de la antijuridicidad se la denomine como *teoría de las autorizaciones*, pues el examen sobre la antijuridicidad de un hecho típico exige, presupuesta la tipicidad, la búsqueda de una *causa* que autorice la realización del hecho, esto es, las denominadas *causas de justificación*. Es en atención a esto que, en la práctica, la función del juicio de antijuridicidad se reduce a una constatación negativa de la misma vía la determinación de si concurre o no alguna causa de justificación⁶²⁴.

Así pues, queda claro que el ordenamiento jurídico no se compone únicamente de prohibiciones, sino que también acoge preceptos permisivos de cara a la realización de un comportamiento típico; con esto, se afirma que en ciertos casos el indicio de antijuridicidad que supone la tipicidad quedará desvirtuado por la presencia de una causa de justificación que excluirá la antijuridicidad y, de acuerdo a Muñoz Conde, el hecho en sí típico se convertirá en uno lícito y aprobado *frente a todo el ordenamiento jurídico*.

⁶²² BRAMONT ARIAS, *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general*, p. 335.

⁶²³ JESCHECK, Hams-Heinrich y WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ta edición, Franada (Editorial Comares), 2002, p. 346.

⁶²⁴ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 299. Con el mismo criterio, pero en el ámbito nacional: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, p. 530; VILLAVICENCIO, *Derecho penal. Parte general*, p. 530.

Brevemente, en la línea del citado autor, se pueden apuntar las siguientes consecuencias⁶²⁵:

- a. Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa, ya que esta presupone una agresión antijurídica.
- b. La participación en un acto justificado del autor está también justificada.
- c. Las causas de justificación impiden que al autor del hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, pues su hecho es lícito frente a todo el ordenamiento jurídico.
- d. La existencia de una causa de justificación exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, ya que para tal evaluación debe haberse comprobado previamente lo antijurídico del comportamiento.
- e. El ámbito de las causas de justificación se extiende hasta donde llega la protección normativa del bien que, por renuncia de su titular o por mayor importancia de otro, se permite atacar. Toda extralimitación o exceso en el ejercicio de una causa de justificación será, por tanto, antijurídica.

Un punto sumamente relevante a tomar en cuenta es que, dado que el juicio sobre la antijuridicidad supone el análisis sobre la concurrencia o no de una causa de justificación, a partir de la presencia de ésta surge el deber de tolerar la actuación justificada⁶²⁶. Asimismo, debe tenerse en consideración que el catálogo de las

⁶²⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, pp. 307 y 308. Dentro de la doctrina nacional, presentan un desarrollo muy similar de las consecuencias de la presencia de una causa de justificación: PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, p. 53; VILLA STEIN, *Derecho penal. Parte general*, pp. 345 y 346; BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de Derecho penal. Parte general*, pp. 272 y 273.

⁶²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p.614. Igualmente, en la doctrina nacional, García Caveró sostiene que "Sobre el afectado por una causa de justificación recaerá un deber de tolerancia, lo que le impedirá responder legítimamente frente a la restricción de derechos que supone la actuación justificada. Ver: GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, p. 582.

causas de justificación no es uno cerrado, puesto que las mismas provienen de todo el ordenamiento jurídico⁶²⁷.

Como complemento a esto último, Muñoz Conde es categórico en señalar que “Cualquier acto lícito desde el punto de vista del Derecho público o privado puede serlo también para el Derecho penal y, a la inversa, cualquier actos justificado en el Derecho penal es también un acto lícito para las restantes ramas del Ordenamiento jurídico, aunque en caso de estado de necesidad subsista la responsabilidad civil para el que resulte favorecido por la evitación del mal (...)”⁶²⁸.

Líneas más adelante, el citado profesor, para dotar de mayor precisión a sus ideas, indica que:

“Esto no quiere decir que el Derecho penal no pueda justificar por criterios específicamente penales un hecho típico en el que se observen infracciones administrativas o civiles. Así, por ejemplo, puede apreciarse una causa de justificación en el policía que dispara contra un ladrón con un arma no reglamentaria o en la mujer que aborta por indicación terapéutica sin cumplir los requisitos formales establecidos.

⁶²⁷ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 309. En el plano nacional, Villavicencio indica que: “Se admite que las causas de justificación no son un problema específico del Derecho penal sino del ordenamiento jurídico en general. Por tanto, el catálogo de las causas de justificación es un *catálogo abierto (numerus apertus)* pues el número de causas de justificación no puede determinarse de forma definitiva. En consecuencia, no sólo están previstas en el artículo 20 del Código Penal sino que pueden ser procedentes de cualquier parte del ordenamiento jurídico, existiendo entre éstas y las normas típicas, que sólo se dan en el Derecho penal, una autentica relación complementaria”. Ver: VILLAVICENCIO, *Derecho penal. Parte general*, pp. 530 y 531.

⁶²⁸ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 309. Por su lado, Luzón Peña es categórico en señalar que uno de los efectos de las causas de justificación es la exención de responsabilidad no solo penal, sino de toda otra *responsabilidad jurídica*. Ver: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte general I*, p. 577. Así también, entre otros, puede consultarse: BACIGALUPO, *Derecho penal. Parte general*, p. 340. Ver también: YON RUESTA, “Eximentes incompletas”, p. 841: “Quien actúa amparado al amparo de una causa de justificación, lo hace conforme a derecho. En efecto, la presencia de una causa de justificación exime de responsabilidad y de cualquier calificación de peligrosidad, desestimando la imposición de medida de seguridad alguna; asimismo, exime de cualquier exigencia a título de indemnización en sede civil o responsabilidad administrativa”.

Pero ello no parece motivo suficiente para admitir unas causas de exclusión de la antijuridicidad específicamente penales o una categoría intermedia entre las causas de justificación y las de exculpación, lo que llevaría a una especie de justificación de segunda división, con efectos sólo en la responsabilidad penal. Por tanto, salvo en algún supuesto excepcional de subsistencia del ilícito no penal (...), la justificación penal debe excluir la antijuridicidad en todo el Ordenamiento jurídico”⁶²⁹.

Asimismo, en la doctrina nacional, distintos autores son de la idea de que, bajo el marco de la unidad del orden jurídico, todos los efectos de las causas de justificación serán operativos en el orden jurídico en su totalidad⁶³⁰. Es más, como informa Diez Ripolles, aquella es la postura dominante en el Derecho penal, de manera que rige “(...) una concepción unitaria de la categoría del delito de la antijuridicidad según la cual ésta, así como las causas que la excluyen, deben operar afirmando la ilicitud o licitud de la conducta en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico, sin incluir en el contenido de esta categoría referencias teleológicas propias del sector jurídico en el que se integra, es decir del Derecho penal”⁶³¹.

Para Günther, sin embargo, esto no es necesariamente así, pues si la categoría delictiva de la realización del tipo penal sirve para distinguir entre injusto jurídicopenalmente relevante y el restante injusto (en sentido del resto de ramas del ordenamiento jurídico), debería suponerse que lo mismo ha de regir en la segunda categoría delictiva constitutiva del injusto penalmente relevante, es decir, en sede de «antijuridicidad», de manera que debería designarse más

⁶²⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 309.

⁶³⁰ PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*, p. 532; VILLAVICENCIO, *Derecho penal. Parte general*, p. 532; HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 514.

⁶³¹ DIEZ RIPOLLES, “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”, p.90.

acertadamente «antijuridicidad penal», toda vez que se refiere únicamente a la exclusión del injusto jurídicopenalmente relevante tipificado en el tipo penal⁶³².

En ese sentido, el mencionado el autor distingue entre dos grandes grupos de causas de justificación: a) aquellas que excluyen el injusto y que tienen eficacia en todos los campos del Derecho, de manera que, con más razón aún, logran excluir el injusto penal aunque sea cualificado; y b) otras cuya eficacia se agotaría en eliminar solo el injusto jurídico-penalmente relevante, cuyo indicio era el tipo penal, por lo que las denomina *causas de exclusión del injusto penal*⁶³³.

Si bien es cierto que el análisis de dicha postura escapa a los objetivos del presente trabajo, consideramos adecuado mencionar que distintos autores no han dudado en mostrar sus críticas en contra de la necesidad de distinguir dos clases de causas de justificación, pues ello llevaría a consecuencias inadmisibles⁶³⁴; no obstante que, para otros profesores como Roxin, también debería reconocer con Günther “la posibilidad de una específica exclusión del injusto penal. Pero tales casos son excepcionales, ya que la gran mayoría de causas de justificación proceden de otros campos del Derecho y son válidas sin más en Derecho penal (...)”⁶³⁵.

Para Jaén Vallejo, esto evidencia que la dogmática de las causas de justificación se encuentra en una etapa de transformaciones como consecuencia de un amplio tratamiento en los últimos años en la teoría del Derecho penal, principalmente en Alemania. En ese sentido, el mencionado autor, indica que, si bien generalmente se ha entendido, “sobre la base del principio dominante de la unidad del ordenamiento jurídico y, por tanto, de un concepto común de antijuridicidad, que las causas de justificación, provenientes de todo el ordenamiento jurídico, tienen efectos en otros ámbitos jurídicos”; lo cierto es que, “últimamente, ante la diversidad de las funciones de los distintos ámbitos jurídicos se discute la cuestión de si hay que reconocer una antijuridicidad penal específica, llegándose a afirmar

⁶³² GÜNTHER, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, p.48.

⁶³³ GÜNTHER, “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”, p.48 y 49.

⁶³⁴ CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*, p. 192.

⁶³⁵ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 572.

que una conducta típica puede no ser penalmente antijurídica, aunque sí respecto del resto del ordenamiento jurídico”⁶³⁶.

Al respecto, comentando la postura de Günther, el mencionado autor indica que “(...) junto a las causas generales de exclusión del ilícito, que convierten en lícitas, para el conjunto del ordenamiento jurídico, conductas penales típicas, existirían otras genuinas causas de exclusión del ilícito penal, de naturaleza genuinamente jurídico penal”. Luego, con mayor precisión, señala que “(...) Günther, separando los conceptos de antijuridicidad penal y antijuridicidad general, distingue entre “causas *impropias* de exclusión de lo ilícito penal y “causas *propias* de exclusión de lo ilícito penal”. Sólo estas últimas tienen una función específicamente jurídico-penal, disminuyendo lo ilícito definido en el tipo penal por debajo del nivel de merecimiento de la pena y renunciando por ello el Derecho penal a expresar la reprobación específicamente penal del hecho. Es decir, Günther entiende que el fundamento del tratamiento de la desaprobación jurídico-penal específica, luego del merecimiento de pena, se apoya fundamentalmente en el principio de proporcionalidad, que impide fundamentar la aplicación de una sanción tan grave como es la pena cuando el grado de ilicitud no es suficiente”⁶³⁷.

Además, Jaén Vallejo, como parte de las transformaciones de la dogmática de las causas de justificación, también indica que desde hace un tiempo, se viene afirmando que determinadas conductas y situaciones —como la que se produce en el clásico caso de los exploradores de cavernas o en el de la tabla de Carneades— pertenecería a un “ámbito libre de derecho”. Para el citado autor, según dicha línea de pensamiento “hay un ámbito de la vida humana y social, dentro del cual no existen disposiciones jurídicas que indiquen el comportamiento debido; el ordenamiento renuncia a toda valoración y deja la decisión en manos del afectado, aceptando la conducta resultante, cualquiera que sea esta. Luego, según este punto de vista, habría un grupo de acciones caracterizadas por su neutralidad, por no ser lícitas ni antijurídicas: no serían lícitas porque ello exigiría

⁶³⁶ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p. 107.

⁶³⁷ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p. 108.

una valoración positiva por parte del ordenamiento que no se daría en estos casos, y tampoco serían ilícitas porque no se podría hacer el juicio de ilicitud necesario”⁶³⁸.

Adicionalmente a ello, el profesor Jaén Vallejo también hace mención a otra tendencia en la doctrina que efectúa distinciones en las consecuencias jurídicas de las causas de justificación, toda vez que distingue entre aquellas que justifican la acción más no sus consecuencias (*autorizaciones de acción*), y aquellas que justifican la acción y sus consecuencias (*autorizaciones de intervención*). El citado catedrático señala que todas ellas “suponen una valoración positiva de la conducta, pero el fundamento y efectos de unas y otras es diferente. Las justificaciones que conceden una autorización de intervención se fundan en que el bien jurídico afectado por la conducta justificada ya no es digno de protección en la situación concreta; por ejemplo, porque ha de ser sacrificado por otro interés amenazado preponderante en el caso de la defensa necesaria y el estado de necesidad. En estos casos, la norma permisiva base de la causa de justificación hacer surgir un derecho de intervención respecto del bien jurídico lesionado, que implica a su vez, por parte del afectado, un deber de tolerancia. En cambio, las justificaciones que conceden una autorización de acción se fundan, no ya en la ausencia de merecimiento de protección del bien jurídico afectado, sino en el principio del riesgo legítimo (permitido); el ordenamiento jurídico acepta ciertas conductas a fin de posibilitar su realización, asumiendo el riesgo que con ellas se lesiones un bien jurídico, que, no obstante, sigue siendo merecedor de protección”⁶³⁹.

Con relación a esto último, en lo que al objeto de nuestro trabajo interesa, cabe indicar que lo señalado por el autor le permitió defender la idea consistente en que “La consideración de la causa de justificación del ejercicio de la libertad de expresión como una autorización de acción supone que el Derecho justifica la acción típica que, con ocasión del ejercicio de aquella libertad, realice el autor,

⁶³⁸ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p. 108.

