

CUADRO DE PROPUESTA DE MEJORA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY 4184/2018-CR - Propone fortalecer el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información que corresponde a los ciudadanos y a los medios de comunicación, en armonía con el reconocimiento del derecho al honor

<u>ARTÍCULO</u>	<u>PROPUESTA LEGISLATIVA</u> <u>(PL 4184)</u>	<u>PROPUESTA DE LA CLÍNICA JURÍDICA</u> <u>DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA</u> <u>UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO</u>
Artículo 1	Finalidad de la norma La presente Ley tiene como finalidad fortalecer el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información que corresponde a los ciudadanos y a los medios de comunicación, en armonía con el reconocimiento del derecho al honor.	Finalidad de la norma La presente Ley tiene como finalidad fortalecer el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información que corresponde a los ciudadanos y a los medios de comunicación, en armonía con el reconocimiento del derecho al honor.
Artículo 2	Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento civil de rectificación y de sanción de las infracciones contra el honor.	Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto establecer el procedimiento prejudicial de rectificación y respuesta, y los procesos judiciales de rectificación y respuesta, y de indemnización frente a las infracciones contra el honor.

Artículo 3	Infracciones contra el Honor	Conductas infractoras del Honor
	<p>Se consideran infracciones contra el honor las siguientes conductas:</p> <p>3.1. Injuria: ofensa o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho.</p> <p>3.2. Calumnia: atribuir falsamente a otro un delito.</p> <p>3.3. Difamación: atribuir a una persona un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación, ante varias personas, reunidas o separadas, de forma que pueda difundirse la noticia.</p> <p>3.4. Difamación o injuria encubierta o equívoca: rehusarse a dar en juicio explicaciones satisfactorias.</p>	<p>Se consideran conductas que afectan el honor las siguientes:</p> <p>3.1. Injuria: Cometerá injuria la persona natural o jurídica que afecte desproporcionadamente el honor o reputación de otra persona o grupo de personas claramente identificables, a través de la difusión pública de expresiones subjetivas con carácter insultante, y que no respondan a ningún tipo de crítica, planteamiento de ideas o argumentación.</p> <p>3.2. Calumnia: Cometerá calumnia la persona natural o jurídica que afecte el honor o reputación de otra persona o grupo de personas claramente identificables, a través de la difusión pública de afirmaciones objetivas falsas, a sabiendas de su falsedad o sin haber actuado diligentemente para intentar corroborar su veracidad.</p>

<p>Artículo 4</p>	<p>Conductas Atípicas</p> <p>No configuran conductas infractoras del honor ni general derecho a rectificación o respuesta las siguientes:</p> <p>4.1. Las conductas neutrales, entendiéndose aquellas que se limitan a reproducir otras publicaciones o discursos, cuando ello esté debidamente señalado.</p> <p>4.2. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Ministerio Público o Jueces.</p> <p>4.3. Críticas literarias, artísticas o científicas; así como las ejercidas conforme al principio de derecho de crítica de las resoluciones judiciales y las amparadas por la Constitución.</p> <p>4.4. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario o servidor público en cumplimiento de sus funciones.</p> <p>4.5. Las injurias recíprocas.</p> <p>4.6. Cuando se refieren a un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas atribuidas se refieren al ejercicio de sus funciones.</p> <p>4.7. Cuando es evidente que el infractor actúa en interés de causa pública o en defensa propia.</p>	<p>Conductas Atípicas</p> <p>No configuran conductas infractoras del honor ni generan derecho a rectificación o respuesta las siguientes:</p> <p>4.1. Las expresiones neutrales, entendiéndose aquellas que se limitan a reproducir otras publicaciones o discursos, cuando ello esté debidamente señalado.</p> <p>4.2 Las expresiones, subjetivas u objetivas, proferidas con ánimo de defensa por todo litigante o tercero que participe en el marco de un proceso judicial o procedimiento administrativo, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y responsabilidades legales de otra naturaleza aplicables para cada tipo de procedimiento o proceso.</p> <p>4.3. Las críticas literarias, artísticas o científicas, incluyendo sátiras y parodias, así como las ejercidas conforme al principio de derecho de crítica de las resoluciones judiciales y las amparadas por la Constitución.</p> <p>4.4. Las expresiones subjetivas que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario o servidor público en cumplimiento de sus funciones.</p> <p>4.5. Las injurias recíprocas, en defensa propia.</p> <p>4.6. Cuando las expresiones subjetivas se refieran a un funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones, o una institución pública.</p> <p>4.7. Cuando es evidente que las expresiones subjetivas traten de asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública o que se refieran a personajes públicos o con notoriedad pública.</p> <p>4.8 Cuando se trate de evaluaciones profesionales desfavorables.</p>
--------------------------	---	---

<p>Artículo 5</p>	<p>Derecho de Rectificación</p> <p>Toda persona física o jurídica, en mérito de lo consagrado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, puede solicitar ante el Juez Competente la rectificación o respuesta a una publicación en un medio de comunicación público que considere le haya afectado con informaciones inexactas o agraviantes, sin perjuicio de la responsabilidad civil que de ello pueda derivar.</p>	<p>Derecho de Rectificación y Respuesta</p> <p>Toda persona natural o jurídica tiene derecho a solicitar la rectificación o respuesta respecto de las afirmaciones objetivas que resulten falsas y agraviantes a su honor o reputación, al emisor de aquellas, y al juez en caso la solicitud no prospere.</p> <p>El emisor de una afirmación calumniosa quedará exento de responsabilidad si, de manera previa al inicio de un proceso judicial, se rectifica, de manera voluntaria o a pedido del afectado, salvo que haya divulgado la información calumniosa a sabiendas de su falsedad o sin haber actuado diligentemente para intentar corroborar la veracidad de la información difundida.</p>
<p>Artículo 6</p>	<p>Procedimiento administrativo</p> <p>La persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y afalta de éste a quien haga sus veces, dentro de los tres días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.</p> <p>El medio de comunicación deberá responder la solicitud en el plazo máximo de 48 horas, de acceder a la misma realizará la publicación rectificatoria en el plazo máximo de siete días.</p>	<p>Procedimiento de rectificación o respuesta pre-judicial</p> <p>La persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación o respuesta mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al emisor de la publicación, y cuando corresponda, al director del órgano de comunicación, y a falta de éste a quien haga sus veces, dentro de los 5 días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.</p> <p>El individuo, o medio de comunicación cuando corresponda, deberá publicar o emitir la rectificación o respuesta en el plazo máximo de 7 días naturales, o informar sobre su negativa al solicitante en el mismo plazo.</p> <p>Tratándose de publicaciones o emisiones que no se difundan diariamente, el medio de comunicación deberá difundir la rectificación en la siguiente edición posterior al vencimiento del plazo y comunicar al agraviado la fecha de su difusión.</p>

<p>Artículo 7</p>	<p>Procedimiento judicial</p> <p>En el caso que el medio de comunicación no realice la rectificación solicitada, el afectado o su representante puede solicitar, dentro de los 10 días posteriores, ante el Juez Competente la rectificación o respuesta.</p> <p>Presentada la solicitud, el Juez dentro de las 48 horas evaluará su admisibilidad, pudiendo desestimarla si se aprecia su improcedencia.</p> <p>Admitida la solicitud, en el plazo de 48 horas, el Juez citará al agraviado y a las personas señaladas como responsables de la publicación a una audiencia que se celebrará dentro de las 72 horas.</p> <p>Durante la audiencia el Juez escuchará ambas partes, pudiendo el responsable de la publicación allanarse a la solicitud. En caso contrario, el Juez dictará sentencia, la que será apelable en el plazo de tres días.</p> <p>La audiencia será única e inaplazable. En caso de que el o los responsables no se apersonen a la audiencia, el Juez ordenará la publicación de la rectificación. En caso que el solicitante no se presente, se tendrá como desistido, no pudiendo solicitar la rectificación en un nuevo proceso.</p>	<p>Proceso de rectificación o respuesta judicial</p> <p>En el caso que el individuo o medio de comunicación no realice la rectificación o respuesta solicitada prejudicialmente, o aquella no cumpla con los estándares de idoneidad fijados por el artículo 8 de la presente ley, el afectado o su representante puede solicitar la rectificación o respuesta, dentro de los 10 días hábiles posteriores, ante el Juez Competente.</p> <p>El accionante de la rectificación judicial deberá acumular a su demanda la pretensión de indemnización por daños y perjuicios en caso lo considere pertinente, en el mismo plazo señalado en el párrafo precedente.</p> <p>No es requisito para la acción indemnizatoria haber solicitado la rectificación pre-judicial o judicial. La acción indemnizatoria planteada de forma independiente deberá formularse dentro del plazo máximo señalado en el artículo 2001 del Código Civil.</p> <p>Presentada la demanda de rectificación judicial sola o en conjunto con la de indemnización, el Juez dentro de las 48 horas evaluará su admisibilidad, pudiendo desestimarla si se aprecia su improcedencia.</p> <p>Admitida la demanda, en el plazo de 48 horas, el Juez citará al agraviado y a las personas señaladas como responsables de la publicación o emisión a una audiencia que se celebrará dentro de las 72 horas.</p> <p>Durante la audiencia el Juez escuchará a todas las partes, pudiendo el responsable de la publicación o emisión allanarse a la solicitud. En caso contrario, el Juez dictará sentencia,.</p> <p>La audiencia será única e inaplazable. En caso que el demandante no se presente, se tendrá como desistido, no pudiendo solicitar la rectificación en un nuevo proceso.</p> <p>El Juez dictará la sentencia y establecerá la cuantía de la indemnización cuando corresponda. Dicha sentencia será apelable en el plazo de tres días hábiles.</p>
--------------------------	---	--

