

FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS.

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO

“PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y
AL HONOR EN LAS PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS”
"CASACION N° 1003-2014-LIMA"

REQUISITO INDISPENSABLE PARA OPTAR
EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADA.

AUTOR : REATEGUI GONZALES, BLANCA ARACELI.

San Juan Bautista - Perú
2017

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día: Jueves 10 de Agosto del 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES
PRESIDENTE



Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ
MIEMBRO



Abog. THAMER LOPEZ MACEDO
MIEMBRO



Mgr. ARISTOTELES ALVAREZ LOPEZ
ASESOR

DEDICATORIA.

A Dios

Por darme la vida, guiar mis pasos y permitirme haber llegado a este nivel profesional y por sus bendiciones futuras.

A mis Padres

Celinda y Juan, a quienes todo les debo, en mi vida personal y profesional; por todo esto les agradezco de corazón que estén a mi lado, apoyándome incondicionalmente.

A mis Hijos

Diana Paula, Juan Francisco y Miguel Ángel, quienes me dan el impulso y la fuerza necesaria para seguir luchando en el largo camino del estudio, siendo ellos mis tesoros más preciados que Dios me dio.

A mis Tíos

Ytalo, Pascual y en especial a Warren Gonzales, quien fue el artífice, impulsándome día a día a seguir en la senda del estudio y alcanzar mi tan anhelado título.

A mis abuelos

Teófila por el apoyo incondicional y a la memoria de mi Abuelo José Gonzales quien esta orgulloso desde el cielo al verme convertida en abogada.

A mi Jefe

Luis Alberto Reátegui Rubio, por su paciencia y comprensión al darme las facilidades para poder lograr mis objetivos en la senda del estudio.

LA AUTORA.

AGRADECIMIENTO.

A la “**UNIVERSIDAD CIENTIFICA DEL PERÚ**” por ser mi Alma Mater.

Mi más sincero y eterno agradecimiento a todas y cada una de las personas que contribuyeron en la realización del presente trabajo de investigación, en particular a mi asesor de Tesis por su dedicación y sabios consejos.

A mis compañeros de mi promoción por todo su apoyo que me dieron durante el transcurrir de la carrera.

La Autora.



Universidad Científica del Perú - UCP



UNIVERSIDAD
CIENTÍFICA
DEL PERÚ

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

FACULTAD
DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos a las 18:30 horas del día Jueves 10 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller en:

BLANCA ARACELI REATEGUI GONZALES

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema: "Protección del Derecho a la Imagen y al Honor en las Publicaciones Periodísticas". Casación N° 1003-2014-Lima"

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Indicador	Examinador 1	Examinador 2	Examinador 3	Promedio
Dominio del Tema	3	2	2	
Calidad de recepción	3	3	3	
Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación)	2	3	3	
Calidad de las respuestas	2	2	2	
Uso de terminología especializada	3	3	3	
Calificación final	13	13	13	

Calificación final (en letras) TRACE

Leyenda:

Indicador	Descripción	Puntaje
A	Deficiente	1
B	Regular	2
C	Satisfactoria	3
D	Optima	4

Presidente: Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro: Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro: Abog. THAMER LOPEZ MACEDO


(Firma)

(Firma)

(Firma)

RESUMEN.

El presente trabajo de análisis jurídico se refiere a un importante caso resuelto por el juzgado supremo de lima sobre, protección del derecho a la imagen y al honor en las publicaciones periodísticas. **OBJETIVO**, analizar el Daño que produce las transmisiones de noticias y caricaturas al derecho al honor del funcionario público, dado que el límite a la libertad de expresión encuentra su límite en la dignidad de la persona, en el caso concreto, en su derecho al honor, ello no significa en modo alguno una forma de censura, pues si bien se busca proteger las formas de libertades de expresión y acceso a la información, éste derecho no es absoluto, sino que está sujeto a responsabilidades ulteriores; **MATERIAL Y METODOS**, Se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en la **CASACION N° 1003-2014-LIMA**, a través del Método socio jurídico. El diseño fue no experimental ex post facto. se examinaron por separado (información de prensa, e información jurisprudencial nacional), se ha verificado estos hechos tanto en los medios escritos como en la jurisprudencia analizada **RESULTADOS**, la Sala Suprema, en el presente caso ha Declarado **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera; **NULA** la resolución de vista de fecha cinco de setiembre de dos mil trece, **ORDENANDO** a la Sala Superior de origen que emita nuevo fallo bajo las consideraciones esgrimidas, en los seguidos por Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera con el Grupo La República S.A. sobre indemnización por daños y perjuicios.

Palabras clave: Derecho, honor, intimidad, propia imagen, medios de comunicación, libertad de expresión, derecho a la información, e indemnización.

ÍNDICE DEL CONTENIDO.

	Pág.
DEDICATORIA _____	II
AGRADECIMIENTO _____	III
PAGINA DE APROBACIÓN _____	IV
INDICE DEL CONTENIDO _____	V
RESUMÉN _____	X
CAPÍTULO I	
Introducción _____	01
CAPÍTULO II	
2.1.- Marco Teórico Referencial	
2.1.1.- Antecedentes de la Investigación _____	03
2.1.2.- Definiciones Teóricas sobre el Derecho al Honor _____	05
2.1.2.1.- El derecho al honor: concepto _____	05
2.1.2.2.- Distinciones entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad y a la propia imagen _____	07
2.1.2.3.- La libertad de expresión: concepto _____	08
2.1.2.4.- Conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión _____	10
2.1.3.- Definiciones Teóricas sobre el Derecho a la Intimidad _____	12
2.1.3.1.- Intimidad y persona _____	12
2.1.3.2.- Noción filosófica y construcción jurídica _____	13
2.1.3.3.- La intimidad como faceta de la libertad _____	15
2.1.3.4.- Definición del derecho a la intimidad _____	16
2.1.3.5.- Deslinde y análisis comparativo con instituciones afines _____	17
2.1.4.- El Derecho a la intimidad en el Código Penal Peruano _____	21
2.1.4.1.- Definición del Derecho a la intimidad _____	21
2.1.4.2.- Origen y evolución _____	21
2.1.4.3.- Bien jurídico protegido del Derecho a la Intimidad artículo 154° código penal _____	21
2.1.3.4.- Tipicidad objetiva _____	22
2.1.4.5.- Tipicidad subjetiva _____	24
2.1.4.6.- Descripción legal del Artículo 154° del Código Penal _____	24
2.1.4.7.- Elementos objetivos del tipo _____	27
2.1.4.8.- Análisis del caso Mónica Adaro vs Magaly Medina - visto desde la Resolución Judicial de la Primera	

Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia
de Lima - R.N. Nº 3301-2004 – Lima, Veintiocho de Abril
de Dos Mil Cinco _____

28

2.1.5.- Definiciones Jurídicas Conceptuales del Derecho al honor	
en el ordenamiento Jurídico Supranacional y Nacional _____	40
2.1.5.1.- El ordenamiento jurídico supranacional _____	40
2.1.5.2.- El ordenamiento jurídico nacional _____	42
2.1.6.- El Bien Jurídico en los Delitos Contra el Honor _____	46
2.1.6.1.- El Honor Subjetivo _____	46
2.1.6.2.- El Honor Objetivo _____	47
2.1.6.3.- Tipo Subjetivo _____	50
2.1.6.4.- Delito de Injuria _____	51
2.1.6.4.1.- Bien Jurídico Protegido _____	52
2.1.6.4.2.- Tipicidad Objetiva _____	52
2.1.6.4.3.- Tipicidad Subjetiva _____	54
2.1.6.4.4.- Injurias Recíprocas _____	56
2.1.6.4.5.- Grados de desarrollo del delito: Tentativa y consumación _____	57
2.1.6.4.6.- Penalidad _____	58
2.1.6.5.- Delito de Calumnia _____	58
2.1.6.5.1.- Bien Jurídico Protegido _____	58
2.1.6.5.2.- Tipicidad Objetiva _____	58
2.1.6.5.3.- Tipicidad Subjetiva _____	61
2.1.6.5.4.- Grados de Desarrollo del Delito: Tentativa y Consumación _____	61
2.1.6.5.5.- Concurso de delitos _____	62
2.1.6.5.6.- Exceptio Veritatis _____	62
2.1.6.5.7.- La Pena _____	63
2.1.6.6.- Delito de Difamación _____	63
2.1.6.6.1.- Bien Jurídico Protegido _____	63
2.1.6.6.2.- Tipicidad Objetiva _____	63
2.1.6.6.3.- Tipicidad Subjetiva _____	64
2.1.5.6.4.- Grados de Desarrollo del Delito _____	65
2.1.6.6.5.- Agravante _____	66
2.1.6.6.6.- Exceptio Veritatis _____	66
2.1.6.6.7.- Prueba de la Verdad de las Imputaciones _____	67
2.1.6.6.8.- Penalidad _____	68

2.1.6.6.9.- Conductas atípicas	69
2.1.6.6.10.- Ejercicio privado de la acción penal	69
2.1.6.7.- Jurisprudencia	70
2.1.7.- La Teoría General de la Responsabilidad Civil en los Procesos	
Contra el Honor	71
2.1.7.1.- Finalidad	71
2.1.7.2.- Presupuestos	73
2.1.7.3.- Funciones	74
2.1.7.4.- Elementos	79
2.1.7.5.- Los regímenes o tipos de la responsabilidad civil	90
2.1.7.6.- La responsabilidad civil contractual	
(art. 1314 y sgtes. C.C.)	92
2.1.7.7.- La responsabilidad civil extracontractual	
(art. 1969 y sgtes. C.C.)	93
2.1.7.8.- El deber de no dañar (principio del “ <i>neminem laedere</i> ”)	94
2.1.7.9.- Supuestos de inexistencia de la responsabilidad civil	95
2.1.7.10.- Análisis del caso Jorge Octavio Ronald Barreto	
Herrera vs Grupo LA REPUBLICA S.A (Expediente	
N° 1003-2014-LIMA)	97
2.1.8.- El Derecho a la Libertad de Prensa en el Perú	101
2.1.8.1.- La libertad de informar y la transparencia	101
2.1.8.2.- Libertades de expresión e información	102
2.1.8.3.- Libertad de prensa y los delitos contra el honor,	
la buena reputación y la intimidad de las personas	104
2.1.8.4.- El conflicto entre la libertad de expresión y el honor	106
2.1.8.5.- Responsabilidad jurídica de los medios de comunicación	
a través de los cuales se propalan informaciones lesivas	
al honor	109
2.1.8.6.- Conflicto entre honor y libertad de expresión	110
2.1.8.7.- Tendencias de despenalización de los delitos contra	
el honor	112
2.2.- Objetivos	115
2.2.1.- Objetivo General	115
2.2.2.- Objetivos Específicos	116
2.2.3.- Variables	116
2.2.4.- Supuestos	116

CAPITULO III

Método De Investigación	118
3.1.- Método de Investigación	118
3.1.1.- Por su profundidad	118
3.1.2.- Por su finalidad	118
3.2.- Muestra	118
3.3.- Métodos en la Recolección y Análisis de la información	118
3.3.1.- Métodos Lógicos	118
3.3.2.- Métodos Jurídicos	119
3.4.- Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	119
3.5.- Procedimiento de Recolección de Datos	120
3.6.- Validez y Confiabilidad del Estudio	121
3.7.- Plan de Análisis, Rigor y Ética	121

CAPÍTULO IV

Resultados	122
------------	-----

CAPÍTULO V

Discusión	125
-----------	-----

CAPÍTULO VI

Conclusiones	126
--------------	-----

CAPÍTULO VII

Recomendaciones	128
-----------------	-----

CAPÍTULO VIII

Referencia Bibliográfica	129
--------------------------	-----

CAPÍTULO IX

Anexos	133
--------	-----

ÍNDICE DE TABLAS

Pág.

MATRIZ DE CONSISTENCIA: MÉTODO DE CASO: “PROTECCIÓN
DEL DERECHO A LA IMAGEN Y AL HONOR EN LAS
PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS” "CASACION Nº 1003-2014-LIMA"

Caso: JORGE OCTAVIO RONALD BARRETO HERRERA vs GRUPO
LA REPUBLICA S.A.

133

CAPÍTULO I:

INTRODUCCION

En la actualidad, y en el Estado de Derecho en que nos encontramos en el Perú, es importante el derecho a la información y la transparencia, ya que con información objetiva y seria se consolidará la democracia y se impulsará la participación ciudadana, como una forma de garantizar honestidad y transparencia de todas las personas, lo que debe tener una base sólida en la práctica de valores como el respeto a la dignidad y el honor de las personas.

Los delitos contra el honor, se encuentran regulados en nuestro Código Penal y se corresponden con lo previsto en la Constitución Política del Perú, la cual establece que “todas las personas tienen derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar”. Así también se establece que “los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común”, **EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**, en este caso es determinar la fundamentación jurídico doctrinaria, que de manera excepcional fundamente la protección del derecho a la imagen y al Honor en las publicaciones periodísticas en el marco a la buena reputación a nivel de la "**CASACION Nº 1003-2014-LIMA**".

En nuestro país existen **antecedentes** de como los medios de comunicación con mucha frecuencia, informan con ligereza, superficialidad y de modo interesado, noticias o sueltos periodísticos que lesionan el honor de la personas, en muchos casos sin investigar y verificar las fuentes de información, sin tomar en cuenta la lesividad en el honor de las personas que puede provocar la difusión de información tendenciosa o no contrastada con las fuentes, faltando a la objetividad con que todo periodista serio debe informar.

El principal **objetivo** que da origen al presente trabajo de investigación, es la débil y muy sensible frontera entre el derecho a la información y el respeto al honor que tiene toda persona en el Perú y que con mucha frecuencia es sobrepasado por publicaciones en los medios de prensa escritos y que dañan el honor de las personas, sin considerar que al hacerlo también están dañando a su familia.

Con el trabajo de investigación, se evidencia la **importancia** de analizar el Daño que produce las transmisiones de noticias y caricaturas al derecho al honor del funcionario público, dado que el límite a la libertad de expresión encuentra su límite en la dignidad de la persona, en el caso concreto, en su derecho al honor, ello no significa en modo

alguno una forma de censura, pues si bien se busca proteger las formas de libertades de expresión y acceso a la información, éste derecho no es absoluto, sino que está sujeto a responsabilidades ulteriores, ello a fin de sancionar a quien deliberada y con frecuencia de forma mal intencionada lo ha agraviado y consecuentemente le ha causado un daño moral tanto a su persona como a su familia.

Por estas **razones** la investigación titulada: “**El derecho a la intimidad y al Honor en las publicaciones periodísticas**”, responde a esta problemática y a la necesidad de investigar e identificar la cantidad y frecuencia de publicaciones que lesionan la intimidad y el honor de las personas y que se realizan a través de las publicaciones nacionales y regionales de nuestro país, determinando los Límites y consecuencias jurídicas de la mala utilización del derecho a la libertad de expresión dentro del contexto constitucional.

Procesados los datos, se ha llegado en resumen, a aseverar que la vulneración del derecho a la intimidad y del honor de la persona es superable en tanto se logre la implementación –vía creación o reforma– de un sistema de tutela y protección de las transgresiones del derecho a la intimidad en base al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

En tal sentido, presentamos nuestras recomendaciones las que incluyen una propuesta de modificación de la norma constitucional a fin de lograr eficacia en la protección del derecho reconocido en nuestra carta magna, frente a las vulneraciones propiciadas por los medios de comunicación derivadas del ejercicio de la libertad de expresión.

CAPITULO II:

2.1.- MARCO TEÓRICO REFERENCIAL.

2.1.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Como se apreciará, el principio recogido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2º numeral 4, primer párrafo de la Constitución de 1993 prescribe 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 responsabilidades de ley”, sin parámetros debidamente definidos sólo conlleva el vejamen de derechos fundamentales de la persona como la intimidad y sirve de estandarte de la impunidad con el que actúan muchos medios de difusión social.

La teoría de la posición preferente, del derecho a las libertades de expresión y de información empleando los canales de difusión “es inadmisibles dentro de nuestro marco constitucional de valores y principios”. En un primer plano, la libertad de expresión, constituye un instrumento por medio del cual el hombre da a transmitir sus puntos de vista en todo lo referente a cuanto lo afecta: Permite la comunicación de sus opiniones, peticiones y quejas para así elevarlas y darlas a conocer a otros cuando lo considere necesario y para la obtención de sus fines. En consecuencia, la libertad de expresión tiene como principio base ineludible la dignidad de la persona y no el beneficio que éste proporciona al sistema democrático.

Y es que la libertad de expresión como todo derecho debe ejercerse dentro del límite que es necesario obedecer para respetar y garantizar otros derechos igualmente importantes. Así entran a considerarse otros aspectos que, si bien no constituyen parte de lo que es el contenido fundamental de la libertad de expresión, tienen por finalidad controlar el ejercicio de aquella para que no sea un instrumento de manipulación y ataque en contra de los derechos de los demás. Deben establecerse pues, límites internos y externos (intrínsecos y extrínsecos según algún sector de la doctrina), basados los primeros en la propia naturaleza del derecho –por lo cual no existe derecho al insulto– y los segundos en la existencia de derechos o bienes jurídicos constitucionales de especial importancia. Sobre la base de estos últimos, los límites externos deben ser analizados de manera

exhaustiva al nivel de principios como la razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

El argumento de fondo para permitir el empleo de la teoría de la posición preferente en el caso de conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos se enfoca en la prohibición de la censura previa, la que se encuentra presente en la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica y en especial en la Constitución Peruana de 1993; ejemplo claro de la preferencia de este derecho lo encontramos en la Corte Interamericana, en el célebre caso de La última tentación de Cristo, donde, se equivoca al establecer que las limitaciones a la libertad de expresión generadas por los Tribunales deben ser consideradas censura previa y, en consecuencia, se encuentran prohibidas aun cuando se basen en la afectación de otros derechos. Similar interpretación efectúa el Tribunal Constitucional Peruano en el célebre caso de la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín, en el cual el citado organismo estableció que la prohibición de la censura previa implicaba la imposibilidad de limitar la emisión de un reportaje, aun cuando éste pudiera vulnerar otros derechos fundamentales como el honor o la buena reputación.

Encontramos que ciertos elementos de especial relevancia, como son la inexistencia de jerarquía entre los derechos fundamentales, la visión idealista de la opinión pública que acompaña a la teoría de la posición preferente de la libertad de expresión, la posibilidad de la violación de derechos fundamentales por parte de los medios de comunicación los cuales no se encuentran claramente delimitados impiden un desarrollo más armónico y coherente de nuestro objeto de estudio. A ello débese sumar que, desde la creación del Internet, la manera de comunicarnos ha cambiado considerablemente, toda vez que la red nos permite expresar y difundir ideas y opiniones de manera amplia, inmediata y a bajo costo. Esta característica ha permitido afirmar a algunos que Internet tiene un efecto democratizador muy importante al conferir a los ciudadanos “de a pie” las mismas posibilidades de ejercer su derecho a la libertad de expresión que los grandes grupos económicos. Ello debe ser analizado “con pinzas” dado que sí se notan ausencias legislativas e interpretativas para situaciones conflictivas producidas en los medios de comunicación social tradicionales en el ámbito del derecho informático en donde la legislación es materialmente escasa nuestro análisis debe ser más sesudo.

El derecho a la intimidad, conceptualizado restringidamente como el derecho a vivir sin interferencias no deseadas, o de pasar por el mundo sin que el propio estilo de vida sea expuesto ante quienes están fuera del contorno privado, suele ser vulnerado en virtud de un difundido y erróneamente entendido derecho de investigar, transmitir y divulgar los sucesos y opiniones, máxime si se trata de personajes llamados “públicos”, quienes en mérito a sus actividades oficiales poseen cierta notoriedad o trascendencia lo que sirve de “cardumen” de programas denominados de espectáculos y otros cuya promoción conlleva un incremento de las ganancias de aquellos canales televisivos o radiales que apuestan por ellos.

Producto de lo expuesto, el estado de los estudios e investigaciones relacionadas con el tema específico planteado es incipiente y de reciente data, lo que ha implicado que no se verifique la existencia de posiciones teóricas, que desarrollan en específico el problema planteado.

Dentro de las universidades locales, no se han encontrado tesis que hayan desarrollado investigaciones respecto al tema objeto de estudio, por ser un tema de reciente data; sin embargo, se han encontrado artículos en revistas, así como también en internet, cuyos autores propugnan por el equilibrio que debe existir cuando se presenten situaciones en conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de la persona.

2.1.2.- DEFINICIONES TEORICAS SOBRE EL DERECHO AL HONOR.

2.1.2.1.- El derecho al honor: concepto

El término del honor deriva del principio de dignidad, y se resume en el derecho a ser respetado. El valor que se le da se modifica de acuerdo con las circunstancias, valores y condiciones de una sociedad en un momento histórico determinado¹.

Todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad, la cual tiene una manifestación directa y clara en la estimación que él siente por sí mismo y que espera de los demás. Por esto es que las leyes penales, desde muy antiguo, reprimen las acciones que atentan en contra de ese aspecto de la personalidad que es el sentido del honor [...] esto vendría a significar que el honor de la persona sería como uno de los valores que se consideran cubiertos por el deber de respetar la vida privada ajena.

¹ Clemente Crevillén Sánchez, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, p. 27.

Fernández Sessarego indica que el honor es un bien de carácter no patrimonial que conlleva un sentimiento o conciencia de la propia dignidad como persona, que lo hace digno de la más amplia tutela jurídica². A ello, Neira Hidalgo agrega diciendo que es un valor, y como tal tiene un significado múltiple, variado, polisémico y contextual³.

Dicen los autores, que aquello ocurre por la característica eminentemente social del ser humano, por lo que la sociedad -en su conjunto- debe respetar y proteger ese derecho; para ello, debe tener en cuenta su buena fama y buena reputación, adquiridas por la virtud innata y el trabajo del mismo sujeto⁴.

No obstante, debemos reconocer que el honor no es estático, pues, si la propia persona cambia en el tiempo, también su honor lo hace en función a los parámetros sociales de aceptación. Así, entonces, mutará de sociedad en sociedad, de allí que “la única forma de comprender el significado de este valor es prestando atención a los usos y definiciones que circulan socialmente...(sic)”⁵.

Ese mismo concepto es acogido por el Tribunal Constitucional peruano, que siguiendo a lo dicho por el Tribunal Constitucional español, también indica que éste derecho protege la intangibilidad de la dignidad en la dinámica social de un tiempo determinado⁶.

Nuestro Tribunal Constitucional indica que el honor debe ser 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”⁷.

Pero, el máximo intérprete de la constitución hace notar que “...*el honor no es pues ni “interno” ni “externo”, como ha sugerido cierta doctrina para expresar las formas en que puede ser padecida su agresión, frente a uno mismo o frente a los demás. Dice, se*

² FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Derecho de las Personas”; Editorial Grijley; 10ma. Edición; Lima Perú; 2007; p.41.

³ NEIRA HIDALGO Gabriela, citando a Guevara Gil Armando, en “Derecho al honor como derecho colectivo de comunidades indígenas”; Diálogo con la Jurisprudencia No. 141, Gaceta Jurídica; p. 48.

⁴ Ibíd., p. 41.

⁵ Ibíd., p.48.

⁶ 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).- STC. Exp. 4099-2005-PA/TC, f.j. 5.

⁷ STC. Exp. 4611-2007-PA/TC, f.j. 37 ; y STC. Exp. 3362-2004-PA/TC, f.j. 14.b.

*mancilla el honor cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona lanzándole ofensas o agrediéndola directamente o haciéndolo ante el público y de cualquier forma". Incide, la "diferencia es, en todo caso, que en el segundo supuesto, en el caso de la agresión a la reputación social, el honor está comprometido doblemente, como una ofensa hacia uno mismo, y como un desprestigio frente a los demás, desmereciendo la condición de ser social por excelencia que es toda persona. El honor corresponde, así, a toda persona por el solo hecho de serlo y se manifiesta, sobre la base del principio de igualdad, contrario a las concepciones aristocráticas, plutocráticas o meritocráticas"*⁸.

De aquello, y teniendo a la vista lo vertido -principalmente- por el profesor **Fernández Sessarego**, concluimos -en concepto nuestro- que el honor es un "sentimiento"⁹ que pertenece a cada ser humano, y como tal es concebido y desarrollado dentro de su existencia, por lo que su magnitud y alcances sólo pueden ser delimitados por él. En tal virtud, obligan al Estado y la colectividad -en general- no solo a respetarlo, sino a protegerlo.

En esa línea, la sentencia del Tribunal Constitucional glosada en líneas anteriores nos otorga mayores luces para afirmar que la afectación al honor se realiza cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona, lanzándole ofensas o agrediéndola directamente o haciéndolo ante el público o de cualquier forma. Por ello, al percibirse como una agresión a la "reputación social", se le compromete desde una doble perspectiva, de un lado, como una ofensa hacia uno mismo, y de otro, como un desprestigio frente a los demás.

2.1.2.2.- Distinciones entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad y a la propia imagen.

La distinción clásica entre el derecho al honor e intimidad radica en que el primero es el derecho a la fama o a la reputación como resultado de una vida de relación social y la segunda aparece como la aspiración del individuo al aislamiento.

La intimidad equivale a la vida retirada o anónima, a la vida espiritual de la persona, una zona de actividad que le es propia al

⁸ STC. Exp. 4099-2005-PA/TC, f.j. 8.

⁹ Según la Real Academia de la Lengua Española, al "sentimiento" se le define como el "Estado afectivo del ánimo producido por causas que lo impresionan vivamente". Puede verse en www.rae.es. (consultado el 25 de marzo del 2011).

individuo y de la cual es dueño de prohibir el acceso a otras. Se ha considerado también como manifestación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Lo íntimo se opone a lo público, en síntesis, es el derecho a no ser molestado, el derecho a estar solo.

El derecho a la intimidad se protege por sí mismo con independencia de la opinión o juicios negativos que se puedan producir sobre la conducta de una persona determinada. Por tanto, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, como no lo es ningún otro derecho fundamental, su razón de ser es el limitar la intervención de otras personas en lo referente a divulgación de lo privado o íntimo sin que para ello se pueda deducir una seguridad plena de impenetrabilidad.

Todo lo íntimo es privado más no todo lo privado es íntimo. El margen de libertad en la vida privada es mayor, la intimidad reclama mayor grado de reserva pudiendo llegar su culminación tratándose del secreto.

El derecho a la propia imagen es un derecho público subjetivo de la personalidad, que como tal es exigible cuando la reproducción de la imagen ha sido realizada sin el consentimiento del sujeto. Este concepto también cuenta con un doble contenido: por un lado, el titular puede oponer- se a la difusión de la imagen y, por el otro, otorga la facultad de controlar su exposición, publicación o comercialización. Sólo se podrá aceptar su singularidad como derecho exigible cuando se recurra a una noción del derecho a la imagen que lo entienda como una forma más de tutela de la vida privada o personal.

2.1.2.3.- La libertad de expresión: concepto

La libertad de expresión ha jugado un papel crucial en el desarrollo del ser humano y de las sociedades y, sobre todo, ha sido un logro irrenunciable de las revoluciones liberales frente a situaciones de regímenes opresivos donde existían controles para la libre difusión del pensamiento. Uno de los mayores logros jurídicos de la Revolución francesa fue precisamente la libertad de expresión como vehículo para la difusión de las ideas que defendía la burguesía. Por lo tanto, este derecho fue recogido y defendido en las principales declaraciones de derechos de la época.

En el siglo XX, la evolución se dio con mayor intensidad a partir de la creación de nuevas técnicas de comunicación masiva; esta nueva manifestación del derecho a la libertad de expresión se orientó hacia un nuevo destinatario: la colectividad, cumpliendo una función distinta que es la formación de opinión pública¹⁰.

El contacto y la comunicación con los demás permite que cada uno crezca en la riqueza de sus pensamientos y conocimientos mediante el intercambio de ellos con otras personas. Por ello el acceso, la participación y las diferentes vías para la comunicación humana son decisivos para el progreso de la humanidad en su conjunto y de cada una de las personas en particular. Una cosa es informar sobre un determinado acontecimiento en el sentido de comunicar o reproducir un hecho, y otra introducir valoraciones sobre el particular. La diferencia entonces radica en los juicios de valor que se generen a partir de una información¹¹.

Existe un uso confuso entre las nociones de “libertad de pensamiento”, “libertad de opinión”, “libertad de expresión” y “libertad de información”. Estos términos se han entrecruzado en las diversas declaraciones y convenciones internacionales, dando la sensación de que no existe una idea definida sobre cada una de ellas. Además, también podemos observar que el derecho a la información figura como algo incluido en la libertad de expresión.

Sobre este punto, Ana Laura Cabezuelo opina que el derecho a la información difiere del concepto de la libertad de expresión en virtud a que aluden a realidades diferentes. Una cosa es informar sobre un determinado acontecimiento en el sentido de comunicar o reproducir un hecho, y otra introducir valoraciones sobre el particular. La diferencia entonces radica en los juicios de valor que se generen a partir de una información. Esta tarea es muy difícil, precisamente por la complicación que conlleva delimitar la simple exposición de unos datos y el momento a partir del cual se comienzan a emitir auténticos juicios de valor. Si la meta a alcanzar es la formación de opinión pública, ello sólo puede lograrse cuando dicha visión no es manipulada.

¹⁰ J. Plaza Penades, *op. cit.*, pp. 92-93

¹¹ A. L. Cabezuelo Arenas, *op. cit.*, pp. 133-134.

Para algunos autores, la libertad de pensamiento contiene a las libertades de opinión y expresión, y éstas, a su vez, son fundamento de la libertad de información. El “derecho a la información”, la libertad de expresión y la libertad de información cuentan con tres facultades interrelacionadas que son las de: buscar, recibir o difundir información, ideas u opiniones, ya sea en forma oral o escrita o por cualquier otro procedimiento, e incluyen las libertades tradicionales de búsqueda y difusión, pero además incluye a la recepción de información por cualquier medio¹².

Desde luego que tales derechos y libertades no pueden ser ilimitadas y deberán compatibilizarse con otros derechos humanos para impedir la violación de los derechos de terceros. El derecho a la información comprende una serie de derechos y libertades reconocidas en las declaraciones universales y regionales de los derechos humanos desde 1948 y en las Constituciones, pero además es importante garantizar su efectividad, para ello se han creado nuevas instituciones y principios¹³.

La defensa de la libertad de expresión es un deber de todo ser humano, pero libertad de expresión con responsabilidad, ética y respeto a los otros derechos humanos.

2.1.2.4.- Conflictos entre el derecho al honor y la libertad de expresión.

“Cuando el ejercicio de un derecho fundamental dentro de su ámbito propio incide en el ámbito de otro es cuando se produce una colisión, que habrá de resolverse tratando de respetar al máximo el contenido esencial de cada uno y, en tanto no sea posible, dando primacía a uno de ellos”¹⁴.

Existen autores que plantean la existencia de conflictos entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de expresión. Al respecto, Javier Plaza argumenta que en España ambos derechos gozan del mismo grado de protección y no existe un criterio aplicable para resolver esa “antinomía jurídica”. La ausencia de un criterio predeterminado en el ordenamiento jurídico español para dar solución a los supuestos de conflictos de derechos fundamentales, junto con el deber de los jueces por resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ha tenido como

¹² Sergio López-Ayllón, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Jorge Carpizo y Miguel Carbonell, coords., *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, pp. 157-166.

¹³ J. Carpizo, “Constitución e Información”, en su obra *Nuevos estudios constitucionales*, pp. 402-403.

¹⁴ J. González Pérez, *op. cit.*, p. 37

consecuencia la elaboración de una doctrina jurisprudencial que ha ido fijando los criterios para la resolución de los casos de conflicto.

Uno de estos nuevos principios de elaboración jurisprudencial es el principio de “ponderación de bienes en conflicto”. Esto es: se parte de una idéntica posición de los derechos en conflicto y se valoran las condiciones y circunstancias concurrentes de cada caso concreto para establecer una relación de precedencia condicionada.

En el caso del conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión e información prevalecerá la libertad de expresión si el contenido de la información es de “interés general”, pues en tal caso se está cumpliendo con la función esencial de formación (libre y plural) de la opinión pública de cualquier Estado democrático.

Aunque los Tribunales españoles insisten en la necesidad de recurrir a la casuística a la hora de pronunciarse sobre las violaciones de estos derechos, lo cierto es que el interés del público se impone como límite común a las libertades de expresión e información, debiendo ser complementado en el primer supuesto con el respeto y, en el segundo, con la nota de la veracidad. “El Honor, intimidad y propia imagen pueden, pues, ser sacrificados cuando haya de servirse al interés público, pero sólo en la medida que éste deba ser atendido, sin incurrir en extralimitaciones”.

Otras corrientes doctrinales argumentan que no puede existir ningún conflicto ni enfrentamiento entre los derechos humanos, sino que se trata más bien de una cuestión de armonización entre los mismos. Si se hace una adecuada delimitación del contenido de los derechos fundamentales implicados, se puede mostrar a cada uno de los contendientes hasta dónde llega su derecho fundamental y de esta forma se establecerá, en consecuencia, un cierto equilibrio entre las posiciones.

Tal es el caso del destacado jurista español Jesús González Pérez, quien señala que las colisiones entre derechos fundamentales es un problema de delimitación no de limitación en virtud de que el contenido esencial de un derecho impone límites a su ejercicio, éstos son límites intrínsecos del derecho, distintos a los que puede venir del ejercicio de otro derecho con el que se entra en colisión. Sin embargo, al plantearse el conflicto entre el derecho al honor

frente a otros derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional española se ha dado el caso de postergar al primero constituyendo una manifestación adicional de la degradación del derecho al honor.

Este autor señala que, en la evolución de la jurisprudencia española, se han presentado tres fases para la resolución de estos conflictos: la primera fue la prevalencia del derecho al honor, en segundo lugar se dio la ponderación de los bienes en pugna y por último la posición preferente de las libertades de expresión e información.

Es responsabilidad de las constituciones, los tratados internacionales, las leyes y la jurisprudencia el armonizar los derechos, ya que no existe una jerarquía entre ellos, y en el caso particular del derecho a la vida privada y el derecho a la expresión o información ninguno tiene mayor jerarquía que el otro; los dos existen y tienen que coexistir para fortalecer la dignidad del ser humano¹⁵.

2.1.3.- DEFINICIONES TEORICAS SOBRE LA INTIMIDAD.

2.1.3.1.- Intimidad y persona.

Es característica del hombre una doble proyección de su personalidad, de modo que son fácilmente perceptibles distintas modalidades en el desenvolvimiento de su conducta.

A veces la actividad humana se enajena en objetos exteriores, en general de conformidad a sus apetitos y preferencias, y se encuentra así derramada y diversificada sobre el mundo circundante, constituyendo una relación exógena, de adentro hacia afuera, cualquiera sea el ámbito en que opera (social, político).