⁶³⁹ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, pp. 109 y 110.

porque en un Estado democrático de Derecho es necesario que aquel derecho, cuando tenga por objeto la participación en la formación de opinión pública en asuntos de Estado, de la comunidad social o de interés público en general, pueda desenvolverse ampliamente y por ello asume el riesgo de aquella lesión, sin renunciar a la protección jurídica del honor. Pero, evidentemente, toda autorización para la realización de un comportamiento típico, cualquiera que sea su naturaleza (...) depende de determinados requisitos, siendo [en este caso] los requisitos de legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad expresión (...)”⁶⁴⁰.

Sin perjuicio de que líneas más adelante profundicemos en las razones por los cuales consideramos que el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información supone un hecho atípico y no uno solamente tolerado o justificado a razón de circunstancias excepcionales que son propias de las causas de justificación; lo cierto es que, de plano, podemos hacer mención —como hemos venido haciéndolo en otros capítulos del presente trabajo— que precisamente las condiciones de legitimidad a las que hace mención el profesor Jaén Vallejo, así como la importancia misma del citado derecho, y el hecho de que su relación conflictiva con el derecho al honor sea algo que ocurra constantemente en la interacción de nuestra sociedad, nos permite sostener que se trata de un riesgo permitido.

El propio Jaén Vallejo señaló en su momento que la sociedad actual es una sociedad de riesgos⁶⁴¹, por lo que, “el ciudadano tiene que soportar el coste de vivir en una sociedad de libertades y de los mass media, en la que el riesgo de sufrir ataques en aquellos derechos es, en determinados supuestos, elevado”⁶⁴². Siendo esto así, consideramos que el titular de ciertos bienes debe aceptar la posibilidad de sufrir ataques en aquellos derechos que, al no ser especialmente ofensivos, como sería el caso del ejercicio legítimo de un derecho, no deberían activar la maquinaria penal que solo responde ante comportamientos especialmente ofensivos. El derecho a la libertad de expresión e información,

⁶⁴⁰ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p. 110.

⁶⁴¹ JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p.95.

⁶⁴² JAÉN VALLEJO, “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”, p.95.

como indicáramos, no sería más que una conducta aceptada desde el punto de vista general (Frisch), que expresa el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, una conducta permitida de manera general e independientemente del caso concreto (Roxin). No se trata de un comportamiento excepcionalmente permitido (que es lo propio de las causas de justificación), sino de una que, tanto por su vertiente objetiva como subjetiva, no solo debe ser generalmente permitida, sino también fomentada y cautelada dada su importancia para *la organización democrática de la convivencia humana*.

Asimismo, el caso concreto del ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información tampoco se acomodaría a las transformaciones que la dogmática de las causas de justificación ha sufrido, pues la ponderación que se realiza para la resolución de sus supuestos de conflicto no se identifica en estricto a la que se realiza en sede de antijuridicidad, pues esta obedecería a una configuración previa señalada no solo por el legislador al momento de emitir una fórmula normativa que limita externamente la libertad de expresión, sino también por ser esta una ponderación general y no atada a circunstancias excepcionales, toda vez que su realización no supone necesariamente una lesión intensa en el honor de otra persona, pues al cumplir el conjunto de exigencias que el propio ordenamiento jurídico impone solo queda un riesgo residual que no fundamenta ni justifica la intervención penal.

Advertimos también, que no nos encontramos ante un “ámbito libre de derecho”, pues sí existen disposiciones jurídicas que indiquen el comportamiento debido; por lo que, no podría señalarse que el ordenamiento renuncia a toda valoración y deja la decisión en manos del afectado, aceptando la conducta resultante, cualquiera que sea esta. Es muy claro el desarrollo de los elementos que legitiman el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información. Incluso, es una tarea del Estado no solo abstenerse de limitar dicho derecho de manera arbitraria, sino también coadyuvar a su mejor desarrollo y tutela.

Ahora, por otro lado, un punto importante a tomar en cuenta es que, pese a que por algún sector de la doctrina se emplea el término de antijuridicidad y el de

injusto como equivalentes, lo cierto es que deben diferenciarse, pues la primera es un predicado de la acción, esto es, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al ordenamiento jurídico; mientras que, lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma ya como antijurídica⁶⁴³.

Asimismo, con relación a la antijuridicidad, cabe comentar que con von Liszt se llevó a cabo una distinción de la misma en dos aspectos: el formal y el material. En ese sentido, el citado autor señalaba que “el acto es formalmente contrario a Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico” a lo que, luego, añadía “el acto es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad (antisocial)”⁶⁴⁴.

Sin embargo, para nosotros, siguiendo lo sostenido por Muñoz Conde, la antijuridicidad formal y material son aspectos de un mismo fenómeno, pues una acción que contradice la norma de manera puramente formal no podría ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada de ese modo aquella lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente⁶⁴⁵.

En definitiva, sostenemos que la “esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción”⁶⁴⁶.

5.2.2. Antecedentes: Las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad

⁶⁴³ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 300.

⁶⁴⁴ von Liszt, citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 615.

⁶⁴⁵ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 301.

⁶⁴⁶ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 301.

En el segundo capítulo de la presente tesis se desarrolló el tema en mención de manera sucinta, pues la finalidad principal era mostrar la evolución del tipo penal y no la de la antijuridicidad en sí misma, siendo, ahora, nuestro objetivo mostrar la relación entre ambos compartimentos de la teoría del delito. Por ello, a continuación se buscará precisar las mencionadas etapas en aras a ofrecer una mejor exposición sobre el tema a tratar, esto es, lo concerniente a la antijuridicidad y su relación con el tipo penal.

De acuerdo a López Barja de Quiroga⁶⁴⁷, a quien en estricto seguiremos para realizar un análisis sobre el desarrollo histórico del instituto materia de análisis, las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad pueden expresarse en las siguientes etapas:

a. La fase de independencia

Con esta fase se hace mención a la concepción de Beling. Dicho autor, como ya se mencionó en el anterior capítulo, sostuvo que el tipo penal era meramente descriptivo y, por tanto, no admitía valoración alguna. Las valoraciones debían llevarse a cabo en la antijuridicidad, con lo que resalta la independencia entre ambos compartimentos de la teoría del delito.

b. La fase indiciaria

Se trata de la concepción de M. E. Mayer. En ese sentido, López Barja de Quiroga nos recuerda que para tal autor el afirmar que una conducta era típica ya era un *indicio* de que también era antijurídica. Se afirmó así que la tipicidad es indicio (*ratio cognoscendi*) de la antijuridicidad, de manera que el tipo ya no se entendería al tipo penal como un elemento meramente descriptivo, sino que también contendría un significado indiciario; no obstante, el tipo y la antijuridicidad seguirán

⁶⁴⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 608.

siendo independientes aunque exista una relación (indiciaria) entre una y otra categoría.

c. La fase de dependencia

Esta es la concepción de Mezger. Dicho autor consideró que la tipicidad no es un mero indicio de la antijuridicidad, sino que constituye su misma razón de ser (su esencia). A mayor ahondamiento, de acuerdo a Reyes Echandía, para Mezger el delito “es acción antijurídica, pero al mismo tiempo y siempre, típicamente antijurídica”⁶⁴⁸. Seguidamente el mencionado autor añade, citando textualmente a Mezger, que: “el tipo jurídico-penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuridicidad penalmente relevante de la acción: *es fundamento real y de validez [ratio essendi] de la antijuridicidad*, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad”⁶⁴⁹.

Así pues, en esta fase la tipicidad se conforma como la *ratio essendi* de la antijuridicidad, por lo que la tipicidad y la antijuridicidad no son independientes, siendo preciso en la definición analítica del delito fusionar los mencionados elementos, lo que lleva a que se elabore una antijuridicidad tipificada y una tipicidad amplísima que abarca la antijuridicidad.

La teoría de los *elementos negativos del tipo* va en la misma línea de fusionar la tipicidad y la antijuridicidad. Al interior de dicha postura se entiende que el tipo contiene elementos positivos (descritos en cada tipo) y elementos negativos que son las causas de justificación. “De manera que existe un tipo referido al mandato o a la prohibición (el tipo de la parte especial) y un tipo referido al permiso (es decir, excluyente del injusto), siendo recomendable, a juicio de Roxin, «abarcar ambos tipos en un tipo total».

⁶⁴⁸ Mezger, citado por REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, p. 26.

⁶⁴⁹ Ver: REYES ECHANDÍA, *Antijuridicidad*, p. 26.

d. La fase de la regla-excepción

López Barja de Quiroga, describiendo la posición de Bacigalupo, refiere que, hoy en día, las citadas teorías se encuentran superadas, ya que las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad se entienden como una relación de regla (la conducta típica por regla es antijurídica) y excepción (no obstante, excepcionalmente, puede hallarse justificada). Asimismo, López Barja de Quiroga añade que en ambos conceptos (tipo y antijuridicidad) se reconoce la existencia de elementos descriptivos y normativos.

5.2.3. Fundamentos de las causas de exclusión del injusto

Como hemos mencionado, la realización de un comportamiento de riesgo no permitido nos enmarcará dentro de lo socialmente dañoso y en ningún caso adecuado socialmente; por lo que, la justificación de semejante conducta deberá presentar una fundamentación razonable, que permita sostener que, pese a la conducta típica realizada, existen razones para que la misma no dé lugar a un injusto penal.

En ese sentido, López Barja de Quiroga indica que para determinar cuándo una conducta está justificada es preciso indicar cuál es la fundamentación en la que se basa tal afirmación, lo que implica averiguar cuál es el o los principios en los que se sustenta la excepcional justificación de un comportamiento típico⁶⁵⁰. El mencionado autor señala que es habitual en la doctrina diferenciar entre las teorías monistas y teorías pluralistas, en función a que se acuda a un único principio o se utilicen varios.

En efecto, las teorías monistas de la justificación plantean la idea de que el único fundamento de las causas de justificación es un único principio justificante, por lo que necesariamente recurren a altos niveles de abstracción bajo la fórmula de

⁶⁵⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 640.

«más utilidad que daño social» (Sauer), «utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico» (Graf zu Dohna) o la «ponderación de valores» (Noll)⁶⁵¹.

Sin embargo, hoy en día, a criterio de un gran sector de la doctrina, la elaboración de formulaciones tan abstractas sería de escasa utilidad.

Por otro lado, las teorías pluralistas utilizan distintos principios para exponer los fundamentos de las causas de justificación.

Quizá una de las elaboraciones más seguidas en ese sentido sea la de Mezger, quien indica que el contenido de todo injusto es la lesión de intereses y, por tanto, deben admitirse dos grandes grupos de causas de justificación: a) las basadas en el principio de ausencia de interés y b) las fundadas en el principio del interés preponderante⁶⁵².

En la actualidad, autores como Roxin consideran acertado que para una ulterior estructuración de las causas de justificación sería necesario un enfoque pluralista⁶⁵³. Así también Jakobs es de la idea de que las causas de justificación se fundamentan en atención a distintos principios (principios de responsabilidad de la víctima, definición de intereses por la víctima y solidaridad)⁶⁵⁴.

Como indica López Barja de Quiroga es patente las grandes dificultades que existen a la hora de concretar los principios justificantes que fundamentan las causas de justificación, lo que conduciría, de acuerdo al mencionado autor, en sintonía con Bacigalupo, a que la tendencia actual sea reducir sensiblemente el valor explicativo acordado a los principios de justificación y considerar que el fundamento para que una circunstancia sea considerada como causa de justificación sea la decisión referente a que esa circunstancia se debe tratar de acuerdo con las reglas de justificación.

⁶⁵¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 640. Así también, ver en la doctrina nacional: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte general*, p.531.

⁶⁵² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 641.

⁶⁵³ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 575.

⁶⁵⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 642.

Así las cosas, el mencionado autor señala lo siguiente: “existe acuerdo en la doctrina dominante en considerar causas de justificación a la legítima defensa, al estado de necesidad justificante y a los casos más importantes de obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Muy distinta es la naturaleza, si causa de justificación o, por el contrario, de exclusión de la tipicidad, del consentimiento del ofendido; y, desde luego, también discutida y, a nuestro juicio, debe negarse el carácter de causa de justificación a la obediencia debida (...)”⁶⁵⁵.

Nosotros somos de la idea de que el actuar en ejercicio legítimo de la libertad de expresión no se trataría de un caso que pueda enmarcarse dentro de las distintas clases de causas de justificación, pues entendemos que todas ellas presentan ciertas características que hacen que una conducta típica sea excepcionalmente tolerada; mientras que, el correcto ejercicio de la libertad de expresión, trata más bien de la realización de una conducta no solo permitida de manera general por el ordenamiento jurídico, sino, incluso, fomentado por este para el adecuado debate democrático de las ideas, razón por la cual en distintas sentencias el propio Tribunal Constitucional, así como otros entes internacionales, han señalado que la libertad de expresión es el pilar de la democracia.

En esa línea, siguiendo a Fernando Molina, cabe advertir que el fundamento material de las causas de justificación se encuentra en la especial y excepcional situación de conflicto (contexto común a toda causa de justificación) que se produce al momento de realizarse una conducta en donde, por un lado, tal acción lesiona materialmente o pone en peligro bienes jurídicos y, por otro, salva otros bienes o interés *preponderantes* (fundamento último ulterior a toda causa de justificación)⁶⁵⁶.

Esto último, también ha sido advertido por Montoya Vivanco, quien refiere que dicha perspectiva conduce al subprincipio de proporcionalidad en estricto,

⁶⁵⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 642.