Artículo 8	Publicación de la Respuesta o Rectificación La rectificación o respuesta será emitida en los mismos términos, extensión y plazo que la publicación considerada agravante, dentro del plazo de 72 horas. La sentencia podrá establecer criterios adicionales. En caso de allanamiento por parte del responsable, la publicación deberá ser previamente coordinada con el agraviado a fin de asegurar su satisfacción. En caso de allanamiento por parte del responsable, la publicación deberá ser previamente coordinada con el agraviado a fin de asegurar su satisfacción.	Idoneidad de la respuesta o rectificación La rectificación o respuesta será emitida en los mismos términos, extensión, oportunidad, duración y frecuencia que la publicación o emisión considerada agravante, salvo acuerdo expreso con el agraviado. Cuando la rectificación sea ordenada judicialmente, la sentencia podrá establecer criterios adicionales.
-------------------	--	---

Artículo 9	Competencia Es competente el Juez Civil o el Juez Mixto en primera instancia.	Competencia Es competente el Juez Civil o el Juez Mixto en primera instancia.
Artículo 10	Procedimiento Dentro de los quince días de cometida la conducta infractora del derecho al honor, el agraviado puede interponer demanda ante el Juez Competente, el que la calificará en el plazo máximo de 48 horas. Admitida la solicitud, en el plazo de 48 horas, el Juez citará al agraviado y a las personas señaladas como responsables a una audiencia que se celebrará dentro de las 72 horas. Durante la audiencia el Juez instará a ambas partes a llegar a un acuerdo. En caso contrario, el Juez dictará la sentencia, la que será apelable en el plazo de tres días.	Eliminado.

<p>Artículo 11</p>	<p>Multas aplicables</p> <p>Sin perjuicio de la indemnización solicitada por el agraviado, el Juez podrá imponer las siguientes multas:</p> <p>11.1. Injuria: de 1 a 5 UIT 11.2. Calumnia: de 3 a 8 UIT 11.3. Difamación: de 5 a 10 UIT 11.4. Difamación o injuria encubierta o equívoca: de 1 a 4 UIT</p>	<p>Daños punitivos</p> <p>Sin perjuicio de la indemnización solicitada por el agraviado, el Juez podrá imponer una indemnización adicional como daño punitivo al agraviante, la cual deberá pagarse a favor del agraviado, según los siguientes valores:</p> <p>11.1. Injuria: de 1 a 5 UIT 11.2. Calumnia: de 3 a 10 UIT</p>
<p>Artículo 12</p>	<p>Exención de Pena por Retracción</p> <p>El autor de un delito contra el honor quedará exento de pena si se retractare de manera voluntaria: 1) Durante el proceso de rectificación. 2) Antes de la contestación de la demanda o al contestar la misma. 3) En la audiencia.</p>	<p>Eliminado.</p>
<p>Artículo 13</p>	<p>Publicación de la retracción</p> <p>La retracción deberá ser aceptada por el agraviado y será publicada o difundida conforme a los parámetros señalados en el artículo 8 del presente ley.</p>	<p>Eliminado.</p>

<p>Artículo 14</p>	<p>Prueba de la verdad</p> <p>En los casos de difamación, el infractor quedará exento de sanción si prueba la verdad de sus afirmaciones en los siguientes casos:</p> <p>14.1. Cuando por los hechos atribuidos está aún abierto un proceso penal contra el agraviado.</p> <p>14.2. Cuando el agraviado solicita 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.</p> <p>No se admitirá en ningún caso la prueba sobre la imputación de cualquier hecho punible que hubiese sido materia de absolución definitiva en el Perú o en el extranjero. Tampoco será admitida sobre cualquier afirmación que se refiera 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.</p>	<p>Prueba de la verdad</p> <p>En los casos de calumnia, el infractor quedará exento de responsabilidad si prueba la verdad de sus afirmaciones o que actuó con la debida diligencia para intentar corroborar la veracidad de la información difundida.</p>
<p>Artículo 15</p>	<p>Legitimidad para obrar</p> <p>Se encuentra legitimado para interponer la demanda el agraviado, y en caso de su fallecimiento o su desaparición judicialmente declarada podrá imponerla su cónyuge, ascendentes, descendientes o hermanos.</p>	<p>Legitimidad para obrar</p> <p>Se encuentra legitimado para interponer la demanda de rectificación o respuesta e indemnización, de ser el caso, el agraviado, y en caso de su fallecimiento o su desaparición judicialmente declarada, podrá interponerla su cónyuge, ascendentes, descendientes o hermanos.</p>

1. Introducción

1.1. El Derecho Penal como *ultima ratio*

La protección de los derechos fundamentales es indispensable para la existencia y preservación de la democracia.

Las sanciones penales pueden servir para la tutela de estos derechos frente a afectaciones de especial gravedad y solo como *ultima ratio*. En la actualidad, el ordenamiento jurídico peruano opta por la penalización de cierto tipo de expresiones como mecanismo de protección del honor y la reputación.

Esta opción legislativa, sin embargo, es problemática porque los contornos del derecho al honor y a la reputación son difíciles de definir y delimitar. Berdugo Gomez de la Torre ha mostrado preocupación respecto a esta tutela, señalando que:

(...) el honor es uno de los bienes jurídicos con un contenido más difícil de precisar, tanto por su carácter inmaterial como por la diversidad de sentidos extrajurídicos que posee histórica y socialmente. Por ello los problemas que presenta su tutela jurídica se originan, más en la falta de acuerdo sobre su contenido que en la falta de idoneidad o en la peculiaridades del instrumento de tutela¹.

El Tribunal Constitucional (TC) ha amparado la protección del honor como bien jurídico y ha señalado que “este Colegiado tiene la necesidad de hacer efectivo un derecho fundamental, como es el honor, y buscar mecanismos que hagan ciertamente válido su ejercicio y proscriban su violación (...)”². A su vez, el TC ha expresado que el honor no debe ser apreciado en vista de su dimensión interna y externa debido a que ambas están sujetas a ambigüedades³ y ha manifestado que “se mancilla el honor cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona lanzándole ofensas o agredirla directamente o haciéndolo ante el público y de cualquier forma”⁴.

A pesar de los intentos del TC por definir al honor en estos términos, su delimitación aún encierra incógnitas. ¿Cuándo se puede considerar que se ha producido una humillación o degradación a una persona y cuándo no? ¿Qué palabras o expresiones califican como ofensas o agresiones? Ciertamente, los contornos del derecho al honor son tan difíciles de delimitar como los supuestos en los cuales se puede entender que este ha sido afectado.

Se presenta entonces la dificultad de determinar cuándo una determinada conducta cruza el umbral del tipo penal del delito contra el honor de modo tal que podamos advertir claramente

¹ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. (1984). *Revisión del contenido del bien jurídico honor*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46253.pdf> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2019).

² Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 04611-2007-AA, 09 de abril de 2010, fundamento 55.

³ “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. Se mancilla el honor cuando se humilla y se degrada en la condición de ser humano a una persona lanzándole ofensas o agredirla directamente o haciéndolo ante el público y de cualquier forma. (...)” En: Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 04099-2005-AA, 29 de agosto de 2006, fundamento 8.

A pesar de que se intentó quitar elementos subjetivos de la delimitación del derecho al honor, esto no ha sido del todo posible, pues no se delimita qué pueden constituirse como ofensas y por ende el castigo a estas puede resultar desproporcional.

⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 04099-2005-AA, 29 de agosto de 2006, fundamento 8.

cuándo ciertas expresiones son lícitas y cuándo califican como delictivas. Por lo tanto, se hace incluso más difícil cumplir con algunas de las funciones esenciales de las normas penales, como estabilizar las expectativas de la sociedad y fijar un umbral que separa al riesgo permitido de la conducta típica⁵.

Que los delitos contra el honor no puedan delimitarse de manera adecuada incrementa el riesgo de que un juez se equivoque o sea arbitrario a la hora de determinar si corresponde una pena, y que, a su vez, por no tener claridad sobre si caerían en una conducta punible o no, las personas prefieran no expresarse por miedo a ser enjuiciados de manera arbitraria. Estos riesgos existen, y estos son más graves considerando las consecuencias especialmente negativas que plantea el derecho penal.