Pero de modo igualmente necesario y constante, se advierte también en el hombre un movimiento concéntrico, un giro hacia sí mismo, una actividad cuyo nudo radica en el propio ser y en lo que lo rodea de modo próximo e inmediato, que tiene en la vivienda su principal ámbito físico y a la propia persona y las de sus familiares como actores relevantes, la consideración de la naturaleza integral del hombre, además de revelar su necesidad de intimidad, también lo muestra como un ser social, que vive en comunidad y requiere de ella para su pleno desenvolvimiento, de lo cual resultarán las

¹⁵ J. Carpizo, *op. cit.*, pp. 237-242; véase también Tomás de Domingo, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, pp.1-14

correlativas limitaciones o restricciones a la protección jurídica de la intimidad. De este modo, la doble faceta humana la máscara y el sustrato a que ella se aplica, permite inducir la existencia y el alcance de la intimidad, noción estrechamente vinculada a la de persona entre personas. Si bien esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más rica cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que, hecho y exteriorizado, ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo. A la inversa, como el bumerang que necesariamente vuelve al punto de partida, la relación "hombre-mundo" repercute siempre en aquél, moldeándolo y posibilitando su realización y engrandecimiento.

Esa interrelación, como toda de naturaleza dialéctica, no sólo es dinámica, sino también fundamentalmente conflictiva: su desenvolvimiento supone una pugna, un choque entre la dimensión personal y la dimensión social del hombre, que ofrece estadios de equilibrio y armonía siempre relativos. A su logro debe contribuir el derecho, a través de su misión de regulación y equilibrio entre intereses contrapuestos" **(LUCAS MURILLO, 2003)**.

2.1.3.2.- Noción filosófica y construcción jurídica.

La intimidad como noción filosófica alude a un presupuesto fundamental del hombre en cuanto persona; como construcción jurídica, se proyecta en la estructuración de un derecho subjetivo a la intimidad o, al menos, confiriendo los resortes coactivos del derecho para la protección y defensa de ese decisivo bien personal. El advenimiento de la intimidad en la esfera del derecho es tardío en relación a la elaboración filosófica, pues ésta remonta al desarrollo de la noción de persona, sobre todo en el pensamiento cristiano, a partir de San Agustín: "La noción de persona se va forjando en San Agustín, se redescubre la intimidad: el hombre a solas, reflejado sobre sí mismo, en una entrañable relación con Dios".

La idea de 'intimidad', si se quiere, la experiencia y la intuición de la intimidad le sirvieron para hacer de esta relación consigo mismo no una relación abstracta, sino una eminentemente concreta y real.

Es que el hombre, a diferencia del animal, tiene conciencia de sí mismo, es dueño de su propio ser, es el único ser "en sí" y espiritualmente incommunicable. Esta facultad es la que le permite "desentenderse momentáneamente del mundo exterior y recogerse en la intimidad, para recordar su pasado, meditar sobre el curso de su vida, musitar una plegaria o una oración. El hombre tiene intimidad, el animal no: esta diferencia es verdaderamente fundamental. Es muy de lamentar, por ello, que los hombres actuales, sobre todo en las grandes ciudades, hayan abandonado casi por completo el goce de esta preciosa facultad y vivan enteramente volcados hacia afuera, como el animal.

Porque hemos perdido la intimidad y, lo mismo que los animales, vivimos hacia afuera y necesitamos el ruido para huir de nosotros mismos, para no mirarnos por dentro, para no formularnos algunas de las grandes preguntas del hombre como ser espiritual.

A propósito de esta diferencia entre el hombre y el animal, se ha dicho también: El animal no rige su existencia, no vive desde sí mismo, sino que está siempre atento a lo que pasa fuera de él, a lo otro que él. Nuestro vocablo otro no es sino el latino alter. Decir, pues, que el animal no vive desde sí mismo sino desde lo otro, traído y llevado y tiranizado por lo otro, equivale a decir que el animal vive siempre alterado, enajenado, que su vida es constitutiva de alteración". En cambio, "el hombre puede, de cuando en cuando, suspender su ocupación directa con las cosas, desasirse de su derredor, desentenderse de él, y sometiendo su facultad de atender a una torsión radical incomprensible zoológicamente, volverse, por así decirlo, de espaldas al mundo y meterse dentro de sí, atender a su propia intimidad o, lo que es igual, ocuparse de sí mismo y no de lo otro, de las cosas; el hombre puede ensimismarse, es decir tiene el poder de retirarse virtual y provisoriamente del mundo, y meterse dentro de sí.

2.1.3.3.- La intimidad como faceta de la libertad.

La protección cabal de la libertad como interés o bien jurídico específico exige ponerla a resguardo no sólo de la fuerza material que priva de libertad física y de la intimidación o coacción que afecta la libertad moral o de decisión, sino también tutelar el espontáneo despliegue de la personalidad en la esfera de intimidad o reserva personal, por vía de la exclusión o reducción al mínimo de las injerencias exteriores en ese ámbito de desenvolvimiento del sujeto.

Dentro de esta línea de pensamiento, estiman algunos autores, con respecto a las figuras penales de violación de domicilio y de secretos, que ellas representan formas ampliadas de tutela de la libertad, para ponerla a cubierto no ya sólo de las formas groseras y directas de la violencia y la coacción, sino también, en ciertos casos, de las sutiles presiones del temor o de la perturbación de la tranquilidad, aserto que posee vigencia más allá de la limitada protección publicista ofrecida por el derecho penal. Es que la intimidad responde a la necesidad básica de preservar una libertad espiritual indispensable en el campo vital que circunda al hombre de manera próxima e interior en grado superlativo, eliminando intromisiones, fiscalizaciones e influencias foráneas susceptibles de alterar su tranquilidad.

La libertad no es sólo la posibilidad de despliegue o represión de movimientos voluntarios o de obrar sin presiones psíquicas externas; es, más ampliamente, el poder de ser en sí mismo y no únicamente en los otros; de actuar según los dictados de la voluntad, pero también de hacerlo al reparo de los demás, sin indeseadas proyecciones al mundo exterior ni forzadas penetraciones de éste en la intimidad del sujeto **(GANULL HERMOSA, 2001)**.

Bajo este enfoque se trata de la primera de las libertades que al ser humano corresponden, o visto de otro modo, la última que en el plano jurídico puede ser objeto de limitación, y la única quizás que no puede ser suprimida de modo absoluto, porque si tal sucediera, ello significaría que, ante el Derecho, el ser humano se habría convertido en una cosa, el sujeto en objeto, y habiendo perdido la persona su consideración de tal, mal podría asumir la titularidad de un patrimonio moral, tal como el derecho al honor presupone.

Así entendida, se trata de libertad personal más que de libertad individual, ya que la protección del derecho toma en cuenta en la esfera de intimidad la espiritualidad del hombre y no su realidad física o psíquica.

Con lo expuesto queda dicho también que el desenvolvimiento de la vida íntima ingresa en el amplio campo de la licitud. Esta emerge en nuestro ordenamiento jurídico cuando dice que ninguna persona está obligada a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

2.1.3.4.- Definición del derecho a la intimidad.

Se ha señalado la imposibilidad de definir el derecho a la intimidad con palabras exactas y en términos jurídicos: "Su significado es demasiado amplio y las situaciones que comprende son tan variadas y diversas que es casi imposible encontrar una definición que abarque todas sus facetas" **(RODRÍGUEZ RUÍZ, 1998)**.

No obstante, la delimitación del bien jurídico protegido y el panorama general ofrecido sobre las esferas en que opera, puede servir de base para trazar un concepto de la institución. Ello constituye una tarea difícil, tanto por el reciente advenimiento de la figura en el mundo jurídico, como por el carácter espiritual, inagotable y pletórico de posibilidades del objeto. Por lo tanto, no pretendemos agotar, sino únicamente sugerir el rico cúmulo de direcciones en las cuales podrá desenvolverse la conducta del titular.

El derecho a la intimidad es, entonces, el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos.

De este modo, hemos aglutinado lo concerniente a: a) la naturaleza jurídica de la institución: derecho personalísimo; b) el bien jurídico tutelado: la reserva; c) el ámbito en que éste se preserva: la vida privada del hombre; d) sus proyecciones: el individuo mismo, su exteriorización a través del lenguaje y la conducta, y los vínculos afectivos que lo unen a sus allegados y al lugar donde vive; y e) la significación de este derecho como forma de manifestación de la libertad espiritual de la persona.

El derecho a la intimidad ha sido denominado también: en nuestro país, derecho a la vida privada o con el neologismo "derecho a la privacidad"; en Estados Unidos, right of privacy, cuya fórmula abreviada se expresa generalmente como to be let alone; en Alemania, das rechts des privaten an der eigenen geheimsphäre (derecho a la esfera secreta de la personalidad); en Italia, diritto alla riservatezza o diritto alla íntima integrità privata; en Francia, droit a la intimité o secret a la vie privée.

2.1.3.5.- Deslinde y análisis comparativo con instituciones afines.

A) Nombre e intimidad.

El nombre es un atributo de la persona que permite distinguirla en su individualidad, y ha sido considerado como un derecho y un deber. Se advierte que aquí no está en juego el interés jurídico específico que resguarda este atributo, ya que no se encuentra afectada la identificación o individualización de la persona por una pretensión del uso de su nombre por otra, sino otros bienes, como pueden ser su honor o su intimidad.

Ocurrirá lo primero cuando el uso abusivo del nombre de la persona para la designación de cosas o personajes de fantasía implique atribuirle calidades disvaliosas, que lesionen su autoestima o la de los demás; lo segundo, cuando ponga de manifiestos hechos o circunstancias que perturben la reserva de su vida privada.

En ambos supuestos, el uso del nombre es sólo el instrumento o vehículo para el daño causado a otra faceta de la personalidad. Dicha disposición plantea un serio problema interpretativo, al exigir una utilización maliciosa, lo cual no condice con el sistema general de responsabilidad civil, condicionada subjetivamente sólo a la exigencia de culpa, regla que no tiene excepción en el ámbito de los daños ocasionados a los derechos de la personalidad ni, específicamente, en el de la intimidad.

El concepto de "malicia" tiene una significación determinada, intención de causar el daño, es decir, una actitud subjetiva calificada por el propósito de agravar, por lo que no puede admitirse la interpretación según la cual ella existe no sólo "cuando el nombre se utiliza con la intención deliberada de mortificar o perjudicar a una persona o a su familia, la hay

también cuando se la utiliza para designar personajes inmorales o ridículos sin preocuparse ni poco ni mucho de una eventual coincidencia con el nombre de una persona viva. Ello equivale a negligencia, o a lo sumo, a dolo eventual, bajo una calificación que distorsiona el concepto.

La incongruencia de dicho requisito es todavía mayor si se tiene en cuenta que la norma lo exige no sólo como condición de la indemnización, sino también para solicitar el cese del uso.

B) Honor e intimidad.

El bien protegido a título de honor es la honra o autoestima y el crédito, fama, renombre, reputación o estimación ajena. Así se infiere del código penal, que reprime como injuria a quien "deshonrar o desacreditare" a otro, siendo la calumnia un tipo especial de conducta deshonrosa o desacreditadora.

En cuanto atinentes de modo inmediato a la personalidad del hombre, existe una estrecha relación entre honor e intimidad, pero cabe diferenciarlos por el bien jurídico respectivamente protegido: la autovaloración o la valoración ajena, en el caso del honor; la reserva de la vida privada en el de la intimidad.

Ello engendra consecuencias en cuanto a las modalidades agresivas: el acto ilícito contra el honor supone la afirmación de actos, calidades o costumbres peyorativas, disvaliosas o significativas de algún desmedro para la persona; la intimidad puede lesionarse sin atribución alguna o por una de naturaleza axiológicamente positiva o neutra, pero por un hecho que importa la penetración en el ámbito reservado de la persona.

Puede atacarse el honor y no la intimidad, como cuando la imputación se vincula a la conducta pública del sujeto pasivo, al modo de desempeñarse profesionalmente, a sus relaciones sociales; y a la inversa, no toda impertinencia en la vida ajena afectará la honra o la reputación, como, por ejemplo, la difusión de un acto caritativo que el autor deseaba mantener en secreto; la publicación de una fotografía que muestra a la persona en una pose indecorosa; el menosprecio por sustentar una determinada idea religiosa o política.

Los motivos expuestos permiten afirmar la autonomía del derecho a la intimidad con relación al derecho al honor; no

puede hablarse de absorción o subordinación alguna. Esto importa advertirlo en el caso en que la invasión en la vida íntima opera a través de manifestaciones aptas para afectar la autoestima de la persona o la opinión de los terceros, y en que existe, por lo tanto, una lesión simultánea a ambos bienes jurídicos. Si bien el juzgamiento será único, pensamos que el juez no podrá dejar de computar la duplicidad de lesiones a efectos de determinar la medida o extensión del daño, de modo que el causado a la intimidad no será jurídicamente irrelevante **(RIVERA LLANO, 988)**.

Ello es así aunque el hecho constituya una injuria o calumnia típica, a pesar de la subsidiariedad que establece la ley, enderezada solamente, a nuestro juicio, a advertir la mayor amplitud del campo de ilicitud demarcado a través de esa norma. En efecto, dado que el acto ilícito contra el honor hace responsable civilmente a su autor, aunque no exista delito penal, como cuando no es cometido dolosamente sino por ligereza o temeridad, en virtud de aquella autolimitación legal se llegaría a una relación de subordinación si el hecho fuere doloso, delito penal y a otra autónoma o diferenciable en el caso de hecho culposos, cuasidelito civil, para lo cual no media razón alguna.

C) Imagen e intimidad

El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, dice una ley argentina, y muerta ésta, sin el de ciertos parientes; en su defecto, la publicación es libre. Agrega la posibilidad de revocar el consentimiento resarcido daños y perjuicios, y la libertad de la publicación "cuando se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

Evidentemente, se trata de una norma metodológicamente desubicada, ya que de su contenido trasciende que no se encuentra directamente en juego la reproducción de la imagen en cuanto entraña creación artística y afecta el derecho del autor del retrato, sino el que tiene el mismo retratado sobre su imagen.

Puede entenderse por "imagen" la "proyección o representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico". Por otra parte, la expresión "poner en el comercio" debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad **(ESCOBAR LOPEZ, 2004)**.

Tradicionalmente, se ha encuadrado la violación de la imagen en la órbita de la protección del honor o de la intimidad. Es que la imagen, en cuanto representación de los rasgos físicos de la persona en que se revela también lo espiritual, es vehículo idóneo para exteriorizar calidades desfavorables desde el punto de vista de la reputación, o circunstancias personales de índole reservada. Esta posibilidad se ve favorecida por las técnicas actuales de información, esparcimiento o propaganda, y afecta especialmente a quienes, por una u otra razón, han alcanzado alguna notoriedad en la vida social.

No obstante, la autonomía de la tutela de la imagen se demuestra, sea que ella constituya o no un verdadero derecho, en razón de que la norma en cuestión no prescribe un daño distinto para la prohibición que consagra: la publicación abusiva es ilícita y puede ser impedida cuando no se ofenda el honor o la intimidad.

Ello es perfectamente concebible en la práctica, toda vez que la captación de la apariencia física se efectúa sin la autorización del interesado o excede sus límites, a pesar de no causarse ningún perjuicio especial. Se consiente, por ejemplo, la exhibición del retrato en vidrieras y se difunde de otra manera, el modelo presta conformidad para su publicación en revista de modas y se propala con fines propagandísticos o, simplemente, la persona no da aquiescencia alguna y no obstante se publica su imagen de un modo que no compromete su integridad moral.

Por consiguiente, el derecho a la imagen protege la fisonomía a fin de evitar que pase al dominio público sin el consentimiento del interesado salvo las excepciones legales, con independencia de la lesión del honor o de la intimidad, ya que cuando éstos son afectados la utilización de la imagen constituye una modalidad de tales hechos ilícitos. No obstante, su contenido como figura

independiente es ciertamente restringido, ya que la ley sanciona sólo la publicación y no la obtención misma del retrato.

2.1.4.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

2.1.4.1.- Definición del Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad es un bien estrechamente relacionado con la propia dignidad humana. Esto significa que es inherente a tal condición y requisito sine qua non para la plena realización del individuo.

Sin embargo, pese a lo indicado, lo cierto es que no se trata de una protección global ni absoluta del derecho a la intimidad, pues es frecuente que se encuentre en tensión con otros derechos fundamentales y libertades públicas, como las libertades de expresión y de información. La inabarcabilidad de las múltiples facetas que presenta la intimidad en el acontecer de la vida y de las, relaciones humanas, junto con el carácter fragmentario del derecho penal (el cual, probable y precisamente en relación con estos delitos, requiere una observancia mucho más escrupulosa), refuerza la necesidad de que la protección de este bien jurídico baya de ser también fragmentaria. Esto significa que solo deben ser objeto de protección penal algunas facetas o manifestaciones de la intimidad, las más relevantes para las personas ,e, indudablemente, frente a las agresiones más intolerables contra ellas.

2.1.4.2.- Origen y evolución.

La acentuación del Estado de Derecho trajo como consecuencia el surgimiento de bases sólidas para respetar un ámbito de independencia de la persona. De allí surge el derecho a la intimidad como pilar fundamental del derecho a la libertad para hacer frente a las primeras formas de intromisión por parte de terceros, en la esfera íntima de la persona.

2.1.4.3.- Bien jurídico protegido del Derecho a la Intimidad artículo 154° código penal.

El bien jurídico tutelado lo constituye el derecho a la intimidad personal entendida e dos aspectos perfectamente diferenciables: la intimidad personal interna que lo constituye el espacio espiritual únicamente asequible al titular y la intimidad personal externa que

constituye el espacio espiritual asequible a quienes aquel titular desee (la que afecta familiares y amigos) para desarrollar su formación y personalidad como ser humano.

En concreto, con la tipificación del delito de violación de la intimidad, el Esta pretende o busca proteger el derecho a la intimidad de las personas, es decir, el Esta busca cautelar la facultad que le asiste a toda persona de tener un espacio de existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

También se pretende proteger la intimidad familiar, entendida como la faculta que le asiste a toda unidad familiar de tener una esfera de intimidad para su normal desenvolvimiento sin la interferencia de personas ajenas al grupo familiar. Lo constituye el espacio que un grupo de personas que conforman una familia han decidido reservar para ellos, cuyas manifestaciones identifican al grupo. Se conoce común mente como la vida privada de la familia.

Con el desarrollo, el legislador se ha visto obligado a proteger penalmente la intimidad de las personas, teniendo en cuenta sobre todo el avance tecnológico alcanzado.

Con esta rúbrica se está protegiendo la intimidad de las personas y la intimidad familiar: se trata de la protección de hechos o actividades propias o destinadas a la persona o aun círculo reducido de personas, bien jurídico protegido reconocido también en el Artículo 2, inciso de la Constitución.

2.1.4.4.- Tipicidad objetiva.

Sujeto activo.- Puede ser cualquier persona, la construcción típica no existe una cualidad especial para ser considerado autor a efectos penales. Cuando el autor es un funcionario y/o servidor público, habrá que reconducir la conducta típica a los alcances normativos del artículo 155º del CP.

Sujeto pasivo.- Vendría a construirlo el titular de la esfera personal de la intimidad, que se ve afectado con la conducta penalmente antijurídica.

Modalidad típica.- La tipicidad objetiva que se contiene en el artículo 154º del CP ha recogido la acción material de que la

afectación de la intimidad (personal o familiar), se configura cuando el agente observa, escucha o registra un hecho, palabra, escrito o imagen.

Primero para que se pueda decir con corrección que la intimidad ha sido “violada”, se requiere que la captación y/o registro de imagen, voz o palabra se haya efectuado en contra de la voluntad de su titular; esto es, el fundamento del injusto típico radica en que se atenta contra la esfera decisoria del sujeto, pues se realizan conductas que esté previamente no ha consentido y/o autorizado. Por tanto, si es que se acredita que la captación de la imagen o las escuchas ha sido obtenida con consentimiento de su titular, estaremos ante una causal de atipicidad penal.

La observación consiste en examinar atentamente la conducta de otra persona, bien a simple vista, o con el auxilio de instrumentos que facilitan la comisión delictiva; no puede tratarse de una imagen que se capta de forma casual o por indiferencia propia del titular, por mantener en reserva su intimidad; con ello ha de referirnos, cuando el sujeto pasivo no ha tomado las precauciones debidas, para guardar su intimidad en privacidad y, desatendiendo sus deberes de protección, colocándose en tal virtud, en una situación de exposición frente a los demás, lo cual no puede ingresar a un ámbito de responsabilidad con respecto a los transeúntes de forma fortuita captan ciertas imágenes, sino ingresan a la esfera de ámbitos de organización propias de la víctima.

Escuchar, por su parte, importa oír ciertas conversaciones que efectúa el titular del bien, mediando ciertos mecanismos técnicos el amigo de la familia que de forma intencional deja en la casa una grabadora escondida a fin de conocer detalles familiares. Se puede observar y escuchar al mismo tiempo, o solo escuchar sin necesidad de observar. 44º.

Registrar significa grabar, aprehender cierta información, colocar en un espectro memorístico, a partir de la utilización de ciertos mecanismos tecnológicos que permiten la reproducción de imágenes, escritos, hechos o palabra.

2.1.4.5.- Tipicidad subjetiva.

De la estructura del tipo penal se evidencia con claridad meridiana que se trata de un delito de comisión dolosa. Ello significa que el agente debe conocer perfecta mente que observa, escucha o registra hechos o conductas íntimas del agraviado sin su consentimiento, sin embargo, voluntariamente decide actuar en perjuicio evidente de la víctima. Saber si el agente conocía que actuaba ilícitamente o en forma indebida corresponderá al elemento culpabilidad. Esto es, determinar si el agente conocía la ilicitud o antijuricidad de su conducta típica y antijurídica. Corresponde a la etapa de la culpabilidad.

De acuerdo a ello, no es posible que las conductas analizadas se materialicen en la realidad concreta por actos culposos. Tampoco aparece alguna modalidad del hecho punible de violación de la intimidad cuando determinada persona por una casualidad o en forma circunstancial no preparada, observa escenas íntimas del agraviado.

Considero que es posible se presente un error de tipo cuando el agente obre en la creencia que el sujeto pasivo a prestado su consentimiento para observarle, escucharle o registrarle aspectos de su intimidad.

2.1.4.6.- Descripción legal del Artículo 154° del Código Penal.

Artículo 154: “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos por cualquier medio, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días - multa, cuando, el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días -multa”

Agravantes.

1º si el agente revela la intimidad (artículo 154, 2º párrafo CP). La justificación de esta agravante se encuentra en la mayor dañosidad

que ocasiona al bien jurídico la revelación a otra persona de la intimidad personal o familiar del sujeto pasivo.

2º Si el agente usa para la revelación de la intimidad algún medio de comunicación social (artículo 154º, 3º párrafo CP). La agravante esta básicamente configura por el medio empleado un medio de comunicación social.

3º Según la calidad del sujeto activo. Se recoge en el artículo 155, que establece lo siguiente : “si el agente es funcionario o servidor público y, en ejercicio del cargo, comete el hecho previsto en el artículo 154, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36 incisos 1, 2 y 4”

La agravante se configure por la calidad del sujeto activo del delito: funcionario o servidor público en ejercicio de su cargo. No se requiere para la concurrencia de esta agravante que se revele o se emplee un medio de comunicación social.

La pena.

Se castiga con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si se revela la intimidad, se reprime el hecho con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años y sesenta a ciento ochenta días – multa.

Si el sujeto activo es funcionario o servidor público, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación artículo 1º, 2º y 4º CP; Descripción Legal: **Revelación de secretos obtenidos por el trabajo (Artículo 156 CP);**

Artículo 156: “El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien esté se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”.

Tipicidad objetiva sujeto activo es cualquier persona que trabaja para el sujeto pasivo o que tenga una cierta relación con él, por tanto, no puede ser un desconocido. Sujeto pasivo puede ser cualquier persona o la familia.

El comportamiento consiste en revelar, es decir, descubrir o divulgar aspectos de la intimidad personal o familiar que se conocieron por motivo del trabajo prestado al agraviado o a la persona a quien esté se lo confió. El comportamiento se realizara por la revelación de aspectos de la intimidad, a los que ha tenido

acceso el sujeto activo sin necesidad de realizar ningún acto para obtenerlos, dado que ello tuvo lugar por el trabajo o porque le fueran confiados directamente a él por el propio sujeto pasivo. De ahí que también se dé un abuso de confianza. Este dato es el que precisamente diferencia este delito del anteriormente analizado.

La doctrina considera que cuando se revela un aspecto de la intimidad conocido por motivo de trabajo, se atiende a una relación de dependencia o subordinación.

El consentimiento por parte del sujeto pasivo es una causa de atipicidad del comportamiento.

Finalmente, respecto de las circunstancias agravantes, debe quedar establecido que según la redacción del segundo y tercer párrafo del tipo penal 154, el agente debe revelar o publicar la intimidad conocida de la manera prevista en el tipo básico, es decir, en forma ilícita. En consecuencia, no se comete hecho punible cuando después de observar, escuchar o registrar conductas o hechos referentes a la intimidad personal o familiar de una persona, contando para ello con su consentimiento, se revela a u tercero o se hace público haciendo uso de los medios de comunicación masiva si tener el consentimiento de aquel para su publicación.

De esa forma, por ejemplo, no comete el injusto penal de violación de la intimidad el sujeto que con el consentimiento del afectado, grabó una conversación referente su esfera íntima, y después por diversas razones y sin tener el consentimiento de aquel, lo hace público por medio de la radio.

No es necesario que el contenido de la comunicación contenga secretos, sino sólo que la correspondencia esté destinada a un destinatario específico y por tanto excluido del conocimiento de los demás. La jurisprudencia constitucional ha establecido que: "El concepto de "secreto" e "inviolabilidad" de las comunicaciones y documentos privados, (.. .) Comprende a la comunicación misma, sea cual fuere su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. De manera que se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se

accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello".

La intromisión en las comunicaciones es una clara violación al derecho a la intimidad y la privacidad, siendo irrelevante para la comisión delictiva el uso concreto brindado a la información obtenida con la violación de la correspondencia.

Con el avance de la ciencia, las comunicaciones se han vuelto cada vez más eficientes, habiéndose dejado de lado los medios tradicionales para reemplazarlos por otros más rápidos y eficaces; hoy en día las comunicaciones se realizan preferentemente a través de la telefonía móvil o mediante el empleo de la informática: correo electrónico, chats, video llamadas web, mensajes de texto, mensajes de voz por medio de la telefonía móvil, etc. De ahí que surge la necesidad que la legislación se actualice conforme a los avances de la ciencia y tecnología, a fin de evitar los vacíos o lagunas de impunidad que deja la regulación tradicional de los tipos penales.

2.1.4.7.- Elementos objetivos del tipo.

A.- Sujeto activo y pasivo.- Se trata de un delito común, en tal sentido el agente del delito puede ser cualquier persona. Son sujetos pasivos, tanto el remitente como el destinatario de la comunicación, pues ambos son afectados en su derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones.

B.- Objeto material del Delito.- El objeto de este tipo penal puede ser una carta, un pliego, telegrama, radiograma, despacho telefónico u otro documento de naturaleza análoga. Por "carta" ha de entenderse "todo papel escrito, de forma manual o mecánica, introducido en un sobre y destinado a una sola determinada persona, independientemente del procedimiento empleado para su envío, ya sea a través del correo postal, una empresa postal O través de una. tercera persona. El "pliego" es todo papel escrito que se encuentra cerrado; es decir, además de estar doblado, lleva consigo algún sello, lacre, etc., que demuestre la voluntad del titular de mantenerlo exento del conocimiento de terceros. El "telegrama" es un documento que contiene escrita una noticia o comunicación cualquiera, siendo indiferente si se encuentra en uno de los

formularios del correo o en una hoja de papel. "Radiograma" es todo papel escrito en el que se comunica una noticia transmitida por radio o está destinado a comunicarse por esa vía. Por "despacho telefónico" no ha de entenderse una conversación telefónica, pues en este caso sería imposible hace referencia a la apertura, por lo que siguiendo a cierto sector de la doctrina penal entendemos que la norma penal se refiere a un pliego escrito en el que se comunica una noticia o llamado transmitido por teléfono, procedimiento común en los hoteles cuando el destinatario lo se halla ausente en el momento de la comunicación.

2.1.4.8.- ANALISIS DEL CASO MÓNICA ADARO - ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE LA PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA - R.N. Nº 3301-2004 – LIMA, VEINTIOCHO DE ABRIL DE DOS MIL CINCO.

El presente caso en análisis, corresponde a la Resolución Judicial de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Lima, integrada por los miembros de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, señores Robinson Gonzáles Campos, José María Balcázar Zelada, Pastor Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo.

Seguido contra Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellano ,la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en el Recurso de Nulidad número 3301-04 /Lima, en su resolución de fecha 28 de abril del 2005 , se confirma que se **declaró no haber nulidad en la sentencia** de vista que condena por el delito contra la libertad – violación de la intimidad – en agravio de Mónica Adaro Rueda , a 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo la observancia de las reglas de conducta y el pago fijo de cincuenta mil nuevos soles por reparación civil solidaria.

***ARGUMENTOS RELEVANTES DE LA SALA:**

1.) La Sala, al fundamentar el fallo, señala con relación al derecho a la intimidad y al caso concreto,” que la difusión televisiva con las escenas sexuales íntimas de la agraviada no estaban de ningún modo justificadas por una exigencia

informativa, en cuanto se estima que el derecho de información tiene relevancia jurídica solamente en los límites de la utilidad social y de la esencialidad y modales civilizados de la noticia”.

Este es un argumento importante en lo que se refiere a los límites de la libertad de la información que puede convertirse en un verdadero parámetro. Si el informador considera que la noticia o el programa tiene relevancia social, va a depender de la forma como la edita. En el caso concreto, es evidente que la difusión de las escenas sexuales no era indispensable para la comprensión de la noticia, más bien aparecen como un agregado malsano, aún asumiendo que estamos frente a un caso de ejercicio de la prostitución clandestina, hecho negado por la agraviada. Como también señala la Sala, no se trata de impedir la divulgación de la noticia, sino de examinar los intereses contrapuestos, ponderándolos. Este mismo ejercicio debe hacerlo un informador responsable, serio, a efectos de no vulnerar la dignidad de las personas, teniendo como referencia el interés público, sin que ello signifique renuncia a su labor informativa.

Evidentemente, el caso se agravaría si no estamos frente a un caso de ejercicio de la libertad individual de sostener relaciones sexuales con las personas que considere pertinente.

2.) Señala, además, que “el derecho a la información no es absoluto, pues ningún derecho lo es, y ha de coexistir - pacíficamente- con otros derechos fundamentales”.

La propia Sala se encarga de señalar los parámetros que deben ser considerados cuando se presenta un conflicto entre los Derechos Fundamentales, especialmente entre la libertad de información y la intimidad u honor. Estos criterios son:

2.1) La no existencia de derechos fundamentales absolutos.

Esta aseveración contundente debe remarcarse porque, en efecto, ni la libertad de información ni el derecho a la intimidad o al honor, como ningún otro derecho son absolutos, por lo que admiten limitaciones, debiendo ceder a favor de otros derechos cuando las circunstancias lo ameriten. Por ello es que, a priori, no es posible determinar la prevalencia de uno sobre el otro. Ambos, libertad de

información y de intimidad, son derechos fundamentales, cuya dilucidación a favor de uno u otro, es casuística. Cada caso, como ya lo hemos indicado, determinará la prevalencia, teniendo en consideración la existencia o no del interés público

2.2) “La delimitación de los derechos enfrentados, distinguiendo entre la libertad de la información y de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad personal, por otro”.

Es indudable que la doctrina cumple un papel importante en este aspecto, ya que la delimitación de ambos derechos requiere de un análisis de los contenidos. Sin embargo, en concreto, frente al caso específico, la Jurisprudencia deberá actuar un cotejo, a efectos de delimitar los alcances respectivos de los derechos en conflicto. En buena cuenta, debe tenerse presente los elementos conceptuales de ambos derechos.

2.3) “La importancia de los criterios de ponderación”.

Este es un elemento de interpretación de los Derechos Fundamentales, importante en el razonamiento jurídico que llevan a cabo los jueces en una sociedad democrática.

Ponderar significa sopesar, efectuar un examen valorativo de las implicancias sociales de tomar una determinación a favor de uno de los derechos.

Este es un aspecto determinante, porque no se trata de optar por uno u otro, sin tener en consideración el resultado de esa opción, el impacto social que ello va a producir las pautas de conducta que los justiciables, los medios de comunicación y los informadores, vamos a deducir dicha opción. De lo que se trata es de considerar que los 2 derechos son importantes, pero en la prevalencia de uno sobre el otro para el caso concreto, se debe considerar tres criterios, según la Sala Penal Transitoria: el tipo de libertad ejercitada, el interés público existente y si se trata de un personaje público o privado.

2.4) “La especial consideración de penetrar, dolosa y abusivamente en la intimidad personal”.

Entendemos que lo que se ha querido referir la solución, son las circunstancias específicas de la forma cómo se ha violentado la intimidad. Es indudable que, de no existir motivo de interés social

que justifique la penetración en el ámbito de la intimidad, la protección de este derecho cobra su máxima expresión por parte del sistema jurídico, a lo que debemos agregar, para el caso concreto, la forma dolosa y abusiva como se procedió en la captación de las imágenes. Fue hecho adrede y en forma malsana, sin ningún tipo de conmiseración, con el evidente propósito de producir un escándalo que le permita al programa obtener mayor audiencia del público.

La Sala, por ello, considera que la reparación civil debió fijarse en una suma mayor, sin embargo, por consideraciones del orden procesal (la agraviada no interpuso recurso de nulidad contra la sentencia de la Corte Superior) no podía aumentar el monto.

3.) La libertad de información y la veracidad de la información.

Forma parte de la argumentación de la sentencia, el señalar que la veracidad de un hecho, obtenido violentando la intimidad de la persona no exime al informador de responsabilidad. En efecto, hemos señalado que, a diferencia del tema de honor donde el informador se puede defender basándose en la excepción de verdad (*exceptio veritatis*), en el tema relativo al derecho a la intimidad no es posible esta defensa. Son otros los argumentos que deberá utilizar el informador para defenderse, como sería el demostrar que los hechos son de interés público y que las escenas difundidas constituyen en lo fundamental de la información, que no es posible entender la información sin la difusión de dichas escenas.

*** ARGUMENTOS DE LA DEFENSA:** Dos han sido los argumentos más importantes de la defensa de los sentenciados:

1.) Que los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección por el derecho de la intimidad.

Sostener que los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección por el derecho a la intimidad, es una expresión genérica que no se condice en las diversas situaciones que podría desembocar, en algunos casos, en arbitrariedades y en flagrante violación al derecho a la intimidad, así como en otras, podría justificarse la prevalencia del derecho a la información.

En buena cuenta, no todos los actos relacionados con la prostitución clandestina deben estar abiertos al conocimiento del público en general. Sin embargo, existirán razones por las cuales las autoridades respectivas pueden incursionar en locales donde, clandestinamente, se desarrollen estas actividades. ¿Cuáles son esas razones?, indudablemente, el interés público, como podría ser por un tema de salud pública, o porque esta actividad la desarrollan menores de edad. En estos casos, las autoridades, con la autorización del Ministerio Público o, en su caso, de un juez, pueden efectuar redadas, incursionando en las habitaciones. Es evidente que la intimidad cede ante la actuación de las autoridades porque de por medio está la salud pública o la defensa de los derechos de los menores de edad.