⁶⁵⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado de necesidad y justificación penal ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, p. 34.

afirmandose de esa manera que también en sede de antijuridicidad se lleva a cabo una ponderación, pero que a diferencia de la ponderación de intereses que se contienen en el tipo penal y que obedecerían a una configuración previa (legislador), “aquí el juez hace una verdadera valoración de la ponderación de los derechos o principios en juego, aunque de manera reglada por los requisitos que el legislador ha colocado en cada una de las causas de justificación en específico”⁶⁵⁷

La realización de una conducta consistente en el correcto ejercicio de la libertad de expresión no requiere en sentido alguno de una situación de excepcional conflicto que lleve a una ponderación distinta de la que ha de realizarse en sede de tipicidad; todo lo contrario, parece claro que, toda vez que el Derecho penal ha de cumplir una función de tutela de bienes jurídicos guiada por los principios de *ultima ratio*, fragmentariedad y subsidiariedad, lo más razonable es que solo se le permita estabilizar los sectores más importantes del ordenamiento jurídico y brindar protección a realidades normativas previas a él⁶⁵⁸ que han sido puestas en riesgo a través de una conducta que contraviene aquellas precisas condiciones que tienen por finalidad reducir la probabilidad de producción de resultados lesivos⁶⁵⁹.

Por ello, un comportamiento que no crea jurídicamente un riesgo desaprobado, sino que se halla en sintonía con lo que el propio sistema jurídico tutela y promueve de manera general en el seno de una democracia constitucional, como es el ejercicio correcto o legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión e información, no podría entenderse como solo tolerado de manera excepcional, sino que, en vista de que nunca podrá ser nociva para un bien jurídico penalmente protegido al no derivarse de un comportamiento cualificadamente lesivo, deberá ser siempre una conducta atípica.

⁶⁵⁷ MONTOYA VIVANCO, “Aproximación a una funcionalización constitucional de la teoría del delito”, p. 135.

⁶⁵⁸ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 32.

⁶⁵⁹ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 168.

Como indica Meini Méndez, el Derecho penal no se ocupa de sancionar todas las creaciones desaprobadas de riesgos, sino solo las situaciones de riesgo penalmente desaprobadas, con lo cual refuerza la actuación de las instancias y medios de control prepenales, razón por la que es necesario que se cree un riesgo entendido en el sentido de que sea un comportamiento desaprobado jurídicamente⁶⁶⁰.

Por ello mismo, una conducta que, como el ejercicio de la libertad de expresión (en sentido amplio), no solo ha sido desarrollada en el plano nacional, sino también en otros sistemas comparados, entendiéndosela legítima cuando concurren ciertas exigencias —consistentes en su carácter veraz, la falta de excesos (insultos) e, incluso, el interés público— no podría ser calificada de típica, pero excepcionalmente justificada, si por esto se entiende que se trata de un comportamiento que representa la más grave injerencia posible en la esfera de libertad de otras personas por lo que es *socialmente insoportable* y que, en todo caso, solo puede tolerarse a razón de excepcionales circunstancias en un contexto también especial.

A continuación, buscaremos profundizar en las razones que explican por qué un determinado comportamiento típico pueda considerarse justificado, pese a todo lo que aquello implica para, de ese modo, reforzar la idea consistente en que llevar a cabo una conducta amparada en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión es a todas luces un comportamiento atípico.

5.3. Las causas de justificación como excepción a la regla consistente en que la conducta típica es antijurídica

Como hemos señalado en el capítulo anterior, nos mostramos a favor de la necesidad de apostar por un sistema dogmático en el que se tome como punto de referencia la existencia de escalones valorativos, esto es, de distintos planos de valoración, que permita discriminar los variados supuestos de atipicidad,

⁶⁶⁰ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 170.

justificación, así como, de exculpación de cara al examen sobre la relevancia penal de una conducta y su, posterior, atribución a un sujeto imputable⁶⁶¹.

En ese sentido, consideramos que existen diferencias entre una conducta que no se considera penalmente lesiva por estar tolerada desde un punto de vista general (Frisch) o bien porque expresa el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, porque se la entiende como permitida de manera general e independiente de las circunstancias excepcionales del caso concreto (Roxin); de aquella otra que es típica, pero que debido a una *situación específica de justificación* se halla *excepcionalmente* tolerada.

En efecto, como se ha indicado desde un sector de la doctrina, toda vez que el ataque generado a un bien jurídico a través de la configuración de la conducta típica no desaparece, sino que solo se justifica cuando concurre alguna causa que excluye la antijuridicidad⁶⁶², la misma supondrá que lo generalmente prohibido se encuentre *excepcionalmente* permitido, esto es, que aquello considerado inicialmente injusto o indeseable, será —en atención a determinadas circunstancias— finalmente justificado⁶⁶³.

Lo apuntado, nos permitirá comprender por qué autores como Jakobs, consideran que las causas de justificación no son otra cosa que *motivos jurídicos bien fundados* para ejecutar un comportamiento en *sí prohibido*. Así, el mencionado autor señala que “A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico [*expresión del estado normal de interacción*], en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como *socialmente soportable* solo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación”⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ HIRSCH, *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*, p.10. Para un mayor detalle sobre la utilidad de un sistema que diferencia entre justificación y exculpación, y con ello entre injusto y culpabilidad, se pueden revisar las paginas 11 – 15.

⁶⁶² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, pp. 428 y 429.

⁶⁶³ LASCURRAÍN SÁNCHEZ,, *La antijuridicidad. Causas de justificación*.

⁶⁶⁴ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, p. 419. (negrita y cursiva nuestra)

De manera similar, Kindhäuser al distinguir los casos de atipicidad de los de justificación de la antijuridicidad, sostiene que hay causas que, ya por el hecho de estar permitidas, impiden la afirmación de la realización de un tipo, de manera tal que quien coloca esas causas no actúa en ningún caso de manera penalmente relevante, calificándose, en vez de ello, tal conducta como de riesgo permitido de manera que no fundamenta *per se* ninguna responsabilidad por las consecuencias; mientras que, por otro lado, hay causaciones que son ciertamente típicas y están prohibidas en general, pero que debido a una *situación específica de justificación* están excepcionalmente permitidas⁶⁶⁵.

Todo lo mencionado nos advierte sobre la diferencia que puede existir entre una causa de atipicidad y una de justificación: *las primeras tratarán sobre conductas que de ningún modo pueden ser calificadas como acciones penalmente relevantes; mientras que, las segundas, no gozan de tal privilegio, pues solo en atención a circunstancias excepcionales del caso en concreto, es que se podrá negar la configuración del injusto.*

Ahora bien, para algún sector de opinión podría parecer que la distinción entre una conducta atípica y una justificada carecería de mayor utilidad, siendo, en todo caso, solo una “sutileza teórica”. Sin embargo, a nuestro criterio, ello no es así, pues no solo es propio de un sistema dogmático en el que se tome como punto de referencia la existencia de escalones valorativos el que se haga dicha diferenciación, sino que, como indica Lascurraín, se pueden afirmar como mínimo tres tipos de utilidades:

“La primera de ellas tiene que ver con las garantías que supone la propia teoría de jurídica del delito, en cuanto que sistematiza una serie de requisitos que deben concurrir para que se deba hablar de delito y para que la imposición de la pena sea justa. Parece necesario que después de comprobar que estamos ante un comportamiento humano típico- esto es: generalmente disvalioso –y antes de analizar si el mismo se cometió culpablemente, nos

⁶⁶⁵ KINDHÄUSER, El denominado riesgo no permitido”, p. 55. (negrita nuestra)

aseguemos que aquel comportamiento era finalmente disvalioso: que no concurría ninguna causa de justificación. Existe una segunda buena razón para distinguir los comportamientos antijurídicos – disvaliosos – y para que la técnica normativa facilite ese conocimiento expresando con enunciados concretos lo generalmente prohibido (tipos penales) y con otros enunciados más generales lo excepcionalmente permitido (causas de justificación). Es una razón comunicativa y orientadora: se trata de que los ciudadanos puedan conocer lo que la generalidad estima como comportamientos indeseables – se trata de transmitir una moral social básica- para que así puedan orientar sus comportamientos en función de su deseo de integrarse en la sociedad y en función de lo que es esperable de los demás. Además, el conocimiento de lo antijurídico transmite con gran aproximación el conocimiento de lo delictivo, pues habitualmente la realización de una conducta disvaliosa –socialmente lesiva– es también una conducta culpable y por ello delictiva: es una conducta que realiza una persona imputable con conocimiento de su desvalor y al que le era exigible su abstención. Esto es así porque los cánones de imputabilidad se elaboran en función de las características psicofísicas de la mayoría, porque las normas se comunican de forma que puedan ser conocidas por todos, y porque describen conductas que son normalmente exigibles a sus destinatarios. La tercera gran utilidad de la constatación de si una conducta es antijurídica no tiene que ver con la responsabilidad penal de su autor, sino con que constituye un referente para delimitar otro tipo de responsabilidades, propias o ajenas⁶⁶⁶ .

Nosotros nos hallamos de acuerdo, entre otras cosas, con que una razón comunicativa y orientadora derivará en que los ciudadanos conozcan lo que la generalidad —en sintonía con el marco axiológico de nuestra Constitución y no

⁶⁶⁶ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, *La antijuridicidad. Causas de justificación*.

con lo que de facto las mayorías imponen— estima como comportamientos indeseables para que así puedan orientar sus comportamientos en función de su deseo de integrarse en la sociedad y en función de lo que es esperable de los demás. Esto, en otras palabras puede entenderse también como —en atención al principio de legalidad, en su dimensión de *seguridad jurídica*— un efecto de la garantía del *saber a qué atenerse*, esto es, el conocer antes de actuar cuáles son los espacios de libertad jurídicamente garantizada y cuáles no⁶⁶⁷.

De esa manera, un comportamiento atípico podrá interpretarse como una manifestación de la libertad jurídicamente reconocida, lo que en sintonía con el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho asumido por nuestra Constitución, se traducirá en la exigencia de que, si bien se ha de buscar el aseguramiento de la protección de los miembros de la sociedad, ello no deba realizarse de manera que impida al extremo el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, por lo que tal labor de prevención debe ser limitada (prevención limitada del delito), resaltándose así que la delimitación del injusto punible como injusto agravado se convierte en la función esencial del tipo penal⁶⁶⁸, pues no todo comportamiento puede catalogarse sin más como una conducta quebrantadora de la libertad jurídicamente garantizada, sino que esta tiene que presentar una determinada entidad lesiva, que sea distinta a las que se admiten generalmente por parte de la propia configuración social en atención a su utilidad (conductas de riesgo permitido).

Por el contrario, una causa de justificación se caracteriza por configurarse a partir de una «situación especial» en el que el ordenamiento jurídico permite la lesión del bien jurídico: “permite la realización de una conducta típica, en principio lesiva, en principio prohibida”⁶⁶⁹. Se advierte, entonces, que la sola concurrencia del tipo positivo ya basta para considerar como relevante el hecho para el Derecho penal, generándose a partir de ello una función de llamada o de advertencia, puesto que,

⁶⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 500. (resaltado y cursiva mío)

⁶⁶⁸ AMELUNG, “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin”. pp. 19 y 20.

⁶⁶⁹ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, *La antijuridicidad. Causas de justificación*.

en principio, se entiende que se ha realizado un ataque al bien jurídico que no desaparecerá, sino que solo se justificará cuando concurra alguna causa que excluya la antijuridicidad.

Sobre la base de lo apuntado, se podrá indicar que la presencia de una causa de justificación recortará el ámbito de la norma de sanción, permitiendo —en ocasiones— lo que aquella prohibía de manera general. Esto, también puede entenderse en el sentido de que las normas permisivas excluyen a las de prohibición, esto es, en clave regla – excepción⁶⁷⁰, que el juicio de tipicidad generalmente marcará la antijuridicidad de una conducta; mientras que, vía excepción una causa de justificación hará de esta algo tolerado. Se tratarán entonces de normas (permisivas) que tienen la virtud de matizar —en atención a especiales circunstancias— el enunciado inicial general prohibitivo.

En otras palabras, como indica López Barja de Quiroga, describiendo la posición de Bacigalupo, las causas de justificación previstas en el apartado de la antijuridicidad guardan una relación de regla (la conducta típica por regla es antijurídica) y excepción (no obstante, excepcionalmente, puede hallarse justificada) frente al juicio de atipicidad y el de antijuridicidad, respectivamente⁶⁷¹.

En ese sentido, para Paredes Castañón, las causas de justificación permitirían un nuevo nivel máximo de riesgo para el bien jurídico, riesgo que de manera excepcional se halla permitido. Así pues, de acuerdo al mencionado autor, existen ciertos supuestos que producen una elevación «excepcional» del nivel máximo de riesgo, lo que supone un tratamiento específico que difiere de las reglas generales⁶⁷².

Desde esa perspectiva, se afirma que “puede haber conductas sustancialmente idénticas que, en atención a los elementos estructurales que la caracterizan, sean consideradas de forma diferente desde el punto de vista del juicio de

⁶⁷⁰ MAÑALICH, “Normas permisivas y deberes de tolerancia”, p. 208.

⁶⁷¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 608.

⁶⁷² PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p.420.

antijuridicidad. [Así] La misma conducta, realizada por sujetos que ocupan idéntica posición en el tráfico jurídico, puede ser considerada de forma diferente a los efectos del juicio de antijuridicidad: una conducción temeraria en circunstancias normales y otra en situaciones de emergencia”⁶⁷³.

Se afirma así la necesidad por concretar la norma de comportamiento (o, en palabras de Paredes, el *deber de conducta*), lo que se encuentra en sintonía con determinados presupuestos valorativos que conducen, básicamente, a la aspiración de individualizar tanto como sea posible la solución del caso penal⁶⁷⁴.