Por otro lado, llama la atención que la tutela de las expresiones contra el honor tenga naturaleza penal y, pese a ello, se les configure como “delitos de acción privada” en los que no habría intervención de oficio estatal. En efecto, el artículo 138 del Código Penal peruano dispone lo siguiente:

Artículo 138.- En los delitos previstos en este Título 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.

En principio, se entiende que solo las conductas que constituyen una gran afectación al orden social son merecedoras de una pena y, en atención a ello, es el Estado quien interviene en ejercicio del *ius puniendi*. Así, se confiere al Ministerio Público, como representante de la sociedad, la función de perseguir estas conductas calificadas como delitos. Sobre este rol, Peña Cabrera Freyre sostiene que:

(...) La repercusión de los efectos lesivos de la conducta criminal genera una reacción en el colectivo, tomando lugar el “interés social en la persecución y sanción del hecho punible”, de conformidad con los principios elementales del Estado de derecho. Tanto el ejercicio del ius puniendi estatal como la persecución penal importan la renuncia de la víctima y de la sociedad en su conjunto, para con el Estado, delegación basada en el comunitarismo, como modelo estatal organizando jurídica y políticamente⁶.

Sin embargo, en virtud del ya citado artículo 138 del Código Penal, se produce esta excepción a la regla, estableciéndose que este tipo de delitos no sean perseguidos por el Ministerio Público, sino por la víctima que ve sus derechos afectados. Esta excepción se apoyaría precisamente en la subjetividad inherente al concepto de “honor”, pues solo la persona afectada podría determinar qué constituye una expresión contra su honor:

⁵ Es fundamental que exista una normativización de la tipicidad adecuada, la cual se logra a través de tres características: (i) las normas penales cumplen la función de estabilizar las expectativas de la sociedad, (ii) la imputación objetiva constituye el filtro a través del cual la conducta cruza el umbral del tipo objetivo dejando atrás el riesgo permitido y, (iii) estamos ante la imputación de injustos penales y no ante la comprobación fáctica de resultados naturales o causales.

Cfr. CARO, José Antonio. (2012). *La normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo*. En Derecho y Sociedad, número 39.

⁶ PEÑA CABRERA, Alonso. (2018). *Delitos contra el honor*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 237.

*El honor constituye un bien jurídico de naturaleza inmaterial, a diferencia de la vida y la salud, su contenido es de naturaleza espiritual, será el ofendido quien determinará si es que la frase ofensiva y/o la atribución de haber cometido una conducta delictiva han repercutido en su estimación y si ha menoscabado su posición, dentro del colectivo social (...)*⁷.

(Subrayado agregado).

Lo expuesto evidencia, además de la dificultad de definir con claridad cuándo se configura una afectación al honor, que en realidad no existe un orden social o interés general que motive la represión penal de las expresiones contra el honor, en tanto el daño a este bien jurídico responderá siempre al fuero interno de la persona afectada. Estas razones son suficientes para reevaluar si realmente se justifica el *ius puniendi* estatal y si se respeta el principio de mínima intervención y *ultima ratio* que inspira al derecho penal.

1.2. Los delitos contra el honor y los sistemas internacionales de protección de las libertades informativas

Son varias las instancias internacionales que han manifestado su preocupación ante la represión penal de las expresiones contra el honor.

Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha emitido la Observación General N° 34, la cual desarrolla el derecho a la libertad de expresión amparado en el artículo 11 del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos. Sobre la penalización de la expresión en defensa del derecho al honor, el Comité advierte que:

*Los Estados partes deberían considerar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, la normativa penal solo debería aplicarse en los casos más graves, y la pena de prisión no es nunca adecuada. No es permisible que un Estado parte acuse a alguien por el delito de difamación, pero no lo someta luego a juicio en forma expedita; esa práctica tiene un efecto disuasivo que puede restringir indebidamente el ejercicio de la libertad de expresión*⁸.

(Subrayado agregado).

En otras palabras, el Comité recomienda la despenalización de este tipo de delitos o, por lo menos, la despenalización en casos en los que “atañe a los comentarios sobre figuras públicas, [donde] habría que considerar la posibilidad de no sancionar las declaraciones que no fueran verídicas pero se hubieran publicado por error y no con mala intención”⁹.

Por su parte, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en sus informes correspondientes a los años 1998 y 2000 su preocupación respecto a los delitos contra el honor. Considera que se ha hecho una regulación deficiente al respecto. En el párrafo 18 del Capítulo V - Leyes de Desacato y Difamación Criminal del Informe Anual de 2002, la Relatoría expresó que:

Para asegurar la adecuada defensa de la libertad de expresión, los Estados deben adecuar sus leyes sobre difamación, injurias y calumnias en forma tal que sólo puedan aplicarse sanciones civiles en el caso de ofensas a funcionarios

⁷ *Ibid.*, p. 239.

⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, 12 de septiembre de 2011, párrafo 44.

⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 34, 12 de septiembre de 2011, párrafo 47.

*públicos. (...) Las leyes de calumnias e injurias son, en muchas ocasiones, leyes que en lugar de proteger el honor de las personas son utilizadas para atacar o silenciar, el discurso que se considera crítico de la administración pública*¹⁰.

La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por su parte, ha señalado que solo en supuestos excepcionales de expresiones muy graves sería válido el castigo penal, y omite entre estos casos a las expresiones contra el honor:

*(...) salvo en casos graves y muy excepcionales, como por ejemplo, la incitación a crímenes internacionales, la incitación pública al odio, la discriminación o la violencia o las amenazas contra una persona o un grupo de personas, debido a criterios específicos como la raza, el color, la religión o la nacionalidad, las infracciones a las leyes sobre la libertad de expresión y la prensa no pueden ser sancionadas con penas privativas de libertad*¹¹.

A nivel de legislaciones comparadas, países como Argentina¹² y Uruguay¹³ no castigan con penas de cárcel a las expresiones contra el honor, y en lugar de ellas, se imponen multas a los infractores. En México, por otro lado, se ha despenalizado por completo dichas conductas¹⁴.

1.3. Efectos perniciosos de la penalización de las expresiones contra el honor

Diversos centros de estudios, *think tanks* y organizaciones no gubernamentales de la sociedad civil han estudiado los peligrosos efectos que el empleo del derecho penal para reprimir las expresiones contra el honor puede generar en la libertad de expresión.

Instituciones como Article 19 han sido muy claras en instar que “todas las leyes penales de difamación deben ser abolidas sin demora, incluso si rara vez se aplican. Deben ser reemplazadas, cuando sea necesario, con leyes de difamación civil que resulten

¹⁰ Informe Anual 2002. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo V (Leyes de Desacato y Difamación Criminal), Párrafo 18.

¹¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Application No. 004/2013, 05 de diciembre de 2014, fundamento 165.

¹² Código Penal de Argentina:

Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil (\$ 3.000.-) a pesos treinta mil (\$ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Artículo 110: El que intencionalmente deshonorare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa de pesos mil quinientos (\$ 1.500.-) a pesos veinte mil (\$ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público.

¹³ Código Penal:

Artículo 333. (Difamación) El que ante varias personas reunidas o separadas, pero de tal manera que pueda difundirse la versión, le atribuyere a una persona un hecho determinado, que si fuere cierto, pudiera dar lugar contra ella a un procedimiento penal o disciplinario, o exponerla al odio o al desprecio público, será castigado con pena de cuatro meses de prisión a tres años de penitenciaría o 80 U.R. (ochenta unidades reajustables) a 800 U.R. (ochocientas unidades reajustables) de multa.

Artículo 334. (Injuria) El que fuera de los casos previstos en el artículo precedente, ofendiere de cualquier manera, con palabras, escritos o hechos, el honor, la rectitud o el decoro de una persona, será castigado con pena de tres a dieciocho meses de prisión o 60 U.R. (sesenta unidades reajustables) a 400 U.R. (cuatrocientas unidades reajustables) de multa.

¹⁴ El Código Civil Federal de México regula esta materia en su artículo 1916.

apropiadas”¹⁵. De igual manera, ha manifestado que la criminalización de la expresión resulta innecesaria para proteger la reputación de las personas, ejerce un profundo efecto escalofriante sobre la libertad de expresión y que, en muchos países, suele usarse como una herramienta del poder para reprimir las críticas y menoscabar el debate público¹⁶. Por su parte, el Committee to Protect Journalists (CPJ) advierte que las leyes que permiten que periodistas -y cualquier individuo en general- sean enjuiciados penalmente por el contenido de sus reportajes representan un peligro para la libertad de prensa y para el derecho de los ciudadanos a estar informados¹⁷.

Uno de los índices de mayor prestigio a nivel mundial es el World Press Freedom Index elaborado por Reporteros sin Fronteras (RSF), que mide los niveles de libertad de prensa en 180 países. Este índice valora negativamente que un país penalice en su regulación penal los delitos de expresión y ello incide directamente en que tales países ocupen los lugares inferiores del ranking mundial. RSF suele mencionar en las reseñas que elabora para cada país el uso desmedido de sanciones penales en detrimento de las libertades informativas y las considera nocivas. Por ejemplo, en la entrega de 2019 del informe se valoró negativamente para Rusia (posición 149) “el empleo de normas draconianas” y se sindicó a Turquía (posición 157) como “el país más carcelero de periodistas profesionales en el mundo”¹⁸ en vista de sus marcos legislativos penales.