La libertad de información, especialmente, aquella que se desarrolla a través de los medios de comunicación masiva, tiene sus limitaciones. Para dar a conocer el hecho que ha motivado la intervención policial, en el tema de la prostitución clandestina, la información no tiene que ser tan explícita y mucho menos, con imágenes que reproduzcan el acto sexual. Es de una falta de delicadeza e irresponsabilidad la propalación de imágenes de los actos que se desarrollan en la habitación.

No es la mejor manera de combatir la prostitución clandestina, si es a costa de violentar un derecho fundamental, como es de intimidad de personas. El cinismo es evidente, ya que en realidad lo que se buscaba era generar el escándalo en aras de rating. Ese era y es el negocio.

2.) Que el trabajo periodístico sobre el tema “Vedettes dedicadas a la prostitución clandestina”, es un acto de ejercicio del derecho a la libertad de prensa.

Señalar que la actuación de periodistas en este caso, representa el ejercicio pleno de la libertad de la información es no establecer límites al ejercicio de este otro derecho fundamental. La libertad de información no es un derecho absoluto. Si bien está ampliamente protegido por las normas de carácter internacional, así como constitucionales y disposiciones especiales, su ejercicio está marcado por el sentido de responsabilidad y las exigencias de del interés público.

En el presente caso, la propalación de las imágenes a nivel nacional, de escenas que traducen una relación sexual, filmadas en una habitación, aun cuando esta sea la de un hotel, constituye una transgresión al derecho de intimidad. Los periodistas pueden informar si se trata del ejercicio de la prostitución clandestina, pero lo que no pueden hacer es editar la información con imágenes de escenas íntimas. La verdad de los hechos no eximen de responsabilidad a los periodistas, a diferencia de lo que ocurriría en un tema de honor, en donde probando la verdad de las afirmaciones, supuestamente transgresoras del honor, es una razón poderosa para eximir de responsabilidad al informador.

Sin embargo, es preciso distinguir lo que ocurre en el campo de honor, de lo que ocurre en el campo de la intimidad. En efecto, en el tema de honor, no se admite censura previa de ninguna autoridad, en virtud a este privilegio que se concede a la libertad de información.

Si la noticia o el programa editado vulneran el honor de una persona, este puede solicitar la rectificación, o denunciar penalmente o demandar civilmente la indemnización correspondiente. En cambio, en el tema de la intimidad, no es solo la propalación de la noticia o programa que se vulnera este derecho. La divulgación es una suerte de segunda etapa con lo cual se agrava la transgresión, porque la primera etapa es la intromisión, la captación de los hechos.

No es extraño, por ello, que nuestro legislador procesal, haya considerado la posibilidad, para los casos de intimidad, del uso de las medidas cautelares innovativas, que tienden a modificar la situación de hecho o de derecho que se viene produciendo al momento de la solicitud. En el caso concreto, es preciso hacer la distinción entre la propalación de la noticia, como hecho público, de la propalación de las escenas captadas en la habitación del hotel, relacionadas con la actividad sexual. Lo que el juzgador podría haber evitado es la difusión de las escenas captadas en la habitación, mediante una medida cautelar innovativa, porque la transgresión ya se produjo. Estas escenas constituyen un exceso informativo, muy propio del programa que dirige la sentenciada, tendentes a despertar la curiosidad pública.

***PLANTEAMIENTO DE DEFENSA TECNICA DE MAGALY MEDINA.-** Tres razones alternativas se presentaron como fundamento de la pretensión de absolución de la periodista Magaly Medina.

1.) O la falta de tipicidad del hecho por no estar protegida la prostitución clandestina por el ámbito del bien jurídico amparado por el tipo penal del art.154 del Código Penal: La Intimidad.

Se cita en el art.154 del Código Penal lo siguiente:

El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sean observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de 2 años.

La pena será no menor de uno ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días-multa, cuando el agente revela la intimidad conocida de la manera antes prevista.

Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.

1.- El bien jurídico como límite interno de interpretación de la ley penal.

Según Luis Jiménez de Asúa, afirma que en las leyes penales la finalidad es el bien jurídico que constituye el objeto de protección del tipo penal, por lo que es forzoso desentrañarlo para efectuar una debida interpretación de la ley penal. El descubrimiento del bien jurídico es el primer paso para aplicar la ley conforme a su sentido a través de su recta interpretación.

Según **Maurach y Zipf**, señalan que para la interpretación de la ley penal es decisiva la determinación del bien jurídico protegido a través del tipo penal.

Según Juan Bustos Ramírez, establece que el bien jurídico en la parte especial fija el ámbito del injusto que describe el tipo penal.

2.- Protección jurídica de la Intimidad.

Según Morales Godo, señala que a pesar de que en el Perú el derecho a la intimidad es protegido a nivel de la Constitución, el

Código Civil y el Código Penal, la Jurisprudencia y la doctrina en esta materia está en una fase inicial de desarrollo. El derecho a la intimidad protege la esfera de la existencia de la persona reserva para sí misma, libre de intromisiones tanto de particulares como del Estado. La intimidad es lo más restrictivo, el aspecto más reservado de la vida privada.

El Capítulo II del Título IV del Libro Segundo del Código Penal fija como bien jurídico protegido a la vida íntima, no a la vida privada, la que no tendría como regla la protección a través del Derecho Penal sino de Derecho Civil.

Si bien podría admitirse que la vida privada está protegida por el tipo penal del art. 157, al definir como objeto de la acción a datos de la esfera política que técnicamente no corresponden a la vida íntima; en los supuestos típicos de los artículos 154 al 156, el objeto de la acción corresponde a datos del ámbito personal y familiar que son los que forman la vida íntima, no a la vida privada. El tipo penal del art. 154 tiene como objeto jurídico específico a la vida íntima.

3.- Naturaleza Jurídica de la Prostitución clandestina: Ilícito administrativo.

Según Morales Godo, pone en discusión si la prostitución puede encuadrarse, ya no en la vida íntima, sino en el ámbito de la vida privada porque en general no es pacífica la ubicación de los actos de comercio, como los reconoce Morales Godo, quien define a la Prostitución como “una actividad pública”.

La prostitución, como acto de comercio, corresponde a la vida privada o a la pública, pero jamás a la vida íntima. La Prostitución puede ser legal si cumple 2 requisitos:

1. La prostitución solamente puede ser practicada en lugares que cuenten con autorización municipal.
2. La prostitución solamente puede ser practicada por mujeres sujetas a control de sanidad.

Por lo tanto, la prostitución clandestina, es decir, la que se practica sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma administrativa configura un ilícito o injusto administrativo.

2.) O la falta de antijuricidad, pues la supuesta lesión a la intimidad de la vedette Mónica Adaro, a través del reportaje

sobre las Prostivedettes, estuvo justificada por tratarse de un caso de ejercicio regular de la libertad de información, conforme el art.20, inciso 8 del Código Penal.

Se cita en el art.20 inciso 8 del Código Penal lo siguiente: Esta exento de responsabilidad penal: **8.- El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.**

1.- ¿El orden jurídico justifica que una información lesione al bien jurídico intimidad sin constituir delito?

La respuesta es sí. El orden jurídico admite situaciones en las que una información pese a lesionar la intimidad no constituye delito.

Para que la información no sea delito a pesar de afectar la intimidad de una persona, tiene que encuadrar en alguna de las causas de justificación que prevé el art.20 del Código Penal.

El registro y la difusión de la práctica de prostitución clandestina configura la causa de justificación de actuar en el ejercicio regular del derecho a la libertad de información, prevista en el tipo permisivo del art.20, inciso 8 del Código Penal.

2.- ¿Cómo se determina el ejercicio regular del derecho a la libertad de información?: La teoría de los límites internos.

El autor español José Muñoz Lorente sobre los límites internos de los derechos fundamentales expresa:

“Los límites internos de un derecho fundamental son aquellos que derivan de la propia naturaleza, sentido, contenido y finalidad del derecho fundamental, es decir, son aquellos dados por una interpretación lógica y teleológica del mismo....”.

En el caso conflicto de la libertad de información con el derecho a la intimidad, la teoría de los límites internos establece si la información dada a conocer a la sociedad constituye el ejercicio regular del derecho a la libertad de información y, por lo tanto, justifica la lesión al derecho, a la intimidad que se haya producido.

Tratándose de la colisión entre la libertad de información y la intimidad, la justificación de la lesión de esta última por ejercicio regular del derecho a informar exige solamente un límite interno, la relevancia social de la información.

3.- Relevancia pública de la información sobre la prostitución clandestina. Existen 3 criterios para fijar el interés público de la información:

1.- Criterio de la inclusión de la información en un medio de comunicación social: Es la ubicación de la información en el medio de la prensa la que determina el interés público.

2.- Criterio subjetivo: Es la condición de personaje público del sujeto al que se refiere la información la que determina el interés público de la misma.

3.- Criterio objetivo: Es la materia o el tema de la información el que determina el interés público de la misma.

La práctica de prostitución clandestina que se registró y difundió, a través de los programas de Magaly TV objeto de la acusación privada, constituyó una información de interés público por las siguientes razones objetivas:

- La prostitución clandestina constituye un ilícito administrativo.
- La prostitución clandestina es un problema de salud pública.
- La vedette es un personaje público de gran influencia dentro del grupo social que forman los consumidores que han elegido como el medio de comunicación social de masas más importante cuantitativamente del país, la llamada prensa “chicha”, “amarilla” o no convencional.

3.) O la falta de culpabilidad, pues el supuesto injusto penal que se cometió a través del reportaje de las Prostivedettes, se llevó a cabo por error de prohibición indirecto invencible, previsto en el art.14 segundo párrafo del Código Penal. Se cita en el art.14 segundo párrafo del Código Penal lo siguiente:

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena.

1.- El error de prohibición invencible como una causa de exclusión de la culpabilidad.

El error de prohibición se produce cuando la persona comete una acción típica y antijurídica, pero no llega a ser culpable por haber actuado sin conciencia de la antijuricidad.

El maestro alemán Hans Heinrich Jescheck explica que la conciencia de la antijuricidad es un presupuesto de la culpabilidad; quien realiza un comportamiento a pesar del conocimiento que tiene sobre la contradicción del mismo con el orden jurídico, evidencia su falta de actitud jurídica, es decir, de respeto al Derecho que regula la vida en la sociedad.

Joaquín Cuello Contreras, sostiene que dependiendo de la razón por la que el sujeto activo cree equívocamente que su conducta es lícita, en doctrina se diferencia entre error de prohibición directo (es cuando el agente realiza la conducta por la creencia equivocada que es lícita por desconocimiento de la prohibición legal, o porque pese a su conocimiento la considere no vigente, o la interprete equivocadamente.) e indirecto (cuando el agente realiza la conducta por la creencia equivocada que la acción, si bien en principio está prohibida, en su caso está amparada por una causa de justificación desconoce su límite).

2.- Verificación de un error de prohibición invencible indirecto en el caso penal.

En el supuesto de que el registro y la difusión del acto de prostitución clandestina fuese un injusto penal, Magaly Medina no podría ser considerada culpable porque habría actuado en error de prohibición indirecto invencible.

El asesoramiento de abogados determinó que Magaly Medina no tuviera conciencia de la antijuricidad por creer “equivocadamente” que el trabajo periodístico estaba justificado por la libertad de información.

El Poder Judicial reconoce el error de prohibición invencible cuando se ha cumplido el deber de información recabando opiniones especializadas.

“La resistencia al mandato judicial, producida por la creencia de que existen deberes de función que prevalecen sobre los mandatos jurisdiccionales y realizada tras haber efectuado consultas a especialistas sobre el particular, configura error de prohibición invencible sobre la ilicitud de la conducta, que elimina la responsabilidad penal del inculpado, pues este no habría actuado de modo culpable”.

“Existe un error de prohibición en los inculpados que actúan bajo la creencia que su conducta era lícita, debiendo eximírsele de responsabilidad penal. Para determinar el error debe tomarse en cuenta la profesión de los inculpados y la existencia de un informe legal que les indicaba que su conducta era lícita”.

***LA SENTENCIA:**

Se afirma que los sentenciados sostuvieron en su defensa, según refiere el Fallo de la Sala Penal, que:

A) Los actos de prostitución clandestina no son objeto de protección por el derecho a la intimidad.

B) El trabajo periodístico sobre vedettes dedicadas a la prostitución clandestina es un acto de ejercicio del derecho a la libertad de prensa.

En tal sentido, la difusión de actos sexuales como práctica de prostitución clandestina no se encuadra dentro del supuesto de hecho típico del art.154 del Código Penal y corresponde, mas bien, al derecho a la libertad de información.

Para la Sala, el reconocimiento de los denunciados de no haber contado con el consentimiento de la agraviada para filmar las escenas sexuales, constituye sustento probatorio suficiente para verificar la comisión del delito contra la intimidad. Así, en su considerando quinto, la Sala se pronuncia sobre el fundamento del derecho a la intimidad, señalando: “La difusión televisiva de las escenas sexuales íntimas de la agraviada no estaban de ningún modo justificadas por una exigencia informativa, en cuanto se estima que el derecho de información tiene relevancia jurídica solamente en los límites de la utilidad social y de la esencialidad y modales civilizados de la noticia. Con tales parámetros, no se trata de bloquear la expresión de las libertad fundamental de la información, sino por el contrario, apoyados en el código deontológico de los periodistas, hacer que ella se desenvuelva según las características que le son propias, actuando así el balance de los intereses contrapuestos”.

En su considerando sexto, el fallo señala que el derecho de información, como todo derecho, no es absoluto, y que cuando su ejercicio afecta la intimidad y honor de las personas nos encontramos ante un conflicto de derechos (ambos fundamentales).

En su considerando séptimo, la Sala señala que al existir colisión entre 2 derechos fundamentales debe tratarse de que ambos se desarrollen y que ninguno tenga que desaparecer por obra de otro. “Por ello los operadores jurídicos ponderarán, pesarán o sopesarán los derechos en cuestión para que prevalezcan uno y otro al máximo dentro de lo posible, valiéndose en lo criterio de la proporcionalidad”.

En su considerando octavo, la Sala señala: “Si la información no es de interés público, no estamos pues ante un hecho noticiable, se invierte lógicamente la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la intimidad, con independencia de que la persona afectada sea pública o privada”.

En su considerando noveno, se afirma que la exhibición del vídeo titulado “Prostivedettes”, supone una intromisión inaceptable que penetra el ámbito del derecho a la intimidad personal y que no trata de una información de interés público.

En su considerando décimo, se explicita que el hecho de que la información que se revele puede ser veraz no impide que se configure una violación a la intimidad personal, cuando la persona afectada, como Mónica Adaro, no es personaje público y la referencia a prostitución clandestina no es un delito ni un asunto de interés general.

Por estas consideraciones, creo que estoy de acuerdo que la sentencia se ajusta a la Constitución y al Código Penal, aunque de una cierta manera fueron bien benévolos con la sentencia contra Magaly Medina y Ney Guerrero, además luego de este proceso se puede sostener la confrontación de derechos tanto a la libertad de información y al derecho a la intimidad, de acuerdo a su debida interpretación de acuerdo al caso que se presente.

2.1.5.- DEFINICIONES JURIDICAS CONCEPTUALES DEL DERECHO AL HONOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SUPRANACIONAL Y NACIONAL.

2.1.5.1.- El ordenamiento jurídico supranacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 12 tiene establecido: “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”.

Por su lado, el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 prevé: “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”.

De otro lado, la Convención Interamericana de los Derechos Humanos en su artículo 11 tiene establecido que toda persona tiene derecho al respeto de su honra (léase honor) y al reconocimiento de su dignidad¹⁶. Esto, en palabras de Neira Hidalgo¹⁷, implica el límite a la expresión, ataques o injerencias de los particulares y del propio Estado, por lo que ante su afectación, el perjudicado tiene expedito su derecho de reclamar el respeto y la protección debidas, principalmente, por el Estado.

En esa línea de criterio, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho 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, por lo que el afectado tiene legitimidad a recurrir a los mecanismos judiciales para la protección de su honor¹⁸.

Por su lado, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo V ha establecido que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación, y a su vida privada y familiar¹⁹.

Así, podrá verse que los instrumentos internacionales han establecido como bien supremo de la persona humana, el derecho al honor, de allí que los Estados y la sociedad en general, tienen la obligación permanente de respetar los ámbitos de ese derecho, protegiéndola de toda agresión o menoscabo.

¹⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos.- San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.- Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

¹⁷ NEIRA HIDALGO, Op. Cit. p.50.

¹⁸ CIDH, caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, párrafo 101; puede verse en <http://www.corteidh.or.cr>. (consultado el 31 de marzo del 2011).

¹⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.- IX Conferencia Internacional Americana-Bogotá, Colombia, 1948.

2.1.5.2.- El ordenamiento jurídico nacional.

a) La Constitución Política del Perú y el proceso constitucional de amparo.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al honor forma parte del elenco de derechos fundamentales protegidos por el inciso 7) del artículo 2º de la Constitución²⁰, y está estrechamente vinculado con la dignidad de la persona; de tal modo, en términos de dicho tribunal, el proceso de amparo, es uno de los mecanismos idóneos para la defensa de éste derecho, principalmente, cuando prevé que el objeto de éste proceso “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”²¹.

En esa misma línea, el Código Procesal Constitucional ha establecido que uno de los derechos por cuya violación o amenaza puede recurrirse al proceso de amparo, es el honor²². Por esta opción, el Tribunal Constitucional ha establecido que el amparo es la vía adecuada para su protección; propósito en el que debe incluirse la buena imagen²³.

Con esa finalidad, y ya en el terreno práctico, el Tribunal Constitucional al resolver un asunto de afectación del derecho al honor de una comunidad nativa, ha expuesto las dificultades que se presentan en la vocación de reparación al agraviado. Así, ha hecho notar la inutilidad de la reposición, rectificación, indemnización, y otras alternativas. En lugar de ellas, ha concebido la idea de dictar “medidas satisfactorias” para tratar de “compensar” al derecho conculcado. De esa manera, en este caso (afectación del honor de una comunidad nativa), el Tribunal Constitucional estableció como alternativas de dichas medidas, la comunicación por el agresor con los desagravios, publicación

²⁰ Constitución Política del Perú.- Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.- Toda persona tiene derecho: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. (...).

²¹ STC. Exp. 0446-2002-AA/TC, f.j. 2.

²² Código Procesal Constitucional.- Artículo 37.- Derechos protegidos.- El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...) 8) Del honor,... (...).

²³ STC. Exp. 04611-2007-PA/TC, ff.jj. 20 y 37.

de la carta respectiva en un diario de mayor circulación, y reproducción de la sentencia en el mismo semanario agresor²⁴.

En otro caso, el Tribunal Constitucional optó por la “rectificación” de la información a cargo del diario que había publicado una información inexacta que afectó al titular de una sociedad comercial²⁵; opción -como se hace notar en párrafos precedentes- también tiene por finalidad reparar el menoscabo ocasionado.

b) El derecho civil y la responsabilidad civil.

Una primera coordenada legal a tener en cuenta sobre el particular, es la disposición contenida en el artículo 5 del Código Civil, que se refiere a los derechos de la persona humana, considerando entre ellos -como dignos de tutela jurídica- a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana, los que son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión²⁶.

En caso de violación de cualquiera de los derechos de la persona, en este caso del honor, éste cuerpo legal -en su artículo 17- reconoce legitimidad para obrar en el proceso respectivo al mismo agraviado o a sus herederos sobre el derecho de exigir la cesación de los actos lesivos contra los responsables, quienes -conforme a ésta norma- tienen responsabilidad solidaria²⁷. Esta disposición, como se verá más adelante, es una herramienta sumamente importante para fijar ciertos criterios en la perspectiva de protección del derecho al honor, y sobre el cual gira el presente trabajo en conjunto.

Haciendo una exegesis sobre el contenido de la primera parte del artículo 17 de dicha norma, el profesor **Fernández Sessarego**, indica -en principio- que se trata de una norma “autónoma”, y como tal fue pensada como “medio al servicio al juez” a fin que “sin dudas ni titubeos” sancione adecuada y oportunamente cualquier daño contra la persona²⁸.

²⁴ STC. Exp. 04611-2007-PA/TC, ff.jj. 48 a 61.

²⁵ STC. Exp. 02953-2008-AA/TC.

²⁶ Código Civil.- Artículo 5.- Derechos de la persona humana.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

²⁷ Código Civil.- Artículo 17.- Defensa de los derechos de la persona.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.

²⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Op. Cit. p. 91.

Conjugando las previsiones constitucionales y legales referidas, creemos que ellas bien pueden ser satisfechas (léase protegidos) mediante el proceso constitucional de amparo o por cualquier proceso ordinario; sedes en los que válidamente podrán utilizarse las medidas cautelares, y dentro de estas las innovativas o las no innovativas (ambos reguladas ya en nuestro ordenamiento procesal civil), e incluso las autosatisfactivas²⁹.

Además, como mecanismo de protección del honor, el Código Civil prevé el sistema de la responsabilidad civil (artículos 1969 y siguientes), de tal manera que quién se considere dañado o perjudicado en sus derechos, concretamente en su derecho al honor, puede recurrir a este mecanismo de tutela; el mismo, que por lo demás, desde nuestro punto de vista, resulta uno de los más idóneos y eficaces, si se considera que junto a ello se encuentran el amparo constitucional o querrela en la vía penal.

En respaldo de lo que decimos últimamente, debemos citar a **Leyser León** cuando ponderando la eficacia del artículo 2043 del Código Civil Italiano, que como veremos luego tiene similitud en su redacción con el artículo 1969 del Código Civil peruano, sugiere diciendo que ésta disposición debe ser interpretada con el artículo 2 de la Constitución que garantiza la inviolabilidad de los derechos fundamentales, dentro de los que -precisamente- se encuentra el derecho al honor, a fin que ante su afectación por efecto de algún daño, sea reparado adecuadamente³⁰.

En línea diferente, el Tribunal Constitucional ha indicado que el mecanismo de protección del derecho al honor mediante la normativa infraconstitucional (*dixit* normas del Código Civil) es insuficiente. Sostiene que la responsabilidad civil al que alude dicha normativa, solo pone énfasis en la “reparación”, lo que no sucede en sede constitucional, como es el amparo, cuyo objeto

²⁹ A ellas, Jorge W. PEYRANO se refiere como “la solución urgente no cautelar, despachable *in extremis*, que da una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible, quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial”; en “La acción preventiva”; revista del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil; Universidad de Lima; 2003, p.11.

³⁰ LEÓN HILARIO, Leyser en “El Daño Existencial. ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda Italiana en el campo de la responsabilidad civil?”; en Responsabilidad Civil contemporánea; ARA Editores y Asociación Civil ius et veritas; Lima Perú; 1ra. Edición en español; 2009; p. 357.

principal es la “reposición” al estado anterior del derecho violado³¹.

Considerando que el proceso de amparo es residual, nosotros no compartimos la posición del Tribunal Constitucional, en vista que ante el derecho afectado, en éste caso del derecho al honor, no siempre es posible “reponer” al “estado anterior” el derecho violado, de allí que tratándose de una situación *ex post*, mediante las normas infraconstitucionales, como son el Código Civil y el Código Procesal Civil, bien puede cumplirse el objetivo - principal- de la reparación integral de la afectación.

c) El derecho penal: El Código Penal y los delitos contra el honor.

La ley penal, desde distintas perspectivas, en su propósito de proteger al bien jurídico honor, lo hace bajo tipos legales previamente establecidos. Así, al tipificar el delito de **injuria** al sancionar al que “*ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho*”³²; luego, como delito de **calumnia**, al que “*atribuye falsamente a otro un delito*”³³; y finalmente, como delito de **difamación**, al 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*”³⁴, los que para su materialización -por expresa disposición de la misma ley penal- deben ser por la vía de la acción privada (querella)³⁵.

Pero, además, la ley penal establece sanción -calificando como delito de denuncia calumniosa- para aquel que atribuye a otro falsamente un delito no cometido³⁶, el mismo que por afectar a la función jurisdiccional, es reprimido por la acción pública.

³¹ STC. Exp. 4611-2007-PA/TC, f.j. 16.

³² Código Penal.- Artículo 130.- Injuria.- El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa.

³³ Código Penal.- Artículo 131.- Calumnia.- El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días-multa.

³⁴ Código Penal.- Artículo 132.- Difamación.- El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a ciento veinte días-multa. Si la difamación se refiere al hecho previsto en el artículo 131, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y con noventa a ciento veinte días-multa. Si el delito se comete por medio del libro, la prensa u otro medio de comunicación social, la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y de ciento veinte a trescientos sesenticinco días-multa.

³⁵ Código Penal.- Artículo 138.- Ejercicio privado de la acción penal.- En los delitos previstos en este Título sólo se procederá por acción privada...(sic).

³⁶ Código Penal.- Artículo 402.- Denuncia calumniosa.- El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Cuando la simulación directa o indirecta de pruebas o indicios de su comisión sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años.

Las normas descritas dan la apariencia que el derecho al honor podría ser protegido adecuadamente en el ámbito penal; sin embargo, en términos del Tribunal Constitucional -en criterio que compartimos-, la opción es insuficiente si se tiene en cuenta que el objetivo del derecho penal solo es “reprimir” al agente que comete las agresiones, cuando lo que debe buscarse es la “reposición al estado anterior”, si aun cabe, o la “reparación integral” ante la violación del derecho, como corresponde en un proceso constitucional de amparo, o la reparación a la afectación mediante las medidas cautelares innovativas del proceso civil ordinario, o mediante la técnica de la responsabilidad civil.

2.1.6.- EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR.

Las disposiciones legales; referentes a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud. Solamente se han tratado pues, los artículos destinados a proteger la persona física. Ahora en cambio, veremos las figuras que tienen como objeto garantizar bienes jurídicos inmateriales, concernientes más estrictamente a la esfera de la personalidad propiamente dicha; el honor. La doctrina a través de la historia, ha intentado dilucidar la naturaleza jurídica del honor desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva.

2.1.6.1.- El Honor Subjetivo.

El honor subjetivo es la valoración que la propia persona hace de sus propios atributos. Carrara precisa que: “El sentimiento de nuestra dignidad es el contenido primario de la idea de honor; y ese sentimiento es aspiración de toda alma, por poco noble que sea, aspiración instintiva y que no depende de ninguna consideración de bienes exteriores, sino exclusivamente del honor de nosotros mismos y de aquel goce inefable que produce en nosotros, sin necesidad de aplausos ajenos de miras ulteriores, la sola conciencia de nuestros méritos, de nuestras capacidades, de nuestras virtudes. Lo opuesto a tal sentimiento es la vergüenza y la abyección que produce en nosotros el conocimiento de nuestros errores, independientemente de las censuras ajenas”.

Humanamente es imposible encontrar una persona desprovista del sentimiento del honor. La misma autorreprobación está señalando ya que el honor existe aunque sea menoscabado.

Advierte Ramos que: *“El honor como sentimiento que dirige los*

actos y la conducta de una noble vida humana puede ser ofendido pero no puede ser arrebatado, porque la ofensa no quita a nadie su propio honor, cuando éste existe en el significado espiritual de la palabra”.

2.1.6.2.- El Honor Objetivo.

El honor objetivo es la apreciación y la valoración que hacen los demás de las cualidades ético-sociales de una persona. Es la buena reputación de que se disfruta. El buen nombre es un patrimonio de elevada estimación. Pero solamente adquiere sentido en la estimación de los otros. De ahí la precisión de Carrara cuando dice que el mayor número de personas a las cuales fue comunicado el ataque contra el honor, aumenta la cantidad natural de la infracción de la misma manera que el mayor número de monedas robadas aumenta la cantidad del delito de hurto. Desde el momento que el patrimonio del buen nombre está constituido por la estimación que por nosotros tiene nuestros semejantes, él se acrecienta cuanto más son las que, a nuestro respecto, tienen formada una buena opinión. Es neutral, pues que, e generalidad de los casos, la contemplación de los delitos contra el honor sea hecha desde ese punto de vista.

Sujeto Activo.- Puede ser cualquier persona, pues la ley vale para todos sin discriminación.

Sujeto Pasivo.- La índole inmaterial del interés jurídico que aquí se protege condiciona ciertas dificultades para la ubicación de las personas pasibles de la acción delictuosa. En principio toda persona puede ser sujeto pasivo de estos delitos. Sin embargo conviene esclarecer las distintas condiciones que se plantean.

a) Las auto ofensas: El sujeto que se atribuye a sí mismo notas infamantes que menoscaban su dignidad y fama, no comete delito contra el honor. El derecho dice Manzini es “relatio ad alteros” y, por tanto, son indiferentes todos los hechos que no generen efectos dañosos jurídicamente relevantes más allá de los límites de la esfera íntima del individuo.

b) Los menores: La doctrina y la legislación imperantes coinciden en reputar al menor como sujeto pasivo de esta infracción. Poco

importa que la ley no les reconozca capacidad penal.

Del mismo modo es inconsistente el argumento que sostiene la inmadurez del sentimiento del honor. Partiendo de un concepto del bien jurídico honor se logran anular estas apreciaciones. Decirle a un niño de cinco años que es un ladrón no está bien, pero atribuirle a una niña de catorce años la calidad de corrompida, es una imputación grave. Es indudable que esta falsa acusación puede causarle irreparables daños a su decoro, máxime que para nuestra ley civil la mujer puede contraer matrimonio desde esa edad.

En suma escribe **Manzini**, “es de recordar siempre, que la injuria y la difamación, como todo otro delito, son incriminados en consideración a un interés público, y no solamente por intereses privados.

La ley penal asigna sustitutos o representantes a los incapaces de asumir su deficiencia.

c) Los enajenados y los ebrios: A estas personas les son aplicables las mismas consideraciones ya mencionadas para los menores. Toda persona enferma de la mente, así como los ebrios, gozan del honor sin excepción.

En relación al ebrio, no se justifica que se le cubra de agravios por el hecho de que su estima personal haya sufrido mengua. La vigencia del honor es patente y por tanto, obligatorio respetarlo.

d) Personas deshonestas: Para el derecho no existen personas deshonradas, tanto las prostitutas como el ladrón pueden ser sujetos pasivos de los delitos contra el honor. Ciertamente no es difamar que una mujer regentea un prostíbulo si realmente es así, pero esa misma mujer puede tener una conducta irreprochable en su hogar y sería un delito decir que ella prostituye a su hija. Las personas deshonestas pueden ser heridas en su honor.

e) Personas Jurídicas: Es una cuestión muy discutida en la doctrina. Para la legislación peruana la regla es que el hombre individualmente es el único depositario del bien jurídico del honor.

La excepción son los delitos de difamación e injuria donde el sujeto

pasivo puede ser una persona jurídica.

El honor, tanto en la dignidad como en la fama y la reputación, supone un individuo dotado de conciencia capaz de poseer méritos y desméritos. Solamente la persona física puede amar y odiar, respetar o despreciar. Cuando se injuria a una corporación o institución, en realidad el agravio está dirigido a las personas que los componen o a sus representantes.

Así como a una institución no se le puede imputar un delito, tampoco no puede reprobársele el haber actuado de un modo determinado. Tanto las personas jurídicas de derecho privado como público pueden ser sujetos pasivos de este delito, inclusive tratándose de las personas jurídicas peruanas, La Constitución en su cap. 3 dispone que los derechos fundamentales, les corresponde, en cuanto les sean aplicables.

La doctrina parte del principio que el honor es un bien jurídico eminentemente individual y además de la persona física viva. En tal sentido no pueden ser sujetos pasivos de este delito las personas jurídicas, pero en nuestro caso la ley ordena lo contrario.

f) Los muertos: En principio los muertos no pueden ser sujetos pasivos del delito contra el honor, al respecto Carrara dice que el objeto de este delito no es el derecho del extinto, y es preciso encontrarlo en un derecho de los que viven.

Todo el busillis de la cuestión consiste en que para sostener la imputabilidad es preciso encontrar un derecho violado, porque no hay delito sin lesión de un derecho, y por lo tanto, es necesario poder sostener que injuriar a un difunto se ofende el derecho de un vivo, ya sea por el motivo del afecto, ya sea por razón de un descrédito mediato. Y entonces, muy bien puede darse el ente jurídico del delito, porque a su sujeto pasivo y activo se le opone un derecho verdadero e incontrastable perteneciente a un vivo, que constituye su objeto y que de ese modo lo completa.

En verdad, si no pudiera concebirse la idea de un derecho violado, sería esfuerzo vano considerar el delito en el hecho de la injuria, por más inmoral y reprochable que fuera.

En definitiva, lo que se hiere al ofender a un difunto es su memoria. Expresar que el occiso es impotente es sugerir que el hijo es bastardo. No cabe duda que aquí los parientes más próximos tienen derecho a iniciar acción penal contra los responsables.

No obstante, creemos que la historia es libre de enjuiciar los actos de la vida pública. La historia debe desenvolverse dentro de una atmósfera de libertad, salvo que se acredite una acción perversa de injuriar.

Es por ello, entre otras razones, que la legislación comparada ha excluido categóricamente al difunto como susceptible de constituir un interés jurídico digno de ser protegido, el difunto para el derecho no representa una persona poseedora de atributos; ocurre simplemente que el difunto ha dejado de ser titular de un interés jurídico. La muerte pone fin a la persona.

2.1.6.3.- Tipo Subjetivo.

El tipo subjetivo en los delitos contra el honor es el dolo, constituido por la conciencia y la voluntad de calumniar, difamar o injuriar. En principio, estimamos que la ley no exige determinada intención o móvil especial por parte del sujeto activo; éste por social que fuere no elimina la tipicidad legal. El dolo es suficiente.

En consecuencia, rechazamos los intentos doctrinarios de encontrar en estas infracciones la existencia de un especial “ánimus injuriandi”, puesto que para la ley no contiene dentro de su estructura un sustento de connote un elemento subjetivo del tipo. Pues inclusive el término “a sabiendas” del art. 186 no puede ser entendido como un elemento subjetivo del tipo del dolo, ya que en esta figura hay dos hipótesis claramente separadas por una conjunción disyuntiva, y que en el caso concreto deben reunirse en el omnicomprensivo “a sabiendas” que, en este caso, es el tipo subjetivo común a ambas hipótesis.

La fórmula 2 o “sin que existiese motivo que permitiese creer prudencialmente en ella” no es más que un aspecto cognitivo del dolo, que permite la comisión de este delito con dolo eventual.

Todo delito contra el honor precisa de un dolo directo, puesto que

sería absurdo pensar en cometer la injuria con dolo de atar, violar, etc.

2.1.6.4.- Delito de Injuria.

Está previsto y penado en el artículo 130° del código penal que a la letra dice: *“El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho, será reprimido con prestación de servicio comunitario de diez a cuarenta jornadas o con sesenta a noventa días-multa”*.