De ese modo, se hace clara la idea consistente en que las causas de justificación, como indica Hurtado Pozo, se hallarán en relación negativa con el ilícito y su efecto decisivo se dará en relación con el caso concreto y no con el acto descrito de manera resumida y breve en el tipo legal⁶⁷⁵. No nos encontraremos ante riesgos que de modo general se encuentran permitidos, sino que serán dependientes de las *circunstancias excepcionales del caso en concreto*⁶⁷⁶.

Asistimos de ese modo a un tratamiento específico o, en otras palabras, a una concreción del deber de conducta que atiende a ciertas circunstancias excepcionales del caso. Se trata de conductas que son calificadas de excepcionales en virtud del contexto en el que se llevan a cabo, en donde determinadas circunstancias modulan los elementos de la pauta general de subsunción (que se halla conformada por un sujeto, una acción externa, un resultado peligroso o lesivo producido sobre dicho objeto)⁶⁷⁷.

⁶⁷³ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 417.

⁶⁷⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 432. El citado autor agrega que “«individualizar» significa adaptarse al máximo a las condiciones peculiares del caso concreto. Más concretamente, tratar de plasmar en la mayor medida que sea posible en cada caso concreto las pretensiones perseguidas por la norma; y, para ello, es preciso modular los contenidos normativos de la misma para que, al operar sobre las condiciones específicas del caso, produzcan el efecto teleológicamente pretendido por el Ordenamiento”.

⁶⁷⁵ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 409.

⁶⁷⁶ ROXIN, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, p. 371.

⁶⁷⁷ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp.422 y 423.

De entre dichas circunstancias, como ha indicado Paredes Castañón, la gran mayoría son absolutamente irrelevantes desde un punto de vista jurídico penal; mientras que, otras, siendo relevantes, se refieren a elementos distintos de la propia conducta (cualidades del sujeto activo o su situación psíquica, o la condición de sujeto pasivo), por lo que son consideradas en otras sedes (en la culpabilidad, por ejemplo).

No obstante ello, se observa un grupo conformado por aquellas circunstancias referidas a la conducta que, “teniendo trascendencia valorativa (para el juicio de valoración de la conducta), no se dan en todos los casos en principio subsumibles en un determinado tipo penal, sino solamente en alguno de ellos. Es a éstas últimas a las que nos referimos aquí: a las circunstancias de carácter eminentemente situacional, a las *circunstancias del caso concreto*⁶⁷⁸”.

Paredes Castañón señala que, por ejemplo, en un accidente de tráfico, en donde muchas de las circunstancias son irrelevantes (día de la semana, el estado del clima, etc.) y otras son de carácter interno (como la embriaguez de uno de los conductores), por lo que no afectan al contenido del deber; existen, sin embargo, algunas que sí son peculiares del caso concreto como *el hecho de que uno de los vehículos fuese a más velocidad de la permitida por estar transportando a un herido*⁶⁷⁹.

Como se podrá advertir, al hacer mención a dichas circunstancias nos alejamos de la ponderación que se ha de realizar en sede de tipicidad, importando más bien los parámetros situacionales o contextuales de la actuación jurídico-penalmente relevante. No se trata de identificar de manera general si una determinada conducta es ciertamente lesiva, esto es, si es que no se trata de un *riesgo general de la vida* o de uno al que no se puede racionalmente renunciar, toda vez que tal renuncia comportaría más desventajas que beneficios desde el punto de vista social, sino de clarificar la problemática consistente en que una misma acción

⁶⁷⁸ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 423.

⁶⁷⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 423 y 424.

ciertamente lesiva ponga en peligro intereses jurídico-penalmente protegidos para salvaguardar otros intereses también legítimos (*situación de justificación*).

En atención a lo señalado, destaca la importancia de preguntarnos sobre cuáles son las fuentes de dicha excepcionalidad. Así, en la línea que venimos desarrollando, se puede identificar un grupo de casos⁶⁸⁰ en los que, junto con el juicio de peligro concreto, se puede realizar otro juicio de la misma naturaleza en relación con una faceta de otro concreto objeto, distinto del anterior, que también resulta protegida por el Derecho (dicha situación excepcional de peligro se produce en casos de estado de necesidad y legítima defensa). El profesor Paredes Castañón indica lo siguiente:

“En definitiva, pues, lo que sucede en los supuestos de restricción del ámbito de la antijuridicidad en atención a las circunstancias del caso concreto es que el Derecho Penal decide tomar en consideración los parámetros temporales en los que se ubica la actuación humana objeto de su valoración. Así, si la actuación humana —peligrosa para bienes jurídico-penalmente protegidos— se considera en su concreta ubicación temporal, y no únicamente como actuar abstracto, sucede que, en multitud de ocasiones, la misma coincide en el momento con otras actuaciones (del mismo sujeto o de otros) también peligrosas para bienes jurídicos. De este modo, cada una de las actuaciones peligrosas coincidentes en el tiempo constituye para las demás (parte de) las circunstancias en las que las mismas se desenvuelven. Y, precisamente, aquellas circunstancias que van a ser relevantes para restringir el ámbito de la antijuridicidad (para limitar el alcance del deber de conducta, para elevar el nivel máximo de riesgo

⁶⁸⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 425. Un segundo grupo de casos, siguiendo a Paredes Castañón, es el de aquellos supuestos de concurrencia de consentimiento del sujeto pasivo. Esto ocurre cuando, pese a que concurre el consentimiento del sujeto pasivo, no queda excluida la subsumibilidad semántica de la conducta en el tipo legal, de modo que la presencia del consentimiento asume otro rol: modifica excepcionalmente el alcance del deber de conducta, restringiéndolo.

permitido) en virtud de la situación concreta. A esta etapa, de toma en consideración de los parámetros temporales —situacionales— de la actuación jurídico-penalmente relevante, es a la que he denominado *fase de concreción del deber de conducta*⁶⁸¹”.

Se trata de casos en donde, además de la coincidencia temporal, se advierte una auténtica concurrencia de pretensiones normativas de protección de uno u otro bien, así como una pues en peligro (concreto) para los mismos, que imposibilita el cumplimiento simultáneo de los deberes o facultades de protección de los mencionados bienes jurídicos⁶⁸².

De esa forma se observa que, en tanto existe la imposibilidad de una definición normativa *ex initio* de todas las circunstancias empíricas eventualmente presentes en el caso en concreto, pero subsiste la necesidad de que sean valoradas en cada caso concreto, se recurre a delimitaciones genéricas del alcance normativo de la norma de conducta (*deber de conducta*), lo que se realiza a través de las fórmulas generales de exclusión de la antijuridicidad penal, es decir, a través de aquello que se reconoce de manera unánime como *causas de justificación*⁶⁸³.

Una vez más, como se podrá apreciar hasta el momento, mientras que el riesgo permitido se presenta como un elemento que sirve de filtro al tipo para excluir del juicio de desvaloración a aquellas conductas penalmente irrelevantes en atención a que se encuentran toleradas desde el punto de vista general (Frisch), expresan el estado normal de interacción (Jakobs) o, en otros términos, son conductas permitidas de manera general e independientes del caso concreto (Roxin); las normas permisivas, en vez de ello, requieren de circunstancias excepcionales con el suficiente fundamento como para producir una restricción del alcance normativo del deber de conducta.

⁶⁸¹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 426.

⁶⁸² PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 428.

⁶⁸³ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 434.

Esto se debe a que “(...) en los casos que nos ocupan: una de las reglas, la ligada a la protección genérica del bien jurídico, dispone el máximo nivel de protección normativamente posible (esto es, dentro del respeto al principio de responsabilidad subjetiva, así como a los restantes principios limitadores del *ius puniendi*) para dicho bien jurídico; mientras que la otra regla concurrente en el caso concreto establece, en atención a la indicada concurrencia de una situación de peligro para otro bien jurídico (...), la posibilidad —en algunos casos, obligación— de que el sujeto actúe para disminuir el riesgo para este segundo bien, aun a costa de incrementar el peligro para otros, entre ellos, el primero —el protegido por el tipo penal en cuestión—. Y para resolver esta inicial antinomia se hace necesario fijar reglas de concurrencia”⁶⁸⁴.

En vista de ello, debe tomarse en consideración que, a nivel del tipo penal, el *riesgo permitido* trata sobre cierta clase de conductas que, a pesar de ser peligrosas, se encuentran permitidas en virtud de consideraciones de intereses concurrentes que limitan el alcance de la norma primaria de un modo que no es excepcional, sino general⁶⁸⁵, diferenciándose así de las causas de justificación.

Sobre esto último, cabe señalar que, de cara a la delimitación de los riesgos permitidos, se han de tomar en cuenta tres exigencias: 1. *el provecho de la conducta* (que es el resultado del conflicto de intereses entre la utilidad social y el riesgo que se especula no puede ser advertido o que no es exigible presagiar), 2. *las capacidades técnicas de gobernar el peligro inherente a la actividad* (ya que será riesgo permitido siempre y cuando la conducta sea útil y no exista otra forma de ejecutarla) y 3. *Los costes que la previsión de todos los peligros viables implica para la colectividad* (y para los individuos pen articular)⁶⁸⁶

Del mismo criterio es Corcoy Bidasolo, quien indica que la importancia del criterio del riesgo permitido se evidencia en las actividades consideradas como

⁶⁸⁴ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 441

⁶⁸⁵ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, pp. 82 y 83.

⁶⁸⁶ CASTRO CUENCA/HENAO CARDONA/BALMACEDA HOYOS, *Derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 158.

peligrosas, toda vez que en ellas existe siempre una parte del riesgo que no puede ser evitado ni, en consecuencia, puede ser exigible preverlo, razón por la que, si bien, son consideradas peligrosas⁶⁸⁷, se hallan permitidas de manera general e independiente del caso concreto.

En esa línea, se destaca también que la cantidad de riesgo que es considerado como permitido en una actividad no es algo estático, sino que depende de tres factores:

“ 1º) La utilidad de la conducta. Se plantea un conflicto de intereses entre la mayor o menor utilidad social y el riesgo que se entiende no puede ser previsto (en realidad, que no es exigible prever).

2º) Las posibilidades técnicas de controlar el peligro inherente a la actividad. Será riesgo permitido siempre que la conducta sea útil y no exista otro medio o forma de llevarla a efecto.

3º) En este punto se tienen en cuenta los costes que la evitación de todos los riesgos posibles conllevaría para la sociedad en general, para la empresa, en particular, o para los trabajadores”⁶⁸⁸.

En cambio, con relación a las causas de justificación, si bien en tales casos también hay que acudir a la ponderación, esta se realizará de acuerdo a aquellos intereses y valores específicos del especial contexto del caso en concreto que, obviamente, no hayan sido valorados ya en las etapas anteriores del mencionado proceso de ponderación.

Paredes Castañón, a modo de ejemplo, indica lo siguiente: “(...) la decisión de que la conducción de un automóvil esté, bajo ciertas reglas, permitida, incluso aunque conlleve peligros (y, en ocasiones, lesiones) de bienes jurídicos protegidos es general, en virtud de una ponderación también general de intereses. Por ello, y a diferencia de lo que sucede en sede de justificación, no es preciso controlar si en

⁶⁸⁷ CORCOY BIDASOLO, *Imputación objetiva y principio de lesividad*.

⁶⁸⁸ CORCOY BIDASOLO, *Imputación objetiva y principio de lesividad*.

cada supuesto de conducción de un vehículo —que sea respetuosa de las reglas correspondientes— se dan las razones materiales que fundamentan la autorización (...). Basta con que, una vez adoptada la decisión general, el sujeto actuante se sujete a los requisitos —genéricos— que para la autorización del riesgo se exigen”⁶⁸⁹.

Ello obedece, como señaláramos líneas arriba, las causas de justificación (como la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, entre otros) cumple la función de convertir en tolerable lo *socialmente insoportable*, es decir, que justifican un comportamiento, teniendo a la excepcionalidad del mismo como su principal rasgo característico, toda vez que sí ponen en evidencia un riesgo (lesividad) típicamente relevante, que no se satisface —de cara a su excepcional permisión— a partir de una ponderación general de intereses, sino que atiende a otros intereses y valores específicos de las circunstancias excepcionales del caso en concreto.

De ese modo, debe advertirse una diferencia funcional y comunicativa entre aquellos comportamientos que se muestran como expresión de la los espacios de libertad jurídicamente garantizada frente a otros que, siendo penalmente relevantes, y expresando con ello un juicio de (des)valor sumamente importante al representarse —en abstracto— como la más grave injerencia posible en la esfera de libertad de otras personas, puedan ser excepcionalmente tolerados.

En efecto, frente a los comportamientos excepcionalmente tolerados no deja de regir un mensaje consistente en que —en sintonía con el sistema de valores previsto en nuestra Constitución— dichos comportamientos son indeseables, cuyo trasfondo, precisamente, consiste en que los ciudadanos puedan conocer tal indeseable conducta para que así orienten sus comportamientos evitando la realización de las mismas en aras a integrarse en sociedad y en función de lo que es esperable de los demás⁶⁹⁰.

⁶⁸⁹ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)*, p. 444.

⁶⁹⁰ LASCURRAÍN SÁNCHEZ, *La antijuridicidad. Causas de justificación*.

En cambio, de acuerdo a lo expuesto en los capítulos anteriores, advertimos que frente al ejercicio legítimo de la libertad de expresión en ningún sentido podría sostenerse que rija un mensaje consistente en que su realización sea indeseables, de manera que los ciudadanos deban orientar sus comportamientos evitando el ejercicio de dicho derecho, pese a que se lleve a cabo en sintonía con lo que el propio sistema jurídico exige (veracidad, prohibición de excesos y, a nuestro criterio, en algunos casos, también interés público), para que solo de ese modo logren integrarse en sociedad.