Por su parte, el Democracy Index de la Unidad de Inteligencia de The Economist también desmerece la penalización de las expresiones. La edición del 2017, titulada “Free Speech Under Attack”¹⁹, mostró vasta evidencia relacionada a los efectos perniciosos para la libertad individual que trae consigo penalizar la expresión. El indicador mundial de Libertad de Prensa del ranking ha empeorado desde el 2006 (año de la primera publicación del ranking). Esto quiere decir que, desde que la revista inició su labor de elaborar el Democracy Index, año tras año, los niveles de libertad de expresión en el mundo han sido cada vez menores

¹⁵ Article 19. (2017). Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation - Policy Brief, p. 10. Disponible en: [https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-\(online\)-.pdf](https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-(online)-.pdf) (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019)

¹⁶ Article 19. (2017). Defining Defamation: Principles on Freedom of Expression and Protection of Reputation - Policy Brief, p. 11. Disponible en: [https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-\(online\)-.pdf](https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38641/Defamation-Principles-(online)-.pdf) (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019).

¹⁷ Committee to Protect Journalists, Thomson Reuters Foundation, Debevoise & Plimpton. (2015). Los Críticos no Son Delincuentes. Estudio comparativo de leyes penales de difamación en las Américas, p. 16.

Expresando una posición similar, se puede ver: Article 19 (2019), Myanmar: Criminalisation of free expression. Disponible en: <https://www.article19.org/resources/myanmar-criminalisation-of-free-expression/> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2019); Committee to Protect Journalists. (2018). More journalists killed on the job as reprisal murders nearly double. Disponible en: <https://cpj.org/reports/2018/12/journalists-killed-murdered-afghan-saudi-us.php> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2019); Sociedad Interamericana de Prensa (2019), La SIP rechaza sanciones penales contra la comunicación en redes sociales en Perú. Disponible en: <https://www.sipiapa.org/notas/1213202-la-sip-rechaza-sanciones-penales-contra-la-comunicacion-redes-sociales-peru> (fecha de última consulta: 16 de junio de 2019).

¹⁸ Reporteros sin Fronteras. (2019). 2019 World Press Freedom Index – A cycle of fear. Disponible en: <https://rsf.org/en/2019-world-press-freedom-index-cycle-fear> (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019).

¹⁹ The Economist Intelligence Unit. (2018). Democracy Index 2017 Free speech under attack, 2017. Disponible en: https://cisp.cachefly.net/assets/articles/attachments/72810_democracy_index_2017.pdf (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019).

debido a las crecientes restricciones a la libertad de expresión. The Economist consideró que la primera amenaza a la libertad de expresión es la represión que dirigen los Estados hacia sus ciudadanos. Según el informe, esto se debe a que los gobiernos han venido implementando leyes de difamación (penalización de la expresión), leyes de prevención del terrorismo, blasfemia y leyes de "discurso de odio" para frenar la libertad de expresión y obstaculizar la libertad de los medios de comunicación²⁰. De esta forma, The Economist establece una relación directa entre el empeoramiento de la situación de las libertades informativas en el mundo con la proliferación de leyes de difamación.

El índice de 2019 de "Freedom in the World" elaborado por Freedom House expone que los indicadores de libertad de expresión vienen teniendo una tendencia de desmejora en los últimos 13 años, principalmente, por temas relacionados a la criminalización de la expresión. Así, el informe da cuenta de casos de flagrante y arbitraria penalización de la prensa. En Myanmar, por ejemplo, se ordenó el encarcelamiento de dos periodistas de investigación y en Turquía se abrieron más de 20,000 investigaciones y 6,000 procesamientos solo en el 2017 por cargos de "desacato en contra del presidente"²¹.

Otras organizaciones han expresado su preocupación y dado cuenta del volumen de periodistas que han sido encarcelados o que han sufrido algún tipo de amedrentamiento bajo el paraguas de las normas penales. De acuerdo al Committee to Protect Journalists, en el 2018, 250 periodistas fueron encarcelados alrededor del mundo. Los países con mayor incidencia de criminalización de periodistas fueron Turquía (68), China (47), Egipto (25), Eritrea (16) y Arabia Saudí (16)²². En nuestra región, fueron cuatro los casos de encarcelamiento que tuvieron lugar en Venezuela (3) y Brasil (1). Además, es recurrente que los periodistas que llegan a ser encarcelados sufran menoscabos en sus derechos de defensa y al debido proceso. En su informe titulado "10 most censored countries" del 2015, el CPJ mencionó que Eritrea -que fue catalogado como el país más censurador del mundo- tenía encarcelados hasta entonces a 23 periodistas de los cuales ninguno había sido juzgado ante un tribunal²³. Según la última medición de Reporteros sin Fronteras, 172 periodistas alrededor del mundo se encuentran tras las rejas en la actualidad²⁴.

Pese a lo expuesto, varios países han avanzado en el sentido de descriminalizar las expresiones contra el honor. Un *amicus curiae* elaborado por la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad de Yale en el 2013 destaca como señal positiva que "desde el 2000, más de treinta estados han dejado de criminalizar la difamación o tomado pasos significativos en esta dirección, y al menos diez estados adicionales han abolido la prisión

²⁰ The Economist Intelligence Unit. (2018). Democracy Index 2017 Free speech under attack, p. 45. Disponible en: https://cisp.cachefly.net/assets/articles/attachments/72810_democracy_index_2017.pdf (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019)

²¹ Freedom House (2019), Democracy in the World 2019 - Democracy in Retreat. (2019). p. 5. Disponible en: https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019)

²² Committee to Protect Journalists. (2015). 250 Journalists Imprisoned. Disponible en: https://cpj.org/data/imprisoned/2018/?status=Imprisoned&start_year=2018&end_year=2018&group_by=location (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019)

²³ Committee to Protect Journalists. (2015). 10 most censored countries. Disponible en: <https://cpj.org/2015/04/10-most-censored-countries.php> (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019).

²⁴ Reporteros sin Fronteras. (2019). *Violations of press freedom barometer*. Disponible en: https://rsf.org/en/barometer?year=2019&type_id=235#list-barometre (fecha de última consulta: 12 de junio de 2019).

por difamación²⁵.

En atención a la evidencia expuesta, consideramos que el objetivo del Proyecto de Ley bajo análisis de despenalizar las expresiones contra el honor se encuentra justificado. La dificultad para definir los contornos del derecho al honor y sus posibles vulneraciones aconsejan optar por mecanismos de tutela menos peligrosos y restrictivos, como las sanciones civiles y administrativas. Asimismo, el Proyecto de Ley va en sintonía con la experiencia comparada de organismos internacionales y países que han optado por la despenalización de estas expresiones. Finalmente, la despenalización favorecería la libertad de expresión y la consolidación de la democracia en nuestro país, como lo muestran los distintos índices y rankings a nivel mundial.

2. Tipificación de las conductas infractoras del honor

De acuerdo a lo analizado en el primer capítulo, resultaría conveniente para las sociedades democráticas como la peruana despenalizar los delitos de opinión. Ello no impide otorgar protección al derecho al honor y a la reputación, derechos que se encuentran recogidos a nivel nacional en el artículo 2 inciso 7 de la Constitución Política del Perú²⁶ y a nivel internacional en distintos instrumentos como el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷.

En ausencia de sanciones penales, las afectaciones al honor y la reputación aún podrían ser desincentivadas y castigadas, mediante la responsabilidad civil, sanciones administrativas o daños punitivos, conforme se desarrolla en el capítulo 4 de este informe.

En consecuencia, si lo que se busca con esta despenalización es que las personas puedan expresarse libremente y solo aquellas que generen una afectación indebida al honor y la reputación sean restringidas, estas limitaciones deben de estar alineadas con uno de los principios básicos del Derecho: la legalidad. Este principio exige que todos los comportamientos que serán limitados por el Estado deberán estar detallados taxativamente en un cuerpo normativo²⁸.

Esta taxatividad de las conductas pasibles de castigo o responsabilidad tiene como

²⁵ Brief of the Allard. K. Lowenstein International Human Rights Clinic Yale Law School as Amicus Curiae. (2013). Disponible en: https://law.yale.edu/system/files/area/center/schell/commission_no_p-143611_amicus_lowenstein_clinic_english.pdf (fecha de última consulta: 16 de junio de 2019).

²⁶ 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. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

²⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos

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.

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

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

²⁸ “Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos”. En MORESO, José Juan. (2005). *Principio de legalidad y causas de justificación sobre el alcance de la taxatividad*. p.4. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/principio-de-legalidad-y-causas-de-justificacin-sobre-el-alcance-de-la-taxatividad-0/> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

trasfondo establecer un marco de acción permitido a las personas para que puedan predecir la ilicitud de sus expresiones. Así, podrán ajustar sus conductas a estos parámetros.