“Ofender” y “ultrajar” son verbos sinónimos que indican la relación de acciones dirigidas a lesionar el honor de una persona. El honor es el derecho que toda persona natural tiene a que se le respete según las cualidades que ella misma se autoasigna, Comete una injuria el que deshonrar o desacreditar a otro.

Núñez sostiene que la injuria como deshonra o descrédito, es siempre una conducta significativa de desmedro para las calidades estructurales de la personalidad. La injuria es una ofensa a la honra de una persona o una ofensa al crédito de ella. Como ofensa a la honra, la injuria es una lesión al derecho que tienen las personas a que los terceros respeten las cualidades que se autoasignan. Como ofensa al crédito la injuria es la lesión al derecho que tiene toda persona a que no se perjudique la opinión que sobre su personalidad tengan o puedan tener los terceros. La finalidad ultrajante puede canalizar a través de la injuria verbal, o sea por medio de la palabra dicha o escrita, significa que se requiere de una acción positiva para considerar un acto positivo. En el animus injurianti hay que considerar los antecedentes del sujeto agravante tanto del sujeto activo como del pasivo. La ofensa puede asimismo manifestarse por medio de la injuria real, gestos, vías de hecho.

El **“Gesto”** es la expresión que se hace con el rostro. Las **“Vías de hecho”** son las conductas que se exteriorizan por movimientos corporales, distintos a los del rostro.

Una bofetada, un escupitajo dirigidos a una persona constituyen también formas de injuriar.

Con la frase **“de cualquier manera”** nuestra ley está permitiendo la interpretación análoga, es decir que la injuria real puede realizarse por medio de las caricaturas, la pintura, la escultura siempre que no sean divulgadas.

Tratándose de la injuria verbal, aunque la ley no lo diga expresamente se necesita la presencia física de la persona deshonrada, es decir que se le hace en el mismo ambiente físico del injuriante o a la vista del mismo. Cuando la injuria se realiza por medios visuales como dibujo, carteles o vía telefónica la persona ofendida debe estar presente en el momento de explicarse el contenido de la comunicación ofensiva.

De las opiniones de **Manzini y Núñez** las injurias recíprocas que se dan entre dos personas tienen una relación de causa efecto, ya que la segunda injuria (injuria-respuesta) debe tener su génesis en la primera (injuria-provocación); en ese sentido una injuria verbal podría ser contestada con otra injuria verbal o con un gesto.

2.1.6.4.1.- Bien Jurídico Protegido.

El bien jurídico protegido en el delito de injuria está dado por el honor y la dignidad atribuida inherentemente a la persona física, de la cual no puede ser despojada, pero sí es susceptible nuestra Constitución en el inciso siete del artículo dos al prescribir sobre el derecho al honor y la buena reputación. Entonces hay correspondencia entre el Código Penal y la Constitución Política del Perú que estima el honor como un derecho fundamental de la persona.

2.1.6.4.2.- Tipicidad Objetiva.

La injuria representa el tipo básico en las infracciones contra el honor. Es la conducta de irreverencia o menosprecio que se realiza contra el honor de la persona (prestigio de la víctima).

La conducta reprochable y penada es aquella del sujeto que ofende o ultraja a una persona ya sea, con palabras, gestos o mueca; es necesario que se afecte el honor del otro, no basta con su puesta en peligro.

No es necesario que las ofensas sean verdaderas o falsas, lo que importa es el hecho de afectar el honor y la intimidad personal.

Entendemos que las palabras pueden ser escritas u orales, asimismo los gestos son expresiones hechas con el rostro o movimientos corporales, que sean ofensivos.

Estos hechos deben ser sin autorización del sujeto pasivo, ya que del consentimiento no constituiría el ilícito. La injuria admite distintos modo de ejecución: puede ser consumada verbalmente o por escrito o mediante actos o hechos que la signifiquen; no solo las acciones, sino también las conductas negativas, tienen un sentido injurioso cuando son el medio para imputar implícitamente una cualidad, costumbre o conducta deshonrante. El hecho de negar un saludo o de no conceder una precedencia no es en sí mismo delictuoso, porque jurídicamente no tenemos el derecho exigir de otros urbanidad o reverencia, sino que no nos deshonren o desacrediten.

El comportamiento objetivo que reclama el tipo es ciertamente vago e impreciso pues entre otras cosas dependerá su impacto en el sujeto pasivo, del entorno cultural y tiempo espacial en que se protagoniza el contacto o del nivel cultural de los protagonistas, lo que deriva en un derecho penal de autor antes que de culpabilidad. La seguridad jurídica queda en peligroso estado cualquiera que sea la unidad conductual que se elija como constitutiva de la conducta injuriosa.

El comportamiento injurioso puede ser abierto o encubierto como cuando el sujeto activo se vale de las llamadas "indirectas".

a) Sujeto activo: Es aquella persona natural o jurídica que afecte contra el honor del sujeto pasivo ocasionándole un daño moral. No necesita ser alguien determinado con ciertas características puede ser cualquier persona.

b) Sujeto pasivo: El sujeto pasivo del delito es aquel sujeto que afectado por la ofensa o ultraje por parte del agente puede ser una tercera persona. Puede ser cualquier persona.

2.1.6.4.3.-Tipicidad Subjetiva.

En este delito es necesaria la presencia del dolo. La injuria es un delito doloso, no es típica la injuria culposa,

aunque la norma jurídica no exige la presencia física del ofendido, es indispensable la dirección del ultraje. Todas las formas de dolo son aptas para la configuración de la injuria es evidente que en el primer injuriante tiene que eximir conciencia y voluntad de lesionar el honor de quien circunstancialmente aparece como su contrincante verbal. En cambio, el eventual agravio inferido por el otro partícipe puede negar a quedar totalmente enervado en su potencialidad injuriante hasta eximir de culpabilidad a su autor, debido al **animus retorquendi**. El juez teniendo en cuenta la magnitud del ultraje causado por la injuria-provocación, puede declarar exento de pena al autor de la injuria-respuesta, aun en el caso que esta sea mas grave, si arribare a la conclusión que el propósito del respondiente no fue otro que el de devolver o retorcer el agravio previamente recibido.

El dolo se constituye con la conciencia de la entidad injuriosa de la imputación por lo que quien obra para atacar la honra o el crédito ajeno, sabiendo que con su acción ha de atacarlo o conociendo la posibilidad de esa ofensa, llena subjetivamente los requisitos de la injuria con dolo directo, indirecto o eventual respectivamente.

Según el Profesor **Roy Freyre** sostiene que, el animus injuriando “llamado también animus infamando, consiste en 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 ajeno”.

No es pues bastante para injuriar la verbalización del vocablo o la plástica del gesto, es menester el ánimo de ultrajar, la pretensión del actor. Es un delito necesariamente intencional. Animus distintos con el que puede competir la injuriandi son los siguientes:

a) Animus Jocandi: Cuando el autor opera la conducta objetiva con propósito de broma, lo que deberá deducirse no sólo del dicho sino de las circunstancias. Añadir sin embargo que somos del parecer que no se comprende en este caso concreto, el de quien por hacer reír a tercero,

instrumentaliza a otro, haciendo de él escarnio público y burlas, ofendiéndolo y ultrajándolo, pues aquí sí se impone el *ánimus* que reclama el tipo.

b) *Animus Corrigendi*: Se dará cuando de las circunstancias (parentesco, edad, jerarquía, etc), se pueda concluir que el propósito del agente no era otro que el de corregir, educar, formar en el sentido que sea.

No se exige para estar en presencia de este *animus*, que la finalidad correctiva, educativa y formativa se corresponda con patrones predeterminados y validados oficial o consensualmente por la comunidad pudiendo incluso darse el caso que la corrección perseguida sea una contraria a la moral o a los patrones aceptados, siempre desde luego que el afán primario del agente sea ese y no ofender.

c) *Animus Consuelendi*: Se dará cuando el propósito del autor es el de aconsejar, de advertir.

d) *Animus Defendendi*: Aquí los agravios al honor de las personas se materializan para defenderse, o explicar conductas que de suyo pueden ser incómodas o peligrosas para el agente, o para enervar imputaciones.

Puede ser el *animus defendendi*, el vehículo en él se desplaza la defensa propia, una causa de justificación, o mínimamente de inculpabilidad.

Carrara decía de este *animus* que resultaba útil a los abogados defensores, o apoderados de las causas en la eficiencia de sus defensas.

e) *Animus Narrando*: Aquí el agente si querer agraviar a alguien, se propone narrar hechos históricos, políticos, sociales, militares, literarios y periodísticos, describiendo y explicando las conductas de los protagonistas reales o disfrazados y en ello tocar objetivamente el honor de los mismos. El mismo *animus narrando* puede verificarse en ilustraciones, caricaturas, pinturas y esculturas.

f) *Animus Retorguendi*: Esta es la situación en que el agente agravia para retorcer o devolver un agravio precisamente recibido de la víctima. Se trata de la

conocida Violencia della lengua en que se enfrascan entre sí dos o más protagonistas.

2.1.6.4.4.- Injurias Recíprocas.

Cuando las injurias son recíprocas, el tribunal podrá según las circunstancias declarar extensos de pena a las partes o a algunas de ellas. Las injurias no son recíprocas por la simple circunstancia de que el querellante o querellado, en el pertinente juicio, se hayan injuriado el uno al otro. Las injurias son recíprocas cuando una de las injurias, mutuamente inferidas entre el querellante y el querellado, tienen su causa en la otra.

La reciprocidad de las injurias difiere del caso de las injurias provocadas, que supone que la injuria inferida por el ofensor al ofendido ha sido causa por un agravio no injurioso inferido por éste a aquél. La reciprocidad de las injurias no se confunden totalmente con la retorsión de las injurias. Se confunde cuando a ésta se la concibe como la simple devolución de una injuria con otra injuria. No se confunde, por el contrario, cuando a la retorsión de la injuria se la concibe como la injuria inferida en legítima defensa del propio honor agraviado por otra injuria, porque entonces los efectos son distintos, pues la retorsión exime de pena a su autor por justificación.

La eximición de pena por reciprocidad no obedece a que, en razón a estas, una o ambas injurias dejen de ser tales o a que una o las dos injurias queden justificadas o exculpadas, sino a la excusa absolutoria de responsabilidad concedida facultativamente a una o a las dos partes por el tribunal de acuerdo a las particularidades de cada caso.

Se trata de una excusa absolutoria fundada en el principio de la compensación de los agravios: *pariacum paribus compensatur*. Para que proceda no es necesario que el querellado haya contra querellado. Basta la prueba de la existencia de ambas injurias.

Artículo 136.- Difamación o injuria encubierta o equívoca.- El acusado de difamación o injuria encubierta o equívoca que rehusa dar en juicio explicaciones satisfactorias, será considerado como agente de difamación o injuria manifiesta.

Consideraciones Generales: No está frente a un caso de legítima defensa. No se puede hablar de legítima defensa contra injuria ya proferida, si bien las injurias recíprocas guardan una cierta afinidad con la legítima defensa. Tampoco las injurias recíprocas suponen una compensación de injurias dado que es incompatible con el Derecho Penal. No es admisible que los delitos se compensen entre sí como deudas recíprocas: cada delito contiene en sí mismo una ofensa al orden social, por ellos en las injurias proferidas, la segunda no deja de ser delito porque sea la contestación a otra injuria, provocada a su vez por ella. La fórmula de la compensación ha sido sustituida por la de *retorsión*, concebida como la simple devolución de una injuria por otra injuria. Cuando una injuria es respondida inmediatamente con otra, en principio, este hecho no deja de ser punible, sin oque, en base a las circunstancias del caso concreto, el Juez puede abstenerse de imponer pena. La eficacia de la institución de la retorsión depende del facultativo perdón judicial, con ello no se llega propiamente a la compensación de las injurias recíprocas, sino que se considera que el primer injuriado, al devolver la ofensa, cede a un impulso, hasta cierto punto exculpante.

2.1.6.4.5.-Grados de desarrollo del delito: Tentativa y consumación.

Si el calumniador se vale de una imputación oral, ésta se consumará en el momento en que se expresa ante el órgano competente, independientemente de su tramitación. También se consuma el delito cuando el agravio alcanza a la víctima quien toma conocimiento de su contenido, o sin alcanzarla es percibida por terceras

personas, como cuando en este último caso el ofendido es sordo, ciego o senil y se hace escarnio de ellos sin que se enteren por las razones de sus respectivos hincapiés, y no obstante compartir físicamente el escenario, mellando su respetabilidad y dignidad humana.

Respecto a la calumnia escrita, esta queda consumada cuando llega a conocimiento del calumniado, antes de esto la redacción del texto vendría a ser el acto preparatorio. Y donde son posibles teóricamente las formas imperfectas de ejecución. Aquí si es admisible la tentativa.

2.1.6.4.6.- Penalidad.

La pena a imponerse es la prestación de servicios comunitarios de 10 a 40 días o bien con 60 a 90 días multa. Estamos pues frente a una diminuta y simbólica pena en espera que sea la reparación civil la que realmente restablezca el desequilibrio nacido de la violación de la norma.

2.1.6.5.- Delito de Calumnia.

Está previsto y penado en el artículo 131º del Código Penal, que a la letra dice: *“El que atribuye falsamente a otro un delito, será reprimido con noventa a ciento veinte días- multa”*.

La calumnia es la forma de delitos contra el honor, consiste en la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública.

Ella constituye una forma agravada de desacreditación a otro, por lo que ha de reunir todos los caracteres de la injuria, que es el género de los delitos contra el honor.

2.1.6.5.1.- Bien Jurídico Protegido.

Es el Honor de la persona física.

2.1.6.5.2.- Tipicidad Objetiva.-

a) Sujeto Activo: Puede ser cualquier persona física que proceda a denunciar por su propio derecho o en representación legal de otra persona física o jurídica.

b) Sujeto Pasivo: Sólo puede serlo una persona física o natural. Siendo el caso que las personas jurídicas o morales no tienen capacidad para cometer hechos punibles, según se desprende de nuestro ordenamiento jurídico penal, entonces no se les puede imputar ante una autoridad la comisión de un hecho delictivo. En cambio, los menores inimputables (edad inferior a los 18 años) si pueden ser agraviados con el delito de calumnia. Es cierto que a estos menores no les alcanza responsabilidad penal alguna, pero también es verdad que sí pueden cometer, y por ende atribuírseles, los hechos que están tipificados en la ley como delitos. En este sentido un adolescente de 16 años puede haber sido denunciado ante el Juez de Menores, atribuyéndosele calumniosamente la comisión de un hecho previsto o tipificado en la ley como un delito, aunque en el hipotético caso de que, si por un error judicial, se diera por acreditada su autoría, entonces en manera alguna podrá imponérsele pena. Los enfermos mentales también pueden ser destinatarios de calumnia, pues su inimputabilidad no impide que alguien (conociéndola o no) los denuncie policialmente, por ejemplo, a sabiendas de la falsedad de la infracción punible atribuida. En lo que respecta al muerto, creemos que no puede ser aquí sujeto pasivo en razón a que se extinguió su personalidad. Si en un proceso penal, por ejemplo, un testigo atribuyere falsamente a un difunto haber sido el autor de un hecho punible cuya comisión se le imputa a un encausado, los verdaderamente afectados serían las personas a quienes la ley penal faculta para interponer la correspondiente acción procesal: cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano.

c) Imputación falsa de un hecho punible determinado:

El comportamiento consiste en atribuir falsamente un delito. De lo que se deduce lo siguiente:

1) Sólo se puede cometer por acción, al establecer el legislador el verbo rector “atribuir”. El delito, consiste,

pues, en atribuir a alguien un hecho. El medio normal para realizar esta acción será la palabra, hablada o escrita. Pero esto no es indispensable. Si bien el medio no puede revestir las variadísimas formas propias de la injuria, es también posible imputar a alguien un delito por medio de dibujos, señalándolo el silencio, etc. Basta que la conducta del sujeto, teniendo en cuenta la situación concreta, signifique que determinado hecho se atribuye a determinada persona. Si alguien pregunta ¿quién robó? Para calumniar, basta señalar a un inocente.

2) La atribución tiene que referirse a un delito falso, es decir, el sujeto no debe haber realizado ese delito. Se admitirá la prueba de la verdad de los hechos dado que se exigen que sean falsos, mas no requiere que la calificación jurídica haya sido la correcta, basta con que el hecho típico sea verdadero, no siendo necesario que se den los demás elementos precisados dogmáticamente – antijuricidad y culpabilidad – para que se considere el hecho como atípico (*exceptio veritatis*). Esto no obsta que se dé de todos modos un delito de injuria, al ser éste el delito base; por ejemplo: el periodista informa que Pedro mató a José en diciembre de 1993, pero omite deliberadamente las demás circunstancias del hecho que tiene a su disposición, las cuales describirían los hechos cometidos en legítima defensa, y todo ello para afectar el honor de Pedro. En este supuesto no habrá calumnia puesto que el hecho es verdadero, pero sí se configurará el delito de injuria.

3) La atribución falsa tiene que ser un delito, no se comprenden las faltas: luego la imputación ha de tener la concreción y determinación que exige la realización de un delito, sin que sea necesario una precisión en la calificación jurídica; por ejemplo, da lo mismo decir que robó, hurtó o se apropió indebidamente de una determinada cantidad de dinero del banco en que trabajaba. Por todo esto se define a la calumnia como una forma especial de injuria.

Sebastián Soler añade, que el concepto de calumnia con relación a la injuria, al fincar totalmente en la naturaleza del hecho imputado, viene a encontrarse en un relación de especie a genero, ya que consiste en deshonrar o desacreditar mediante la imputación de *ciertos hechos* particularmente graves e idóneos para dañar o poner en peligro el honor de las personas

Asimismo, la separación, entre uno y otro delito se basa fundamentalmente en la naturaleza del hecho imputado, que, por su gravedad, presupone, en calumnia, una ofensa de mucho mayor alcance para el honor, sea este considerado objetiva o subjetivamente.

Si se da el consentimiento respecto a la falsa imputación del delito el hecho será atípico, en virtud de la disponibilidad por parte del sujeto de su honor, según lo dispuesto en el artículo 138º, primer párrafo, del Código Penal.

2.1.6.5.3.-Tipicidad Subjetiva.

Se requiere necesariamente el dolo. Además, se exige un elemento subjetivo del tipo, esto es, el ánimo de deshonrar. El dolo, básicamente consiste en la conciencia y voluntad de ofender el honor de una persona formulándole la imputación de un delito a sabiendas de su falsedad, o sin tener los suficientes elementos de juicio que hagan creer verosímilmente en su autoría o participación.

2.1.6.5.4.-Grados de Desarrollo del Delito: Tentativa y Consumación.

Consumación: Si el calumniador se vale de una imputación oral de consumara en el momento en que se expresa ante el órgano competente, independiente de su determinación. La calumnia escrita esta queda consumando, cuando llega a oídos del calumniado. Al igual que en el delito de injuria, para la consumación es necesario que la calumnia llegue al conocimiento del sujeto pasivo; se admite por tanto, la tentativa.

2.1.6.5.5.- Concurso de delitos.

Habrá una sola acción si es que en un escrito se formulan varias calumnias contra una persona. Si el número de personas imputadas en un escrito o mediante una declaración es indeterminado, habrá un concurso ideal homogéneo. Si se hacen varias imputaciones contra misma persona referente a un mismo hecho, dentro del mismo proceso tendremos un solo delito.

2.1.6.5.6.- Exceptio Veritatis.-

La exceptio veritatis o prueba de la verdad, en principio, sólo se admite en el artículo 132  del Código Penal, es decir en el delito de difamación. Pero al ser la esencia del delito de calumnia la atribución falsa de un delito, se deduce que, probada la verdad de la atribución, se excluiría la tipicidad del comportamiento. Por ello, en el delito de calumnia también se admite la prueba de la verdad o exceptio veritatis. Razón por la cual mencionamos el artículo 134 que a la letra dice: El autor del delito previsto en el artículo 132  puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los casos siguientes:

- 1.** Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
- 2.** Cuando por los hechos imputados est  aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
- 3.** Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.
- 4.** Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido.

Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena Asimismo, **SEBASTIÁN SOLER** señala, dado que este delito se integra con la falsedad de la imputación, no cabe duda que en el ámbito de esta infracción la *exceptio veritatis* juega plenamente.

Este es un caso de claro predominio del interés social sobre individual: hay más interés en que un delincuente sea desenmascarado que en la mortificación que eso causa al honor subjetivo del imputado.

En este delito, la ley, en su protección, no va un paso más allá de la tutela del honor *merecido*.

2.1.6.5.7.- La Pena.

Se reprime con pena de noventa a ciento veinte días-multa”

2.1.6.6.- Delito de Difamación.

Artículo 132: *El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, será reprimido con pena 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 131º, 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.

2.1.6.6.1.- Bien Jurídico Protegido.

Se protege el honor de las personas físicas y jurídicas.

2.1.6.6.2.- Tipicidad Objetiva.

a) Sujeto Activo: Puede ser cualquier persona desde que la ley no requiere calidad especial alguna.

b) Sujeto Pasivo: Puede ser cualquier persona física o jurídica. Igualmente, una corporación. La persona natural puede ser afectada en su honorabilidad, tanto de una manera directa como también indirecta. El agravio ocurre indirectamente cuando el ofendido forma parte o representa a la persona jurídica objeto de la difamación. La agravante solo opera en caso que el ofendido sea autoridad, o una entidad pública, o una institución oficial.

c) Acción: La difamación es la divulgación de juicios ofensivos, delictuosos o inmorales ante varias personas

separadas o reunidas que causan un menoscabo en el honor de la persona.

Entonces de esa definición decimos que la difamación es una injuria, que tiene como particular a la difusión de la noticia, en el cual el sujeto activo debe comunicar como mínimo a dos personas las declaraciones difamatorias que ha realizado el sujeto pasivo. Se debe tener en cuenta que no tiene irrelevancia si lo que el sujeto activo dice es cierto o falso.

Este delito solo es posible de realizarse por comisión no por omisión, al emplearse en la descripción típica el verbo “atribuir”. En este delito debe tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1.- La ofensa, en este delito, es atribuir a una persona una cualidad, conducta o hecho que pueda causar daño a su honor. Según Raúl Peña Cabrera: El empleo del concepto “hecho” por la ley es inapropiado si es que partimos de la consideración que el Derecho únicamente regula conductas humanas que se dan en la sociedad. Los hechos de naturaleza carecen de validez para el Derecho. Así mismo nos dice, que el empleo de los términos “cualidad” y “conducta” permiten deducir que para la conducta realizada sea típica, basta la simple atribución entre varias personas de un ilícito penal o de una determinada cualidad. Por ende la difamación puede alcanzar ofensas morales y no exclusivamente delictuosas.

2.- La comunicación se debe dar ante varias personas, la comunicación puede ser verbal o escrita y como mínimo a dos personas, las cuales pueden estar juntas o separadas

2.1.6.6.3.- Tipicidad Subjetiva.

Se requiere necesariamente el dolo. Además se exige un elemento subjetivo del tipo concretado en el *animus difamandi*.

Este delito se configura a título de dolo, entendiéndose como tal la conciencia y la voluntad que tiene el agente

de efectuar la divulgación del hecho, cualidad o conducta que puede perjudicar el honor o la reputación. El motivo del comportamiento, como sostiene **BRAMONT ARIAS**, será tomado en cuenta por el juzgador al momento de aplicar la pena.

DOLO: consiste en la conciencia y voluntad de lesionar el honor o la reputación de las personas mediante la propalación de la noticia o información desdorosa. No es concebible la forma culposa.

2.1.6.6.4.- Grados de Desarrollo del Delito:

El delito se consuma cuando llega a conocimiento del sujeto pasivo. En el caso que para el delito se utilice un medio como la radio, la televisión, los periódicos, revistas, etc.; la infracción se consumará en el lugar en donde se propale la información denigrante.

Se admite tentativa cuando se ejecuta por medio de un impreso, diario, periódico u otro medio de comunicación social.

Tentativa: En principio, estando considerada esta figura mayoritariamente en la doctrina como un delito formal, no es posible la tentativa, porque es suficiente la conducta con capacidad para lesionar el honor o la reputación; lo propio pasa con la difamación por escrito, sin hablar todavía de la difusión, porque es tema de la conducta agravada; aquí el delito se va a consumir cuando el documento llega a conocimiento de terceros, mientras tanto procede la tentativa. Igual razonamiento merece la comunicación telefónica, por eso fácilmente no se puede hablar de un delito formal ni por ende rechazar de plano a la tentativa.

Consumación: El delito se consuma, cuando las personas están reunidas en el momento y lugar de vertida la afirmación que pueda perjudicar el honor o la reputación; si están separadas, en el momento y lugar que conoce la última de ellas; se debe entenderse como la ultima, la que sigue después de la primera que ha tomado conocimiento. Lo propio ocurre con los otros

medios de comunicación que hemos mencionado. Este delito no requiere daño, únicamente la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

La tentativa es factible en este delito, sobre todo cuando se trate de difamaciones realizadas por medio de escritos o impresiones graficas

2.1.6.6.5.- Agravante:

Dos son las formas agravadas que presenta en nuestra ley, la forma calumniosa y la agravada por el medio.

a) Difamación Agravada por Calumniosa.- Si entendemos por difamación el imputar a una persona un hecho, una cualidad o una conducta, esta forma agravada se configura cuando el agente atribuye de manera expresa la comisión de un delito, con las características estudiadas en la calumnia, de tal forma que la imputación facilite su divulgación, y por ende aumenta el peligro del daño. Concretamente, se trata de una calumnia agravada por su difusión. La pena es privativa de libertad no menor de un ni mayor de dos años, la agravación determina que el mínimo de la pena no puede ser inferior a un año.

b) Difamación Agravada por el Medio.- Esta forma agravada depende del medio que utilice el agente; el código precisa al libro y a la prensa, y agrega otra forma de comunicación social. En esta se refiere al libro como un medio de transmisión del conocimiento o a referencias imaginarias. La otra es cuando el dispositivo menciona a la prensa, se refiere al medio de información en tanto vehículo de comunicación social, que en este caso, puede ser escrito, oral o por imagen, según se trate de periódico escrito radial o televisivo. La pena en este caso es la más grave, pues la privativa de libertad no puede ser menor de un año ni mayor de tres.

2.1.6.6.6.- Exceptio Veritatis:

El exceptio veritatis puede ser definida como el sometimiento de la imputación a un juicio de certeza, es decir, a la demostración de la veracidad del hecho. Es una

facultad que se le da al autor del delito de difamación para que pruebe la verdad de sus afirmaciones. Si lo hace, quedara exento de pena; en caso contrario, se corresponde, será condenado por delito de difamación. El exceptio veritatis solo excluye la responsabilidad del sujeto por delito de difamación en las cuatro supuestos que se establecen en el Art. 134 CP. Desde este punto de vista, la exceptio veritatis es una causa de exención de pena, es decir el hecho que ha realizado el autor es típico, antijurídico y culpable, aunque el legislador, por razones de política criminal, considere que no se debe castigar.

2.1.6.6.7.- Prueba de la Verdad de las Imputaciones.

El Artículo 134.- Prueba de la verdad de las imputaciones.- El autor del delito previsto en el artículo 132º puede probar la veracidad de sus imputaciones sólo en los casos siguientes:

- Cuando la persona ofendida es un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas que se le hubieran atribuido se refieren al ejercicio de sus funciones.
- Cuando por los hechos imputados está aún abierto un proceso penal contra la persona ofendida.
- Cuando es evidente que el autor del delito ha actuado en interés de causa pública o en defensa propia.
- Cuando el querellante pide formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido. Si la verdad de los hechos, cualidad o conducta resulta probada, el autor de la imputación estará exento de pena.

La acción probatoria en estos casos, puede generar dos consecuencias: a) acreditada la verdad de los hechos injuriosos el imputado por este delito será absuelto; b) acreditada la falsedad de la imputación el sujeto activo responderá por difamación.

Artículo 135: No se admiten en ningún caso la prueba:

“Sobre imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero.” En este inciso se acoge el principio de cosa juzgada, dado que su presupuesto es la existencia de un procedimiento judicial en el cual hay un fallo firme. Estaríamos en este caso cuando el sujeto activo realiza afirmaciones sobre hechos que ya han sido objeto de un procedimiento judicial acabado, por lo que carecería de sentido e iría en contra de una garantía judicial volver a investigar tales hechos. En primer lugar hay q destacar lo siguiente: con relación a la materia objeto de cosa juzgada, se habla de una absolución, de ahí que no se comprenda el caso de condena por disposición expresa del C.P.: en segundo lugar, la absolución tiene que ser definitiva, esto es, el fallo judicial ha de ser firme, por tanto, no podrá invocarse este precepto si hay sentencia absolutoria en primera instancia y se ha apelado; En tercer lugar, el fallo judicial puede haber sido emitido por Tribunal nacional o extranjero, lo importante es que se haya llevado un debido proceso contra la misma persona. “Sobre cualquier imputación que se refiere a la intimidad personal y familiar, o a un delito de violación de la libertad sexual o proxenetismo comprendido en los Capítulos IX y X del Título IV, Libro Segundo.”

En ningún caso- aun cuando lo pida el propio ofendido- se admitirá el *exceptio veritatis* si se refiere a la intimidad personal o familiar, puesto que en tales casos no existe un interés público superior. Además, también se establece esta excepción a la admisibilidad de la *exceptio veritatis* en el caso de violación, que requiere acción privada.

2.1.6.6.8.- Penalidad.

Para el tipo base de difamación se establece pena privativa de libertad no mayor de dos años y de treinta a ciento veinte días-multa. Por lo que se refiere a las

agravantes si se constituye la difamación una calumnias e establece pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de noventa a ciento veinte días-multa, en virtud del medio empleado, 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.

2.1.6.6.9.- Conductas atípicas.

El Artículo 133º, nos señala que no se comete injuria ni difamación cuando se trata 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.
- Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

2.1.6.6.10.- Ejercicio privado de la acción penal.

En los delitos previstos en este Título y en el Artículo 138º, sólo se procederá por acción privada.

Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción penal podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Consideraciones Generales: Los delitos contra el honor proceden por acción privada, esto es, solo pueden ser denunciados por la persona ofendida o por quien la represente legalmente.

Se parte de que la ofensa se dirige contra una persona que está muerta, no contra una persona viva. Por ellos se sostiene que se esté protegiendo la memoria de la persona fallecida. Pero según la mayoría de la doctrina, a la que aquí se sigue, los muertos no pueden ser sujetos pasivos de un delito contra el honor, de ahí se mantenga que en estos casos se protege la *memoria* de los

muertos, pero no el honor del muerto.

Cuando se refiere a que la acción puede ser removida es que pueden iniciar la acción las personas indiciadas en el referido artículo, si se ha ofendido la memoria de un muerto; o bien, estas mismas personas podrán “continuar” la acción, en el caso de que el ofendido haya iniciado la acción, y haya fallecido posteriormente

2.1.6.7.- Jurisprudencia:

a) “La imputación a los querellados por delito de difamación, radica en el hecho de haber referido en un noticiero radial conceptos y frases que afectan el honor del agraviado, tales como” cobran los autovalúos a través de una empresa fantasma”, “hasta donde llega la corrupción”, “un robo abierto a la comunidad”, “realiza actos delincuenciales ante la comunidad”, “símbolo de la corrupción”, “inmoralidad”, “nepotismo”, entre otros, apareciendo que se ha afectado el derecho constitucional al honor y la dignidad de las personas, porque las expresiones vertidas dañan el honor e imagen de la persona; si bien los propios querellados, quienes admiten haber utilizado las frases antes mencionadas, señalan que lo han hecho en virtud de las irregularidades en las que ha incurrido el querellante durante su gestión como Alcalde, refiriendo que dichas declaraciones fueron circunstanciales y que no fueron dirigidas al agraviado como persona sino a su gestión como Alcalde, han debido empear los medios que la Constitución Política del Estado les faculta sin tener que ingresar al campo del delito”³⁷.

b) “En el marco constitucional de un Estado de Derecho y de plena garantías fundamentales, se produce un conflicto permanente de Bienes Jurídicos plenamente protegidos, es decir entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho el derecho al Honor; la situación conflictual se resuelve mediante la Ponderación de Bienes Jurídicos, partiendo de una presunción favorable a la Libertad de Expresión, por tratarse de un derecho colectivo en comparación con el Honor que es un derecho eminentemente personal”³⁸.

c) “Al ser el querellante un personaje público, su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de

³⁷ R.N. No. 4184-98 – San Martín; En: Rojas Vargas Fidel, “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal (1999 – 2000)”, Idemsa, 2002, p 459.

³⁸ Exp. No. 1456-95 Cono Norte.

aquellas personas privadas; en consecuencia se encuentra permanentemente sujeto al riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad se vean afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas”³⁹.

d) “No configuran delitos de difamación e injuria grave y menos la autoría de estos, en el caso de quien cumpliendo con la obligación periodística de informar a la ciudadanía y a las autoridades sobre hechos denunciados por terceros, se ha dedicado sólo a actuar al amparo de su profesión periodística”⁴⁰.

e) “La comprobación de la veracidad y objetividad de la información vertida debe ser realizada ex - ante, es decir antes de proferir las afirmaciones lesionantes al honor de los agraviados; tal omisión puede ser atendido como un temerario desprecio hacia la verdad”⁴¹.

f) “La doctrina penal es unánime en afirmar que el honor es el bien jurídico tutelado en el ilícito penal de difamación, el mismo que es valorado como uno de los bienes jurídicos más importantes, por significar las relaciones de reconocimiento fundadas en los valores sociales de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad”⁴².

g) “De las publicaciones no aparece que se hubiera hecho alusión al accionante y el comentario no perjudica su honor”⁴³.

h) “Que siendo esto así, no habiéndose constituido los elementos objetivos del tipo previstos en el artículo 132 del Código Penal, es decir, el atribuir un hecho o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación del agraviado, los cuales se estatuyen como elementos constitutivos del tipo penal previsto en el artículo 132 del Código Penal, no habiéndose acreditado tal concurrencia en la conducta desplegada por el acusado es de proceder absolverlo”⁴⁴.

2.1.7.- LA TEORÍA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS PROCESOS CONTRA EL HONOR.

Al iniciar esta parte del trabajo, a despecho que resulte obvio, cabe la pregunta siguiente: ¿si alguien que sufre un menoscabo o afectación de sus derechos o intereses, debe ser reparado o no?. Esta pregunta, en sí

³⁹ Exp. No. 7567-97-Lima; rojas Vargas Fidel, Jurisprudencia Penal Comentada, Tomo I, Gaceta Jurídica, p. 675.

⁴⁰ Exp. No. 2678-97; Revista Peruana de Jurisprudencia, Normas Legales, Año II, No. 3, p. 306.

⁴¹ Exp. No. 2961 – 98.

⁴² Exp. No. 6129-97; Denyse Baca Cabrera, Fidel Rojas Vargas y Marlene Neira Huamán, Jurisprudencia Penal, Procesos Sumarios, Tomo II, Gaceta Jurídica, p. 169-

⁴³ Exp. No. 58-93; Gonzalo Gómez Mendoza, Jurisprudencia Penal, Tomo IV. Rhodas, p. 365.