Es más, debe tomarse en consideración que la propia causa de justificación de *obrar en ejercicio legítimo de un derecho* ha sido por tal motivo objeto de múltiples cuestionamientos, toda vez que parecería obvio que quien obra conforme a Derecho no obra, por tanto, antijurídicamente, de manera que existiría una incompatibilidad conceptual absoluta entre la conducta conforme a Derecho y el delito, resaltándose, de ese modo, que entre ambos no hay conflictos posible, pues donde acaba uno empieza el otro⁶⁹¹.

En ese sentido en la doctrina nacional se ha señalado que “Lo que es lícito para un sector extrapenal no puede ser ilícito para el Derecho penal, en virtud de la unidad sistemática del ordenamiento jurídico (derivada del concepto unitario de antijuridicidad y del principio de no contradicción interna) y al carácter de ultima ratio del Derecho penal. Es de la plenitud de estos principios (y no del inciso 8 del artículo 20 CP, que podría incluso no existir) de donde se deriva la regla de que el ejercicio legítimo de un derecho no puede dar lugar a ilícito penal alguno”⁶⁹².

Es más, como indica Meini Méndez, si quien actúa al amparo de un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico se mantiene dentro del ámbito de actuación que el propio ordenamiento jurídico defiende, su conducta, será siempre ajustada a derecho; esto es, atípica⁶⁹³.

⁶⁹¹ REVILLA LLAZA, “Obrar en ejercicio legítimo de un derecho”, p. 791.

⁶⁹² REVILLA LLAZA, “Obrar en ejercicio legítimo de un derecho”, p. 791.

⁶⁹³ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 349.

En doctrina comparada, la profesora Rodríguez Montañez ha indicado que quien parte de que el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales constituye un límite infranqueable tanto para el legislador al definir los tipos penales, como para el juez penal al aplicarlos, “la articulación dogmática de esa exigencia constitucional conduce necesariamente a la afirmación de la atipicidad de toda conducta que constituya ejercicio legítimo de un derecho fundamental. El ejercicio de derechos fundamentales debe ser tomado en consideración para fijar las fronteras de lo típico. Dicha conducta no solo está justificada y no es antijurídica (obviamente no lo es), sino que es ya directamente atípica, ni siquiera concurre en ella el indicio de antijuridicidad que constituye el tipo penal, concebido como tipo indiciario del injusto, que es el sentido en que tradicionalmente la doctrina ha utilizado el concepto de causas de atipicidad”⁶⁹⁴.

A su vez, Molina Fernández es de la idea que *obrar en ejercicio legítimo de un derecho* ni siquiera puede considerarse como una genuina causa de justificación, lo que se deduce del hecho de que como causa de justificación resulta por completo superflua. En estricto, el mencionado autor señala que: “Una buena regla para determinar si una disposición contiene verdaderamente una causa de justificación consiste en imaginar qué pasaría si desapareciese. Si con ella se pierde una solución singular a un conflicto de intereses, o una solución-tipo, se trata de una causa de justificación. Pues bien, nada de esto sucede con el art. 20.7 CPE [obrar en ejercicio de un derecho]. En muchos países no existe —por ejemplo en Alemania— y no resulta de ninguna manera perentoria su existencia, cosa que no sucedía con el estado de necesidad”⁶⁹⁵.

Visto aquello, podría incluso cuestionarse la propia naturaleza del actuar en ejercicio legítimo de un derecho como supuesta causa de justificación, toda vez

⁶⁹⁴ RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 96.

⁶⁹⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, *Estado de necesidad y justificación penal ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, p. 43. No obstante ello, cabe indicar que líneas más adelante el mencionado autor señala que “(...) el art. 20.7 no es una causa de justificación, sino una regla de construcción del sistema de causas justificantes. Cumple la función auxiliar de integrar expresamente las causas de justificación especiales en el Derecho penal, pero a la vez sirve para destacar su prioridad y la correlativa subsidiariedad de las causas de justificación generales” (p. 44).

que, desde distintos sectores de opinión, se han señalado críticas coherentes ante dicha “clasificación”; no obstante ello, debemos indicar que ese no es el objeto de nuestro trabajo, sino otro menos ambicioso consistente en dar cuenta de que actuar en conformidad con lo que tanto a nivel nacional, como también internacional, se ha indicado, desde hace mucho tiempo, que configura un ejercicio legítimo de la libertad de expresión no puede en modo alguno ser un acto socialmente reprochable, pues si su ejercicio se realiza en conformidad con lo que distintas instancias extrapenales (el Tribunal Constitucional, por ejemplo) han señalado que es correcto, un Derecho penal limitado por principios como la subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad, no podría sostener simultáneamente que tal conducta sea típica.

Para terminar, solo quedaría indicar que, como se ha visto a lo largo del presente capítulo, el ejercicio legítimo de la libertad de expresión requiere de la *situación de conflicto de intereses que genera la acción*, en donde, por un lado, tal acción lesiona materialmente (o pone en peligro) bienes jurídicos y, por otro, salva otros bienes, toda vez que, solo desde una perspectiva natural –causal podría pensarse en alguna lesión penalmente relevante, entendido esto, claro está, en clave de concebir al delito como un hecho natural, que deba de ser examinado con el método propio de las ciencias naturales, encontrándose excluidas las valoraciones y en donde la acción sea concebida en términos puramente naturalísticos: *mero movimiento corpora*⁶⁹⁶.

En cambio, para una perspectiva como la aquí asumida, en donde la realización de un comportamiento contrario a lo prescrito en la norma primaria y, por tanto, *desvalorado*, conlleve a que, como condición necesaria, se exija la presencia de un componente de desvalor objetivo, esto es, la creación de un riesgo fuera de los alcances del permitido (*la creación de un riesgo no permitido*), deberá quedar claro que una conducta que cumple con las condiciones de seguridad impuestas por el propio sistema jurídico para reducir la probabilidad de producción de

⁶⁹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, pp. 273 - 280.

resultados lesivos⁶⁹⁷, aun cuando naturalísticamente haya causado un mal para terceros, no podrá considerarse típico.

Brevemente, el actuar en ejercicio legítimo de la libertad de expresión supone precisamente que se han respetado el conjunto de condiciones impuestas por el propio sistema jurídico (veracidad, prohibición de excesos y, en ciertos casos, interés público), de manera que, de modo alguno, podría señalarse que se ha realizado un comportamiento que de manera jurídicamente desaprobada ha creado un riesgo prohibido, por lo que, es innecesario ponderar circunstancias excepcionales en atención a un especial contexto, ya que la conducta realizada se enmarca al interior del marco de libertades jurídicamente garantizadas.

5.4. ¿Es el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información una causa de justificación frente al delito de difamación?

Nuestro Código Penal prohíbe el comportamiento consistente en difundir ante varias personas alguna noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación⁶⁹⁸. En ese sentido, el tipo penal de difamación se configura como un delito de peligro concreto, por lo que se exige además de una imputación del comportamiento, una imputación del resultado (resultado de peligro), pero no un perjuicio efectivo en el objeto de ataque de la acción.

⁶⁹⁷ MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, p. 168.

⁶⁹⁸ Es estricto, nuestro CP proscriben en su art. 132: "El que ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días multa.

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

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

Así las cosas, para comprobar la configuración típica del delito de difamación es necesario analizar la concurrencia de los siguientes elementos:

- a. Atribución de hechos o conductas (comportamiento delictivo).
- b. Difusión ante varias personas (circunstancia de difusión idónea).
- c. **Eficacia del contenido difamante: idoneidad ofensiva del comportamiento delictivo.**

En esa línea, a partir de la lectura del primer párrafo del citado tipo penal se puede constatar que el comportamiento prohibido importa un alto contenido ofensivo al honor, ya que se aprecia, a diferencia de la injuria, la presencia de una pluralidad de personas y la capacidad de difusión de la noticia. Lo cual genera, a nuestro criterio, un mayor riesgo en la capacidad de participación social del sujeto pasivo.

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

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

Con relación a la tipicidad subjetiva, debemos precisar que el citado delito es eminentemente doloso. Además, aunque de manera cuestionable, pero de acuerdo a una asentada línea jurisprudencial, se exige un elemento subjetivo del tipo: el *animus diffandi*, el cual hace referencia a la intención que se expresa en

forma perceptible o inteligible, o que se induce de las circunstancias, y que está dirigida a lesionar el honor ajeno⁶⁹⁹.

En resumen, para que se configure el delito de difamación por medio de prensa se requiere el cumplimiento de los elementos que acreditan la tipicidad objetiva (la atribución de hechos o conductas a una persona, siempre que esta pueda ser difundida y presente idoneidad lesiva) y subjetiva (que el sujeto activo actué con conocimiento y voluntad de ofender el honor del sujeto pasivo, así como con la especial intención de producir una lesión en el mismo (*animus injuriandi* o *infamandi*) del citado delito. Lo señalado, se corresponde con la línea jurisprudencia seguida por nuestros tribunales. Veamos:

“Para que se configure el delito de difamación por medio de la prensa, se requiere: i) imputación de un hecho, cualidad o conducta que pudiera perjudicar el honor o la reputación de una persona; ii) la difusión o propalación de dicha imputación a través de un medio de prensa, capaz de llegar a una gran cantidad de personas, iii) exista intención de vulnerar y maltratar el honor de la querellante mediante las aseveraciones descritas, sin que haya realizado alguna labor de investigación alguna labor de investigación sobre los hechos descritos a los que se refirió, elemento que la doctrina ha denominado *animus difamandi*”. [Ejecutoria Suprema del 25 de marzo de 2008, R.N N°3142-LAMBAYEQUE⁷⁰⁰]

“En el delito de difamación se distinguen tres elementos concurrentes para la configuración del mismo: a) La imputación de un hecho, calidad o conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de una persona; b) La difusión o publicidad de la imputación y c) el *animus injuriandi* o *animus difamandi*, es decir, el dolo consistente en la consciencia y voluntad de lesionar el

⁶⁹⁹ROY FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 429.

⁷⁰⁰ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, pp. 193 y 194.

honor, mediante la propalación de la noticia mediante cualquier medio de prensa; en esta clase de delitos no es concebible la forma culposa (...)" [Ejecutoria Suprema de 22 de mayo de 2003, R.N N° 43357-2002-LA Libertad⁷⁰¹]

"Para que se configure el delito de difamación agravada es necesario acreditar que el querellado actuó con ánimo doloso de dañar el honor de la querellante, estamos así ante un tipo penal de tendencia, es decir se exige en el sujeto activo una peculiar intención o animo: el animus difamandi; sin embargo, como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando se ejecuta con otra intención distinta a la de difamar como es el animus narrandi, el informandi, el corrigendi, entre otros" [Ejecutoria Suprema de 23 de enero de 2009, R.N N° 4236-2007-CUSCO]⁷⁰².

Señalado lo anterior, como en el presente trabajo se ha venido sosteniendo, es menester indicar que en la práctica judicial no son infrecuentes los casos en los que se presentan conflictos entre el honor y el derecho a la libertad de expresión e información. Tal conflicto, a nivel de la doctrina nacional, puede resolverse teniendo en cuenta la causa de justificación consistente en el ejercicio legítimo de un derecho⁷⁰³.

En el Acuerdo Plenario 03-2006-CJ-116, emitido el 13 de octubre de 2006 por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, en su fundamento jurídico 9, también se sostiene dicho criterio:

"Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión –paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación –si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-.

⁷⁰¹ ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, pp. 202 y 203.

⁷⁰² ROJAS VARGAS, *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, p. 194.

⁷⁰³ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte especial*, p. 538.

(...). En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20°, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal “El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho...”, es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad –falsedad o no- de las aludidas expresiones.”

En el Recurso de nulidad n° 3374-2004-Santa, también se aduce dicha idea como un medio para resolver el conflicto existente entre el honor y el derecho a la libertad de expresión e información:

“En la medida que es de rigor respetar el contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de expresión en el juicio de ponderación que debe realizar en caso de conflicto con el derecho al honor; a los efectos de examinar la presencia de la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho (artículo 20, inciso 8, del Código Penal) ante la imputación de los delitos de calumnia y difamación, debe entenderse al hecho que las expresiones del imputado no eran de por sí injuriosas —no contenían insultos directos ni afrentas personales de inequívoco contenido difamatorio—, que el agraviado es una personalidad pública, que ejercía un cargo público y que lo que se cuestionaba fue, de uno u otro modo, un ámbito de su actuación pública [caso del proceso de amparo] y un dato públicamente relevante de un desempeño social”⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Recurso de nulidad n° 3374-2004-Santa citado en: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte especial*, p. 540.

Para nosotros dicha posición no es adecuada. Observamos, por ejemplo, que el profesor Villavicencio Terreros afirma que los criterios de imputación objetiva de la conducta (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y la imputación a la propia víctima) son aplicables de cara a la configuración objetiva del citado delito; lo que, nos conecta con la idea consistente en que la restricción del marco de libertades de una persona depende de criterios materiales que ayuden a racionalizar el sentido del tipo penal de cara a evaluar la relevancia lesiva de una concreta conducta y su posible sanción⁷⁰⁵.

Si esto es así, la determinación del *riesgo típico* que implica la aplicación de los principios jurídico-penales (autorresponsabilidad, exigibilidad y principalmente de la ponderación del ejercicio de libertades) en sede de tipicidad⁷⁰⁶; debería conducirnos a que lo más razonable será que la situación de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información con el honor, al no presentar una afectación intensa en aquellos casos en que se realice un ejercicio legítimo del mismo, será adecuadamente resuelta al interior del tipo penal a través del concepto del riesgo permitido.

Aquello, se afianzaría en las características e importancia del ejercicio legítimo derecho a la libertad de expresión e información para el sistema democrático, así como por su falta de idoneidad lesiva, que la presenta como una conducta que es aceptada desde el punto de vista general (Frisch), que expresa el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, que se entiende como una conducta permitida de manera general e independientemente del caso concreto (Roxin).