Como se aprecia en este caso, la legislación peruana no era lo suficientemente clara para que las personas puedan saber qué expresiones podrían ser consideradas ilícitas. Por ello, si bien consideramos acertados los esfuerzos del Proyecto de Ley en postular una propuesta que proteja el derecho a la libertad de expresión sin perjudicar el derecho al honor y a la reputación, resulta pertinente hacer algunas precisiones para mejorar la tipificación de las conductas que recoge el Proyecto.

Son cuatro las infracciones que se proponen en dicho Proyecto: calumnia, injuria, difamación e injuria encubierta. Debido a la mala experiencia nacional, no resulta útil separar como un tercer tipo a la difamación. El único elemento diferenciador de la difamación respecto de la calumnia y la injuria es el elemento de la publicidad en la expresión. En tal sentido, resulta más apropiado mantener la distinción de ambos tipos (injuria y calumnia) que tienen características distintas, e incluir dentro de ellos el elemento de la publicidad, el cual en la actualidad resulta indispensable para entenderlo como pasible de causar algún efecto sobre el honor o la reputación de manera tal que justifique una intervención legal.

La calumnia, por un lado, es la atribución falsa de hechos. Como son expresiones que pueden ser constatadas y son susceptibles a una verificación, se exigirá a los emisores un mínimo de cuidado en investigar la veracidad de esas afirmaciones. Como elemento diferenciador, entonces, tendríamos que en el caso de la injuria, esta consiste en expresiones subjetivas que pueden ser dañinas del honor o la reputación, pero respecto de las cuales no es posible exigirle al emisor algún tipo de diligencia de corroboración, pues su manifestación se basa en valoraciones subjetivas, no contrastables. Hace sentido, entonces, que debido a la distinta naturaleza de estas expresiones, estas se distingan en dos supuestos separados.

Con respecto a la injuria encubierta, su incorporación tampoco es pertinente ni adecuada para la tutela del derecho al honor, pues no existe una relación idónea entre lo que se restringe y lo que se busca salvaguardar. De acuerdo con el Código Penal actual, el artículo 136²⁹ regula el supuesto de la injuria encubierta, pero no se desprende del texto qué situaciones encajan en este tipo penal. La mención que hace la legislación es a las consecuencias de un querellado que se rehúsa a dar explicaciones en juicio. La legislación no es clara en establecer cuándo un agente estaría obligado a dar explicaciones sobre sus expresiones y cuándo estas expresiones serían una injuria encubierta. En este aspecto, el Proyecto de Ley cae en los mismos errores que la legislación actual y la tipificación de esa conducta es insuficiente.

A partir de una revisión de la jurisprudencia nacional, se verifica que los tribunales han desarrollado el alcance de este tipo penal. El Exp. N° 58-93 de la Sala Penal de Piura estableció que “debe absolverse al procesado si de las publicaciones no aparece que se hubiera hecho alusión expresa al denunciante. Si bien se hace mención a ‘el abogado’, tal comentario no perjudica su honor o reputación para configurar el delito de calumnia o injuria”. Es decir, aparentemente la injuria encubierta sería una expresión que no está dirigida a un sujeto determinado, pero a partir de las características que utilice el emisor, en algunos casos el afectado puede ser determinable. Bajo esa premisa, en caso el querellado no rinda explicaciones en juicio sobre a quién estaban referidas sus afirmaciones, se les dará valor a

²⁹ Código Penal del Perú

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

estas de injuria encubierta.

La configuración del supuesto infractor es controversial y poco práctica. En primer lugar, porque este supuesto de hecho no se desprende de la misma tipificación que ha recibido en la legislación ni en el Proyecto de Ley. Esta imprecisión genera impredecibilidad. En segundo lugar, no es necesario que un supuesto castigue a las expresiones que afecten a un sujeto determinable. La misma tipificación de la injuria y calumnia debería ser suficiente para cubrir estos supuestos y proteger a los agraviados por alusión implícita.

Finalmente, si es que de la misma lectura e interpretación de lo dicho por el emisor no se puede desprender con certeza a quién se refiere, no podría existir un daño al honor o reputación. Como bien menciona la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “la protección de la reputación de terceros innominados no responde a una necesidad social imperiosa”³⁰.

A partir de lo analizado, solo importarán y serán útiles para el ordenamiento jurídico la injuria y la calumnia, como supuestos adecuadamente tipificados. Esta elección es compatible con otros ordenamientos jurídicos como el uruguayo y el argentino. Como se mencionó anteriormente, se añadirá el factor de publicidad dentro de estas expresiones como elemento constitutivo de la conducta típica. Ambas conductas serán analizadas en los siguientes sub acápite.

2.1. Calumnia

El Proyecto de Ley define a la calumnia de esta forma:

3.2 Calumnia: Atribuir falsamente a otro un delito.

(Énfasis añadido).

Estas manifestaciones van a ser entendidas como las expresiones objetivas que imputan a otro sujeto un delito o una conducta. Son susceptibles de verificación, ya que están basadas en hechos pasibles de comprobación. El supuesto solo incluye a aquellas manifestaciones que sean falsas y que, por ende, podrían menoscabar el honor de las personas.

El sujeto activo de la infracción puede ser una persona natural o jurídica. Lo más común es que este tipo de expresiones sean realizadas por una persona natural. Sin embargo, puede darse el supuesto en el que una empresa o un medio de comunicación emita un comunicado, difunda una noticia o, en general, se exprese a nivel institucional, y potencialmente difunda información falsa o inexacta, y que no haya cumplido con los estándares de diligencia a los que se aludirá más adelante. Por otro lado, el sujeto pasivo también podría ser una persona natural o jurídica.

En cuanto a la conducta típica, el Proyecto de Ley, al igual que el Código Penal peruano vigente, define a la figura de la calumnia como la conducta de aquel que atribuye falsamente a otro un delito. Se trataría, en principio, de una descripción objetiva, pues para incurrir en este supuesto se necesitaría de la verificación de la falsedad de la expresión. Sin embargo, la redacción de esta norma podría traer consigo una serie de problemas para la libertad de expresión y, en especial, para la labor periodística.

³⁰ Alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Canese vs. Paraguay. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia recaída en el caso Canese vs. Paraguay, 31 de agosto de 2004, página 50.

Al establecerse como estándar de licitud que la información divulgada no sea falsa, se podría terminar censurando afirmaciones que no resulten verdaderas, pero que se difundan luego de haber pasado por un filtro de verificación antes de su publicación. A pesar de los esfuerzos que se pueden realizar para que la información que se exponga sea lo más cercana a la realidad, siempre existen márgenes de error. Obligar a que la información que sea difundida sea equivalente a una verdad absoluta podría generar que, ante la duda sobre esta infalibilidad, el emisor deje de exponer públicamente información que podría ser relevante, bajo el temor de ser castigado. Por ello, es pertinente añadir que para la comisión de una calumnia, el infractor debe haber actuado con malicia o negligencia, es decir, sabía de la falsedad de su afirmación o no tuvo diligencia para corroborar el tenor de sus expresiones.

Estos estándares (falta de diligencia y malicia) son coherentes con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, aprobado por Pleno Jurisdiccional de las Sales Penales Permanente y Transitorias. Como bien señala la Corte Suprema:

(...) no se protegerán a quienes defrauden el derecho de todos a recibir información veraz y actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado. Este comportamiento irresponsable se manifiesta al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas. Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos [diligencia mínima] o, en todo caso, acreditarse la malicia del informador³¹.

Por otro lado, es conveniente regular, además de la atribución de conductas delictivas, las imputaciones que puede realizar públicamente una persona de faltas o meras conductas en tanto sean falsas. Si la regulación se restringiera solo a castigar la atribución de delitos, quedarían exentas las expresiones que también podrían menoscabar significativamente el honor y reputación de las personas por atribuirles hechos falsos. Si bien la sociedad en su conjunto repudia en un nivel mayor la comisión de delitos, la consumación de faltas, infracciones administrativas o cualquier otra acción que pudiera ser cuestionable o reprochable socialmente, podría afectar la percepción que terceros tienen de ese agente. Piénsese, por ejemplo, en la imputación falsa que realiza una persona contra un congresista, alegando que nunca asistió a las sesiones de las comisiones parlamentarias, o en la atribución contra un chofer profesional de que tiene un gran número de papeletas impagas. Estas imputaciones, aunque no son delictivas, podrían menoscabar la reputación de los agraviados.

Tomando como ejemplo la legislación uruguaya, apreciamos que esta tipifica solo dos conductas contra el honor: la difamación y la injuria. La “difamación” que regula Uruguay es en realidad equivalente a la “calumnia” en los términos desarrollados en este informe, pues castigan los mismos supuestos de hecho (atribuciones falsas). Asimismo, reconocen como castigables la imputación de faltas menores y no solo de delitos, como se propone en este informe. Además, en el año 2009, el Congreso uruguayo aprobó la Ley 18.515 para despenalizar la difamación en el contexto de la información y opiniones sobre asuntos de interés público o relacionados con figuras o funcionarios de este campo, salvo que se

³¹ Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de 2006, fundamento 12.

puebe que el emisor actuó con real malicia o hubiera tenido la intención de ofender la privacidad de tales personas.