⁴⁴ Exp. No. 384-97-Pucallpa.

no es nueva, es antigua, y como tal ha sido la pauta para desarrollar la teoría de la responsabilidad civil por la cual ante el menoscabo o afectación de derechos e intereses de unos en perjuicio de otros, ha tenido que ser incorporado al ordenamiento jurídico todo un plexo normativo destinado a tutelar (léase proteger) al afectado o dañado a fin pueda ser reparado por el daño producido en su perjuicio.

La teoría de la responsabilidad civil ha ido *in crescendo* desde sus orígenes⁴⁵, llegando con el tiempo a identificarse que la fuente de donde emerge este tipo de responsabilidad puede ser consecuencia de las relaciones diádicas o sistémicas, en los que “es de consuno asumir que quién ocasiona un daño o menoscabo debe responder ante el perjudicado”⁴⁶.

Las expresiones que preceden nos llevan a identificar -y desde luego a definir- a la responsabilidad civil, como un mecanismo o herramienta que permite al dañado a reclamar al responsable se haga cargo de sus consecuencias⁴⁷, reparando a la víctima, o que éste soporte el daño sufrido, en los casos establecidos en la ley, por ejemplo, como ocurre con la disposición de la última parte del artículo 1972 del Código Civil que exime de responsabilidad al autor si el daño es consecuencia de la conducta imprudente de la víctima⁴⁸.

2.1.7.1.- Finalidad.

Para establecer la finalidad de la responsabilidad civil, Franzoni hace una semejanza entre el propósito inicial del Código Civil, que luego de ser un estatuto de libertades, pasó a ser el “programa” para la actividad de los particulares. Así, la responsabilidad civil, después de ser instrumento para la solución de conflictos internos entre dos propietarios, luego pasó ser como el “mecanismo idóneo” que permite al árbitro (léase Juez) a controlar las actividades

⁴⁵ CALABRESI Guido describe la paradoja del caso Scott v. Shepherd (3 Wils, 403, Common Pleas 1773) de la justicia estadounidense en el que no pudo aplicarse las reglas de la *action in trespass* o el *trespass on the case* para atender el pedido de reparación por daños indirectos. En términos de éste autor, el caso constituyó el cimiento para la “construcción” del sistema de la responsabilidad civil extracontractual (RCE), basado en la prevención de “cargar” los efectos del daño de manera previa a todos, como una manifestación de la “justicia correctiva”, de allí que ante la noción social de la “expectativa” del derecho generado a favor del perjudicado, ante el daño sufrido, éste pueda solicitar su reparación, sea por acción directa o indirecta del responsable, en “Hacia la Teoría Unificada de la responsabilidad extracontractual”, en IUS ET VERITAS; Edición No. 40, Julio 2010; p. 20.

⁴⁶ La responsabilidad civil, desde una perspectiva diádica, en palabras de Fernández Cruz, alude a la función satisfactoria del interés de crédito del acreedor a cargo del deudor, en una relación jurídica simple; mientras que desde una perspectiva sistémica -bajo la visión del mismo autor-, consiste en la desincentivación de actividades perjudiciales para una generalidad en una relación jurídica compleja.- FERNANDEZ CRUZ, Gastón, “La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica”; en IUS ET VERITAS; Responsabilidad Civil Contemporánea; ARA Editores, Lima Perú, 2009; p. 404.

⁴⁷ En el derecho nacional, es conocida la definición del profesor ESPINOZA ESPINOZA cuando afirma que la responsabilidad civil como la “técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños ocasionados por él”.- Op. Cit., p.46.

⁴⁸ Código Civil.- Irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor.- Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

humanas; ello, siempre -desde una perspectiva maximalista- exista congruencia entre las utilidades producidas y los costos asumidos; y, satisfaga una precisa exigencia de justicia, si el asunto es visto desde una vertiente abstracta⁴⁹.

De lo dicho podemos extraer que la **finalidad** de la responsabilidad civil no es otro que tornar posible una convivencia social pacífica, donde los intereses privados y/o colectivos deben ser satisfechos con eficiencia y oportunidad, restableciendo el orden alterado y haciendo que el perjudicado con los daños sea efectivamente reparado.

2.1.7.2.- Presupuestos

Para que exista responsabilidad civil, la doctrina enseña que la necesidad de que un hecho (entendido como dañoso) sea imputable a un sujeto, es necesario que la lesión inferida por él sea injustificada (antijurídica) y las consecuencias del evento constituyan daños de orden extrapatrimonial o patrimonial.

Bajo ésta noción -desde la perspectiva patrimonial-, Franzoni concibe que el Juez es el selector de permitir o restringir la circulación de la riqueza mediante el juicio de la responsabilidad civil, para lo cual debe utilizar el criterio de imputación, de un lado, y la injusticia del daño, de otro⁵⁰.

Desde una apreciación extrapatrimonial, podríamos decir que, además de los criterios señalados, también debe considerarse como criterios base, la **causalidad** expresada en el elemento nexo causal, y el **título** bajo el cual se atribuye la responsabilidad, traducido en el elemento del factor de atribución.

Por lo dicho, en términos genéricos, Franzoni diferencia el presupuesto de la responsabilidad civil indicando que éste se corresponde la **acción u omisión ilícita**, mientras que el presupuesto correspondiente al resarcimiento es el **daño**, pero no cualquier daño, sino uno injusto, y esto porque así se encuentra concebido en el Código Civil Italiano en su artículo 2043, cuando textualmente dice: "*Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona*

⁴⁹ FRANZONI, Máximo; Op. Cit., p.49.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 45.

a otro un daño injusto, obliga a quién ha cometido el hecho a resarcir el daño”⁵¹.

Por ello, el mismo autor concibe que para establecer la responsabilidad civil es necesario hacer un “juicio” destinado a individualizar a un sujeto (imputable) a fin sea gravado (cargado) con el costo (consecuencias) del daño; dicho en palabras nuestras, diremos que resulta injusto que quién no generó el daño sea quién tenga que “cargar” con el peso de las consecuencias que genera el daño, pues, resulta racional y coherente que lo sea quién lo originó. Con lo dicho, ante el escenario clásico de la **indemnización de daños y perjuicios**, como así se solicita en sede civil jurisdiccional, y desde luego válido para la reparación civil establecida en sede penal, consideramos como presupuesto esencial de la responsabilidad civil, que la ocurrencia o producción del daño injusto es lo que justifica el derecho de pedir la reparación respectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico la noción del “daño injusto”, como lo prevé la legislación italiana, tiene respaldo teórico al establecer que quién resquebraja el orden social debe asumir y reparar el daño ocasionado⁵², lo que en el escenario concreto de la responsabilidad civil, por ejemplo, extracontractual (RCE), donde se ubica la reparación proveniente del delito se deriva del deber genérico del *neminem laedere* de no dañar procede la reparación⁵³.

Normativamente, dicha posición también se extrae de lo regulado en el Código Civil peruano, que al referirse a la responsabilidad civil (subjetiva), en sus artículos 1321 y/o 1969 -de manera general- señala que “*quién causa un daño está en la obligación de indemnizar*”.

2.1.7.3.- Funciones.

Previamente a señalar los criterios que aparecen vertidos en la doctrina sobre las funciones de la responsabilidad civil, el asunto bajo análisis nos motiva una reflexión en el sentido que la eficacia del servicio de justicia, por violación de una norma (legal o

⁵¹ Ibid., p.24.

⁵² “reparar” que proviene del término “respondere (raíz latina, inverso a “spondere”, que determina la formación de cierto equilibrio), presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello, la idea de la respuesta reparadora de la ruptura”.- ESPINOZA ESPINOZA; citando a Maiorca, Op.Cit. p. 45

⁵³ “..., el deber genérico del *neminem laedere* se encuentra tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual...”; ESPINOZA ESPINOZA; Op. Cit., p. 65.

contractual) que prevé la protección de determinado derecho, no debe estar vinculado -necesariamente- a una sanción penal, donde en espera de encontrar “justicia”, apenas se logra imponer la sanción al responsable o autor del daño⁵⁴, más no propiamente la reparación, la que si se puede lograr en sede civil, que con mayor eficiencia -desde nuestra perspectiva- es igual o representa mejor alternativa que la buscada en sede penal.

El fundamento de nuestra reflexión radica en la pregunta y respuesta siguiente: ¿acaso el Juez Penal o Civil no hacen -o no deben hacer- un “juicio” sobre el caso tratado?, pensamos que sí.

Bajo esa óptica, la responsabilidad civil, como medio de tutela, puede servir, y de hecho sirve de mejor manera, para evaluar y reparar al dañado y el interés jurídicamente tutelado, lo que por cierto en sede penal no siempre es posible si se tiene en cuenta que -por ejemplo- no es posible sancionar por responsabilidad objetiva⁵⁵, que si permite el vertiente civil, como el caso de la responsabilidad por utilización de bien riesgoso⁵⁶, o cuando el responsable de la infracción penal resulta inimputable, o cuando -como lo hemos señalado anteriormente- el objetivo del proceso penal es sancionar, si fuere el caso, al responsable de la infracción legal, más no -propiamente- a reparar al afectado del daño; propósito que si es posible en sede civil, sobretodo, a partir de la noción del *neminem laedere* contemplado en las diferentes disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad civil extracontractual.

En esa línea debemos hacer notar que una de las limitaciones u obstáculos que el derecho penal tiene para ordenar la reparación de la víctima de un daño es el principio de “legalidad”, concebido –racionalmente- en el sentido que solo lo debidamente “tipificado” en la ley penal puede dar lugar a la sanción del responsable⁵⁷. De tal manera, que si la ley penal, al tiempo de la comisión o producción

⁵⁴ Para ello véase nomás el caso paradigmático “Utopía”, donde no obstante a los años que se viene discutiendo en sede penal, según los agraviados (léase víctimas), no han encontrado “justicia” traducido en una sanción penal a los autores del evento dañoso; resultado que desde nuestra perspectiva pudo haberse logrado ya con el mecanismo de la responsabilidad civil.

⁵⁵ Para ello basta ver la disposición del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal peruano de 1991, cuando dispone que no hay sanción por responsabilidad objetiva.

⁵⁶ Código Civil.- Responsabilidad por riesgo.- Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

⁵⁷ Código Penal.- Título Preliminar.- Artículo II.- Principio de Legalidad.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

del daño, no prevé o no sanciona como delito ese acontecimiento, simplemente el daño quedará sin la reparación respectiva.

Dicho aquello, abordaremos el estudio del tema que nos convoca en esta parte del trabajo, y de ese modo -como ya adelantamos- pondremos en relieve que el sistema de la responsabilidad civil viene a ser el medio más idóneo para lograr la reparación a quién sufre un perjuicio como consecuencia del(os) daño(s).

Al respecto, tenemos una primera apreciación vertida por el profesor Espinoza⁵⁸, quién identifica como funciones tradicionales de la responsabilidad civil a los siguientes:

- 1) Reacción contra el acto ilícito que ocasiona daño, a fin de resarcir al perjudicado;
- 2) Retornar al *statuo quo* ante el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio;
- 3) Reafirmar el poder sancionador (punitivo) del Estado;
- 4) Disuasión al que intente, por acto u omisión, cometer actos perjudiciales en contra de terceros; y Además, el mismo autor - citando a Guido Alpa- señala que se han incorporado nuevas funciones, a saber:
- 5) Distribución de las pérdidas; y
- 6) Asignación de costos.

Bajo una óptica sistemática patrimonialista, la doctrina ha ampliado la función de la responsabilidad civil, señalando que previamente a cumplir una función reparatoria, punitiva, preventiva, etc., se trata de un instituto cuya aplicación precede a un desplazamiento patrimonial de un sujeto a otro, al verificarse un hecho dañoso⁵⁹.

Franzoni, reconoce que la responsabilidad civil cumple la función preventiva ("*deterrence*" en términos del derecho anglosajón) porque resulta necesario sancionar el comportamiento de aquel que ocasiona un daño a fin de desalentarlo en la ejecución de nuevos hechos ilícitos⁶⁰. No obstante, dicho autor, en criterio que compartimos, resume que el objetivo principal de la responsabilidad civil no puede ser otro que el asegurar a las víctimas el resarcimiento por la lesión sufrida, y lo hace describiendo un

⁵⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit., p.52.

⁵⁹ FRANZONI, incide: "...una declaratoria de responsabilidad no tiene ningún valor si no tiene como presupuesto un daño patrimonial; no existe responsabilidad sin daño"; Op. Cit. p. 45.

⁶⁰ *Ibíd.*, p.56.

catálogo completo de las diferentes funciones de la responsabilidad civil expuestas por Guido Alpa⁶¹:

- 7) Publicidad negativa de los procedimientos judiciales;
- 8) Distribución eficiente de las pérdidas;
- 9) Reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales;
- 10) Emplear la distribución correcta de los costos de las pérdidas como presión sobre las empresa para reducir los daños;
- 11) Satisfacer la necesidad de seguridad de las personas;
- 12) Ejercitar un control social sobre las actividades humanas;
- 13) Asegurar al sistema capitalista el máximo beneficio conteniendo el daño resarcible, si bien evitando que la pérdida se deje allí donde recae;
- 14) Preparar la intervención del legislador en sectores en los que hay ausencia de reglas específicas.

Franzoni también pone en relieve la variación de la función de la responsabilidad civil que pasó de ser un sistema de solución de conflictos internos entre distintas propiedades, a ser un instrumento de equilibrio de las posiciones de los sujetos propietarios frente a sujetos no propietarios en un escenario de conflicto, para lo cual resulta necesario la convocatoria al Juez a fin pueda valorar los intereses en juego⁶².

En una suerte de teoría ecléctica, en posición de un autor nacional se ha puesto en relieve la denominada **función integradora** de la responsabilidad civil, al señalar que los sistemas u ordenamientos jurídicos que ordinariamente nos rigen, como son el *common law* y el *civil law*, indiscutiblemente deben reconocer la función preventiva (*deterrence*) y la función satisfactoria (*compensation*), que por tradición -respectivamente- se les atribuye a cada uno de ellos⁶³.

Desde nuestra apreciación, aun cuando se trate de una perspectiva aparentemente solo patrimonialista o del efecto económico que ocasiona un daño, creemos que Bullard, citando a Calabresi, es

⁶¹ Ibid., p. 34.

⁶² Ibid., p. 49.

⁶³ FERNANDEZ CRUZ, Op. Cit., p. 405.

quién describe y resume de mejor manera las funciones de la responsabilidad civil al concebir a la **preventiva**, como una forma de desincentivación de ocurrencia de nuevos hechos, que está vinculado con los “costos primarios” del evento; a la **compensatoria**, referida a los “costos secundarios” que se realiza bajo la perspectiva de que el responsable del daño se encuentre en mejor situación que la víctima para asumir los costos, lo que se realiza a través de dos mecanismos, el primero, difundiendo socialmente el costo del daño, y el segundo, haciendo que asuma quién tiene mejor solvencia económica (“*deep pocket*” -bolsillo profundo- en la teoría norteamericana); y la **reducción de costos administrativos**, que alude a los “costos terciarios”, por el cual se asume que los gastos incurridos por el responsable del daño al acudir a un sistema judicial, en nuestro caso, para reparar al perjudicado, no sean mayores a los que ordinariamente se conciben⁶⁴.

Las funciones contempladas por la doctrina no han sido trasladadas al sistema legal civil nacional, como debiera ser, aunque sí al ámbito penal, al establecer como formas de tutela, vía “reparación civil”, a los siguientes: 1) La restitutiva; 2) la reparadora; y 3) la indemnizatoria⁶⁵; los que en aplicación sistemática del ordenamiento jurídico, vienen a constituir -también- funciones de la responsabilidad civil.

Al margen de aquello, es en la jurisprudencia penal donde se ha puesto de manifiesto el análisis de al menos dos de ellas, los que por la coherencia que representan serán aplicados en el presente trabajo.

A partir de lo vertido por los autores que citamos sobre las funciones de la responsabilidad civil y la reglamentación de ellos en la legislación nacional, podemos perfilar que la responsabilidad civil ha pasado de cumplir funciones dentro del esquema de las relaciones jurídicas privadas a la del derecho público. Esto se veía venir si se tiene en cuenta que este instrumento de tutela de derechos, no solo puede ser invocado para regular los intereses

⁶⁴ BULLARD GONZALES, Alfredo; *Ibíd.*, p. 480.

⁶⁵ Código Penal.- Artículo 93.- Contenido de la reparación civil.- La reparación comprende: 1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios.

privados, sino también los públicos⁶⁶, incluso los abstractos, como sería, por ejemplo, el medio ambiente, desde nuestro punto de vista.

2.1.7.4.- Elementos.

a) Daño.

Al evaluar el elemento daño, desde ya ponemos énfasis que éste viene a ser el de mayor importancia en la teoría de la responsabilidad civil. La doctrina así lo reconoce al indicar que si antes se prestaba mayor atención al agente o sujeto responsable del evento dañoso, ahora -por la variación de la función de la responsabilidad civil de sancionador al reparatorio- se le otorga mayor atención al sujeto dañado, esto, porque la preocupación debe ser la reparación a la víctima⁶⁷, por haber sufrido un daño “injusto”; esto en la medida que el daño constituye el objeto posible de una reacción, que en el plano del derecho privado solo puede ser la resarcitoria⁶⁸.

Así, en criterio que compartimos, el daño -como categoría jurídica- en concepto de Sconamiglio⁶⁹ y Busnelli⁷⁰, es entendido como la “alteración o abolición de un bien o de una situación de ventaja”.

Pero, como resalta León Hilario, es pertinente diferenciar el evento que produce al daño, y al daño mismo, pues, el primero, pertenece al mundo de los hechos jurídicos, mientras que el segundo es una cualidad de las situaciones que siguen a aquel⁷¹.

Precisamente, siguiendo esa línea de pensamiento, en las diferentes decisiones vinculadas a la responsabilidad civil en la labor jurisdiccional que cumplimos -de manera uniforme- hemos señalado que el elemento daño viene a ser el de mayor importancia, en la medida que solo existiendo o concurriendo él se puede tratar o hablar de responsabilidad civil⁷².

⁶⁶ FRANZONI, resalta que el contrato, no obstante de regular las relaciones jurídicas de los particulares, ha asumido una “dimensión social”, de allí que la responsabilidad civil derivada de sus efectos se ha convertido en una “estructura abierta”, “capaz de gobernar oposiciones de múltiples intereses”; Op. Cit. p. 37.

⁶⁷ FRANZONI, citando a Ródota, Sconamiglio, Busnelli, Trimarchi y Comorti, afirma: “Es innegable, con seguridad, que se ha dado un desplazamiento de la atención del agente del damnificado y, por consiguiente, un desplazamiento de la culpa a la injusticia”. Reconoce que este cambio es sumamente relevante, cuanto más se observe el modelo actual del hecho ilícito teniendo como referencia el modelo ochentista...(sic). “... El traslado de la atención del dañador hacia el damnificado, que es reflejo de la función de control de la responsabilidad civil sobre las actividades humanas, comporta una objetivación de los criterios de imputación.”.- Ibid. p. 46, 52 y 55.

⁶⁸ SCONAMIGLIO, Renato, citado por Franzoni, Ibid.. p. 45.

⁶⁹ Citado por FRANZONI, en Ibid., p. 26.

⁷⁰ BUSNELLI, Francesco Donato, en Op. Cit. p. 116.

⁷¹ LEON HILARIO; Leyser L. “El Daño Existencial. ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda Italiana en el campo de la responsabilidad civil?”; en Responsabilidad Civil contemporánea; ARA Editores y Asociación Civil ius et veritas; Lima Perú; 1ra. Edición en español; 2009; pág. 327.

⁷² Entre otros, así decimos: “En ese orden, evaluando los elementos de la responsabilidad civil, asumimos que su análisis debe iniciarse por el elemento DAÑO; y esto, por un sentido lógico, pues, sino existe daño, no habrá nada que reparar; y como consecuencia de ello,

Sobre los tipos de daños, debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico reconoce diferentes tipos de daños que se traducen en **extrapatrimonial** (moral y/o personal) o **patrimonial** (daño emergente y/o lucro cesante), ellos aparecen en ambos regímenes de responsabilidad civil regulados en el Código Civil. Así, dentro de la responsabilidad civil contractual (RCC) (artículos 1321 y 1322 C.C.), y dentro de la responsabilidad civil extracontractual (RCE) (artículo 1985 C.C.).

Sobre los daños extrapatrimoniales, concretamente del **daño a la persona**, la doctrina resalta indicando que este se configura como el que incide en el ser humano⁷³, cuyo desmedro concreto se manifiesta, propiamente, en la frustración de un proyecto de vida⁷⁴; mientras que sobre el **daño moral** alude a la situación donde existe un menoscabo en el espíritu o parte interna de la persona perjudicada.

Como ejemplo del daño a la persona -en su vertiente de frustración del proyecto de vida- y daño moral, queremos citar un caso singular que conocimos en nuestra labor jurisdiccional de la Corte Superior de Justicia de Cusco⁷⁵. Se trata de una estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Andina (UAC en adelante) de esa ciudad que habiendo alcanzado las primeras calificaciones durante sus estudios, requería de la expedición del certificado o constancia que lo acreditara en el Puesto No. 02 pues, el documento le servía para acceder a una pasantía que regularmente era otorgado por la SUNARP, que había instituido el IV Premio a la excelencia académica “*José León Barandíaran Hart*” para los dos primeros lugares del ranking de egresados de las universidades nacionales y privadas del año 2004, pero que debido a un informe falso emitido

tampoco existirá necesidad de indagar y/o determinar los elementos del nexo causal generador del daño, del factor de atribución o de la antijuridicidad”; fund. “8” de la SENTENCIA DE VISTA de fecha 07 de setiembre del 2010 en el Expediente No. 00356-2010-0-0901-SP-CI-01, seguido por Augusto REQUEJO ROJAS contra Fernando ALVAREZ CALLUPE sobre indemnización de daños y perjuicios, por la pérdida de uno de los testículos del demandante durante una riña con el demandado, bajo la ponencia del suscrito como Juez Superior integrante de la 1ra.Sala Civil de la CSJ-Lima Norte.

⁷³ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. Como el ser humano es una unidad psicosomática, sustentada en la libertad, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad”.- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “El Daño al Proyecto de Vida”; puede verse en <http://dike.pucp.edu.pe> (consultado el 31 de marzo del 2011).

⁷⁴ “... (sic) el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato...; (sic). El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, “consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser”.- FERNANDEZ SESSAREGO. También en <http://dike.pucp.edu.pe> (consultado el 31 de marzo del 2011).

⁷⁵ Exp. No. 2006-2145-1ra.Sala Civil CSJ-Cusco, seguido por Jackeline OLARTE OCHOA con el Rector de la Universidad Andina de Cusco sobre indemnización de daños y perjuicios.

por la universidad, se prefirió a otros dos alumnos que habían ocupado los puestos 6to. y 7mo.

En el voto en discordia que emitimos, aplicando el principio *iura novit curia*⁷⁶, llegamos a identificar que los hechos que respaldaban la pretensión -si bien genérica como de “daños y perjuicios”-, propiamente aludía a una pérdida de chance⁷⁷, como manifestación típica que involucra a los daños extrapatrimonial (daño a la persona, en su expresión de frustración de proyecto de vida) y patrimonial (lucro cesante).

En esa tarea, acogimos el presupuesto de la posibilidad de realización personal -como refiere Fernandez Sessarego⁷⁸- debía ser cierto, lo que en el caso expuesto se había cumplido, pues habiendo obtenido la demandante el 2do. puesto en el orden de mérito de egreso en la UAC en el año 2004, podía preverse la obtención del beneficio anotado. De tal manera, habiéndose acreditado el daño, el nexo de causalidad y el factor de atribución, concluimos que debía disponerse su reparación pecuniaria, para lo cual acudimos al criterio de la equidad que autoriza la ley⁷⁹.

Siguiendo con la identificación y análisis de los daños, la doctrina ha consentido que nuestro ordenamiento legal reconoce los daños patrimoniales de **daño emergente**, cuyo fundamento, en palabras de Espinoza Espinoza, radica en la disminución que el dañado experimenta en su patrimonio como consecuencia directa del evento⁸⁰, y el **lucro cesante**, el que -como también alude el mismo autor- consiste en la ganancia patrimonial neta que el dañado deja de percibir⁸¹.

Sobre los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), también tenemos algunos ejemplos. Así, sobre el daño emergente

⁷⁶ Código Procesal Civil.- Título Preliminar.- artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

⁷⁷ “Contemporáneamente es asimilado como a un daño actual que es resarcible si, y en cuanto, la ocasión favorable esté funcionalmente vinculada a la cosa o al derecho lesionado”. En el mismo sentido, se define a este daño como “la pérdida actual de un mejoramiento patrimonial futuro y posible”. Casos de pérdida de *chance* pueden ser los siguientes: a. Pérdida de futuras ocasiones laborales, de progresos en la carrera laboral o profesional; ... (sic); d. Daño por falta de ascensos en la carrera del dependiente derivados de una irregular evaluación de la promoción laboral”.- ESPINOZA ESPINOZA; Op. Cit. p. 238.

⁷⁸ “Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con posibilidades, empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista”.- FERNANDEZ SESSAREGO. También en <http://dike.pucp.edu.pe> (consultado el 31 de marzo del 2011).

⁷⁹ Código Civil.- Artículo 1332.- Valorización equitativa del resarcimiento.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

⁸⁰ “Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial” del dañado”.- ESPINOZA ESPINOZA, citando a Bianca; Op. Cit. p. 227.

⁸¹ “Lucro cesante: Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” por el dañado”.- Op. Cit., p. 227.

es oportuno citar uno de los casos resueltos en nuestra actividad jurisdiccional, también en la CSJ-Cusco⁸²113, donde la parte demandante pretendía la indemnización por inejecución de obligaciones por la suma de US\$ 60,000.00=, arguyendo que los demandados como compradores habían incumplido con el pago parcial del precio de venta de un bien inmueble de su propiedad, por lo que no obstante haberse resuelto el contrato por iniciativa de ellos, por falta de pago del saldo del precio y por continuar ocupando el bien, vieron frustradas sus expectativas de efectuar refacciones, ampliaciones en sus viviendas, iniciar negocios o la adquisición de una vivienda nueva, y otros daños conexos.

Al resolver la controversia hicimos notar que solo concurría el lucro cesante y no el daño emergente, y aquello por breve período (apenas más de un mes), por lo que la cuantificación de la reparación solo correspondía a dicho período y no a tiempo posterior, dado que por la resolución del contrato las demandantes habían recuperado el dominio del bien y como tal podían disponerlo en su integridad, no existiendo por tanto limitación de percibir lucro económico alguno.

Dicha conclusión establecimos a partir de la noción que el daño es un fenómeno que ocurre en determinado tiempo y espacio, siendo que por la determinación de su acaecimiento o sus efectos son las que dan lugar a la reparación; y en cualquier caso, siempre y cuando sean acreditados de modo certero.

En cualquier caso de producción de daños, para reclamar las reparaciones que corresponda, y como condición desfavorable que soporta el sujeto de derecho perjudicado⁸³, sostenemos que el daño no solo debe ser cierto⁸⁴, sino que -desde nuestro particular punto de vista de manera general debe ser probado por quién persigue un resarcimiento⁸⁵.

⁸² 113 Exp. 2005-1341-1ra.Sala Civil-Corte Superior de Justicia de Cusco, seguido por Irma ALVISTUR BRAGANINI y otras con Teófilo PECEROS DE LA CRUZ y otra sobre indemnización de daños y perjuicios.

⁸³ "... En perspectiva jurídica, el daño es un condición desfavorable para un sujeto de derecho, que merece ser resarcida siempre que el evento que le ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley, todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil".- LEON HILARIO; Op. Cit., pág. 327.

⁸⁴ "Para que exista una indemnización debe existir un daño, y por lo tanto, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación presente o futura. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en un daño. Así lo estima Asua, quién señala que valorable solo puede ser el daño que ya se ha producido efectivamente".- MANZANARES CAMPOS, Mercedes; "Criterios para valorar el *quantum* indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual"; Editorial Grijley; Lima Perú; Primera Edición 2008; pág. 120.

⁸⁵ Código Procesal Civil.- Artículo 196.- Carga de la prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Así, a manera de ejemplo, sobre el **daño moral**, que mayor problema ha originado -principalmente- dentro de la jurisprudencia peruana, la doctrina extranjera hace notar que él se produce en los diferentes “estados de espíritu” que experimenta el perjudicado. Por éste hecho, la misma corriente sostiene que su reparación solo procede “cuando se determine de modo fehaciente las circunstancias de su realización”, pues el derecho no reconoce la reparación de cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino las que sean consecuencia de la privación de un jurídico el afectado tenía un interés jurídicamente reconocido⁸⁶.

b) Factor de atribución.

A este elemento de la responsabilidad civil se le reconoce como el supuesto justificante de la atribución de la responsabilidad del autor del daño; en tal sentido, dependiendo del régimen jurídico de la responsabilidad civil que corresponda, el ordenamiento reconoce dos tipos de factores de atribución: el **subjetivo** y el **objetivo**.

Así, el **subjetivo**, dentro de la responsabilidad civil contractual (RCC), abarca el dolo y culpa (y dentro de esta a la culpa leve y culpa inexcusable, aunque la doctrina también reconoce a la culpa levísima), esto fluye del contenido de los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil; y dentro de la responsabilidad civil extracontractual (RCE), igualmente, abarca al dolo y la culpa, que se encuentran contemplados en el artículo 1969 del Código Civil, aunque sin la diferencia de la culpa leve o excusable, como ocurre en la RCC.

El **objetivo**, igualmente se encuentra previsto tanto en la responsabilidad civil contractual (RCC), como en la extracontractual (RCE). Así, en la primera encontramos la regulación del artículo 1325 del Código Civil que se refiere a la responsabilidad civil del dependiente de la parte contractual que recurre a otro para la ejecución de la prestación acordada en el contrato; mientras que en la responsabilidad civil extracontractual (RCE), el tema se regula

⁸⁶ Es frecuente, habitual diríamos, considerar que el daño moral es menoscabo a la esfera de los sentimientos de las personas: el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima del evento dañoso. Pero, ¿Qué son, en verdad, esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si bien se analiza, no son sino estados de espíritu, consecuencia del daño... (sic). Estos estados de espíritu constituyen el contenido del daño, que es tal en tanto y en cuanto previamente se haya determinado en qué consistió el daño. El derecho no resarce, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente... (sic).- ZANONI, Eduardo A.; “El daño en la responsabilidad civil”; Astrea, Buenos Aires – Argentina; 3ra. Edición – 2005; p. 152 y 153. (el subrayado es nuestro).

con mayor claridad al comprender como componentes de este factor de atribución al bien riesgoso o peligroso y a la actividad peligrosa o riesgosa (artículo 1970 Código Civil), al hecho de los incapaces (artículos 1975 y 1976 Código Civil), a los daños de animales (artículo 1979 Código Civil), la caída de las edificaciones (artículo 1980), y al daño realizado por el dependiente (artículo 1981 Código Civil).

La evaluación del tema del factor de atribución para el trabajo que desarrollamos resulta de trascendental importancia si se tiene en cuenta que la responsabilidad civil por denuncia falsa o calumniosa (artículo 1982 del Código Civil) establece como componente de su estructura al término de “a sabiendas”.

Bajo nuestro punto de vista, con cargo a ser ampliado en los capítulos que siguen, el enunciado de “a sabiendas” es uno que se corresponde con el factor de atribución subjetivo dolo. Esta afirmación surge bajo la apreciación que una denuncia penal contra otro sujeto, “a sabiendas” que no se ha producido, en perspectiva, tiene el propósito de ocasionarle daños de diversa índole, como serían: someterlo a un proceso innecesario, desacreditarlo ante la comunidad como autor de delitos, generarle gastos económicos en su defensa, entre otros.

c) Nexo causal.

De principio, debemos poner en relieve que la noción de éste elemento radica en el “vínculo existente entre el daño producido (hecho generado) y la conducta activa o pasiva del autor del daño (hecho generador)”. En otros términos, como resalta Moisés, es la vinculación entre la “*imputatio facti*” (causalidad) con la “*imputatio juris*” (culpabilidad), donde se justifica la presencia o concurrencia de la segunda por la existencia de la primera, aunque aquella puede justificarse sin la segunda, en la medida que el “hecho generado” (daño) puede ser consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho propio de la víctima o de un tercero⁸⁷.

En ese orden, el profesor Espinoza, citando a Salvi⁸⁸, hace notar que el **objeto** del nexo causal tiene una doble relevancia:

⁸⁷ MOISA, Benjamín. “La causalidad en la responsabilidad civil”; en revista Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, Tomo 200; Julio 2010; Lima Perú; p. 168.

⁸⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit. p.176.

- i. Para el aspecto del evento lesivo (**causalidad de hecho o fáctica**), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad; y
- ii. Para el aspecto del daño resarcible (**causalidad jurídica**), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable debe resarcir.

De aquello se deriva que la **finalidad** de la causa es doble: “imputar al responsable del hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible⁸⁹.”

En ese contexto, es pertinente mencionar la diferencia existente entre la **causa**, la **condición** y la **ocasión** resaltada por el profesor Espinoza, citando a **Von Liszt**⁹⁰. De ellas -como se verá más adelante- el primero y segundo devienen importantes, en tanto que definen el “cómo” se causó el daño y/o “quienes facilitaron el daño”, respectivamente.

El trabajo que presentamos alude a la indemnización de daños y perjuicios por denuncia calumniosa donde al no existir un “programa contractual” sino al tratarse de una acción unilateral (del responsable o responsables), la evaluación del daño ocasionado tendrá que ubicarse dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual (RCE).

Dentro del plexo normativo nacional de este tipo de responsabilidad -de manera expresa- el legislador ha visto por conveniente que el nexo causal aplicable es la denominada **causa adecuada**⁹¹, por lo que sin entrar a evaluar los otros tipos de nexo causal -como serían la causa inmediata de la responsabilidad civil contractual (RCC) u otros-, la tarea puntual a realizar es identificar si entre la acción de denunciar “ante autoridad competente” y el daño ocasionado al perjudicado -que entre otros es la afectación al honor, al buen nombre o la buena reputación- existe la “vinculación” o “causalidad” que mencionamos.

⁸⁹ ESPINOZA ESPINOZA, citando a Franzoni: *Ibíd.* p.176.

⁹⁰ “a) La causa, que produce el efecto; b) La condición...*(sic)*, es todo antecedente sin el cual el resultado no se habría producido, todo elemento que no puede ser eliminado con el pensamiento sin que haga faltar el efecto; y c) La ocasión, se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente”.- (las cursivas y subrayado nos corresponde). *Ibíd.* p. 176.

⁹¹ Código Civil.- Artículo 1985.- Contenido de la indemnización.- “..., debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido...”.

De modo concreto, el objetivo que sigue conlleva establecer si la acción (de denuncia “calumniosa” ante la “autoridad competente”) del denunciante, en éste caso, agraviado del proceso penal fenecido, ahora demandado, o -eventualmente- el Ministerio Público, puede -o debe- ser considerado como causa adecuada y suficiente para atribuirle(s) o imputarle(s) responsabilidad civil.