No se trataría de una conducta excepcionalmente permitida (que es lo propio de las causas de justificación), sino de una que, tanto por su aspecto subjetivo como objetivo (supuesto básico para la vigencia de un Estado Democrático), no solo

⁷⁰⁵ MONTOYA, "Aproximación a una funcionalización constitucional de la teoría del delito". p. 119

⁷⁰⁶ Lo que, como indica Meini, se observa de mejor manera cuando se revisan los diversos criterios de imputación objetiva que la doctrina ha sistematizado para orientar el juicio de tipicidad a través de la interpretación teleológica (principio de confianza, prohibición de regreso y la imputación o autopuesta en peligro de la propia víctima). Ver: MEINI, *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, pp. 174-175.

debe ser generalmente permitida, sino también fomentada y cautelada dada su importancia para *la organización democrática de la convivencia humana*.

Consideramos que lo señalado se refuerza con el hecho de que en el mismo Código Penal, a través del artículo 133, se afirma que de ningún modo se cometerán injurias ni difamación cuando se tratan de ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez; críticas literarias, artísticas o científicas; así como apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto podríamos indicar que todos aquellos supuestos se tratan de causas de atipicidad, tanto porque las causas de justificación se encuentran previstas en el artículo 20 del Código Penal, de manera que, no hubiera sido necesario que el legislador señale otras causas de justificación en una disposición distinta a la indicada, ya que se perdería el orden sistemático al interior del citado cuerpo normativo, como también por el hecho de que lo sostenido en el artículo 133 es categórico: *no se comete injuria ni difamación*. No se indica que se “exime” de responsabilidad como sí se señala en el artículo 20 del Código Penal. Incluso podríamos agregar que si el legislador ha sido claro en señalar que no se comete ni injuria ni difamación es porque, precisamente, no se presentan las exigencias que dichos tipos penales requieren para su configuración.

No obstante, en vista de que sobre la naturaleza jurídica de las mismas no existe consenso⁷⁰⁷, nos serviremos del inc. 2 del artículo 133 que prevé las críticas literarias, artísticas o científicas como un supuesto que no da lugar a la injuria ni difamación y que, a criterio de Villavicencio Terreros, se trata de un riesgo socialmente permitido. En estricto el mencionado autor señala lo siguiente:

“El fundamento de la ausencia de imputación reside en que las críticas literarias, artísticas o científicas que se pueden realizar, se

⁷⁰⁷ Al respecto: VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte especial*, pp. 542 y 543.

encuentran en un riesgo socialmente permitido por el progreso y beneficios que trae para la comunidad”⁷⁰⁸

Al respecto, podríamos indicar que no solo las críticas literarias, artísticas o científicas como formas de manifestación de la libertad de expresión pueden provocar progreso y beneficios para la comunidad. Tanto las expresiones de defensa de los litigantes, como las informaciones proporcionadas por los funcionarios públicos en cumplimiento de sus obligaciones, pueden también coadyuvar al progreso de la comunidad y generarle, a su vez, cierto beneficio aun cuando no se realicen de la manera más adecuada, pero sí cumplan con los requisitos para su legítimo ejercicio, esto es, con lo exigido para la transmisión de la información y la emisión de juicios de valor al interior de una democracia constitucional.

Lo importante, entonces, se centra en que el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se trata de una conducta a la que no se puede racionalmente renunciar, toda vez que tal renuncia comportaría más desventajas que beneficios desde el punto de vista social, debiéndose admitir un cierto margen de lesividad derivado de la propia configuración social. Se trata, en definitiva, de un comportamiento de riesgo permitido.

En pocas palabras, al ser el ejercicio *legítimo* del derecho a la libertad de expresión e información una conducta que se halla dentro del marco del *riesgo permitido*, la intervención penal no resultará necesaria. Así, la solución al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor de cara a la configuración del delito de difamación no debe trasladarse al campo de la antijuridicidad, pues el ejercicio legítimo del citado derecho no presentará la idoneidad ofensiva que el tipo penal de difamación exige. Se trata de una conducta atípica que no requiere de un contexto excepcional para su ejercicio. No es pues un comportamiento tolerado a razón de excepcionales circunstancias, sino una conducta que es aceptada desde el punto de vista general (Frisch), que expresa el estado normal de interacción (Jakobs) o, en términos similares, que se

⁷⁰⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal. Parte especial*, p. 544.

entiende como una conducta permitida de manera general e independientemente del caso concreto (Roxin).

5.5. Balance provisional

Como se indicó al principio, en el presente trabajo apostamos por un sistema dogmático en el que se tome como punto de referencia la existencia de escalones valorativos, esto es, de distintos planos de valoración, que permita discriminar los variados supuestos de atipicidad, justificación, así como, de exculpación de cara al examen sobre la relevancia penal de una conducta y su, posterior, atribución a un sujeto imputable.

En ese sentido, se ha observado que una de las precisas funciones del tipo es que no todo comportamiento contrario a Derecho puede ser considerado como penalmente relevante, sino únicamente aquellos que suponga un especial quebrantamiento de la libertad jurídicamente garantizada, representándose, de ese modo, como *algo* que la generalidad —en correspondencia con referente valorativo del Estado Constitucional y democrático de Derecho— estima como un comportamiento indeseable.

Luego de dicho examen, esto es, una vez comprobado que el caso es subsumible en el supuesto de hecho del tipo de delito previsto en la norma penal, se indicó que debía procederse con el siguiente paso en orden a la averiguación de si el comportamiento puede engendrar responsabilidad penal: la determinación de la *antijuridicidad*, es decir, la constatación de que el hecho producido es contrario a Derecho, injusto o ilícito⁷⁰⁹.

En este punto en específico, se analizó las distintas características que hacen que una conducta típica sea excepcionalmente tolerada a razón es un especial contexto conflictivo. Se advirtió, de ese modo, que las causas de justificación cumple la función de convertir en tolerable lo *socialmente insoportable*, es decir,

⁷⁰⁹ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, p. 299.

que justifican un comportamiento, teniendo a la excepcionalidad del mismo como su principal rasgo característico, toda vez que tratan acerca de un riesgo ya creado (poniéndose en evidencia el carácter lesivo de la conducta) que es típicamente relevante, cuya excepcional permisión, se aleja de una ponderación general de intereses para, en vez de ello, atender a otros intereses y valores específicos de las circunstancias excepcionales del caso en concreto

Así, logró advertirse una diferencia funcional y comunicativa entre aquellos comportamientos que se muestran como expresión de los espacios de libertad jurídicamente garantizada frente a otros que, siendo penalmente relevantes, y expresando con ello un juicio de (des)valor sumamente importante al representarse —en abstracto— como la más grave injerencia posible en la esfera de libertad de otras personas, puedan ser excepcionalmente tolerados.

En sintonía con lo señalado, se indicó también que frente a los comportamientos excepcionalmente tolerados no deja de regir un mensaje consistente en que, en sintonía con el sistema de valores previsto en nuestra Constitución, dichos comportamientos son —en principio— indeseables; mientras que, en relación con el ejercicio legítimo de la libertad de expresión, en ningún sentido podría sostenerse que rija un mensaje consistente en que su realización sea indeseables, sino que su ejercicio es algo tutelado e incluso fomentado por el propio ordenamiento jurídico.

Así las cosas, reafirmamos que actuar en ejercicio legítimo de la libertad de expresión e información supone que se han respetado el conjunto de condiciones impuestas por el propio sistema jurídico (veracidad, prohibición de excesos y, en ciertos casos, interés público), por lo que es contradictorio sostener que se ha realizado un comportamiento que de manera jurídicamente desaprobada ha creado un riesgo prohibido. Observamos que es innecesario ponderar circunstancias excepcionales en un especial contexto, pues la conducta consistente en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se enmarca al interior del marco de libertades jurídicamente garantizadas.

En resumen, la solución frente al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor de cara a la configuración del delito de difamación no debe trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino que debe ser resuelto a través de una adecuada interpretación del citado tipo penal que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son *penalmente relevantes* de las que no gozan de tal carácter lesivo. El ejercicio legítimo del citado derecho no presentará la idoneidad ofensiva que el tipo penal de difamación exige.



VI. BALANCE GENERAL (CONCLUSIONES)

1. El Estado peruano es una democracia constitucional. Esto se deduce tanto de los artículos 3 y 43 de la Constitución, como del hecho de que dicha norma es la de mayor valor al interior de nuestro ordenamiento jurídico. Por esto mismo, los derechos fundamentales juegan un rol trascendental que vincula tanto a los particulares como a los distintos poderes del Estado mismo.
2. En todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, la potestad de administrar justicia, así como todo acto de poder, debe encontrarse en sintonía con los principios, valores y derechos fundamentales que la Constitución consagra y reconoce, lo que hace necesario que todas las disposiciones que integran nuestro ordenamiento jurídico, así como la aplicación de estas a un caso en específico, deben estar acordes con el marco axiológico que dicha norma suprema consagra.
3. La opción por un modelo democrático y constitucional tiene importantes repercusiones, pues exige que en el seno del mismo se desarrolle un Derecho penal democrático, que sirva al aseguramiento de la protección de los miembros de la sociedad a través de la *prevención limitada* del delito y, solo de ese modo, procurar la maximización de los derechos y libertades fundamentales.
4. Toda limitación de las libertades que no sea idónea ni necesaria o proporcional de cara al fin que se persigue, no tendrá asidero al interior de nuestro ordenamiento jurídico. Tanto el legislador penal, como el operador jurisdiccional, deben respetar las garantías materiales y procesales propias de una democracia constitucional, dentro de la que destaca el *principio de proporcionalidad*, que se constituye en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado.
5. Los postulados del principio de proporcionalidad no se oponen solamente a la criminalización de conductas mediante la creación de tipos penales en

tanto no sean ni idóneas, necesarias o proporcionales (en sentido estricto); sino también, a la realización del complejo juicio de desvaloración de un comportamiento en un tipo penal por parte de los Jueces, si es que aquella se halla carente de una adecuación a los cánones axiológicos constitucionales así como a los métodos de interpretación y aplicación propios de la ciencia jurídica, que contribuyen a la estabilidad aplicativa.

6. El principio de proporcionalidad exige que, al interior de la teoría del delito, en la *tipicidad*, rija una prohibición de exceso, es decir, que para la consecución de un fin de relevancia constitucional (la protección del honor a través del Derecho penal, por ejemplo) solo se proceda si es que nos hallamos ante una conducta verdaderamente lesiva (tipo indiciario de un injusto cualificado), pues de lo contrario la medida no será ni adecuada ni útil de cara a la protección penal de un interés valioso (honor), sino que dificultará la consecución de dicha finalidad, incumpléndose de ese modo con lo exigido por el subprincipio de idoneidad, ya que no será ni cuantitativa ni cualitativamente adecuada, toda vez que el instrumento empleado significará la limitación de un derecho fundamental (la libertad de expresión) en virtud de una conducta carente de la lesividad que requiere el empleo del arsenal penal.
7. La actual concepción del tipo no es más la del sistema clásico o causal naturalista, toda vez que, hoy en día, sostener que una *conducta es típica* supone un complejo procedimiento de desvaloración, por lo que es conveniente emplear la teoría sobre el comportamiento típico en vista de que esta traslada exitosamente la ponderación y sus subprincipios (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) al campo del Derecho penal.
8. Existen distintos principios que se deducen directa o implícitamente de disposiciones constitucionales y que inciden en el ámbito de la tipicidad, lo que obliga a tomar en cuenta tal aspecto axiológico o valorativo, de cara a realizar un correcto o legítimo procedimiento de desvaloración de

conductas. Precisamente, la determinación del *riesgo típico* expresa la aplicación de principios jurídico-penales como la autorresponsabilidad, exigibilidad y principalmente la ponderación del ejercicio de libertades en sede de tipicidad.

9. Solo será típico la realización de un comportamiento que exceda el riesgo jurídico-penalmente permitido, por lo que una conducta que cumpla con las condiciones de seguridad impuestas por el propio sistema jurídico para reducir su exposición al riesgo de ofensa de un bien jurídico no podrá considerarse típica.
10. Si un sector del ordenamiento jurídico previo al Derecho penal califica una conducta como un ejercicio normal de las libertades, esta no dará lugar a un injusto especialmente cualificado.
11. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión respeta el conjunto de condiciones impuestas por el propio sistema jurídico (veracidad, prohibición de excesos y, en ciertos casos, interés público), de manera que, de cara a la configuración del delito de difamación, se tratará de una conducta atípica. Para esto, no es necesario ponderar circunstancias excepcionales en atención a un especial contexto, toda vez que dicha conducta se ubica al interior del marco de libertades jurídicamente garantizadas.
12. El ejercicio legítimo de la libertad de expresión es un comportamiento al que no se puede racionalmente renunciar, ya que tal renuncia comportaría más desventajas, por lo que no podrá dar lugar a un injusto especialmente cualificado, sino a un supuesto de riesgo permitido.
13. Una causa de justificación se caracteriza por configurarse a partir de una «situación especial» en el que el ordenamiento jurídico permite la lesión del bien jurídico: *permite la realización de una conducta típica, en principio lesiva, en principio prohibida*. Necesita así de circunstancias excepcionales con el suficiente fundamento como para producir una restricción del alcance normativo del deber de conducta.