2.2. Injuria

El Proyecto de Ley define a la injuria de esta forma:

3.1 Injuria: Ofensa o ultraje a una persona con palabras, gestos o vías de hecho.

(Énfasis añadido).

Por injuria nos referimos a las expresiones de índole subjetiva. El carácter subjetivo se debe a que se tratan de opiniones y juicios valorativos formados internamente. Así como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Kimel vs. Argentina*: “[e]n principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor”³². Es precisamente por ello que, a diferencia de las expresiones objetivas, estas no podrán ser verificables o constatadas en base a datos.

Tanto el sujeto activo como pasivo de la infracción pueden ser una persona natural o jurídica.

El Proyecto de Ley, sin embargo, reitera algunos de los errores del Código Penal peruano vigente, al estipular que comete injuria quien ofende a través de palabras, gestos o vías de hecho; por lo que sería pertinente definir estas tres categorías. Las palabras son aquellas unidades lingüísticas dotadas de significado³³ utilizadas en los discursos, tanto orales como escritos. Por otro lado, los gestos son formas expresivas que no incluyen el uso de palabras, sino que se basan en movimientos de alguna parte del cuerpo de quien los produce³⁴. Finalmente, las vías de hecho pueden tener distintas acepciones, aunque su falta de definición genera un problema de incertidumbre. Es más fácil comprender la manera en que las palabras y gestos podrían ofender el honor o reputación de alguien, ya que aquellos exteriorizan la opinión del emisor y esta puede consistir, por ejemplo, en un insulto; sin embargo, no resulta tan claro cómo es que una vía de hecho entraría dentro del campo de las expresiones, y por ende, castigadas cuando sean injuriosas.

Un segundo problema que salta a la vista es que la redacción de la norma no regula un supuesto de hecho (conducta), sino un resultado. Al tipificar a la injuria como “la ofensa o ultraje” no se está contemplando cómo es que estas acciones se configurarían. Bajo la tipificación propuesta, no se establecen parámetros que permitan identificar cuándo una expresión subjetiva ofende o ultraja a través de palabras, gestos o vías de hecho. La presencia de este vacío crea un amplio espacio de arbitrariedad en donde el juzgador llenará el contenido de estos supuestos en base a su propio parecer y sentir. En consecuencia, el emisor estará sujeto a lo que cada juzgador en su fuero interno considere como ofensivo o ultrajante.

Si bien establecer los criterios que logren objetivizar por completo a la injuria es una labor

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia recaída en el caso *Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, fundamento 93.

³³ Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=RUI938s> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

³⁴ Real Academia Española. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=JARGBj1> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

complicada, se puede dotar de ciertas características a estas expresiones para que sea más sencilla su identificación como opinión injuriosa. Estos elementos podrían ser el carácter insultante de la expresión y la proporcionalidad entre la libertad de expresión y el nivel de afectación al honor y reputación.

Con relación al primer elemento, los insultos podrían calificar, en principio, como injuria, por lo que el emisor tendría más certeza acerca de cuándo una expresión subjetiva podría ser ilícita por injuriosa. Sin embargo, se tendrá que tener en cuenta el contexto en que estas expresiones se profieren para confirmar que estén desprovistas de fundamento y que el uso de palabras en principio insultantes no responda a la manifestación de alguna crítica o argumentación. Así, solo serán limitadas aquellas opiniones o juicios de valor que utilicen insultos para menoscabar innecesariamente el honor y reputación de otro. De este modo, cuando el juzgador se encuentre frente a una opinión o juicio de valor, sabrá descartar en primer plano a aquellas que no hayan utilizado insultos. Luego, podrá analizar si estas expresiones que contienen insultos forman parte de una construcción argumentativa o crítica, y considerar la proporcionalidad de estas expresiones frente al derecho al honor y la reputación.

Respecto a la proporcionalidad, esta se presenta como una alerta al juzgador para que no califique de plano cualquier opinión insultante u ofensiva como injuriosa, sino que realice un análisis de proporcionalidad de los derechos en conflicto (libertad de expresión y honor o reputación). Sobre este punto, cabe recordar lo desarrollado por la Corte Suprema en el ya citado Acuerdo Plenario:

(...) el análisis [de proporcionalidad] está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas –deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe –sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige³⁵.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina*, en donde se admite la limitación a la libertad de expresión solo cuando i) la restricción está prevista en la ley, ii) persiga objetivos imperiosos para la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, iii) sea necesaria y proporcional en una sociedad democrática. De acuerdo con el último nivel de evaluación, “se considera si la restricción resulta estrictamente desmedida frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado”³⁶. En otras palabras, los jueces deberán evaluar si es que el nivel de afectación del derecho de libertad de expresión es menor o mayor al nivel de satisfacción de protección de derecho al honor. Así, se tomará en cuenta el contexto en que se formularon las expresiones, el uso del lenguaje, el interés público que puede estar detrás, entre otros elementos.

3. ¿Qué expresiones deben estar exentas de sanción?

³⁵ Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de 2006, fundamento 13.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia recaída en el caso *Kimel vs. Argentina*, 2 de mayo de 2008, fundamento 83.

El Proyecto de Ley regula en el artículo 4 los supuestos de atipicidad, es decir, aquellas conductas que potencialmente podrían calificar dentro del tipo de injuria o calumnia, pero que deben quedar exentas de algún tipo de reproche debido a los beneficios que genera para la sociedad en conjunto la difusión de ciertas ideas o afirmaciones.

El propósito de la atipicidad es generar seguridad para las personas de que no serán cuestionadas en estos supuestos de ejercicio de sus libertades de expresión e información. Al mismo tiempo, se busca dar un mensaje claro a los jueces, de modo tal que se garantice las libertades de las personas incluso en caso que fueran demandados.

En esta sección analizaremos los supuestos de atipicidad propuestos en el Proyecto de Ley, así como otros que resultan pertinentes. Asimismo, se examinará la prueba de la verdad, incluida en el artículo 14 del Proyecto, la cual constituye una alternativa disponible para el presunto infractor para defender el ejercicio de su libertad de expresión cuando sea cuestionado por el supuesto ofendido.

3.1. Los supuestos atípicos en el Proyecto de Ley

3.1.1. Conductas neutrales, entendiéndose aquellas que se limitan a reproducir otras publicaciones o discursos, cuando ello esté debidamente señalado (inciso 1)

Este inciso hace referencia a las situaciones en las que la información difundida por una persona corresponde a afirmaciones inicialmente proferidas por un tercero. En este tipo de casos resulta aplicable la doctrina del reporte neutral o reporte fiel.

Según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el reporte neutral se define como la posibilidad de eximir de responsabilidad a aquel que transmite una noticia y se limita a reproducir declaraciones o información emitidas por un tercero³⁷. La Corte IDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en esta materia en el asunto Herrera Ulloa vs. Costa Rica. En dicho caso, se publicaron en el periódico "La Nación" diversos artículos que fueron escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, cuyo contenido consistía en la reproducción parcial de información previamente publicada por la prensa de Bélgica. Esta le atribuía al diplomático *ad honorem* de Costa Rica, Félix Przedborski, la comisión de graves ilícitos. El Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José impuso una pena a Herrera Ulloa supuestamente por cometer el delito de difamación y además el pago de una indemnización resarcitoria por los daños morales causados. La Corte IDH, sin embargo, resolvió en el 2004 que dicha sentencia dictada por el Estado de Costa Rica violaba las libertades de pensamiento y expresión de Herrera Ulloa, consagradas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, puesto que Herrera Ulloa "se limitó básicamente a la reproducción de estas informaciones que atañían, como se ha dicho, a la conducta de un funcionario público en el extranjero"³⁸.

En el Perú, la Corte Suprema de Justicia también ha admitido la doctrina del reporte fiel o neutral en el Acuerdo Plenario N° 3-2006:

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 2012. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Jurisprudencia nacional en materia de libertad de expresión). OEA/Ser.L/V/II.147

Doc.1. 5 de marzo de 2013, párrafo 113.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia recaída en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, fundamento 131.

Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona -debidamente identificada que lo proporciona [a éste se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico³⁹.

En suma, cuando la afirmación propalada se basa fielmente en aquello que ha sido afirmado por un tercero, se estará ante un ejercicio legítimo de la libertad de información, no sancionable, y en el que no se le podrá exigir al emisor la corroboración de la veracidad del contenido de lo señalado por el tercero.

En consecuencia, resulta apropiada la inclusión del mencionado supuesto de atipicidad.

3.1.2. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Ministerio Público o Jueces (inciso 2)

En el derecho comparado, el caso de las ofensas proferidas en el marco de un proceso como supuesto de atipicidad tiene dos vertientes: (i) expresiones proferidas por las partes; y, (ii) expresiones proferidas por los fiscales o jueces, en el marco de su función.