Por ahora, evaluando la causa adecuada, debemos resaltar lo dicho por Bustamante Alsina, citado por **Espinoza**⁹², cuando señala que la determinación de éste elemento pasa por la formulación de un juicio de probabilidad por el cual se pone en cuestión si la acción u omisión del presunto responsable es -o era- idónea para producir normalmente el resultado producido.

En esa misma orientación, con mejor redacción, Bullard, citando a otro autor nacional, indica que éste tipo de nexo causal “*no es cualquier causa*”, sino la que se realiza a partir de una observación empírica que permite establecer que se trata de una causa que normalmente produce el resultado dado⁹³.

Dentro del mismo trabajo de Bullard se resalta a Calabresi quién al referirse a la causalidad adecuada indica que se trata de una “causal link”, lo que ocurre cuando entre un acto o actividad y el daño se verifica que la “recurrencia” del acto o actividad “incrementa la posibilidad de que el daño ocurra”⁹⁴.

Lo expresado hasta ahora -en armonía a lo dicho por Bullard- permite concluir que “el daño no es la producción del accidente, sino el incremento probabilístico de que se dé un daño cierto por efecto del desarrollo de una determinada actividad”⁹⁵; es decir, de cualquier actividad genérico y no específico o preciso en particular. Lo que se pretende es determinar que cualquiera de esas “condiciones” atribuibles a una acción determinada es el que dio lugar al evento⁹⁶.

⁹² “...es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado...(sic)”.- ESPINOZA ESPINOZA, Op. Cit. p. 273.

⁹³ 124 “Tal como se aprecia en el artículo 1985 nuestro Código Civil se acoge a la teoría de la causalidad adecuada ¿Qué quiere decir este término? Como señala De Trazegnies, esta terminología fue desarrollada por J. Von Kries, partiendo de la idea que la causalidad debía determinarse en base a una observación empírica para determinar si se trata de aquella causa que normalmente produce el resultado dado. No se trata de cualquier causa”.- BULLARD GONZALES, Op. Cit.; p. 482.

⁹⁴ 125 *Ibíd.*, p. 482.

⁹⁵ 126 A la noción transcrita, el mismo autor agrega: “Dentro de este sistema no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta, sino solo si la actividad incrementó las posibilidades de que un accidente se produzca”.- *Ibíd.*, p. 488.

⁹⁶ 127 “La tesis de la causalidad adecuada afirma que es preciso llegar a deducir del conjunto de condiciones una que poseía la calidad de causa y a la cual podamos atribuirle la producción del evento. ¿cómo se realiza este propósito, aparentemente en contradicción con la premisa filosófica doctrinal?. La solución se obtiene, como lo hemos adelantado, cambiando el punto de vista: en vez de apreciar el fenómeno causal *in concreto* (en cuyo caso, ninguna condición puede elevarse a la categoría de causa), se lo aprecia *in abstracto* y en general, buscando si en ese plano es probable, o cuando menos posible, que alguna de aquellas condiciones produzca

Esto explica que la causa adecuada recogida en la RCE (ex artículo 1985), está referida a una actividad genérica, si bien no concreta, pero debe tratarse de una entidad que sea suficiente para producir el resultado dañoso. Esto da lugar a descartar a los hechos fortuitos o del azar, que no constituyen “condiciones” para esa finalidad, por cuanto, ellos representan supuestos de ruptura del nexo causal.

d) Antijuridicidad.

De punto de partida debemos decir que este elemento hace referencia a la verificación de que la acción u omisión generadora del daño no sea el permitido por el ordenamiento jurídico, de allí que en el escenario de la responsabilidad civil -en general- la antijuridicidad es concebida como toda conducta positiva o negativa (omisiva) que contravenga a la ley (en sentido lato) y/o a la cláusula contractual que impone deberes y obligaciones.

De ese modo, la antijuridicidad en el plano de la responsabilidad civil -hasta donde nuestro ordenamiento lo tiene regulado- puede ser verificada a partir de dos perspectivas:

a) Si se trata de incumplimiento de las prestaciones u obligaciones nacidas de un contrato, estaremos ante la infracción o contravención a las normas privadas establecidas por los contratantes que intervienen en un programa contractual, por lo que su análisis corresponde a la responsabilidad civil contractual (RCC), que en nuestro ordenamiento aparece regulado entre los artículos 1314 al 1332 del Código Civil; y

b) Si se trata de incumplimiento al simple deber genérico de no dañar (*neminem laedere*), su análisis corresponderá a la responsabilidad civil extracontractual (RCE), cuya regulación en nuestro ordenamiento se consagra entre los artículos 1969 a 1988 del Código Civil.

En caso no exista infracción o contravención a las reglas del ordenamiento jurídico en la conducta o actuar del imputado, aun cuando se verifique daño(s), deberá entenderse que su actuación no solo es tolerado, sino hasta promovido por dicho ordenamiento, y esto como una expresión auténtica del derecho constitucional a la

el resultado cuya causa concreta se indaga. Si la respuesta es afirmativa, se le atribuye a esa condición (que, en concreto, no es más que una simple condición de igual jerarquía que las demás) la categoría causa”; MOISA, citando a Peirano Facio, en Op. Cit., p. 171.

libertad, por la que *“nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*⁹⁷.

e) Imputabilidad

Desde una perspectiva de la responsabilidad en general, la imputabilidad es entendida como el presupuesto de capacidad de atribución de un sujeto frente al daño realizado de modo antijurídico. De tal manera, ubicados dentro del sistema de la responsabilidad civil debemos considerar que la imputabilidad es la verificación de la capacidad de quién es atribuido como responsable del daño.

Este elemento es el que menos ha sido tratado en la doctrina, de allí -si se quiere- es la “cenicienta” de los que conforman la responsabilidad civil; rezago de tratamiento que debemos revertir en atención que su análisis y determinación, al menos para el trabajo que desarrollamos, resulta de vital importancia.

Con tal propósito, una primera línea de interés que se halla en la literatura jurídica extranjera es la exposición de Giovanna Visintini al decir que en Italia la imputabilidad se encuentra definido en los artículos 2059 y 85 de su Código Civil⁹⁸ y Penal⁹⁹, respectivamente, cuando señalan que la imputabilidad es la capacidad de “entender” y “querer” del que realiza la acción lesiva, aun cuando cada uno tiene diferentes criterios para su determinación¹⁰⁰.

La formula extranjera expuesta, ciertamente no puede persuadirnos para ser aplicado al escenario peruano, en vista que conforme hemos señalado anteriormente, el “entender” y “querer” de la capacidad aludidos se corresponden al elemento del factor de atribución y no al elemento de la imputabilidad.

Propiamente, el “entender” y “querer” no son otra cosa que el “conocimiento” y “voluntad” que conforman la estructura del **dolo** del ámbito penal, cuya vigencia dualista en la actualidad viene siendo cuestionada por la doctrina de esa rama del derecho al

⁹⁷ Constitución Política del Perú.- Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...).

⁹⁸ (Código Civil Italiano) Art. 2046 Imputabilità del fatto dannoso.- Non risponde delle conseguenze dal fatto dannoso chi non aveva la capacità d'intendere o di volere al momento in cui lo ha commesso (Cod. Pen. 85 e seguenti), a meno che lo stato d'incapacità derivi da sua colpa.

⁹⁹ (Código Penal Italiano) 85 Capacità d'intendere e di volere.- Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile (c.p.87). E' imputabile chi ha la capacità d'intendere e di volere.

¹⁰⁰ VISINTINI, Giovanna: “La crisis de la noción de imputabilidad en el derecho civil”; en RESPONSABILIDAD CIVIL CONTEMPORÁNEA; Ara Editores y la Asociación IUS VERITAS; p. 307.

señalar que la tendencia es reducir al máximo el elemento volitivo (“querer” o “voluntad”), y prácticamente a descartarlo, reforzando más bien solo la presencia del elemento cognitivo (“entender” o “conocimiento”)¹⁰¹. La imputabilidad que analizamos está vinculada a determinar si el daño sufrido por la víctima es imputable (léase “atribuible”) a determinado sujeto (persona natural y/o jurídica). Es decir, es verificar si éste tiene capacidad para responder por el daño ocasionado; es la pregunta ordinaria: ¿sino es él, a quién haré cargo del daño?. Esta pregunta es -a la sazón- que el “imputable” paradójicamente resulte siendo “inimputable”, tal como ocurre con los supuestos establecidos en el derecho penal peruano¹⁰².

Entre los supuestos de inimputabilidad que señala la norma penal, entre otros, se encuentran la conducta realizada por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afecten gravemente el concepto de la realidad, que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso del acto o para determinarse según esta comprensión; el menor de 18 años; el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: i) Agresión ilegítima; ii) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla, con las exclusiones establecidas en la ley; y iii) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa; el que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: i) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y ii) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro; el que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación, con

¹⁰¹ Felipe VILLAVICENCIO TERREROS, reconoce que actualmente el dolo está conformado por los elementos “cognitivo” (conocimiento) y “volitivo” (voluntad), pero que “la moderna doctrina ha puesto en duda esta formulación dualista... (sic)”; en “Derecho Penal Parte General”; Editorial Grijley; 2006; p. 355.

¹⁰² El artículo 20 del Código Penal, y sus respectivas modificaciones, establece una serie de supuestos bajo los cuales el imputado con un hecho calificado como delito se encuentra exento de responsabilidad penal; es decir, resulta ser inimputable.

las excepciones pertinentes; el que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza; el que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor; el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; el que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones; el que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

Así, puede verse que el examen de la imputabilidad está vinculado de manera estrecha con los conceptos del derecho penal, ámbito en el que con mayor atención se evalúa y establece el grado de capacidad (imputabilidad) del responsable del daño.

Lo dicho hasta ahora solo ha puesto en relieve que el análisis de la imputabilidad tiene lugar -primordialmente- en la persona natural, en tanto que si bien la persona jurídica puede también ser imputable dentro de la responsabilidad civil, no lo será en sede penal, donde solo caben las “consecuencias accesorias” contra las personas jurídicas¹⁰³.

2.1.7.5.- Los regímenes o tipos de la responsabilidad civil.

En nuestra experiencia académica, y principalmente laboral, ha sido frecuente encontrar la discusión si la responsabilidad civil derivada del delito se corresponde con la responsabilidad civil contractual (RCC) o responsabilidad civil extracontractual (RCE). Esta discusión ha surgido sobre asuntos vinculados a situaciones concretas como son los típicos accidentes de trabajo, despidos de trabajadores de la administración pública, etc.; asuntos que han sido llevados para ser resueltos, tanto al ámbito penal al ser tipificados como delitos, por ejemplo, homicidio o lesiones culposas, abuso de autoridad, entre otros; así como al ámbito civil, simplemente, como base para solicitar las indemnizaciones por los daños civiles ocasionados.

¹⁰³ Código Penal.- Artículo 105.- Medidas aplicables a las personas jurídicas.- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años. Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la persona jurídica hasta por un período de dos años. El cambio de la razón social, la personería jurídica o la reorganización societaria, no impedirá la aplicación de estas medidas.

Para aclarar el tema, en el escenario de cada asunto en particular sobre demandas indemnizatorias por despidos incausados de trabajadores de la administración pública, no hemos dudado en afirmar que la pretensión demandada estaba ubicada dentro de la RCE y más no en la RCC, por la sencilla razón que el evento dañoso (despido) se produjo, no como un acto de incumplimiento de una cláusula contractual, sino del deber genérico (*neminem laedere*) de abstención de las entidades empleadoras, como es el de no despedir sin causa justificada y sin el procedimiento administrativo a los trabajadores dependientes de ellas.

Con ese propósito, hemos señalado que ese deber genérico (*neminem laedere*) se halla establecido en la ley (Capítulo V del Decreto Legislativo 276) en el sentido que los trabajadores de la administración pública solo pueden ser despedidos por causa justa y mediante el procedimiento administrativo respectivo.

Quienes han defendido la postura que tales hechos se ubican dentro de la responsabilidad civil contractual (RCC), argumentan que los daños sufridos por las víctimas, si bien no nacen de los acuerdos expresamente concertados entre el trabajador y el empleador, pero -dicen- que los daños ocasionados deben entenderse “implícitos” por encontrarse previsto en la ley.

Dicho argumento lo hemos contradicho en reiterado pronunciamiento, entre otros, diciendo que simplemente se desconoce los diversos principios que rigen al derecho de los contratos, como básicamente son el consensualismo¹⁰⁴ y/o la libertad contractual, reconocidos estos últimos no solo a nivel legal¹⁰⁵, sino constitucional¹⁰⁶, puesto que no debe olvidarse que los contratos sólo existen y se erigen a partir de los acuerdos estipulados por las partes¹⁰⁷ y más nada. Si existe otra fuente de las obligaciones, como es la ley, no es necesario realizar cualquier “asimilación” a un instituto jurídico como son los contratos.

¹⁰⁴ Código Civil.- Artículo 1359.- Conformidad de voluntad de partes.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria.

¹⁰⁵ 136 Código Civil.- Artículo 1354.- Contenido de los contratos.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

¹⁰⁶ 137 Constitución Política del Perú.- Artículo 62.- Libertad de contratar.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley (...).

¹⁰⁷ 138 Código Civil.- Artículo 1351.- Noción de contrato.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En todo caso, para un mejor entendimiento sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, reiterando lo que venimos sosteniendo en sede jurisdiccional, en las páginas que siguen, creemos oportuno hacer el deslinde conceptual que la doctrina autorizada concibe sobre ellos.

2.1.7.6.- La responsabilidad civil contractual (art. 1314 y sgtes. C.C.)

Para una mejor explicación sobre éste tema en particular, debemos recurrir a la exposición realizada por Morales Hervías, quién indica que es imperativo diferenciar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (o responsabilidad civil contractual RCC) de la responsabilidad aquiliana o extracontractual (RCE)¹⁰⁸.

En el primer caso (RCC), a la que Morales Hervías denomina “*incumplimiento de obligaciones*” (y no responsabilidad contractual) existe un programa contractual¹⁰⁹, o de estipulaciones contractuales, siendo ese el escenario donde el deudor incumple una obligación o prestación.

De igual parecer es De los Mozos al indicar que la responsabilidad contractual se deriva de la pérdida para el acreedor del “*commodum obligationis*” que significa falta de resultado de la cooperación debida por el deudor¹¹⁰ al incumplir las obligaciones contraídas en el contrato.

La responsabilidad civil contractual (RCC) en nuestro ordenamiento se encuentra regulado a partir del artículo 1314 y siguientes del Código Civil, típicamente, como “inejecución de las obligaciones”.

2.1.7.7.- La responsabilidad civil extracontractual (art. 1969 y sgtes. C.C.).

¹⁰⁸ “Pero hay que diferenciar la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad aquiliana o extracontractual: “En el primer supuesto, es la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial o tardía de la prestación comprometida” y en “el segundo supuesto, es el sometimiento a la sanción que el ordenamiento jurídico prevé contra los actos ilícitos, lesivos de los intereses de las personas, y más específicamente, lesivos de la integridad de las situaciones subjetivas protegidas *erga omnes* por el ordenamiento”.- citando a Leysser L. LEON; artículo de MORALES HERVÍAS, Rómulo. “La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual); en Responsabilidad Civil, nuevas tendencias, unificación y reformas: Veinte años después; Editorial Palestra Lima Perú 2005; p. 305 y siguientes.

¹⁰⁹ “En un caso hay previamente un programa contractual o un marco normativo denominado contrato y ulteriormente el deudor incumple una obligación derivada del contrato...”; *Ibid.*, p. 319.

¹¹⁰ “En definitiva, como diría el maestro BETTI, la *responsabilidad contractual* deriva de la pérdida para el acreedor del “*commodum obligationis*”, es decir, de la falta de resultado de la cooperación debida...”; DE LOS MOZOS, José Luis; “Responsabilidad contractual”; en Instituciones del derecho privado; Responsabilidad Civil Derecho de Daños; Teoría General de la Responsabilidad Civil; Editorial Grijley; Lima Perú 2006; p.52.

En el segundo caso RCE -a la que Morales Hervías denomina, propiamente, responsabilidad civil¹¹¹-, existe un acto o hecho que provoca la violación de una situación jurídica subjetiva.

Como también señala dicho autor, los intereses protegidos en uno y otro caso, son distintos. **En el primero**, RCC o incumplimiento de obligaciones, se protege el interés del acreedor. **En el segundo**, RCE se protege el interés del damnificado.

De esa manera, la responsabilidad que se deriva de la infracción del precepto *neminem laedere* toma el nombre de responsabilidad extracontractual (RCE) o de “hecho ilícito”¹¹².

El *neminem laedere* implica abstenerse de lesionar una situación subjetiva ajena protegida -con carácter general- por la ley, de allí que el fundamento de la RCE, como refiere el autor que seguimos, es el hecho o acto jurídico ilícito¹¹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil extracontractual (o *neminem laedere*), se encuentra regulado a partir del artículo 1969 y siguientes del Código Civil.

Dentro de éste régimen, por ejemplo, se encuentra la denominada responsabilidad vicaria, por el cual el principal responde por los daños que ocasiona su dependiente¹¹⁴, o la responsabilidad solidaria, por la que existiendo varios responsables, cualquiera responde por el daño¹¹⁵, o finalmente, la responsabilidad civil por denuncia calumniosa, cuya regulación -no satisfactoria desde nuestro punto de vista- ha dado lugar al presente trabajo.

2.1.7.8.- El deber de no dañar (principio del “*neminem laedere*”)

Este adagio de Ulpiano que ha cobrado tanta importancia en el tiempo, que como regla pretende indicar una regla de comportamiento, como un precepto, y cuya violación debe ser sancionada, fue concebida inicialmente solo para diferenciar la

¹¹¹ “...En el otro caso, hay un hecho que provoca la violación de una situación jurídica subjetiva...”; MORALES HERVIAS, Op. Cit. p. 319.

¹¹² “La responsabilidad que se deriva de la infracción del precepto *neminem laedere* —una expresión que indica, sintéticamente, el conjunto de deberes que incumben a todos e relación con la salvaguarda de las situaciones jurídicamente protegidas ajenas- toma el nombre de “responsabilidad aquiliana” o “extracontractual”, o de “hecho ilícito”, o incluso, más recientemente, el de “responsabilidad civil”.- Ibíd. p. 323.

¹¹³ Ibíd., p. 323.

¹¹⁴ Código Civil.- Artículo 1981.- Responsabilidad por daño del subordinado.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

¹¹⁵ Código Civil.- Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

responsabilidad civil contractual de la extracontractual, cuyo fundamento radicaba en el *alterum non laedere*, de allí que quedó definido como la “síntesis de los específicos deberes impuestos por otras normas”¹¹⁶.

Ante un panorama poco claro sobre la real función del *neminem laedere*, el autor que seguimos, indica que su utilidad radica, de un lado, en reforzar la influencia de la cláusula frente a un daño que afecta a un interés (y no de un derecho) aun no establecido como tal en el ordenamiento jurídico; y de otro, para aclarar la función del artículo 2043 del Código Civil Italiano de 1942¹¹⁷ (que en la realidad peruana se asemeja al artículo 1969 del Código Civil de 1984¹¹⁸); y finalmente, una tercera visión, su utilidad para hacer -también- que la administración pública pueda ser responsable ante los particulares¹¹⁹.

De las tres opciones expuestas, Franzoni, resaltando que en la responsabilidad civil debe evaluarse -fundamentalmente- el daño “injusto” y no la conducta ilícita o lesiva del autor o responsable¹²⁰, concluye que el *neminem laedere* es “sinónimo” de la cláusula general de responsabilidad¹²¹, de allí que viene a ser, prácticamente, un “criterio operacional” de la injusticia, y a la vez límite para establecer sus alcances.

Pero, al *neminem laedere* la doctrina y jurisprudencia Italiana le han asignado ya un nuevo rol, como atribuirle el papel de protector mínimo, necesario y constante de todos los derechos e intereses declarados como fundamentales en la Constitución¹²².

De las perspectivas de utilidad que la doctrina italiana le asigna al *neminem laedere*, para el trabajo que desarrollamos nos resulta el más importante el destinado a tornar posible la responsabilidad civil de la administración, esto teniendo en cuenta que -efectivamente-

¹¹⁶ PUBLIATI, citado por Franzoni en FRANZONI, Op. cit. p. 19.

¹¹⁷ LEÓN HILARIO traduce el artículo 2043 del Código Civil Italiano con el texto siguiente: “Artículo 2043.- Resarcimiento por hecho ilícito.- Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona un daño injusto, obliga a quién ha cometido el hecho de resarcir el daño”. Op. Cit.; p. 330.

¹¹⁸ 149 Código Civil.- Artículo 1969.- Indemnización por daño moroso y culposo.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹¹⁹ “... Se recurre al *neminem laedere* para sostener que también la administración pública puede ser responsable ante los privados, por los ilícitos cometidos en perjuicio de éstos. Es común que se afirme en las máximas que el Estado no puede sustraerse de la obligación de atenerse a las reglas del *alterum non laedere*, y que, consecuentemente, debe responder por los daños ocasionados...(sic). ...; esto cuanto se aparte de un determinado standart de conducta...(sic)” ; FRANZONI, Op. Cit. p. 21 y 43.

¹²⁰ “La más reciente perspectiva que coloca al daño injusto en el centro del sistema de responsabilidad civil, en lugar de la conducta lesiva del responsable...(sic)”.- Ibíd., p. 21.

¹²¹ Ibíd., p. 23.

¹²² DONATO BUSNELLI, Francesco, resalta las consideraciones de las sentencias de la Corte Constitucional Italiana Nros. 184 y 561, de fechas 14 de julio de 1996 y 18 de setiembre de 1987, considera que las lesiones producidas por los daños que produzcan sufrimientos y perturbaciones psíquicas, deben ser protegidas por la Constitución, mediante el *neminem laedere*.- en IUS ET VERITAS; Responsabilidad Civil Contemporánea; ARA Editores, Lima Perú, 2009, p.126-128.

como señalan varias sentencias de los tribunales peruanos en el sentido que quién formalmente “denunció” al demandante de la indemnización de daños y perjuicios por denuncia calumniosa fue el Ministerio Público, y no propiamente el “agraviado” del proceso penal a quién ahora se le pide la reparación.

2.1.7.9.- Supuestos de inexistencia de la responsabilidad civil.

Nuestro ordenamiento legal en materia de responsabilidad civil extracontractual como es la regla del artículo 1971 del Código Civil, comprendiendo la vertiente subjetiva (artículo 1969 del Código Civil), como la vertiente objetiva (artículo 1970 del Código Civil), prevé los supuestos de “inexistencia” o “exención” de responsabilidad cuando el daño se ocasiona en el “ejercicio regular de un derecho”; en la “legítima defensa del propio dañado o de otro; o en salvaguarda de un bien propio o ajeno”; y cuando se “pierde, destruye o se deteriora un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad...”¹²³.

A aquellos supuestos se suma lo establecido en el artículo 1972 del mismo código en el sentido que no existe responsabilidad si el daño se realiza como consecuencia del “caso fortuito” o “fuerza mayor”, el “hecho de un tercero” y el “hecho de la propia víctima”.

De las causales de “exención” señaladas, desde ya debemos descartar como supuestos aplicables para el trabajo que desarrollamos los referidos en el artículo 1972 del Código Civil, en vista que -por disposición expresa de esta norma- ellos sólo resultan de aplicación cuando el daño es consecuencia de alguna “actividad” riesgosa o peligrosa o “utilización” de algún bien riesgoso o peligroso, en tanto que una denuncia calumniosa, naturalmente, no puede ser consecuencia de algún “caso fortuito” o de “fuerza mayor”, o del “hecho de un tercero” y/o del “hecho de la propia víctima”, que aluden a situaciones de actos de terceros o de eventos naturales, requiriendo más bien la intervención directa o indirecta de un sujeto en particular.

¹²³ Código Civil.- Artículo 1971.- Inexistencia de responsabilidad.- No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1.- En el ejercicio regular de un derecho. 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

Igualmente, los supuestos de exoneración de responsabilidad civil, como son los correspondientes a la responsabilidad del subordinado (artículo 1981); de los incapaces (artículos 1975 y 1976); de los animales del propietario (artículo 1979); o de las edificaciones ruinosas (artículo 1980), no resultan aplicables al tema en estudio, en vista que todos ellos están erigidos sobre la base del factor de atribución objetiva, y no subjetiva, como ocurre en la responsabilidad civil por denuncia calumniosa donde a juicio nuestro sólo concurre el factor de atribución subjetivo del dolo.

Por lo expuesto -con cargo a ser ratificado en capítulos que siguen- adelantamos, que las causales de exención de responsabilidad que tendrán lugar ante los daños ocasionados por la denuncia calumniosa, serán los establecidos en el artículo 1971 del Código Civil, entre ellos, el concerniente al “ejercicio regular del derecho”, en la medida que éste supuesto quita el “propósito deliberado de causar daño”, como así se le define al dolo en el ámbito del derecho civil.

Así, al optar por la aplicación del supuesto de exención de responsabilidad civil en base al “ejercicio regular del derecho”, deberemos verificar su regularidad, lo que no es otra cosa que sea “conforme al ordenamiento jurídico”; de no ser así, al margen de contravenir al mismo, podrá entenderse que el ejercicio de la acción penal (atribución de la comisión del delito) se realizó con “abuso del derecho”, lo que estando reprobado por la ley¹²⁴, es concebido por el profesor Espinoza Espinoza como supuesto de responsabilidad civil bajo el factor de atribución objetivo¹²⁵.

2.1.7.10.- Análisis del caso Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera vs Grupo LA REPUBLICA S.A (Expediente N° 1003-2014-LIMA)¹²⁶.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación N° 1003-2014-Lima, publicada el 2 de mayo del 2016 en el diario oficial *El Peruano*, en el seno de un proceso de indemnización por daños y perjuicios, consideró que el

¹²⁴ Código Civil.- Ejercicio abusivo del derecho.- Título Preliminar.- Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

¹²⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, citando a una clasificación argentina, expone -entre otros- el criterio objetivo del abuso del derecho, “como ejercicio contrario al fin económico y social del derecho”; op. cit., p. 156.

¹²⁶ <http://legis.pe/casacion-no-1003-2014-lima-dano-al-honor-se-produce-cuando-no-es-facil-para-el-lector-comun-advertir-la-parodia-de-una-imagen-montada/>

daño al honor se produce cuando no es fácil de advertir para un lector común que el fotomontaje difundido es una parodia. A continuación analizaremos el caso:

El caso.

El juez **Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera** interpuso demanda contra el diario ***La República***, pretendiendo que se ordene al demandado el pago de **treinta y cinco millones de soles** por concepto de daños y perjuicios, ocasionado por responsabilidad civil extracontractual.

A decir del demandante, el diario ***La República*** publicó varias noticias en las que se imputó al juez responsabilidad por la supuesta dilación de la diligencia de visualización de los archivos del CPU del procesado **Rómulo León Alegría**, y por no dar celeridad a dicho proceso. Así, el 9 de julio de 2009 se publicó su rostro en un montaje de un cuerpo parcialmente desnudo que le pertenecía a otra persona. El juez demandante alegó que en esa portada en la que aparecía su rostro como parte de un montaje afectó su honor como persona y magistrado, mermando así su desarrollo y crecimiento profesional, pues podría haberle dado algún ascenso. Dijo, además, que también se afectó su ámbito familiar, pues su menor hijo había sido objeto de burlas. De esta manera, ***La República*** habría ejercido abusivamente de las libertades de expresión e información.

Por su parte, el diario demandado contestó que la actividad funcional de los funcionarios públicos poseen un umbral más bajo de tutela, donde los límites de la crítica permitida son más amplios que los de un mero particular, ya que si bien un funcionario goza de protección de su honor, las exigencias de esa protección deben equilibrarse con el interés público.

Primera instancia.

El juez de primera instancia declaró fundada en parte la demanda, ordenando al demandado abonar al actor la suma de sesenta mil nuevos soles, aduciendo que ***“Resulta inaceptable el argumento de defensa de la demandada respecto a que el demandante es una persona pública y por la naturaleza de su función se ha***

enfrentado a innumerables personas que no quedaron conformes a sus fallos, puesto que de admitir esa tesis significaría catalogar al demandante como un sinvergüenza al que le es indiferente su reputación y el hecho de ser una persona pública no lo priva del respeto que se debe a su honor y reputación, más aún si forma parte de un Poder del Estado y como tal no solo debe ser respetado por sus conocimientos sino también por su comportamiento”.

Segunda instancia.

En segunda instancia se revocó la sentencia en atención a que “[...] el demandante tiene limitados sus derechos a la imagen y al honor porque no está exento a que su imagen se difunda en los medios de comunicación, sea prensa televisiva o escrita, y como funcionario público que imparte justicia, por lo cual además está expuesto a críticas. Siendo ello así, el fotomontaje ha cumplido con la finalidad aunque exagerada y llamativa a la opinión pública, si bien se presenta en forma de burla o sátira ridiculizando la imagen, es una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, en este caso de un medio de comunicación, por cuanto, la protección del aludido derecho constitucional no se limita a la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública sino también a aquellas que choca, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector de la población, siendo que en nuestro medio es permitido la publicación y transmisión de caricaturas, así como los programas de comicidad en los cuales se hace mofa o satirizan a personajes públicos. Así pues, no constituye un evento que amerite la concesión de resarcimiento”.

Casación.

La Corte Suprema, por su lado, declaró fundado el recurso de casación. Aquí el fundamento central:

Décimo sétimo.- Que, al respecto, la demandada alega que es evidente que dicha imagen no podría inducir a error a los lectores ya que era notorio el montaje realizado, sin embargo, este Supremo Tribunal considera necesario hacer algunas precisiones pues (como ya se indicó) la Sala Superior ha considerado como parte de su argumentación para denegar la indemnización al demandante,

que en el medio peruano es común la sátira a diversos personajes públicos, no obstante, ello se da en un contexto muy diferente al traído en autos, pues el presente conflicto se origina por la publicación en la portada de un diario dedicado a la transmisión de noticias, y no uno dedicado a la sátira ni ridiculización de personajes; así pues, también es errónea la mención de que está permitida la publicación y transmisión de caricaturas, pues el caso suscitado en autos no se trata de una caricatura; asimismo, como ya se dijo anteriormente, el daño se produce cuando no es fácil de advertir para un lector común que no se trata de algo real, sino de algo parodiado, notoriamente alejado de la realidad; siendo esto así, se tiene que la imagen publicada en la portada del diario **La República** es la imagen real del rostro del demandante, con un fotomontaje de un cuerpo también real, pero no del juez Barreto sino de otra persona (que la propia Sala Superior ha calificado de exagerada), el cual para quien no conociera a dicho juez no le sería fácil de percibir que se trata de una burla, sino que sí se podría inducir a error de que se trata del mencionado juez, y ello es lo que ha causado un perjuicio en su imagen, más aún, si con el fotomontaje publicado no se ha buscado comunicar un mensaje, pues la crítica ha recaído en la imagen del juez y no en una idea o creencia, y como ya se dijo, el límite a la libertad de expresión encuentra su límite en la dignidad de la persona, en el caso concreto, en su derecho al honor, ello no significa en modo alguno una forma de censura, pues si bien se busca proteger las formas de libertades de expresión y acceso a la información, éste derecho no es absoluto, sino que está sujeto a responsabilidades ulteriores.

Comentario Exegético

Definiciones vertidas.- En este contexto, para el supremo tribunal el derecho a la imagen protege la disposición de la persona de su propia figura corporal y fisonomía o de su voz, ante la posibilidad de verse afectadas mediante la realización o difusión no autorizada de fotografías, videos y filmaciones.

Considera, de igual modo, que la intimidad o vida privada protege hechos, hábitos o situaciones que se producen en una esfera reservada y que desean preservarse fuera del conocimiento

público, evitando que sean captadas por cualquier medio o divulgadas, en ambos casos sin asentimiento del titular.

Se acoge, de esta manera, la posición doctrinaria del constitucionalista **Francisco Eguiguren Praeli**, quien atendiendo que si bien la intimidad es un concepto jurídico indeterminado, puede decirse que es aquella zona no pública en que la persona tiene la capacidad de desarrollar y fomentar su personalidad, por lo que la sola intromisión trae como consecuencia un daño.

Esto último a tenor de lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) N° 6712-2005-HC.

Respecto al derecho al honor y a la buena reputación, el supremo tribunal cita igualmente al constitucionalista Francisco Eguiguren, quien protege tanto la valoración personal o autoestima de la propia dignidad, condición y prestigio, como el juicio valorativo, apreciación o percepción social que se tiene de la conducta o cualidades personales, profesionales, morales de una persona por parte de las demás. Más aún atendiendo a que la buena reputación tiene su fundamento en la dignidad de la persona.

Sin embargo, la sala suprema precisó que no comparte la teoría de las libertades preferidas, y que más bien considera que los derechos fundamentales tienen igual rango. Por lo tanto, recalcó que a estos derechos les corresponde la misma protección constitucional.

Lineamientos seguidos.- A juicio del tribunal es errado sostener que ante un conflicto de derechos sin la debida ponderación de estos, se prefiera un derecho más que otro por encontrar su fundamento en la democracia. Considera que esta acción implica efectuar una jerarquización de derechos.

Tampoco es factible permitir que los medios de comunicación permanezcan inmutables ante las faltas que pudieran cometer en nombre de la democracia.

2.1.8.- El derecho a la libertad de prensa en el Perú.

Cruz (2007), indica que la prensa hace bien en afirmar la divulgación y el acceso a la información sobre intereses de la sociedad. Sin embargo, señala que hay información sensible que la prensa no está autorizada a ventilar porque tiene que ver con los aspectos privados. Sin embargo, como ello

puede significar una colisión con otros derechos fundamentales u otros principios que tiene la sociedad, el juzgador puede enfrentar dificultades a la hora de juzgar al infractor.

Si bien la sociedad tiene derecho a saber muchas cosas que hacen los funcionarios y empleados públicos, en los ámbitos de su labor jurisdiccional, no tiene derecho a entrometerse con aspectos de la vida privada y la intimidad.

2.1.8.1.- La libertad de informar y la transparencia.

La Constitución Política del Perú de 1993 consagró en el artículo 2°, numeral 5, el derecho de toda persona de solicitar, sin expresión de causa, la información pública que requiera y a recibirla de cualquier entidad administrativa del Estado en el plazo legal, únicamente pagando el costo que suponga el pedido, pero se exceptúa únicamente las informaciones que afecten la intimidad personal o que expresamente se excluyan por la ley y sólo por razones de seguridad nacional.

Para garantizar el cumplimiento de la entrega de información al solicitante, nuestra Constitución Política en el artículo 200°, numeral 4, instauró la denominada acción de habeas data, mediante la cual los titulares del derecho al acceso a la información, que tienen en su poder la administración pública, podrían demandar a cualquier autoridad, funcionario o persona en el caso de negativa a facilitar el ejercicio del mencionado derecho.