14. En los comportamientos excepcionalmente tolerados se advierte un mensaje consistente en que tales comportamientos son indeseables. El trasfondo de ello consiste en que los ciudadanos puedan conocer tal indeseable conducta para que así orienten sus comportamientos evitando la realización de las mismas en aras a integrarse en sociedad y en función de lo que es esperable de los demás.
15. El ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información en ningún sentido podría concebirse como una conducta indeseable al extremo de que los ciudadanos deban orientar sus comportamientos a evitarla. Su ejercicio, en sintonía con lo que el propio sistema jurídico exige (veracidad, prohibición de excesos e interés público) hace insostenible su prohibición o calificación como hecho típico.
16. El ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se halla dentro del marco del *riesgo permitido*, por lo que la intervención penal no resultará necesaria. La solución frente al conflicto existente entre el derecho a la libertad de expresión y al honor, de cara a la configuración del delito de difamación, no debe trasladarse al campo de la antijuridicidad, sino que debería ser resuelto a través de una adecuada interpretación del tipo penal que tome en cuenta que la institución del riesgo permitido se presenta como un filtro para la configuración de conductas típicas, toda vez que cumple la función de seleccionar aquellas conductas que son *penalmente relevantes* de las que no gozan de tal carácter lesivo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABAD, Samuel.

2005 “Libertades de expresión e información”. En: Walter Gutiérrez (Dir.) *La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 71 – 80.

AGUILÓ, Josep.

2001 “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”. En: Doxa- Cuadernos de Filosofía de la Universidad de Alicante (24). Alicante, pp. 1-55. Consulta 18 de abril de 2013.

<http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148678RD21823696.pdf>

ALEXY, Robert.

2010 “La fórmula del peso”. En: Miguel Carbonell/Pedro P. Grández Castro (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8. Lima: Palestra, pp. 13-36.

AMELUNG, Knut.

2012 “Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político criminal de Roxin”. En: Schünemann (Comp.)/Silva Sánchez (Trad.) *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*, 2da edición, Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, pp. 99 – 120.

ASTACIO CABRERA, Jacquelyne.

2011 Tratamiento jurídico –penal de la apología del terrorismo. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. D. Miguel Domingo Olmedo Cardenete y el Prof. Dr. D. Javier Valls Prieto. Granada. Consulta 24 de agosto de 2015.

<http://hera.ugr.es/tesisugr/2031484x.pdf>

BACIGALUPO, Enrique.

2004 *Derecho penal. Parte general*. Lima: Ara Editores.

BASTIDAS, Patricia.

2009 “El modelo constitucional del Estado Social y democrático de derecho, sus desafíos y la constitucionalización del proceso”. En: *Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal* (Numero 9). Consulta: 27 de noviembre de 2012.

<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=273920959005>

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio.

1993 “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad: especial referencia a su problemática jurídico penal”. En: *Temas de Derecho penal*, Lima: Cultural Cuzco, pp. 281 – 305.

1993 “Revisión del contenido del bien jurídico honor”. En: *Temas de Derecho penal*, Lima: Cultural Cuzco, pp. 249 – 272.

BERNAL, Carlos.

2010 “La racionalidad de la ponderación”. En: Miguel Carbonell/Pedro P. Grández Castro (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8, Lima: Palestra, pp. 37-57.

2009 “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del Derecho*, Bogotá (Universidad Externado de Colombia), 2009, pp. 231 – 251.

BERTONI, Eduardo Andrés.

2000 "La crítica política y su relevancia para los tribunales internacionales". En (apellido, nombre o nombre de autor institucional). *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*. Buenos Aires: Editores del Puerto pp. 1 – 26.

BOBADILLA RODRÍGUEZ, Francisco.

2006 “La información como derecho”. En (nombre de autor o autor institucional). *Las libertades de expresión e información. Primeras jornadas sobre derechos humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura.*, Lima: Palestra Editores. pp. 61 – 82.

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto.

2004 *Derecho penal peruano (visión histórica). Parte general (número de volumen/edición)*. Lima: Ediciones Jurídicas UNIFE.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel.

2008 *Manual de Derecho penal. Parte general. (número de volumen/edición)*. Lima; EDDILI.

BUNZEL, Michael

2007 “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”. En: *Hefendehl (Ed.) La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid (Marcial Pons), 2007, pp. 147 – 176.

BUSTAMANTE, Reynaldo

Una breve aproximación a los Derechos Humanos. Consulta: 06 de agosto del 2015

http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/una_breve_aproximacion_derechos_humanos.pdf

BUSTOS, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán.

2006 *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Madrid: Editorial Trotta SA.

CALDERON CEREZO, A/CHOCLÁN MONTALVO, J.A.

2001 *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Adoptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal*, 2da edición. Barcelona: Editorial Bosch.

CANCIO MELIÁ, Manuel.

2001 *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*- Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

2007 “Aproximación a la teoría de la imputación objetiva”. En: Montealegre Lynett (Coord.) *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 227 – 252.

CARMONA SALGADO, Concepción.

2008 “Medios de comunicación y derecho al honor: interrelaciones y límites recíprocos”. En: García Valdés/Cuerda Riezu/Martínez Escamilla/Alcácer Guirao/Valle Mariscal de Gante (Coord.) *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo III. Madrid: Edisofer, pp. 1907 – 1935.

CARBONELL, Miguel.

2010 *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Lima: Palestra.

CARO JOHN, José Antonio.

2010 “La ponderación entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión”. En: *Dogmática penal aplicada*, Lima: Ara Editores, pp. 263 – 296.

2010 “De nuevo sobre el “caso Utopía”: lo común de la imputación objetiva en los delitos de comisión y omisión”. En: *Dogmática penal aplicada*, Lima: Ara Editores, pp. 53 – 75.

2010 “La protección penal del honor de la persona jurídica”. En: *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, pp. 305 – 325.

2010 “La recepción del sistema funcional normativista en la jurisprudencia penal: el caso del taxista”. En: *Normativismo e imputación jurídico – penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, pp. 21 – 59.

CASTILLO ALVA, José Luis.

“El deber de veracidad como límite a la libertad de información. En: *Libro homenaje por el XXV de la fundación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega*. Lima: Grijley, pp. 177 – 208.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis.

2005 *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Lima: Palestra Editores.

2006 “Crítica a la respuesta del Tribunal Constitucional a algunas cuestiones generadas por la vigencia de las libertades de expresión e información”. En: *Las libertades de expresión e información. Primeras jornadas sobre derechos humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Lima: Palestra Editores, pp. 83 – 135.

2006 “Las libertades de expresión e información como derechos humanos”. En: *Libertades de expresión e información. Primeras jornadas sobre derechos humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Lima: Palestra Editores, pp. 11 – 27.

2008 “Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información”. En: *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Lima: Grijley, pp. 269 – 304.

- 2008 ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? En: *Derechos fundamentales y procesos constitucionales*, Lima: Grijley, pp. 47 – 75.
- 2010 “Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad”. En: Miguel Carbonell/Pedro P. Grández Castro (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 8, Lima: Palestra, pp. 297-319.
- 2010 “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, pp. 89 – 118. Consulta: 25 de agosto del 2015.
<file:///C:/Users/wpalomino/Downloads/Luis+Castillo.pdf>
- 2011 “Lectura constitucional de un asunto penal”. En: Urquiza Olaechea (Dir.) *Revista Peruana de Ciencias Penales* (23). Lima: Idemsa, pp. 177 – 201.

CASTILLO GONZALES, FRANCISCO.

- 1988 *La Excepción de Verdad en los Delitos Contra el Honor*, Costa Rica Ediciones Pasdiana.

CEREZO MIR, José.

- 2004 *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito II*. Sexta edición. Madrid: Editorial Tecnos. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Tomo II, 6ta edición, 6ta reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.

CLÉRICO, Laura.

2008 “El examen de proporcionalidad Entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En: CARBONELL (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito.

CORCOY, Mirentxu.

2011 *Imputación objetiva y principio de lesividad*. En: *Revista Argentina de Derecho penal y Procesal penal*. Consulta: 14 de julio del 2014.

<http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>

CORREA HENAO, Magdalena.

2003 *La limitación de los derechos fundamentales*. Temas de Derecho Público (71), Bogotá: Departamento de publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

CORTE-BARCO, Gustavo Emilio.

2008 “Constitucionalización del Derecho penal y proporcionalidad de la pena”. En: *Vniversitas.ucls* (116). Bogotá.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602008000200006

CREUS, Carlos.

2004 *Derecho penal. Parte especial*, Tomo I, 5ta edición, 1ra reimpresión, Buenos Aires: Editorial Astrea.

DE PABLO SERRANO, Alejandro.

2014 *Los delitos contra el honor en el Derecho penal español y en el Derecho comparado*. Tesis doctoral dirigida por Mercedes Alonso Álamo. Valladolid. Consulta: 12 de agosto de 2015.

<http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11493/1/Tesis666-150505.pdf>

DIEZ RIPOLLES, José Luis

1995 “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”. En (nombre del autor o autor institucional). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 87 – 170.

DE DOMINGO PÉREZ, Tomás y MARTINEZ-PUJALTE, Antonio Luis.

2006 “Los derechos a la libre expresión e información en la jurisprudencia española del periodos 2001 – 2005”. En: *Las libertades de expresión e información. Primeras jornadas sobre derechos humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Lima: Palestra Editores, pp. 29 – 59.

DE LUCA, Javier Augusto.

2006 *Libertad de prensa y delitos contra el honor. Delitos contra el honor cometidos a través de la prensa*. Buenos Aires: Ad Hoc.

DEMETRIO, Eduardo

2013 “Constitución y sanción penal”. En: *Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*. Castilla, número 1, pp. 57 – 110. Consulta: 12 de mayo de 2015.

<http://dpenal.to.uclm.es/wp-content/uploads/2013/10/eduardodemetriocrespoconstitucionysancionpenal1.pdf>

DE VEGA RUÍZ, José Augusto.

1998 *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid: Editorial Universitas SA.

DONNA, Edgardo Alberto, DE LA FUENTE, Javier Esteban, I. MAIZA María Cecilia y PIÑA Roxana Gabriela.

2010 *El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia*. Tomo II, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco.

2004 *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Su desarrollo actual y sus conflictos*, Lima: Palestra.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy.

2006 “Libertades informativas versus intimidad, honor, buena reputación o buena imagen: las ventajas de un tratamiento procesal constitucional de estos casos”. En: *Las libertades de expresión e información. Primeras jornadas sobre derechos humanos. Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, Lima: Palestra Editores, pp. 159 – 184.

FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo.

2002 *“Imputación objetiva en Derecho penal*, Lima: Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales.

2007 *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Madrid: Editorial Reus.

2006 “Recensión a Frisch, Wolfgang/Robles Planas, Ricardo: *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*”, En el mismo libro, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, pp. 115 – 148.

FRÍJOLA VALLINA, Joaquín.

1998 *Honor, secreto profesional y cláusulas de conciencia en los medios de comunicación: Límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.

FRISCH, Wolfgang

2004 “Delito y sistema del delito”. En: WOLTER, Jürgen y FREUND, Georg (eds.). *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*. Traducción de Benlloch, Guillermo y otros. Madrid – Barcelona: Marcial Pons, pp. 193 – 280.

2004 *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de CUELLO, Joaquin y SERRANO GONZÁLES, José. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

2006 “La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático”. En: FRISCH, Wolfgang y ROBLES, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, pp. 1 – 60.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y ROJAS LEÓN, Ricardo.

2011 *Derecho penal. Parte especial (Introducción a la Parte General)*. Tomo I, Lima: Jurista Editores.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen.

2001 “El delito de Difamación y la aplicación de la *Exceptio Veritatis*”, En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 89, Lima: Gaceta Jurídica, 2001, pp. 63 – 67.

2009 “El derecho al honor frente al derecho a la libertad de información (a propósito del Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116). En: *Dialogo con la jurisprudencia*. Enero (124), Lima (Gaceta Jurídica), pp. 229 – 237.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 *Derecho penal. Parte general*. Segunda edición., Lima: Jurista Editores.

GARCÍA TOMA, Víctor.

2005 *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores, 2008.

2005 “El Estado peruano como Estado social y democrático de Derecho”. En: *Walter Gutiérrez (Dir.) La constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 687 – 692.

1998 *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993*. Tomo II, Lima (Fondo de desarrollo editorial – Universidad de Lima), 1998.

GÖSSEL, Karl Heinz.

2003 “La protección del honor en el Derecho penal alemán”. En: Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/ Higuera Guimerá (Ed.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Editorial Tecnos, pp. 1299 – 1318.

GUASTINI, Ricardo

2001 GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, 1ra edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

2003 “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. Madrid. Consulta: 12 de mayo de 2015.

http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/GUASTINI_R_La_constituionalizacion_del_ordenamiento_juridico_1_.pdf

GÜNTHER, Hans.

1995 “La clasificación de las causas de justificación en Derecho penal”. En: *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 45 – 65.

HABERLE, Peter

1997 *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Fondo editorial PUCP.

HIRSCH, Hans Joachim

1996 *La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. (Numero de volúmenes/edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia-Centro de investigaciones de Derecho penal y filosofía del Derecho.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto.

2012 *Libertad de expresión. Fundamentos y límites a su ejercicio*, Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa.

HURTADO POZO, José

2005 *Manual de Derecho penal. Parte general*. Tercera edición. Lima: Editorial Grijley.

JAÉN VALLEJO, Manuel.

1999 “Libertad de expresión y derecho al honor en una sociedad mediática”. En: *Principios constitucionales y Derecho penal moderno. Estudios sobre cuestiones de especial relevancia constitucional*, Buenos Aires (Ad Hoc), 1999, pp. 95 – 140.

JAKOBS, Günther

1996 *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de CANCIO, Manuel. Madrid: Editorial Civitas.

1997 *Estudios de Derecho penal*. Traducido por los profesores PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. y CANCIO MELÍA, Madrid: UAM Ediciones-Editorial Civitas.