Sobre las expresiones de las partes, el artículo 115 del Código Penal argentino⁴⁰ incluye expresamente este supuesto de atipicidad al buscarse, principalmente, el resguardo del derecho de defensa en juicio, “permitiendo que los actores no se vean limitados en sus alocuciones por las posibles afectaciones a terceros”⁴¹. En esa misma línea, el Tribunal Constitucional español ha sustentado que:

(...) la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado, es decir, la especial cualidad de la libertad ejercitada en tales casos, ha de valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad el Poder Judicial, que el art. 10.2 CEDH erige en límite explícito de la libertad de expresión⁴².

El artículo 142.1 del Código Penal brasileño especifica aun más este supuesto, señalando

³⁹ Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de 2006, fundamento 12.

⁴⁰ Código Penal de Argentina

Artículo 115: Las injurias proferidas por los litigantes, apoderados o defensores, en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados a publicidad, quedarán sujetas únicamente a las correcciones disciplinarias correspondientes.

⁴¹ AGUIRRE, Eduardo y OSIO, Alejandro. (2014). *Código Penal Comentado de Acceso Libre. Calumnias e Injurias*. p. 32. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

⁴² RODRÍGUEZ, Luis (dir.) y MARTÍNEZ, Amparo (coord.). (2009). *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*. Madrid: La Ley, p. 710.

que “alcanza tanto a la ofensa oral como también a la ofensa escrita”. En particular, Masson, autor brasileño, alega que:

(...) la expresión ofensa irrogada en juicio reclama una relación procesal instaurada, ligada al ejercicio de la jurisdicción, inherente al Poder Judicial, alejándose las demás especies de procesos y procedimientos, tales como los policiales y administrativos. Las partes son el autor y el reo, así como sus asistentes y las demás personas admitidas de cualquier modo en la relación procesal, tales como el llamado a la autoría y el tercero perjudicado que recurre⁴³.

Efectivamente, la causal excluyente de ilícito persistirá incluso cuando la ofensa fuere proferida contra un tercero, en tanto estuviere relacionada con la discusión judicial.

Sobre las expresiones hechas por fiscales o jueces, el autor brasileño anteriormente citado indica, respecto de los jueces, que estos:

no podrían ser castigados o perjudicados por las opiniones que manifiesten o por el contenido de las decisiones que dicten, con el fin de protegerlos del ejercicio de su actividad regular, alejando la posibilidad de que sufran, mediante injusta intimidación representada por la instauración de procedimientos civiles o penales sin causa legítima, una inhibición indebida en cuanto a su pleno desempeño de la función jurisdiccional⁴⁴.

Así, la crítica jurisdiccional, aunque exteriorizada en términos ásperos o candentes, no revestirá calificación penal⁴⁵.

Las razones que justifican que jueces no sean castigados por las expresiones realizadas en ejercicio de sus funciones, sin embargo, son las mismas que motivarían la excepción ya prevista en el inciso 4 del mismo Proyecto de Ley, en el que, de manera general, se contempla como supuesto de atipicidad a las apreciaciones o informaciones hechas por funcionarios públicos (sin una distinción a un cargo particular) en ejercicio de sus funciones.

Por lo tanto, resulta más apropiado que el presente inciso analizado deba aplicarse únicamente a todas las partes particulares que pueden estar involucradas en un proceso (litigantes, peritos, testigos, entre otros), excluyendo a los funcionarios públicos, cuyas expresiones estarán reguladas en el inciso 4.

Finalmente, resulta apropiado ampliar el contexto en el que se pueden proferir estas expresiones, y no restringirlos únicamente a las intervenciones realizadas “ante el Ministerio Público o Jueces”, por lo que la atipicidad debería aplicar a las expresiones realizadas en cualquier proceso o procedimiento. Lo antes señalado, por supuesto, no enerva las medidas disciplinarias o responsabilidades legales de otra naturaleza derivadas de expresiones que atenten contra la veracidad o la integridad del proceso o procedimiento.

3.1.3. Críticas literarias, artísticas o científicas, así como las ejercidas conforme al

⁴³ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* (2da edición). (2014). Sao Paulo: Grupo Editorial Nacional, p.100.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal de Brasil. Querella 501/DF, 27 de abril de 1994 en MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* (2da edición). (2014). Sao Paulo: Grupo Editorial Nacional, p. 1009.

principio de derecho de crítica de las resoluciones judiciales y las amparadas por la Constitución (inciso 3)

Tanto la literatura jurídica española como brasileña coinciden en que este tipo de expresiones, emitidas en el ámbito de la crítica artística, literaria o científica, no configuran un ilícito penal. En esa línea, el artículo 142.2 del Código Penal Brasileño dispone que “no constituye injuria o difamación punible la opinión desfavorable de la crítica literaria, artística o científica, salvo cuando sea inequívoca la intención de injuriar o difamar”.

Efectivamente, señala Masson⁴⁶, “la crítica honesta y moderada de cuño literario, artístico o científico es lícita, pues es consistente con la libertad de expresión (...) sin embargo, el crimen de injuria o difamación se genera con la evidente intención de ofender la honra ajena”.

En esa misma línea, deberá entenderse que, en el libre y legítimo uso del derecho de la libertad de expresión y opinión en la modalidad de crítica, cabe también la realización y difusión de sátiras y parodias.

3.1.4. Injurias recíprocas (inciso 5)

Este supuesto de atipicidad ha sido recogido en otras jurisdicciones como Argentina, Brasil y Colombia.

En el caso de Argentina, este supuesto está recogido en el artículo 116 de su Código Penal⁴⁷, y parte de una idea de cancelación o compensación de los agravios mutuamente ocasionados, sustentado en el principio latino de “*paria delicta mutua compensatione tolluntur*”⁴⁸.

En esa misma línea, el artículo 227 del Código Penal Colombiano enuncia que “si las imputaciones o agravios a que se refieren los artículos 220, 221 y 226 fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes o calumniantes o a cualquiera de ellos”⁴⁹.

⁴⁶ MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado* (2da edición). (2014). Sao Paulo: Grupo Editorial Nacional, p. 1008.

⁴⁷ Código Penal de Argentina
Artículo 116.- Injurias recíprocas

Cuando las injurias fueren recíprocas, el tribunal podrá, según las circunstancias, declarar exentas de pena a las dos partes o a alguna de ellas.

⁴⁸ Traducido libremente como: “Ambas partes, de encontrarse en falta, compensan sus daños”.

⁴⁹ Código Penal de Colombia

Art. 220.- Injuria

El que haga a otra persona imputaciones deshonorosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 221.- Calumnia

El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Art. 226.- Injuria por vías de hecho

En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona.

Este razonamiento es incluido también en el artículo 140 del Código Penal brasileño, cuando se dispone que “el juez pueda dejar de aplicar la pena: I. cuando el ofendido, de forma reprobable, hubiera provocado directamente la injuria; II. En el caso de la retorsión inmediata, consistente en otra injuria⁵⁰”.

De esta forma, se admite que un particular, en ejercicio de su derecho a la libertad de expresión busque rebatir el daño causado por la injuria de otro sujeto, procediendo a demandar la indemnización del agravio causado por la injuria dirigida contra él, o mitigar el daño causado mediante una expresión también injuriosa. En este último caso, la defensa proferida tendría como consecuencia lógica una suerte de “consolidación” en las acciones a tomar.

3.1.5. Cuando es evidente que el infractor actúa en interés de causa pública o en defensa propia (inciso 7)

Este supuesto de atipicidad plantea el desafío de interpretar qué se entiende por el término “causa pública”.

Sobre este aspecto, comentan Rodríguez y Martínez sobre el artículo 205 del Código Penal español:

prevalecerá el derecho a la información frente al derecho al honor cuando se trate de una información de relevancia pública y social, esto es, referida a asuntos públicos de interés general, siempre que las personas implicadas tengan el carácter de personajes públicos, entre los que se incluyen las autoridades y funcionarios públicos⁵¹.

Así, el criterio para definir la relevancia pública, según el Tribunal Constitucional español, radica en la referencia a “asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública”, así como que los involucrados tengan el carácter de personaje público o con notoriedad pública⁵².

En Argentina, por otro lado, se considera expresamente y de manera un poco más amplia que los asuntos de interés público -así como las expresiones realizadas de manera no asertiva. no configuran un ilícito penal. Ello tendría sustento, arguyen Aguirre y Osio, en el objetivo de “garantizar el debate político y un escrutinio permanente sobre cuestiones que hacen al interés público (...), [sin embargo], podría achacar cierta imprecisión a este tramo

⁵⁰ Traducción libre de Código Penal de Brasil.

⁵¹ RODRÍGUEZ, Luis (dir.) y MARTÍNEZ, Amparo (coord.). (2009). *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*. Madrid: La Ley, p. 707.

⁵² “Por lo que respecta al segundo de los requisitos generales establecidos por la jurisprudencia de este Tribunal en la colisión de los derechos que venimos abordando, ha de tomarse en consideración la trascendencia pública, o no, de la noticia difundida. Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero). Asimismo, como hemos recordado recientemente (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3), el criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7)”. En: Tribunal Constitucional de España. Sentencia N° 136/2004, 13 de setiembre de 2004, fundamento jurídico 5.

de la norma (...) ya que debería existir algún parámetro que (...) establezca la forma en que se construye y determina la connotación del interés público aludido por la norma”⁵³.