Por ello, posteriormente en agosto del año 2002, se aprobó la ley N° 27806, de transparencia y acceso a la información pública que se encontraba pendiente de aprobación desde 1993, cuidando el contenido esencial del citado derecho constitucional, y estableciendo los requisitos para realizar el trámite que debía seguirse para su ejercicio efectivo en sede administrativa y las limitaciones que se tiene.

Esta Ley establece que una de sus finalidades es promover la transparencia de los actos del Estado. Lo que se pretende con esta es contribuir a que se acabe con la cultura del secreto respecto a las tareas que desempeñan los funcionarios públicos, los cuales siempre han permanecido fuera, o al menos alejado, del alcance de los ciudadanos.

Con esta norma legal se busca fomentar la participación de los ciudadanos en el control y transparencia de las acciones de gobierno en los asuntos públicos y de esta manera propiciar el control de los poderes del Estado, reconociéndoles su derecho a conocer y luego a difundir por los medios de comunicación, si fuera el caso, lo que vean por conveniente respecto al desempeño de las actividades y al manejo de recursos económicos de las entidades estatales, mas no puede difundirse aspectos de la intimidad de los funcionarios.

Otra finalidad de la Ley es regular el derecho fundamental del ciudadano, de acceder a la información pública, lo que se ha consagrado constitucionalmente.

2.1.8.2.- Libertades de expresión e información.

Los fundamentos filosóficos e históricos sobre los cuales se asienta la proclamación constitucional de las libertades de expresión e información en el Perú, afloran desde la época de formación de la república, cuyo nacimiento jurídico data del 28 de julio de 1821. Los pensadores, políticos y legisladores fundadores de la nación, asumieron con gran convicción la idea de que hay una base natural, sobre la cual se sostienen los denominados derechos fundamentales, que no han sido puestos, ni pueden ser suprimidos por persona alguna.

Dentro de esta concepción iusnaturalista se asume la necesidad de tener una lista de derechos y libertades fundamentales, entre los que se va incluir inicialmente la libertad de imprenta (facultad de imprimir libremente, suprimiéndose por tanto el monopolio estatal virreinal al respecto), la cual progresivamente se irá distinguiendo de la libertad de prensa (facultad de expresarse libremente por escrito, cancelándose igualmente el sistema de someter todo texto a censura previa oficial) y que en las dos últimas décadas de este siglo se expandirá conceptualmente para abarcar en las "Libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento" como reza el texto constitucional vigente de 1993 en su artículo segundo, inciso cuarto.

Además de esta fundamentación filosófico-jurídica, hay otro sobre la cual también se sostiene esta normativa constitucional peruana,

pero que entre nosotros tiene mucho menos fuerza y presencia. Se trata de la idea proveniente de la tradición norteamericana, respecto a que las libertades a que nos referimos antes, resultan "útiles" para la mejor marcha del gobierno y en consecuencia de la sociedad, merced al ejercicio permanente de las funciones de vigilar, fiscalizar y criticar la función pública.

Esta percepción jurídica más pragmática es menos característica de nuestra realidad y solo asoma ocasionalmente en algunas de nuestras constituciones, seguramente impulsada más por los sectores políticos, sociales y empresariales que por los propios gobiernos, para quienes resulta poco atractiva una idea de libertad de prensa que conlleve el sometimiento de ellos a una mayor mirada del público.

La primera observación que cabe hacer luego de revisar toda la historia constitucional peruana sobre las libertades de expresión e información es que inclusive desde los documentos preparatorios de la primera constitución de 1823, se afirma la vigencia de dichas libertades en los textos fundamentales, los cuales suman una docena a lo largo de los cientos ochenta años de república. En este sentido, hay una persistencia formal constitucional sobre la materia, lo que resulta explicable tratándose de una cuestión que atañe a los derechos humanos fundamentales, aunque nuestra real historia política y legislativa no refleja una marcada vocación por la defensa efectiva de ellos.

En segundo lugar hay que anotar que los enunciados constitucionales no suelen detenerse a explicar o a desarrollar interpretaciones acerca de su contenido. Sin embargo, en algunos de los textos constitucionales se explica de algún modo que estos derechos y libertades tienen carácter universal y que su ejercicio supone la inexistencia de censura previa oficial, es decir de posibilidad de revisión de la expresión e información de los ciudadanos por parte de la autoridad. En otros casos la redacción constitucional no es explícita a este respecto.

En cuanto a lo que se entiende por libertad de expresión y de información, se puede afirmar que inclusive en la época actual, no se encuentra aún bien precisada la distinción entre ambas. Levemente comienza a emerger a través de algunos comentarios

doctrinarios, la idea de que la primera significa básicamente la facultad de decir lo que pienso y opino, a través de cualquier medio de comunicación, mientras que la segunda se refiere a una doble vertiente de derechos: por un lado, al de solicitar y recibir información (especialmente de las autoridades); y por otro, al de informar, es decir al de suministrar datos sobre los hechos de la realidad, prescindiendo de calificarlos.

2.1.8.3.- Libertad de prensa y los delitos contra el honor, la buena reputación y la intimidad de las personas.

Libertad de expresión: naturaleza jurídica Recogido en el artículo 2º inciso 4 de la Constitución, el derecho a la libertad de expresión puede definirse como «la facultad que asiste a todo individuo, a toda persona, de manifestar y de comunicar su universo moral, cognitivo y simbólico mediante cualquier tipo de expresiones, sin que nadie pueda limitar ex-ante el ejercicio de esa facultad».

Este derecho surge del tronco de la libertad de pensamiento y opinión y se conecta con las libertades de asociación y reunión en la medida en que constituyen cauces para realizar la propia opinión y pensamiento.

Su primer reconocimiento se produjo con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano del 26 de agosto de 1789, recogida posteriormente por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y finalmente por la Declaración de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948. Es un derecho tan trascendente que, como afirma Santiago Sánchez González, «la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión».

Según el filósofo del derecho español Gregorio Peces-Barba Martínez, las nuevas técnicas para la difusión de noticias -radio y televisión- han proporcionado una nueva dimensión de la libertad de expresión, y así se habla de libertad de información.

Carmona (1991), señala que existe consenso en cuanto a que el derecho a la libertad de expresión es más amplio que el derecho a la libertad de información en la medida en que el primero implica la transmisión de ideas y opiniones, mientras que el segundo está

limitado a la comunicación de hechos, razón por la que está estrechamente vinculado a la veracidad y es, a diferencia del primero, susceptible de rectificación.

Por existir ambigüedad de términos en lo que respecta a la libertad de expresión, hay quienes afirman genéricamente que, en sentido lato, abarca las libertades de pensamiento, opinión, difusión e información (tesis unificadora), mientras que los partidarios de la tesis dual distinguen la libertad de expresión de la de información a partir del criterio antes expuesto: mientras que la libertad de expresión en sentido estricto se refiere a ideas y opiniones, la libertad de información -que comprende tanto el derecho a informar como al de recibir información- alude exclusivamente a hechos, razón por la cual está sujeta al límite interno de la veracidad.

Debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión es una libertad frente al Estado y se vincula a su carácter democrático en tanto contribuye a la formación de la opinión pública a partir de una información libre y plural entendida como «la suma de puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema».

La Constitución Política del Perú en su artículo 2° numeral 4, además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información, garantiza un interés constitucional referido a la formación y existencia de una opinión pública libre, que garantice un control a las actuaciones de los funcionarios del Estado, y que se constituye en condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, constituyéndose así, en uno de los pilares de una sociedad libre. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los debates públicos, debe ser también ampliamente informado ampliamente para que pueda formar sus propios juicios. Al ser un derecho de libertad, requiere, como sostiene, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, ausencia de interferencia o intromisiones por parte de las autoridades estatales en el proceso de comunicación.

2.1.8.4.- El conflicto entre la libertad de expresión y el honor.

Tanto el derecho al honor como a la libertad de expresión son derechos fundamentales en el marco de un Estado democrático. En un principio se dio una protección preferente del derecho al honor con respecto a la libertad de expresión. Esta orientación se ha ido transformando paulatinamente. La importancia de la libertad de expresión se ha venido ampliando y reconociendo a nivel doctrinario, legal y jurisprudencial. La libertad de expresión que prima hoy en día es aquella que respeta los límites impuestos por la ley y la Constitución.

Esta es la que guarda armonía con el derecho al honor y constituye, además, el fundamento para la vida en democracia, para la formación de la opinión pública y para satisfacer el interés general de información.

Si la libertad de expresión se ejercita legítimamente, se tratará de una conducta justificada. En este sentido, cuando exista colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión prevalecerá el primero si es que al ejercer el derecho a la libertad de expresión se incurre en abusos o arbitrariedades. También cuando quien ejerce la libertad de expresión actúa sin la diligencia debida al respeto de la dignidad de las personas y, por ende, al honor.

Honor y libertad de expresión son derechos fundamentales que deben ser interpretados y tratados muy cuidadosamente cuando se producen situaciones que requieren poner de relieve uno de ellos. El poder jurisdiccional, en estos casos, debe llevar a cabo un juicio de ponderación entre el honor y la libertad de expresión siguiendo los siguientes criterios o pautas:

- a) Se debe tener en cuenta el interés general o utilidad social de lo imputado o expresado;
- b) La relación contextual con lo que constituye el núcleo central de lo expresado;
- c) El carácter público o privado de la actividad del ofendido;
- d) Que se trata de información propia o de transmisión de algo que proviene de un tercero.
- e) Se ha de tomar en cuenta la diligencia que tuvo el que expresa la información en la investigación de los hechos y noticias que propala.

En general, tres son los requisitos que deben cumplirse a fin de que el derecho a la libertad de información ocupe una posición de preferencia frente al derecho del honor:

A) Relevancia pública de la información.

Este requisito encuentra su fundamento en el objetivo que cumple la libertad de información: contribuir a la formación de la opinión pública, para lo cual la relevancia social del objeto de la información es determinante.

La relevancia pública puede deberse, en primer término, al carácter público de la persona objeto de información -lo que no implica necesariamente ser funcionario o servidor público-, que se determina en base a dos criterios: se trata de un personaje público –aunque la información se refiera a hechos privados– o se trata de una persona privada que interviene en hechos públicos.

Este criterio se fundamenta en que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente ser objeto de críticas, opiniones o revelaciones adversas que pueden afectar sus derechos subjetivos de personalidad. En este sentido, se admite que los particulares, que no son objeto de interés público, reciben una mayor protección a su honor que aquellas personas que concitan el interés de la colectividad.

Particular tolerancia es admitida en el caso de críticas a las autoridades o crítica política, pues se entiende que es precisamente en la actividad política donde se refleja con mayor intensidad la vinculación de la libertad de información con el carácter democrático del Estado.

B) Veracidad de la información.

La veracidad opera como límite del derecho a la información, mas no de la libertad de expresión, toda vez que la opinión en una sociedad pluralista y democrática no puede ser cierta o falsa. La veracidad como requisito para sostener la posición preferente de la libertad de información respecto del honor no se refiere a la verdad como categoría metafísica, sino a la autenticidad de los hechos comunicados.

En ese sentido no se exige la exactitud total de la información, sino que se busca evitar el menosprecio a la verdad producto de la mala fe, negligencia o irresponsabilidad.

En virtud de este principio, se exige al informador una actitud de búsqueda de la verdad, razón por la cual se considerará que ha cumplido con este requisito cuando pruebe que ha tratado de encontrarla diligente y razonablemente.

Se pretende por esta vía que los informadores actúen con honestidad profesional, es decir, que hayan obrado con verdad suficiente, que no es otra cosa que la verdad subjetiva del informador diligente. Esta actitud subjetiva del informado permitirá obtener la verdad objetiva, estadio más cercano a la verdad pura.

La veracidad como límite interno a la libertad de información requiere que lo que transmita el informador como hecho haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos.

Aun así se haya comunicado hechos errados o no probados, lo que interesa es que se haya cumplido con el deber de diligencia encaminado a comprobarlos. Como señala Francisco Muñoz Conde, la verdad de lo afirmado no consiste tanto en la realidad concreta y pormenorizada de cada hecho, sino en reflejar un estado de opinión a veces muy extendido y basado en hechos reales.

Berdugo (1987), señala que se valorará la fuente generadora de información y la naturaleza de la noticia, por ello, los medios de comunicación, deberán tener en cuenta las peculiaridades que presentan el cumplimiento de su función, así como la objetividad y la rapidez de la comunicación de la noticia.

C) Ausencia de excesos.

Al igual que para la libertad de expresión, la posición preferente de la libertad de información también dependerá de la adecuación o moderación de las expresiones, razón por la cual no se considerará un ejercicio legítimo de este derecho -aunque cumpla con los requisitos de relevancia pública y veracidad- la comunicación de hechos manifiestamente insultantes. Las vejaciones o expresiones innecesariamente despectivas constituyen también un límite interno a la libertad de información.

La relación naturalmente conflictiva entre el derecho al honor y a la libertad de expresión se presenta en forma implícita en el texto

constitucional. Así, el artículo 2° inciso 4 de la Constitución integra al precepto que consagra las libertades de información, opinión, expresión y difusión de referencia que los delitos cometidos por medio de libro, prensa o demás se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Esta referencia le da sentido al primer párrafo in fine del propio inciso 4 cuando señala que las libertades que consagra «están sujetas a las responsabilidades de ley», entre otras, la responsabilidad penal por delitos contra el honor.

En consecuencia, el derecho al honor puede constituirse en uno de los límites al ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Por estas razones, resulta fundamental, desde una perspectiva garantista, tener presente la naturaleza conflictiva de ambos derechos, pero, sobre todo, cuáles son las vías de solución cuando se produce el conflicto.

2.1.8.5. Responsabilidad jurídica de los medios de comunicación a través de los cuales se propalan informaciones lesivas al honor.

Los periodistas que propalan noticias difamatorias, injuriosas o calumniosas contra otra persona son sujetos activos de delito contra el honor. El quebrantamiento de este bien jurídico puede obedecer a diversos móviles: políticos, económicos, etc. Además, los periodistas pueden buscar sólo la sintonía (rating), la primicia o la novedad exclusiva sacrificando para ello la reputación de otras personas.

Obviamente eso se traduce en mayor venta de publicidad en los medios periodísticos en donde trabajan o en mayor acogida comercial de los periódicos que circulan públicamente, en este caso nos hallamos ante el abuso del derecho a la libertad de expresión que implica la comisión de un delito contra el honor. Las ofensas, injurias o calumnias se hacen dolosamente. Sin embargo, también pueden producirse ataques al honor en forma negligente, cuando los periodistas no tienen el cuidado debido al emitir las noticias que llegan a su conocimiento y que luego publicarán.

En este supuesto, la responsabilidad jurídica es de corte civil y no sólo para los directamente agresores, sino, además, para los dueños o directores "periodísticos de los medio de comunicación que han propalado la información lesiva contra el honor (aunque

esta responsabilidad civil también se imputa cuando los periodistas actúan dolosamente contra el bien jurídico honor). En este sentido, la jurisprudencia nacional mantiene el siguiente criterio: «el medio de expresión que permite la propalación de informaciones lesivas a la reputación de la agraviada tiene responsabilidad civil por las consecuencias de los delitos en virtud de la relación de dependencia existente entre los procesados y el medio de información a tenor de lo establecido por el artículo 1981° del C.C» (Exp.N° 153-97. Barandiarán Dempwolf / De la Riva Agüero / La Rosa Gómez de la Torre).

Se debe tener en cuenta, como requisito fundamental para imputar un delito contra el honor a los periodistas, que la difamación o injuria que propalan sea hecha directamente por ellos. Si se trata de difamaciones, injurias o calumnias realizadas por terceras personas (un entrevistado, por ejemplo) no se les puede imputar el delito. Este es el criterio seguido en la jurisprudencia peruana: «no comete delito de difamación e injuria, por medio de la prensa, quien como director de un programa televisivo propala un reportaje periodístico en el cual terceras personas atribuyen al querellante determinada conducta cumpliendo así solo con su misión de informar a la opinión pública» (Exp. N° 2678-97. Príncipe Trujillo/Alberca Pozo/Díaz).

2.1.8.6.- Conflicto entre honor y libertad de expresión.

Se ha destacado que la relación entre honor y libertad de expresión ha sido siempre una relación conflictiva, dado que se trata de derechos que muchas veces se ubican en posiciones antagónicas. Así, uno de los problemas más complejos que en los últimos tiempos se ha planteado es el relativo al conflicto que surgen entre el honor –proclamado como derecho fundamental en el inciso 7 del artículo 2° de la Constitución Política- y la libertad pública de expresión e información (igualmente consagrada como derecho humano en el inciso 4 del artículo 2° de la Constitución de 1993).

Si, como hemos señalado anteriormente, honor y libertad de expresión son dos derechos fundamentales, es decir, ostentan la máxima jerarquía en el rango de los derechos constitucionales, ¿debe preferirse a uno respecto del otro en caso de producirse una

colisión entre ellos? De ser así, ¿cuál debe ser preferido? Existen dos vías para resolver el conflicto entre los derechos mencionados.

A) La prueba de la verdad (exceptioveritatis).

La doctrina penal es uniforme en señalar que, al tratarse del delito de difamación, la regla general es que no se admite como descargo de la responsabilidad penal probar la verdad de los hechos atribuidos a la persona ofendida.

Bernal del Castillo (1994), señala que este precepto ha encontrado su fundamento en el hecho de que se protege el honor entitativo, no el real. Asimismo sostiene que, independientemente de la verdad objetiva, es necesario proteger otros derechos, entre ellos, el derecho a la intimidad, que aparece, como señala F. Montavani, íntimamente vinculado al honor, por lo que resulta difícil en muchos casos separar las ofensas al honor de las ofensas a la intimidad.

Sainz (1982), afirma que la exceptioveritatis es una institución del derecho penal que permite, al probar que es verdad lo afirmado, excluir de responsabilidad penal a quien ha proferido frases que podrían considerarse ofensivas. En tal sentido, la mayoría de la doctrina considera que se trata de una causa de justificación específica. Ella está regulada en el artículo 134° del Código Penal de 1991 y contempla la posibilidad de probar la verdad en procesos por difamación en cuanto circunstancias: cuando el ofendido es un funcionario público y la ofensa se refiere al ejercicio de sus funciones, cuando existe un proceso penal en trámite por los hechos materia de la ofensa, cuando el ofensor ha actuado en interés de causa pública o defensa propia y cuando el ofendido pide que se establezca la verdad en el proceso penal.

Su vigencia, sin embargo, no está exenta de dificultades. Resulta evidente que la prueba de la verdad sólo procede cuando se trata de hechos, mas no es posible cuando las frases ofensivas se refieren a opiniones o juicios de valor, ya que éstos son de carácter eminentemente subjetivo.

Por esta vía se resolverá el conflicto entre libertad de expresión y honor en favor de la primera únicamente en aquellos casos específicamente contemplados por la ley, en los que se pueda

probar que las frases potencialmente ofensivas corresponden a hechos objetivamente verdaderos.

Por tal motivo, la exceptio veritatis impone una amplia restricción al derecho a la libertad de expresión, ya que, fuera de esos cuatro supuestos, se optará por la protección del honor.

B) La ponderación de intereses.

Este método permite llegar a establecer si, respecto de los derechos en pugna, quien ha ofendido a otro a través de sus expresiones, lo ha hecho al amparo del ejercicio legítimo de un derecho y, por lo tanto, no ha incurrido en delito por haber desarrollado una conducta justificada, según lo regula el inciso 8 del artículo 20° del Código Penal vigente.

La llamada ponderación de bienes es el método propio de una construcción teórica para determinar, en abstracto o en concreto, cómo, cuándo y en qué medida debe ceder el derecho fundamental que entra en colisión con otro o con un bien. Denominado también como el método del balancing test, fue incorporado a los sistemas judiciales continentales importado del derecho anglosajón, lo que explica el amplio margen de discrecionalidad judicial basado en el precedente. Se trata de un método eminentemente casuístico en el que no existe para el juzgador una valoración ex-ante favorable a alguno de los derechos en cuestión, pues se parte de la concepción de que ni los derechos fundamentales ni sus límites tienen un carácter absoluto.

2.1.8.7. Tendencias de despenalización de los delitos contra el honor.

Actualmente existe la corriente de proponer la necesidad de despenalizar los delitos contra el honor, los que se manifiestan a favor de esta tendencia consideran que existen mecanismos menos gravosos que podrían ser igualmente eficaces para resarcir el derecho al honor que fue vulnerado. Se estima que derecho penal debe constituirse en un instrumento de control social debería estar reservado a actos ilícitos que atentan contra la integridad física y la vida de las personas principalmente, o que atentan contra bienes comunes como los delitos que atentan contra la seguridad y el patrimonio del Estado, o los que atentan contra la salud pública, también se consideran a los denominados delitos de lesa

humanidad, como las ejecuciones forzadas y torturas entre otros similares.

Los partidarios de despenalizar los delitos contra el honor, consideran que si continua la penalización de estos delitos, se continuará concibiendo la idea de perseguir criminalmente (penalmente) a las personas y periodistas por razón de sus opiniones, lo cual resulta absurdo en una sociedad moderna y democrática, donde la libertad de expresión y opinión debe imperar en un Estado de Derecho, más aún si modernamente se espera del periodismo cumpla con su rol informador y orientador de la opinión pública, analizando y criticando las informaciones que emite, más aún si tales informaciones son de interés público o relacionadas con actividades públicas, ello en estricto ejercicio de su derecho a informar, sin embargo, se corre el riesgo de pasar el delicado límite de respetar el honor y la dignidad de las personas incurriendo en excesos.

Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es necesario que quienes emitan informaciones y opiniones actúen con responsabilidad y ética para no vulnerar el honor de las personas y sus familias, debiendo ser conscientes de la elevada responsabilidad que entraña su ejercicio profesional de comunicador social, por ello, el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información objetiva y veraz sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, que signifique un apoyo al pluralismo informativo, debiendo regir la equidad y la ética en el flujo informativo.

Por otro lado, se deben explicar los términos de protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios y el intento por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas, si agraviar el derecho al honor de las personas.

Respecto a la libertad de pensamiento y de expresión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen el derecho de buscar, recibir y difundir ideas e informaciones de toda índole. Este derecho incluye el acceso a las informaciones e ideas difundidas

por los demás; Se considera que la libertad de expresión tiene una doble dimensión: la dimensión individual y la dimensión social; en relación a la primera dimensión, nadie debe ser arbitrariamente menoscabado ni impedido de manifestar su propio pensamiento y representa por tanto un derecho de cada individuo, y en cuanto a la dimensión social, implica recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, sin embargo debe tenerse en cuenta el derecho a la intimidad y al honor de las personas.

En mérito a todo lo expuesto, es imprescindible continuar y ahondar en el debate de quienes consideran que se debe despenalizar los delitos contra el honor tipificados en el Código Penal Peruano, y los que están en contra. En caso de despenalizarse estos delitos, implicaría efectuar una modificación parcial de la Constitución Política del Estado, específicamente el segundo párrafo del numeral 4 del artículo 2º de la Constitución Política del Estado, en el que se establece 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 tal sentido, la propuesta de una reforma parcial de la Constitución estaría sostenida en el siguiente texto:

"Artículo 2º.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (.) 4) A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los actos lesivos al honor, constitutivos de injuria, calumnia o difamación cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se juzgan en la instancia civil del órgano jurisdiccional.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación".

Si se reformara la norma constitucional una vez reformada, sería necesario derogar los artículos 130º al 138º del Código Penal, que

tipifican actualmente los delitos contra el honor (injuria, calumnia y difamación).

Debería precisarse además en la norma modificatoria, los conceptos de injuria, calumnia y difamación establecidos en el Código Penal, señalando la vía procedimental en la que deberá tramitarse la demanda, y la forma en que deberían ser sancionados.

Es importante señalar que la Ley que modificaría parcialmente la norma constitucional y derogaría los artículos del Código Penal relativos a los delitos contra el honor, no debería limitar de ninguna manera el derecho que tiene el afectado de solicitar directamente la Rectificación en aplicación de la ley de la materia y su reparación; facultándosele a iniciar un proceso constitucional de amparo, para proteger el derecho al honor. La propuesta para despenalizar los delitos contra el honor, no debería significar violar los derechos del presunto afectado, por lo que éste tendría el derecho de acudir a cualquiera de las otras vías legales para hacer valer sus derechos. En todos esos procedimientos favorables al demandante, debe operar además la rectificación como parte integrante de la sanción que se imponga al demandado, y la correspondiente reparación del daño causado, mediante una indemnización económica, también deberían establecerse plazos breves para resolver estos procesos. Sin embargo, no comparto la despenalización de los delitos contra el honor, puesto que nuestra Constitución establece en su Art. 1° que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado.

2.2.- OBJETIVOS.

2.2.1.- Objetivo General.

Determinar la fundamentación jurídico doctrinaria, que de manera excepcional fundamente la protección del derecho a la imagen y al Honor en las publicaciones periodísticas en el marco a la buena reputación a nivel de la "**CASACION N° 1003-2014-LIMA**".

2.2.2.- Objetivos Específicos.

- Establecer los supuestos en que serán válidos, de manera excepcional los efectos jurídicos del uso de las publicaciones periodísticas y caricaturizaciones de funcionarios públicos, sin asentimiento del titular, sin constituir una grave vulneración constitucional al derecho a la imagen y al honor, y su relación con el interés público y su contribución a la sociedad.
- Determinar los fundamentos teóricos, que hacen posible de manera excepcional la protección a los derechos a la imagen, al honor, a la buena reputación y a la libertad de expresión, dentro del marco de las nuevas corrientes del derecho constitucional y penal.
- Determinar los Límites y consecuencias jurídicas de la mala utilización del derecho a la libertad de expresión dentro del contexto constitucional.
- Analizar la sentencia emitida en el caso **MONICA ADARO vs MAGALY MEDINA (Expediente N° 3301-2004-LIMA)**.
- Analizar la sentencia emitida en el caso **JORGE OCTAVIO RONALD BARRETO HERRERA vs GRUPO LA REPUBLICA S.A (Expediente N° 1003-2014-LIMA)**.

2.2.3.- Variables.

Independiente: Razonabilidad e interés público (derecho a la imagen y al honor de las personas).

Dependiente: La protección de los derechos a la imagen y al honor ante publicaciones periodísticas que atenten la imagen y la reputación de las personas.

2.2.4.- Supuestos.

Supuesto General.- La Casación estudiada en la presente, protege el derecho a la intimidad y al honor de cualquier persona, tratando de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de los mismos, esta particular naturaleza determina a su vez los límites de las publicaciones periodísticas sin mancillar la honorabilidad y buena reputación de los afectados, otorgando al diario la Republica S.A, una sanción acorde al daño ocasionado con su publicación, sujetando a los medios de comunicación a responsabilidades ulteriores frente a los particulares.

Supuesto específico.- El derecho a la imagen, el honor y a la intimidad es un derecho fundamental originado en la dignidad de la persona y posee tutela jurídica y hay que proteger la dignidad de las personas en vez de violarla o mancillarla ya que es un derecho constitucional.

Demos ser más precavidos y prudentes con nuestras acciones para evitar posibles actos que vayan en contra de nuestra privacidad y se conviertan en flagrante vulneraciones a los derechos de Intimidad, honor, imagen y buena reputación.

CAPITULO III:

3.1.- MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

3.1.1.- Por su profundidad.

La presente investigación es **explicativo** de tipo socio jurídico porque se ha realizado una descripción detallada del problema planteado.

3.1.2.- Por su finalidad.

Es **aplicada jurídico propositivo**, porque nuestro interés se orienta, además de conocer y comprender la existencia de una problemática, a proponer una regulación especial para proteger el derecho a la imagen y al honor en las publicaciones periodísticas.

3.2.- MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la sentencia recaída en la **Casación Nº 1003-2014-Lima (Daño al Honor)** de fecha 02 de Mayo del 2016, en la cual se señala que la libertad de expresión encuentra su límite en la dignidad de la persona, entre otras sentencias y resoluciones del ámbito nacional sobre el tema.

3.3.- MÉTODOS EN LA RECOLECCIÓN Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.

3.3.1.- Métodos Lógicos:

- **Inductivo - Deductivo.-** Método utilizado tanto en la recolección de la información, así como en la elaboración del marco teórico al establecerse las categorías jurídicas desde lo general a lo particular, en el método inductivo; y del particular a lo general, en el método deductivo.
- **Analítico.-** Ha sido analítico porque se tuvo que analizar las publicaciones de los distintos diarios en un corto periodo de tiempo establecido, para determinar qué publicaciones lesionan el honor de las personas. Este método nos ha permitido descomponer el todo en sus partes. Es decir, ante la existencia teórica que justifica la protección del derecho a la intimidad y al honor, se ha procedido a descomponerlo en una hipótesis tentativa, de acuerdo a la variable a la que se vincula.
- **Sintético.-** Este método fue empleado especialmente en la elaboración de las conclusiones y recomendaciones; en la conclusiones para determinar de la manera más precisa los resultados de todo el proceso de investigación y ser coherente con lo estudiado, y respecto de las recomendaciones a fin de proyectarse a futuro y que la propuesta presentada sea un beneficio en mejora de la normatividad.

3.3.2.- Métodos Jurídicos:

- **Socio - jurídico.-** Este método nos ha hecho posible explicar la **Casación Nº 1003-2014-Lima (Daño al Honor)** de fecha 02 de Mayo del

2016, en torno al problema planteada, desde la dogmatica que encierra nuestro ordenamiento jurídico nacional, ya que el artículo 2º numeral 4 y 7 de la Constitución Política del Estado, defiende el derecho a la libertad de expresión y la dignidad de la persona (honor), encontrando estrecha vinculación con el artículo 1969º del Código Civil, garantizando la inviolabilidad de los derechos fundamentales, dentro de los que - precisamente- se encuentra el derecho al honor.

- **Histórico.-** Este método nos ha permitido realizar un análisis comparativo tanto de los dispositivos normativos como de los aportes doctrinarios que regulan y versan, respectivamente, sobre la protección del derecho a la imagen y al honor en las publicaciones periodísticas; concediéndonos así la posibilidad de establecer los avances y/o retrocesos que en dicha materia se ha experimentado, como parte de la labor legislativa.
- **Comparativo.-** Con este método se va realizar las comparaciones entre las legislaciones extranjeras en donde se ve como se regula la protección del derecho a la intimidad y al honor frente a publicaciones periodísticas con nuestro cuerpo normativo.
- **Dialectico.-** Empleado esencialmente para lograr procesar la información, delimitar conceptos y obtener soluciones, de acuerdo a lo planteado en los objetivos generales y específicos.
- **Exegético.-** Por el cual hacemos una paráfrasis directa del texto, es decir extraer el significado de un texto dado, a efectos de explicar la naturaleza de las normas que tienen que ver con nuestro tema.

3.4.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La elección de las técnicas e instrumentos utilizados para recabar y procesar la información, guarda relación directa con los métodos empleados y el tipo de investigación realizada.

- **Recopilación documental:** Técnica con el instrumento de una guía documental. Aplicada mediante la referencia de sentencias y páginas web que nos permitió profundizar el tema de nuestra investigación.
- **Observación:** Esta técnica ha proporcionado las herramientas necesarias para recabar, mediante canales visuales, la información contenida en libros desmaterializados, en artículos académicos, mediante canales auditivos, la información extraída de las opiniones vertidas, referentes al tema. El instrumento empleado ha sido la senso-percepción y el raciocinio.

- **Fotocopiado.-** Técnica que mediante el instrumento fotocopia, nos permitió utilizar el avance de la tecnología para contar con reproducciones de los libros y revistas que me sirvieron de soporte bibliográfico en el desarrollo del tema y procesamiento de la información relacionada a ello, analizarlas una y otra vez hasta poder entenderlas y comprenderlas en su verdadera dimensión.
- **Internet.-** Técnica por la cual nos hemos agenciado las leyes, sentencias, y cierta información para nuestro marco teórico, especialmente en lo concerniente a las ejecutorias nacionales.

3.5.- PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

La información recolectada durante el desarrollo del trabajo de investigación para su posterior procesamiento fue previamente organizada y planificada y se detalla lo siguiente:

1º PASO: La Creación de una carpeta para almacenar la información que se recabó para almacenar todo lo que se consiguió sobre nuestro tema, desde doctrina, ensayos, tesis, etc, que alimentaron nuestra investigación. El nombre que recibió dicho archivo es: “TESIS BLANCA REATEGUI”.

2º PASO: Se visitó las bibliotecas a fin de encontrar, recabar información necesaria de libros, y en ello la aplicación de la técnica de observación. Se visitó las bibliotecas locales (Universidades, Colegio de Abogados en la Corte de Justicia y bibliotecas de Estudios Jurídicos particulares); posteriormente se procedió a fotocopiar la información correspondiente relacionada a la elaboración de nuestro marco teórico.

3º PASO: Se empleará el servicio de internet para recopilar información (libros electrónicos, blogs, portales oficiales, revistas on line, entre otros) sobre nuestro tema de investigación, lo cual será indispensable a la hora de elaborar el marco teórico del presente trabajo.

4º PASO: De igual manera se procedió a buscar jurisprudencias, doctrina y teorías referidas a nuestro tema de investigación en Revistas especializadas de alcance nacional.

5º PASO: Se procedió a clasificar y discriminar la información obtenida para nuestro marco teórico, con el fin de ajustarlo a los objetivos de nuestra investigación y contrastarlo con los resultados obtenidos.

6º PASO: Se procedió a la selección definitiva de los materiales utilizados que dieron paso a la redacción última del trabajo, teniendo en cuenta factores de estilo, metodológicos y pedagógicos.

7º PASO: Se procederá al diseño final de la Tabla de Contenidos, redacción de las páginas preliminares y el informe último de los resultados, conclusiones y recomendaciones de nuestro trabajo.

3.6.- VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la **Casación N° 1003-2014 - Lima (Daño al Honor)** de fecha 02 de Mayo del 2016, entre otras sentencias y resoluciones del ámbito nacional sobre el tema.

3.7.- PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución de la tesis, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

Que, las transmisiones de noticias (y caricaturas) encuentran su límite en el derecho al honor del funcionario público, así lo ha señalado la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación N° 1003-2014-Lima, publicada el 2 de mayo del 2016 en el diario oficial *El Peruano*, en el marco de un proceso de indemnización por daños y perjuicios.

El caso trata de un juez (JOR) que interpuso demanda contra el Diario (R), cuya pretensión era que se le pague treinta y cinco millones de soles por daños y perjuicios que le habían ocasionado por responsabilidad civil extracontractual.

El demandante alegó que en la portada del Diario (R) se publicó una imagen que mancilla su honor como persona y magistrado, afectando ello su desarrollo y crecimiento profesional, pues podrían haberle dado algún ascenso. Además que, también, ha afectó su ámbito familiar, pues su menor hijo había sido objeto de burlas. Realizando de esta manera R un ejercicio abusivo de las libertades de expresión e información.

A lo que el demandado contestó que la actividad funcional de los funcionarios públicos poseen un umbral más bajo de tutela, donde los límites de la crítica permitida son más amplios que los de un mero particular, ya que si bien un funcionario goza de protección de su honor, las exigencias de esa protección deben equilibrarse con el interés público.