1997 “La misión de la protección jurídico-penal del honor”. En: PEÑARANDA RAMOS, Enrique/SUÁREZ GONZÁLES, Carlos J. y CANCIO MELÍA (Trad.) *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: UAM - Editorial Civitas.

1997 *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo. Segunda edición. Madrid: Editorial: Marcial Pons.

- 2003 “La idea de normativización en la dogmática jurídico penal”. En: Cancio Meliá, Manuel/Feijóo Sánchez, Bernardo (Trad.) *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, Madrid: Civitas Ediciones. S.L..
- 2005 “Actuar y omitir”. En: Yacobucci, Guillermo (Coord.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Lima: Ara Editores, pp. 157 – 181.
- 2007 “La pena estatal: significado y finalidad”, en: MONTEALEGRE, Eduardo (Coord.) *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Tomo I. Colombia: Universidad Externado de Colombia, pp. 13 – 62.

JESCHECK, Hans y Heinrich/WEIGEND, Thomas.

- 2002 *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ta edición traducida por Olmedo Cardenete, Granada: Editorial Comares.

KINDHÄUSER, Urs.

- 2007 “El denominado riesgo no permitido”. *Crítica a la teoría de la imputación objetiva y función del tipo subjetivo*. Lima: Grijley, pp. 49 – 86.
- 2009 “El consentimiento en el Derecho penal. Reflexiones desde las teorías de las normas”. En: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*. Volumen II. Coimbra: Coimbra Editora.

LANDA ARROYO, César.

- 2006 *Estudios sobre Derecho procesal constitucional*, México: Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho procesal constitucional.

2007 *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*. 3ra edición, Lima (Palestra).

2009 “Bases constitucionales del nuevo Código procesal penal”. Consulta: 17 de marzo de 2013
<http://www.incipp.org.pe/index.php?mod=documento&com=documento&id=147>

2008 *Materiales de enseñanza del curso de Derecho procesal constitucional*, PUCP (Ciclo 2008 – I)

LASCURAÍN, Juan

La antijuridicidad. Causas de justificación. Consulta: 10 de febrero de 2013
<http://es.scribd.com/doc/12783219/La-Antijuridicidad-Causas-de-Justificacion>

LÓPEZ BARJA, Jacobo

2010 *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Navarra: Civitas – Thomson Reuters.

LAURENZO COPELLO, Patricia.

2002 “El bien jurídico en los delitos contra el honor”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Tomo 11-12, Lima: Idemsa, pp. 33 y 60.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.

2004 *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 3ra reimpresión, Madrid: Editorial Universitas SA.

MAÑALICH, Juan Pablo.

2013 “Normas permisivas y deberes de tolerancia”. En: *La antijuridicidad en el Derecho penal. Estudios sobre las normas permisivas y la legítima defensa*, Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, pp. 177 – 283.

MARAVÉR GÓMEZ, Mario.

2003 “Riesgo permitido por legitimación histórica”. En: Montealegre Lynett (Coord.) *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 207 – 235.

MARCIANI BURGOS, Betzabé.

2004 *El Derecho a la libertad de información y la tesis de los derechos preferentes*, Lima: Palestra.

MENDOZA ESCALANTE, Mijail.

2007 *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima: Palestra.

MEINI, Iván.

2000 “La disyuntiva entre honor y expresión. Aspectos penales”. *Ius et veritas* (21), Pando: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 180 – 195.

2009 “La tutela del honor” En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*, Lima: Ara Editores, pp. 343 y 364.

- 2009 “Notas sobre el Derecho penal del enemigo y los derechos humanos”. En: *Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho penal*. Lima: Ara Editores, pp. 21 y 34.
- 2014 *Lecciones de Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

MIR, Santiago

- 1982 MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2da Edición, Barcelona: Bosch.
- 1995 “El sistema del Derecho penal en la Europa actual”. En: Schunemann/J de Figueredo Días (Coords.) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Barcelona: Bosch Editor.
- 2003 “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”. En: *RECPC*, Numero 05, pp. 05:1 – 05:19. Consulta: 17 de marzo de 2013
<http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- 2003 *Introducción a las bases del Derecho penal*. Segunda edición. Montevideo: Editorial B de F.
- 2009 “El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal”. En: CARBONEL, Juan Carlos (Dir.), GONZALES, José Luis (Dir.) y ORTS, Enrique (Dir.). *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*. Valencia: Tirant Le Blanch, pp. 1357-1382. Consulta: 07 de mayo de 2015.
<http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/pdf/2010/extranjeros/mir-puig-principio-de-proporcionalidad.pdf>

2011 *Derecho penal. Parte general*. Novena edición. Montevideo-Buenos Aires (B de F Ltda.).

MOLINA, Fernando.

2009 *Estado de necesidad y justificación penal ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?* Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

MONTEALEGRE, Eduardo y PERDOMO, Jorge

2005 “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Gunther Jakobs”. En: Yacobucci (Coord.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Lima: Ara Editores, pp. 23 – 92.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo.

2003 “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”. En: Montealegre (Coord.) *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*. Tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 21 – 36.

MONTOYA CHÁVEZ, Víctor.

2008 “El honor frente a la expresión y a la información. Un conflicto que quiso ser resuelto por la Corte Suprema. En: Castillo Alva (Dir.) *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, Lima: Grijley, pp. 677 – 729.

2005 “Relaciones entre los derechos fundamentales ¿Conflictivismo entre la comunicación del discurso y el respeto propio? En: *Actualidad Jurídica* (137), Lima: Gaceta Jurídica, pp. 156 - 162.

MONTOYA, Iván.

2013 “Aproximación a una funcionalización constitucional de la teoría del delito”.
Derecho PUCP. Lima, número 71, pp. 109-139. Consulta: 03 de diciembre
de 2014

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8899>

MORESO, José Juan.

2010 “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En: Miguel Carbonell/Pedro P.
Grández Castro (Coord.) *El principio de proporcionalidad en el Derecho
contemporáneo*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia
constitucional 8, Lima: Palestra, pp. 59-70

2010 “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, pp.
821 - 832. Consulta: 03 de diciembre de 2014

<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewFile/1232/1237>

MUÑOZ, Francisco y GARCÍA, Mercedes.

2007 *Derecho penal. Parte general*. Séptima edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, Francisco.

2003 *Introducción al Derecho penal*. Reimpresión de la 2da edición de 2001.
Colección: Maestros del Derecho penal (3), Montevideo-Buenos Aires: B de
F Ltda.

PAREDES, José

1995 *El riesgo permitido en Derecho penal (Régimen jurídico-penal de las
actividades peligrosas)*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de
Justicia e Interior de España

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso.

2007 *Derecho penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*, 2da edición, Lima: Editorial Rodhas.

PEÑA, Raúl

1997 *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la Parte General*. Tercera edición. Lima: Grijley.

POLAINO NAVARRETE, Miguel.

2008 *Introducción al Derecho penal* (Con la colaboración de Polaino - Orts). Lima: Grijley.

PRADO REGI, Luiz/MENDES DE CARVALHO, Éricka.

2007 *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*, Lima: Ara Editores, 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín.

1996 "Delitos Contra el Honor", En: *Comentarios a la Parte especial del Derecho Penal*. Tomo I, 4ta Edición, Pamplona: Editorial Thomson - Arazandi.

REVILLA LLAZA, Percy.

2004 "Obrar en ejercicio legítimo de un derecho". En: *Código penal comentado*. Tomo I, Lima: Gaceta jurídica, pp. 789 – 808.

REYES ECHANDÍA, Alfonso.

1989 *Antijuridicidad*. 4ta edición, Bogotá – Colombia: Editorial Temis.

ROBLES, Ricardo.

2003 *La participación en el delito: Fundamento y límites*. Madrid – Barcelona: Marcial Pons.

2006 “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”. En: FRISCH, Wolfgang y ROBLES, Ricardo. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*. Montevideo: Editorial B de f, pp. 61 – 114.

RODRÍGUEZ, Teresa

2012 *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo.

2000 “Delitos contra el honor”. En: el mismo (Dir.)/Agustín Jorge Barreiro (Coord) *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Editorial Civitas, pp. 609 – 644.

ROJAS VARGAS, Fidel.

2012 *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia II*, Lima: Ara editores.

ROXIN, Claus

1976 “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”. Traducción de LUZÓN. *Problemas básicos del Derecho penal*. Madrid: Reus, pp. 128- 148.

- 1997 *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Traducción de la segunda edición alemana de LUZÓN, Diego y otros. Madrid: Editorial Civitas.
- 2002 *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2da edición traducida por Muñoz Conde, 1ra reimpresión, Buenos Aires: Hammurabi.
- 2007 “Protección de bienes jurídicos y libertad individual en la encrucijada de la dogmática jurídico-penal”. En: Montealegre Lynett (Coord.) *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*. Tomo I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 127 – 143.
- 2012 *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Segunda edición. Traducción de ABANTO, Manuel. Lima: Grijley.
- 2012 “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico - penal en Alemania”. *INDRET*. Barcelona, número 4. Consulta: 27 de noviembre de 2012.
- <http://www.indret.com/pdf/925..pdf>

ROY FREYRE, Luís E.

1986 *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Lima: EDDILI.

REGIS PRADO, Luiz/MENDES DE CARVALHO, Érika.

2007 *Teorías de la imputación objetiva del resultado. Una aproximación crítica a sus fundamentos*. 1ra ed. en español, Lima: Ara Editores.

SALINA SICCHA, Ramiro.

2008 *Derecho Penal. Parte Especial*, 3° Ed., Lima: Grijley.

SAN MARTÍN CASTRO, César.

2008 *Precedente vinculantes en materia penal*, Lima: Reforma.

SANZ MORÁN, Ángel José.

2000 “Teoría general de la justificación”, *Revista Penal* (5), p. 77. Consulta: 10 de febrero de 2013
<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/210/203>

SCHÜNEMANN, Bernd.

2006 “Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva”. En: *Cuestiones básicas del Derecho penal en los umbrales del tercer milenio*. Lima: Idemsa, pp. 317 – 358.

2012 “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal” (Trad. Silva Sánchez). En: *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*, Schünemann (Comp.), 2da edición, Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda, pp. 1 – 77.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María.

2010 “Una primera lección de Derecho penal”. En: Luzón Peña (Dir.) *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Mir Puig*, Madrid: La Ley, pp. 61 – 83.

2010 *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. 2da edición, Montevideo-Buenos Aires: B de F Ltda.

TASSARA ZEVALLOS. Ornella Vanessa

2013 *Una interpretación multicultural liberal del artículo 149° de la Constitución.*
Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho
Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

TAYLOR, Charles.

“Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Complemento a la
relación del profesor Mathieu”. En: *Materiales de enseñanza del curso de
Fundamentos éticos y filosóficos de los DDHH 2015-1.*

TENCA, Adrián.

2010 *Dolo eventual. Viabilidad de su aplicación a los delitos en particular
Diferencias con la culpa. Política criminal. Autoría. Participación. Tentativa.
Crisis de la figura. Jurisprudencia aplicable,* Buenos Aires: Editorial Astrea.

UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, José Carlos.

1999 *Prensa juzgada. Treinta años de juicios a periodistas peruanos (1869 –
1999),* Lima: UPC/IPYS.

VÁSQUEZ, Shikara

2012 “La normativización del tipo y los modelos de imputación objetiva”. *Revista
de Derecho UCV.* Lima, número 01, pp. 317-348. Consulta: 10 de marzo de
2014.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130908_03.pdf

VELÁSQUEZ V, Fernando

2009 “Anteproyecto de la Parte General del Código Penal peruano de 2009 y los límites a la potestad punitiva del Estado”. La reforma del Derecho penal y Procesal Penal en el Perú. Anuario de Derecho penal 2009. Lima, pp. 47 – 81.

Consulta 10 de mayo de 2015.

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2009_02.pdf

2009 *Derecho penal. Parte general*, 4ta edición, Bogotá: Librería Jurídica COMLIBROS.

VIDAL MARÍN, Tomás.

2000 *El derecho al honor y su protección desde la Constitución española*, Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales – Boletín oficial del Estado.

VILLA STEIN, Javier.

2008 *Derecho penal. Parte general*, 3ra edición, Lima: Grijley.

VILLAVICENCIO, Felipe.

2009 *Derecho Penal. Parte General*. Primera edición reimpressa. Lima: Editora Jurídica Grijley.

2009 *Diccionario penal jurisprudencial*, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.

2014 *Derecho penal. Parte especial*. Vol. I, Lima: Grijley.

WOLTER, Jürger.

1999 “Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad”. En: Luzón Peña, Diego (Dir.). *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, pp. 1 – 20.

YON RUESTA, Roger/SÁNCHEZ MÁLAGA CARRILLO, Armando.

2004 “Eximentes incompletas”. En: *Código Penal comentado. Tomo I. Título Preliminar – Parte general*, Lima: Gaceta Jurídica.

2012 “Fundamentos constitucionales para la aplicación de la norma jurídico-penal orientados al análisis de las consecuencias. Especial relevancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. En: Pariona Arana (Dir.)/ Urquiza Videla/Valdez Silva (coords.) *Veinte años de vigencia del Código Penal peruano. Desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales*, Lima: Grijley.

ZAVALETA RODRÍGUEZ, Roger E.

2009 “La teoría de la argumentación jurídica en la sentencias del Tribunal Constitucional peruano”. En: Rivera Oré (Dir.) Centurión Portales/Reyna Alfaro (Coord.) *El Derecho procesal penal frente a los retos del nuevo Código Procesal Penal*, Lima: Ara Editores, pp. 237 – 267.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura.

2009 *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Editorial Comares.