El juez *a quo* declara fundada en parte la demanda, ordenando al demandado abonar al actor la suma de sesenta mil nuevos soles; por lo siguiente:

[...] Resulta inaceptable el argumento de defensa de la demandada respecto a que el demandante es una persona pública y por la naturaleza de su función se ha enfrentado a innumerables personas que no quedaron conformes a sus fallos, puesto que de admitir esa tesis significaría catalogar al demandante como un sinvergüenza al que le es indiferente su reputación y el hecho de ser una persona pública no lo priva del respeto que se debe a su honor y reputación, más aún si forma parte de un Poder del Estado y como tal no solo debe ser respetado por sus conocimientos sino también por su comportamiento. [...]

Al apelarse la sentencia, el *ad quem* revoca y reforma el mismo, en razón de lo siguiente:

[...] el demandante tiene limitados sus derechos a la imagen y al honor porque no está exento a que su imagen se difunda en los medios de comunicación, sea prensa televisiva o escrita, y como funcionario público que imparte justicia, por lo cual además está expuesto a críticas. Siendo ello así, el fotomontaje ha cumplido con la finalidad aunque exagerada y llamativa a la opinión pública, si bien se presenta en forma de burla o sátira ridiculizando la imagen, es una manifestación del ejercicio de la libertad de expresión, en este caso de un medio de comunicación, por cuanto, la protección del aludido derecho constitucional no se limita a la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública sino también a aquellas que choca, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector de la población, siendo que en nuestro medio es permitido la publicación y transmisión de caricaturas, así como los programas de comicidad en los cuales se hace mofa o satirizan a personajes públicos. Así pues, no constituye un evento que amerite la concesión de resarcimiento.

Finalmente, la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación, por los siguientes motivos:

[...] la Sala Superior ha considerado [...] que en el medio peruano es común la sátira a diversos personajes públicos, no obstante, ello se da en un contexto muy diferente al traído en autos, pues el presente conflicto se origina por la publicación en la portada de un diario dedicado a la transmisión de noticias, y no uno dedicado a la sátira ni ridiculización de personajes; [...] también es errónea la mención de que está permitida la publicación y transmisión de caricaturas, pues el caso suscitado en autos no se trata de una caricatura; [...] el daño se produce cuando no es fácil de advertir para un lector común que no se trata de algo real, sino de algo parodiado, notoriamente alejado de la realidad; siendo esto así, se tiene que la imagen publicada en la portada del diario (R) es la imagen real del rostro del demandante, con un fotomontaje de un cuerpo también real, pero no del juez (JOR) sino de otra persona (que la propia Sala Superior ha calificado de exagerada), el cual para quien no conociera a dicho juez no le sería fácil de percibir que se trata de una burla, sino que sí se podría inducir a error de que se trata del mencionado juez, y ello es lo que ha causado un perjuicio en su imagen, más aún, si con el fotomontaje publicado no se ha buscado

comunicar un mensaje, pues la crítica ha recaído en la imagen del juez y no en una idea o creencia, y como ya se dijo, el límite a la libertad de expresión encuentra su límite en la dignidad de la persona, en el caso concreto, en su derecho al honor, ello no significa en modo alguno una forma de censura, pues si bien se busca proteger las formas de libertades de expresión y acceso a la información, éste derecho no es absoluto, sino que está sujeto a responsabilidades ulteriores.

CAPÍTULO V

Discusión

Si bien nuestro trabajo apuesta dogmática y principistamente por el respeto irrestricto a la defensa del derecho al honor y a la intimidad personal, no obstante, considerando que no hay derecho absoluto, la vulneración que admitiremos tiene dos condicionamientos: el interés público y el beneficio social. De esta forma, la vulneración del derecho a la intimidad, de manera excepcional, opera teniendo en cuenta estos factores, de modo que la vulneración no es gratuita ni antojadiza, sino técnica.

El bien protegido a título de honor es la honra o autoestima y el crédito, fama, renombre, reputación o estimación ajena. Así se infiere del código penal, que reprime como injuria a quien "deshonrar o desacreditare" a otro, siendo la calumnia un tipo especial de conducta deshonrosa o desacreditadora. En cuanto atinentes de modo inmediato a la personalidad del hombre, existe una estrecha relación entre honor e intimidad, pero cabe diferenciarlos por el bien jurídico respectivamente protegido: la autovaloración o la valoración ajena, en el caso del honor; la reserva de la vida privada en el de la intimidad. Ello engendra consecuencias en cuanto a las modalidades agresivas: el acto ilícito contra el honor supone la afirmación de actos, calidades o costumbres peyorativas, disvaliosas o significativas de algún desmedro para la persona;

Puede atacarse el honor y no la intimidad, como cuando la imputación se vincula a la conducta pública del sujeto pasivo, al modo de desempeñarse profesionalmente, a sus relaciones sociales, etcétera; y a la inversa, no toda impertinencia en la vida ajena afectará la honra o la reputación, como, por ejemplo, la difusión de un acto caritativo que el autor deseaba mantener en secreto; la publicación de una fotografía que muestra a la persona en una pose indecorosa; el menosprecio por sustentar una determinada idea religiosa o política.

En este orden de ideas, al ser un caso de relevancia pública cuando se vulnera el derecho al honor y a la intimidad personal, se admite que el honor de uno de los involucrados pueda ser afectado en un caso concreto; sin embargo, al tratarse de una información relevante, se acepta que la intromisión se fundamente en la vulneración de su esfera privada, dado que la otra parte no tendría argumentos para impugnar la emisión de la caricatura del dorso desnudo del magistrado, pues no hay un respaldo jurídico que defiende la publicación caricaturesca del magistrado, en el diario LA REPUBLICA, sin su expresa autorización, encontrando en ello la libertad de expresión sus límites frente a estos tipos de actos.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES.

- La persona humana tiene en razón de su ser y de su esencia cosas suyas que reflejan la intimidad, singularidad e irrepetibilidad de su ser personal. Estos derechos naturales, son cosas suyas adquiridas en razón de su naturaleza humana y deben ser respetadas por todos los demás. Cualquier lesión de su derecho es una lesión u ofensa a su propia realidad personal.
- El Estado debe garantizar el derecho a la vida privada, *“el derecho a que lo dejen a uno tranquilo”*. El derecho del individuo a impedir la intromisión no autorizada de los funcionarios públicos o de otros individuos en su propia casa, en su correspondencia o en sus pensamientos, su derecho a proteger el hogar, sus comunicaciones, su imagen, su buena reputación, incluso su tiempo libre, es un elemento esencial de la libertad personal.
- Los periodistas al tener acceso a la información deben estar guiados por principios éticos que tengan el fin de informar con veracidad, buscando el bien común. Los ciudadanos tienen el derecho a la información pero existen términos que deben ser respetados como lo es la vida privada tanto personal como familiar.
- El Estado violará el derecho a la intimidad en casos específicos en los cuales los individuos involucrados atenten contra la seguridad del mismo y el bien común. Tal es el caso del terrorismo que afecta a la sociedad global.
- Si la libertad de información es la lesión en si del derecho, debe de ser constatada con la veracidad de lo relatado ya que el que transcribe un hecho puede introducir elementos subjetivos que hacen perder la objetividad de una información. Entonces los límites a la libertad son: - Veracidad de lo informado. - Respeto de los derechos fundamentales y en especial el derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad. De tal forma que toda información ha de guardar respeto a los dos enunciados anteriormente señalados, aunque hay opiniones al contrario en torno a esto, en la que se señala que la libertad de expresión y de información se antepone al respeto a la intimidad, pero el Tribunal Supremo señala que prevalece sobre la libertad de información el derecho a la intimidad obligando al informador no solo a ser objetivo, auténtico y veraz en lo publicado sino a centrarse únicamente en la información en si y no en echar carnaza a algo irrelevante para la opinión pública. Entonces los elementos constitutivos son: - ofensa, implica la atribución a una persona de una cualidad, una conducta o un hecho que puede ocasionar un deterioro sensible en su honor. - comunicación a varias personas, la difamación debe ser ante un mínimo de dos personas. La difusión de la difamación puede ser

oral o escrita. - Respecto a la consumación, el delito se consuma cuando la imputación ofensiva llega a conocimiento del ofendido o de las otras personas que estén reunidas o separadas.

- El sistema de la responsabilidad civil es un instrumento eficaz que garantiza la tutela de derechos de las personas, reparando los perjuicios ocasionados. Las formas de reparación pueden ser la específica o *in natura*, la indemnización por equivalente, y en especie.
- Teniendo en cuenta que la norma jurídica debe prescribir un “deber ser” y su respectivo “correlato” o consecuencia, la estructura de este tipo legal de responsabilidad civil debe estar conformada por la conducta injustificada de la “falsa denuncia” (antecedente) y el “daño” (consecuencia) de un perjuicio concreto, que en el caso, es la afectación a los derechos al honor, al buen nombre, a la buena reputación o buena imagen del sujeto perjudicado. De tal manera, la presunta desprotección (falta de tutela) a los demandantes que pretendían reparación por denuncia calumniosa queda descartada, porque dichas decisiones no fueron por la “redacción deficiente” del enunciado analizado sino por la motivación (justificación) expresada en cada una de ellas.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

Primera.- Se recomienda que el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial y Ministerio Público realicen campañas de difusión y sensibilización sobre la Legislación de los Delitos contra el Honor de las Personas, al tiempo de promover confianza en la administración de justicia.

Segunda.- Se sugiere sensibilizar a los medios de comunicación escritos sobre la necesidad del ejercicio responsable del quehacer periodístico, promoviendo la autocensura y la puesta en práctica de los códigos de ética, como una forma de preservar la libertad de prensa y opinión.

Tercera.- En el ámbito jurisprudencial, para tornar posible la tutela judicial a favor de los demandantes con demandas sobre indemnización de daños y perjuicios con aplicación del enunciado normativo contenido en el artículo 1982 del Código Civil que establece la responsabilidad civil por denuncia calumniosa, recomendamos su integración vía interpretación, bajo los criterios sistemático y funcional, sobre todo histórico en éste último supuesto, dejando de lado el criterio literal; pues, a juicio nuestro, dicho enunciado es uno incompleto que no prevé el presupuesto del daño concreto que justifique la reparación.

Cuarta.- En ese contexto, esta norma jurídica debe ser entendida como aquel que prescribe un “deber ser” y su respectivo “correlato” o consecuencia, de allí que su estructura revele estar conformada por la conducta injustificada de la “falsa denuncia” (antecedente) y el “daño” (consecuencia) de un perjuicio concreto consistente en la afectación a los derechos al honor, al buen nombre, a la buena reputación o buena imagen del sujeto perjudicado.

CAPÍTULO VIII

Referencia Bibliográfica.

- Aguirre, Eduardo Luis. (1999). Delitos contra el honor: hacia un nuevo paradigma. 1ª ed. Buenos Aires. Ed. Scotti Editora.
- Alonso de Escamilla, A. (2001). Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio. Madrid. Ed. Universitas.
- Bacigalupo, Enrique. (2000). Delitos contra el honor. Madrid. Ed. Dykinson,
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. (1985). Revisión del contenido del Bien jurídico Honor. Madrid. Ed. Tecnos.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. (1987). Honor y libertad de expresión – las causas de justificación en los delitos contra el honor.
- De Luca, Javier Augusto. (2006). Libertad de Prensa y delitos contra el honor. Buenos Aires. Ed. Ad-Hoc.
- Espinoza Espinoza, Juan. (2004). Derecho de las Personas. Cuarta Edición. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.
- Lozano Miralles, J. (2002). Delitos contra la intimidad. En “Compendio de Derecho Penal”.
- Maciá Gómez, R; (2005). El Delito de Injuria.
- Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. (2008). Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I. Lima. Ed. IDEMSA.
- Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. (2007). Manual de Derecho Procesal Penal. Lima. Ed. IDEMSA.
- Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. (2006). Tratado de Derecho Penal. Lima. Ed. IDEMSA.
- Portocarrero Hidalgo, Juan. (1999). Delitos contra el honor. Lima. Ed. Jurídica.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2010). Estudios de Derecho Penal. Lima. Editora y Distribuidora Jurídica GRIJLEY E.I.R.L.
- Urquiza Olachea. (1992). Los delitos contra el honor en el nuevo Código Penal. Lima. Revista peruana de ciencias penales, N° 1.
- Villa Stein, J. (2008). Derecho Penal. Parte Especial. Lima. Ed. Grijley.
- Villa Stein, Javier. (2007). La Reparación Civil y Consecuencias Accesorias. Lima. Ed. Grijley. Lima.
- AFFERNI, Giorgio. “La reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva”; en RESPONSABILIDAD CIVIL CONTEMPORÁNEA; Ara Editores y la Asociación IUS VERITAS, Lima Perú; 1ra. Edición en español (2009).

- ALEXY, Robert: “La fórmula del peso”, en “El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo”, en Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional; Editores Palestra; Lima Perú (2010).
- BELTRAN PACHECO, Beltrán: “Código Civil Comentado”; Gaceta Jurídica; 2da. Edición; Lima Perú (2007).
- BERNAL PULIDO, Carlos “La racionalidad de la ponderación”; en “Principio de Proporcionalidad en el derecho contemporáneo”; en Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Palestra Editores; Lima (2010).
- BULLARD GONZALES, Alfredo: “Causalidad Probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad civil extracontractual”; en RESPONSABILIDAD CIVIL CONTEMPORÁNEA; Ara Editores y la Asociación IUS VERITAS; Lima Perú (2009).
- CALABRESI, Guido: “Hacia la Teoría Unificada de la responsabilidad extracontractual”, en IUS ET VERITAS; Edición No. 40 (2010).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luís: “Derechos fundamentales y procesos constitucionales”; Editorial Grijley; Lima Perú (2008).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); caso “Ricardo Canese vs. Paraguay, en <http://www.corteidh.or.cr>.
- DE LOS MOZOS, José Luís; “Responsabilidad contractual”; en Instituciones del derecho privado; Responsabilidad Civil Derecho de Daños; Teoría General de la Responsabilidad Civil; Editorial Grijley; Lima Perú (2006).
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro: “Teoría y práctica de la tutela jurisdiccional”; en Comunitas, traducido por Juan José Monroy Palacios para la Biblioteca de Derecho Procesal No. 10 (2008).
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “La Responsabilidad Extracontractual”; Biblioteca para leer el Código Civil; Vol. IV, Tomo I; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 5ta. Edición (1995).
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en <http://www.rae.es>.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: Derecho de la Responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, Cuarta Edición (2006).
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier: “Argumentación e Interpretación: la motivación de la decisiones judiciales en el Derecho Peruano”; Grijley; Lima Perú (2011).
- FERNÁNDEZ-GALIANO, Antonio y DE CASTRO CID, Benito: “Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural”; Madrid: Universitas (1999).

- FERNANDEZ CRUZ, Gastón: “La responsabilidad civil del gestor de bases de datos en la informática jurídica”; en IUS ET VERITAS; Responsabilidad Civil Contemporánea; ARA Editores, Lima Perú (2009).
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: “Derecho de las Personas”; Editorial Grijley; 10ma. Edición; Lima Perú (2007).
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; “El daño al proyecto de vida”, en http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba.
- FRANZONI, Massimo: La Evolución de la responsabilidad a partir del análisis de sus funciones; en IUS ET VERITAS; Responsabilidad Civil Contemporánea; ARA Editores, Lima Perú (2009).
- LA CONSTITUCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL; Editorial Gaceta Jurídica; 1ra.edición (2006).
- LANDMAN, Todd, “Studying human rights”; Routledge (2006), USA, en http://books.google.com/books/about/Studying_human_rights.
- LEON HILARIO, Leyser L.: “El Daño Existencial. ¿Una idea valiosa o solo un grito de la moda Italiana en el campo de la responsabilidad civil?”; en Responsabilidad Civil contemporánea; ARA Editores y Asociación Civil IUS ET VERITAS; Lima Perú; 1ra. Edición en español (2009).
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: Derecho Penal Parte General, Tomo III, Editorial Gaceta Jurídica, Lima Perú (2004).
- LOUTAYF RANEA, Roberto G. y COSTAS, Luís Félix; “La acción civil en sede penal”; Editorial Astrea, Buenos Aires (2002).
- MANZANARES CAMPOS, Mercedes; “Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual”; Editorial Grijley; Lima Perú; Primera Edición (2008).
- MARINONI, Luiz Guilherme. “El Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva”; editorial Palestra; 1ra. Edición; Biblioteca de Derecho Procesal, bajo la dirección de Juan Monroy Gálvez y Juan José Monroy Palacios; Tomo 5 (2007).
- MESÍA RAMIREZ, Carlos: “El contenido esencial de los derechos fundamentales. Significado, teorías y jurisprudencia”, en Gaceta Constitucional No. 2 (2009).
- MIXAN MASS, Florencio: “Lógica enunciativa y jurídica”; Ediciones BLG; Trujillo Perú; 4ta. Edición.
- MOISA, Benjamín. “La causalidad en la responsabilidad civil”; en revista Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica, Tomo 200; Lima Perú (2010).
- MONROY GÁLVEZ, Juan: “Teoría General del Proceso”; Editorial Palestra; Biblioteca de Derecho Procesal No. 6 (2007).

- MORALES ANDRADE, Marcos Daniel: “El delito de acusación o denuncia calumniosa”, Editorial Jurídica, Santiago (1993).
- MORALES HERVÍAS, Rómulo: “La responsabilidad en la norma jurídica privatística a propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil (aquiliana o extracontractual); en Responsabilidad Civil, nuevas tendencias, unificación y reformas: Veinte años después; Editorial Palestra Lima Perú (2005).
- NEIRA HIDALGO, Gabriela: “Derecho al honor como derecho colectivo de comunidades indígenas”; Diálogo con la Jurisprudencia No. 141, Gaceta Jurídica.
- PEYRANO, Jorge W.: “La acción preventiva”, en revista del Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil; Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima Perú (2003).
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: “Los derechos fundamentales”; Madrid, Tecnos (1986).
- PRIORI POSADA; Giovanni F.; “La competencia en el proceso civil peruano”; en “Derecho y Sociedad”, Revista de estudiantes de la Facultad de Derecho PUCP (2010).
- RAMOS, Jorge: “La teoría dualista de los derechos fundamentales”, en <http://www.lorem-ipsu.es>.
- TARUFFO, Michele: “Páginas sobre justicia civil”; Editorial Marcial Pons; Madrid – España (2009).
- TORRES CAZORLA, María Isabel: “La protección internacional de los derechos humanos”, en “Lecciones de Derecho internacional público”; Madrid: Tecnos (2009).
- Tribunal Constitucional del Perú (sentencias) en <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia>.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Parte General”; Editorial Grijley; Lima Perú (2006).
- VISINTINI, Giovanna: “La crisis de la noción de imputabilidad en el derecho civil”; en RESPONSABILIDAD CIVIL CONTEMPORÁNEA; Ara Editores y la Asociación IUS VERITAS, Lima Perú; 1ra. Edición en español (2009).
- ZANNONI, Eduardo A.; “El daño en la responsabilidad civil”; Astrea, Buenos Aires – Argentina; 3ra. Edición (2005).

CAPÍTULO IX
ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: “PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IMAGEN Y AL HONOR EN LAS PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS”
"CASACION N° 1003-2014-LIMA" - Caso: JORGE OCTAVIO RONALD BARRETO HERRERA vs GRUPO LA REPUBLICA S.A.

AUTOR: REATEGUI GONZALES, BLANCA ARACELI.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
Que el derecho a la imagen protege la disposición de la persona de su propia figura corporal y fisonomía o de su voz, ante la posibilidad de verse afectadas mediante la realización o difusión no autorizada de fotografías, vídeos y filmaciones. Si bien la intimidad es un concepto jurídico indeterminado, puede decirse que es aquella zona no pública en que la persona tiene la capacidad de desarrollar y fomentar su personalidad, por lo que la sola intromisión trae como consecuencia un daño.	GENERAL: Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal la <u>"CASACION N° 1003-2014-LIMA"</u>.– Caso: JORGE OCTAVIO RONALD BARRETO HERRERA vs GRUPO LA REPUBLICA S.A. ESPECÍFICOS: ➤ Establecer los supuestos en que serán válidos, de manera excepcional los efectos jurídicos del uso de las publicaciones periodísticas y caricaturizaciones de funcionarios públicos, sin asentimiento del titular, sin constituir una grave vulneración	1. La Casación estudiada en la presente, protege el derecho a la intimidad y al honor de cualquier persona, tratando de asegurar la paz y tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de los mismos, esta particular naturaleza determina a su vez los límites de las publicaciones periodísticas sin mancillar la honorabilidad y buena reputación de los afectados, otorgando al diario la Republica S.A, una sanción acorde al daño ocasionado con su publicación, sujetando	- Razonabilidad e interés público. - La protección de los derechos a la imagen y al honor ante publicaciones caricaturescas sin asentimiento del titular.	- Racionalidad del fallo. - Congruencia en el fallo del Poder Judicial. - Socialización y conocimiento del análisis del expediente. - Análisis del derecho al honor, la intimidad, y a la libertad de expresión. - Análisis de jerarquía normativa.	TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo DISEÑO: No experimental MUESTRA: Expediente. TECNICAS: Análisis Documental INSTRUMENTOS: Expediente.

	constitucional al derecho a la imagen y al honor, y su relación con el interés público y su contribución a la sociedad. ➤ Determinar los fundamentos teóricos, que hacen posible de manera excepcional la protección a los derechos a la imagen, al honor, a la buena reputación y a la libertad de expresión, dentro del marco de las nuevas corrientes del derecho constitucional y penal. ➤ Determinar los Límites y consecuencias jurídicas de la mala utilización del derecho a la libertad de expresión dentro del contexto constitucional. ➤ Analizar la sentencia emitida en el caso MONICA ADARO vs MAGALY MEDINA (Expediente N° 3301-2004-LIMA) ➤ Analizar la sentencia emitida en el caso JORGE OCTAVIO RONALD BARRETO HERRERA vs GRUPO LA REPUBLICA S.A (Expediente N° 1003-2014-LIMA).	a los medios de comunicación a responsabilidades ulteriores frente a los particulares. 2. El derecho a la imagen, el honor y a la intimidad es un derecho fundamental originado en la dignidad de la persona y posee tutela jurídica y hay que proteger la dignidad de las personas en vez de violarla o mancillarla ya que es un derecho constitucional.			
--	--	---	--	--	--

ANEXO 1
DIAPOSITIVAS



**TRABAJO DE SUFICIENCIA
PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**“PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA
IMAGEN YAL HONOR EN LAS
PUBLICACIONES PERIODÍSTICAS”**

"CASACION N° 1003-2014-LIMA“

**AUTOR (a): BLANCA ARACELI
REATEGUI GONZALES.**



DERECHO AL HONOR

CONCEPTO

El término del honor deriva del principio de dignidad, y se resume en el derecho a ser respetado. El valor que se le da se modifica de acuerdo con las circunstancias, valores y condiciones de una sociedad en un momento histórico determinado.



ALGUNAS DEFINICIONES:

“EL HONOR ES EL INGREDIENTE
ESPIRITUAL BASICO DE LA PERSONALIDAD”

ROY FREYRE

“EL HONOR ES UN BIEN DE CARÁCTER NO
PATRIMONIAL QUE CONLLEVA UN SENTIMIENTO
O CONCIENCIA DE LA PROPIA DIGNIDAD COMO
PERSONA, QUE LO HACE DIGNO DE LA MÁS
AMPLIA TUTELA JURÍDICA”

FERNÁNDEZ SESSAREGO

“ES UN VALOR, Y COMO TAL TIENE UN
SIGNIFICADO MÚLTIPLE, VARIADO, POLISÉMICO
Y CONTEXTUAL”

NEIRA HIDALGO



DERECHO A LA INTIMIDAD

CONCEPTO

El derecho a la intimidad es un bien estrechamente
relacionado con la propia dignidad humana. Esto significa
que es inherente a tal condición y requisito sine qua non
para la plena realización del individuo.



ALGUNAS DEFINICIONES:

“ESA INTERRELACIÓN, COMO TODA DE NATURALEZA DIALÉCTICA, NO SÓLO ES DINÁMICA, SINO TAMBIÉN FUNDAMENTALMENTE CONFLICTIVA: SU DESENVOLVIMIENTO SUPONE UNA PUGNA, UN CHOQUE ENTRE LA DIMENSIÓN PERSONAL Y LA DIMENSIÓN SOCIAL DEL HOMBRE, QUE OFRECE ESTADIOS DE EQUILIBRIO Y ARMONÍA SIEMPRE RELATIVOS. A SU LOGRO DEBE CONTRIBUIR EL DERECHO, A TRAVÉS DE SU MISIÓN DE REGULACIÓN Y EQUILIBRIO ENTRE INTERESES CONTRAPUESTOS”

LUCAS MURILLO, 2003



"SU SIGNIFICADO ES DEMASIADO AMPLIO Y LAS SITUACIONES QUE COMPRENDE SON TAN VARIADAS Y DIVERSAS QUE ES CASI IMPOSIBLE ENCONTRAR UNA DEFINICIÓN QUE ABARQUE TODAS SUS FACETAS“

RODRÍGUEZ RUÍZ, 1998



DERECHO A LA IMAGEN

CONCEPTO DE IMAGEN

LA IMAGEN CONSISTE EN LA REPRODUCCION DEL ASPECTO FISICO DE UNA PERSONA MEDIANTE CUALQUIER PROCEDIMIENTO, FOTOGRAFIA, PINTURA, ETC



¿ COMO SE ENTIENDE EL DERECHO A LA IMAGEN?

COMO EL PODER JURIDICO QUE TIENE EL TITULAR DE PODER Oponerse A QUE LOS DEMAS REPRODUZCAN , UTILICEN O EXHIBAN SU FIGURA SIN SU ASENTIMIENTO, NO SIENDO NECESARIO CUANDO ELLO SE JUSTIFIQUE POR SU NOTORIEDAD.



ALGUNAS DEFINICIONES:

"PUEDE ENTENDERSE POR "IMAGEN" LA "PROYECCIÓN O REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LA FIGURA HUMANA MEDIANTE UN PROCEDIMIENTO MECÁNICO O TÉCNICO". POR OTRA PARTE, LA EXPRESIÓN "PONER EN EL COMERCIO" DEBE ENTENDERSE EN EL SENTIDO AMPLIO DE EXHIBICIÓN, DIFUSIÓN O PUBLICACIÓN CON CUALQUIER FINALIDAD"

ESCOBAR LOPEZ, 2004



DISTINCIONES ENTRE EL DERECHO AL HONOR, EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.

La distinción clásica entre el derecho al honor e intimidad radica en que el primero es el derecho a la fama o a la reputación como resultado de una vida de relación social y la segunda aparece como la aspiración del individuo al aislamiento.

La intimidad equivale a la vida retirada o anónima, a la vida espiritual de la persona, una zona de actividad que le es propia al individuo y de la cual es dueño de prohibir el acceso a otras. Se ha considerado también como manifestación del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Lo íntimo se opone a lo público, en síntesis, es el derecho a no ser molestado, el derecho a estar solo.

El derecho a la intimidad se protege por sí mismo con independencia de la opinión o juicios negativos que se puedan producir sobre la conducta de una persona determinada. Por tanto, el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, como no lo es ningún otro derecho fundamental, su razón de ser es el limitar la intervención de otras personas en lo referente a divulgación de lo privado o íntimo sin que para ello se pueda deducir una seguridad plena de impenetrabilidad. Todo lo íntimo es privado más no todo lo privado es íntimo. El margen de libertad en la vida privada es mayor, la intimidad reclama mayor grado de reserva pudiendo llegar su culminación tratándose del secreto.

El derecho a la propia imagen es un derecho público subjetivo de la personalidad, que como tal es exigible cuando la reproducción de la imagen ha sido realizada sin el consentimiento del sujeto. Este concepto también cuenta con un doble contenido: por un lado, el titular puede oponer- se a la difusión de la imagen y, por el otro, otorga la facultad de controlar su exposición, publicación o comercialización. Sólo se podrá aceptar su singularidad como derecho exigible cuando se recurra a una noción del derecho a la imagen que lo entienda como una forma más de tutela de la vida privada o personal.



LEGISLACION NACIONAL

ESTE DERECHO SE ENCUENTRA DECLARADO EN EL ART 2º, INC 7 DE LA CONSTITUCION DE 1993: “TODA PERSONA TIENE DERECHO AL HONOR Y A LA BUENA REPUTACION , A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR ASI COMO A LA VOZ Y A LA IMAGEN PROPIAS”

EL ART.15º DEL CODIGO CIVIL RECONOCE DE MANERA MAS DETALLADA EL DERECHO A LA VOZ Y A LA IMAGEN.



Análisis del caso Jorge Octavio Ronald Barreto Herrera vs Grupo LA REPUBLICA S.A (Expediente N° 1003-2014-LIMA).

DDTE: Jorge Octavio Ronald Barreto

DDO: Grupo LA REPUBLICA S.A

MAT: indemnización por daños y perjuicios



**ANALISIS DEL CASO MÓNICA ADARO -
ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL
DE LA PRIMERA SALA PENAL
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LIMA - R.N. N° 3301-2004
– LIMA.**

DDTE: Mónica Adaro Rueda

DDO: Magaly Jesús Medina Vela
Ney Guerrero Orellano

MAT: Delito Contra La Libertad – Violación De La
Intimidad.



**ANALISIS DEL CASO MÓNICA ADARO -
ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL
DE LA PRIMERA SALA PENAL
TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LIMA - R.N. N° 449-2009
– LIMA.**

DDTE: José Paolo Guerrero Gonzáles.

DDO: Magaly Jesús Medina Vela.

MAT: Delito Contra el Honor –DIFAMACIÓN.



ANALISIS DEL CASO MILLETFIGUEROA Y ALEXANDER GEEK.

DDTE: Millet Figueroa .

DDO: Alexander Geek.

MAT: Delito Contra La Libertad – Violación De La Intimidad.



CONCLUSIONES

- 1.- La persona humana tiene en razón de su ser y de su esencia cosas suyas que reflejan la intimidad, singularidad e irrepetibilidad de su ser personal. Estos derechos naturales, son cosas suyas adquiridas en razón de su naturaleza humana y deben ser respetadas por todos los demás. Cualquier lesión de su derecho es una lesión u ofensa a su propia realidad personal.
- 2.- El Estado debe garantizar el derecho a la vida privada, “el derecho a que lo dejen a uno tranquilo”. El derecho del individuo a impedir la intromisión no autorizada de los funcionarios públicos o de otros individuos en su propia casa, en su correspondencia o en sus pensamientos, su derecho a proteger el hogar, sus comunicaciones, su imagen, su buena reputación, incluso su tiempo libre, es un elemento esencial de la libertad personal.



- 3.- Los periodistas al tener acceso a la información deben estar guiados por principios éticos que tengan el fin de informar con veracidad, buscando el bien común. Los ciudadanos tienen el derecho a la información pero existen términos que deben ser respetados como lo es la vida privada tanto personal como familiar.
- 4.- El Estado violará el derecho a la intimidad en casos específicos en los cuales los individuos involucrados atenten contra la seguridad del mismo y el bien común. Tal es el caso del terrorismo que afecta a la sociedad global.
- 5.- Si la libertad de información es la lesión en si del derecho, debe de ser constatada con la veracidad de lo relatado ya que el que transcribe un hecho puede introducir elementos subjetivos que hacen perder la



objetividad de una información. Entonces los límites a la libertad son: - Veracidad de lo informado. - Respeto de los derechos fundamentales y en especial el derecho a la propia imagen, al honor y a la intimidad. De tal forma que toda información ha de guardar respeto a los dos enunciados anteriormente señalados, aunque hay opiniones al contrario en torno a esto, en la que se señala que la libertad de expresión y de información se antepone al respeto a la intimidad, pero el Tribunal Supremo señala que prevalece sobre la libertad de información el derecho a la intimidad obligando al informador no solo a ser objetivo, auténtico y veraz en lo publicado sino a centrarse únicamente en la información en si y no en echar carnaza a algo irrelevante para la opinión pública. Entonces los elementos constitutivos son: - ofensa, implica la atribución a una persona de una cualidad, una conducta o un hecho que puede ocasionar un deterioro



sensible en su honor. - comunicación a varias personas, la difamación debe ser ante un mínimo de dos personas. La difusión de la difamación puede ser oral o escrita. - Respecto a la consumación, el delito se consuma cuando la imputación ofensiva llega a conocimiento del ofendido o de las otras personas que estén reunidas o separadas.

6.- El sistema de la responsabilidad civil es un instrumento eficaz que garantiza la tutela de derechos de las personas, reparando los perjuicios ocasionados. Las formas de reparación pueden ser la específica o in natura, la indemnización por equivalente, y en especie.

7.- Teniendo en cuenta que la norma jurídica debe prescribir un “deber ser” y su respectivo “correlato” o consecuencia, la estructura de este tipo legal de responsabilidad civil debe estar conformada por la conducta injustificada de la “falsa



denuncia” (antecedente) y el “daño” (consecuencia) de un perjuicio concreto, que en el caso, es la afectación a los derechos al honor, al buen nombre, a la buena reputación o buena imagen del sujeto perjudicado. De tal manera, la presunta desprotección (falta de tutela) a los demandantes que pretendían reparación por denuncia calumniosa queda descartada, porque dichas decisiones no fueron por la “redacción deficiente” del enunciado analizado sino por la motivación (justificación) expresada en cada una de ellas.



RECOMENDACIONES

PRIMERA.- Se recomienda que el Ministerio de Justicia, el Poder Judicial y Ministerio Público realicen campañas de difusión y sensibilización sobre la Legislación de los Delitos contra el Honor de las Personas, al tiempo de promover confianza en la administración de justicia.

SEGUNDA.- Se sugiere sensibilizar a los medios de comunicación escritos sobre la necesidad del ejercicio responsable del quehacer periodístico, promoviendo la autocensura y la puesta en práctica de los códigos de ética, como una forma de preservar la libertad de prensa y opinión.



TERCERA.- En el ámbito jurisprudencial, para tornar posible la tutela judicial a favor de los demandantes con demandas sobre indemnización de daños y perjuicios con aplicación del enunciado normativo contenido en el artículo 1982 del Código Civil que establece la responsabilidad civil por denuncia calumniosa, recomendamos su integración vía interpretación, bajo los criterios sistemático y funcional, sobre todo histórico en éste último supuesto, dejando de lado el criterio literal; pues, a juicio nuestro, dicho enunciado es uno incompleto que no prevé el presupuesto del daño concreto que justifique la reparación.

CUARTA.- En ese contexto, esta norma jurídica debe ser entendida como aquel que prescribe un “deber ser” y su respectivo “correlato” o consecuencia, de allí que su estructura revele estar conformada por la conducta injustificada de la “falsa denuncia” (antecedente) y el “daño” (consecuencia) de un perjuicio concreto consistente en la afectación a los derechos al honor, al buen nombre, a la buena reputación o buena imagen del sujeto perjudicado.



GRACIAS TOTALES.