Las legislaciones citadas refieren a maneras distintas de comprender y sustentar la causal de excepción penal por referir a temas de interés público, por lo que resultaría apropiado aproximarse a una descripción más detallada, como la legislación española, para definir qué puede considerarse como un asunto de interés público, que incluye razones tanto por la materia como por los personajes involucrados.

Sin perjuicio de lo desarrollado en los párrafos precedentes, es de suma relevancia comentar que la causal de exclusión por interés público requiere no solo la confluencia de (i) asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, y (ii) que los involucrados tengan el carácter de personaje público o con notoriedad pública, sino que los comentarios proferidos en dirección a estos guarden relación con los ámbitos en que estos se desenvuelven, no admitiendo extrapolarlo a situaciones distintas.

Adicionalmente, debe mencionarse que el presente inciso únicamente aplica respecto de las injurias que pudiere proferirse para los personajes públicos o de notoriedad pública, en tanto estas son subjetivas y no sujetas a corroboración, a diferencia del caso de las calumnias en las que no se podría justificar un interés público para difundir afirmación falsa como causal de atipicidad.

Ahora bien, respecto de la causal relativa a la “defensa propia”, consideramos que esta ya se encuentra incluida dentro del supuesto de atipicidad previsto en el inciso 5 sobre las injurias recíprocas, pues de otra forma, no se concibe otro caso en el que se pueda eximir de responsabilidad al emisor una afirmación calumniosa o expresión injuriosa en tutela de sus propios intereses.

3.1.6. Los funcionarios públicos en las conductas atípicas (incisos 4 y 6)

El Proyecto de Ley menciona dos supuestos de conductas atípicas que involucran a los funcionarios públicos, por expresiones realizadas por ellos o sobre ellos, siempre en el marco del ejercicio de sus funciones.

A continuación, se analizarán ambas situaciones:

A) Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario o servidor público en cumplimiento de sus funciones (inciso 4)

Este caso de atipicidad es relevante en las situaciones en que un funcionario público afecte el honor de otra persona por dar cumplimiento al ejercicio de sus funciones. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un fiscal que emite un requerimiento o realiza una imputación en la que califica a un individuo como presunto autor o cómplice de un delito. Pretender castigar a un fiscal por proferir oralmente o por escrito expresiones en las que realiza estas calificaciones limitarían desproporcionadamente su función.

B) Cuando se refieren a un funcionario público y los hechos, cualidades o conductas

⁵³ AGUIRRE, Eduardo y OSIO, Alejandro. (2014). *Código Penal Comentado de Acceso Libre. Calumnias e Injurias*. p. 9. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

atribuidas se refieren al ejercicio de sus funciones (inciso 6)

La importancia de dejar exenta de responsabilidad a las expresiones injuriosas sobre funcionarios recae en el interés público que existe por su labor, la cual debe estar sujeta a escrutinio constante por parte de la sociedad.

Sin embargo, es menester recalcar que estas expresiones deben ser estrictamente por actividades que realicen en el marco de sus funciones, es decir, tal como lo indica Peña Cabrera⁵⁴, se deben excluir hechos o cualidades vinculadas a la vida privada del funcionario y que no guardan relación con la función pública, o que no tengan una relevancia política o social, porque estaríamos vulnerando la esfera privada de la persona y su derecho a la intimidad, que va más allá de sus labores diarias.

Asimismo, aunque el Proyecto de Ley no lo menciona, creemos que es importante que el inciso 6, sobre conductas infractoras al honor de funcionarios públicos, se extienda también para el caso de las instituciones públicas, ya que las expresiones que se puedan proferir acerca de estas también responden al interés público que existe por su adecuado funcionamiento.

3.1.7. Evaluaciones profesionales desfavorables (nuevo inciso)

En adición a los supuestos de atipicidad ya previstos en el Proyecto de Ley, consideramos pertinente la inclusión de este supuesto que se presenta cuando una persona en el ámbito laboral, profesional o comercial, realiza una evaluación del desempeño de otra persona. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando un empleador, en ejercicio de sus potestades de dirección y fiscalización, realiza evaluaciones al desempeño a los trabajadores. También podría darse cuando un experto es convocado para dar opinión sobre la labor realizada por otra persona.

En síntesis, se trata de todos los supuestos en los que las opiniones profesionales responden a un objetivo laboral, comercial o profesional y como tales, no deberían ser objeto de enjuiciamiento por presunta afectación al honor o reputación.

3.2. Sobre la prueba de la verdad (o *exceptio veritatis*) establecido en el artículo 14 del Proyecto de Ley

La prueba de la verdad es una figura legal ya recogida por nuestra legislación penal vigente y también contemplada en el artículo 14 del Proyecto de Ley. Esta herramienta prioriza la búsqueda de la verdad de los hechos que alega una persona sobre otra, y puede llegar a anteponerse a la vulneración del honor o reputación del ofendido, en caso se verificase la verdad de la afirmación presuntamente agravante⁵⁵. Asimismo, dado que se busca esclarecer la veracidad de lo afirmado, esta prueba solo podrá ser aplicada respecto de afirmaciones objetivas.

Según el Proyecto de Ley, “en los casos de difamación, el infractor quedará exento de sanción si prueba la verdad de sus afirmaciones en los siguientes casos: (i) cuando por los hechos atribuidos está aún abierto un proceso penal contra el agraviado; (ii) cuando el agraviado solicita formalmente que el proceso se siga hasta establecer la verdad o falsedad

⁵⁴ PEÑA CABRERA, Alonso. (2018). *Delitos contra el honor: conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión* (3ra edición). Lima: Gaceta Jurídica.

⁵⁵ PEÑA CABRERA, Alonso. (2018). *Delitos contra el honor: conflicto con los derechos a la información y libertad de expresión* (3ra edición). Lima: Gaceta Jurídica.

de los hechos o de la cualidad o conducta que se le haya atribuido”.

La propuesta brindada en el Proyecto de Ley encuentra muchas similitudes con lo dispuesto en el Código Penal costarricense⁵⁶ y el argentino⁵⁷. En referencia a esta figura, Zavala de Gonzáles señala que:

*(...) la viabilidad genérica de la prueba de la verdad de imputaciones delictivas se funda en el interés social prevaleciente en perseguir a los autores de delitos. (...) La protección jurídica del honor no puede llegar más lejos de lo que el titular mismo lo exija. Con tal que no se perjudiquen prerrogativas o secretos ajenos, el interés general no resulta comprometido permitiendo al afectado satisfacer su deseo de ventilar la realidad de las atribuciones ofensivas y procurar con ello una defensa más eficaz de su prestigio. El pedido de prueba de la verdad implica renuncia al derecho de reclamar tutela del honor desde el punto de vista abstracto que se brinda como regla (...)*⁵⁸.

A pesar de la presencia de esta figura en el derecho comparado y su utilidad en caso el infractor busque exonerarse de los cargos que se le imputan, creemos que el artículo 14 del Proyecto de Ley presenta algunos problemas.

Como se mencionó, la prueba de la verdad es una herramienta que se le debe proporcionar al presunto infractor para defender lo que ha expresado. No obstante, se aprecia que ambos supuestos de exoneración previstos en el artículo 14 del Proyecto de Ley están supeditados a la apertura de un proceso judicial, que no depende de la voluntad del emisor de la afirmación potencialmente calumniosa, sino del presunto agraviado. Es decir, el emisor de la afirmación no podría alegar la prueba de la verdad en todos los casos, limitando su derecho de defensa.

Por otra parte, tal como está configurada la defensa en el Proyecto de Ley, solo podría lograrse la exención de responsabilidad si el presunto infractor “prueba la verdad de sus afirmaciones”. Al respecto, la Corte IDH en el ya comentado caso de Herrera Ulloa vs. Costa Rica, concluyó que no se podía exigir la probanza de la verdad absoluta de los hechos, sino

⁵⁶ Código Penal de Costa Rica

Artículo 149°.- El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación:

1. Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y
2. Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas.

El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular.

⁵⁷ Código Penal de Argentina

Artículo 111. - El acusado de injuria, en los casos en los que las expresiones de ningún modo estén vinculadas con asuntos de interés público, no podrá probar la verdad de la imputación salvo en los casos siguientes:

1. Si el hecho atribuido a la persona ofendida, hubiere dado lugar a un proceso penal.
2. Si el querellante pidiera la prueba de la imputación dirigida contra él. En estos casos, si se probare la verdad de las imputaciones, el acusado quedará exento de pena.

⁵⁸ ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde (2011). *Prueba de la verdad de injurias o calumnias*. Disponible en: <ftp://ftp.justiciachaco.gov.ar/biblioteca/calumnias%20e%20injurias%20-%20querrela/doctrina/zavala%20de%20gonzalez%20-%20prueba%20de%20la%20verdad%20de%20injurias%20o%20calumnias.doc> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

una adecuada diligencia en la labor de verificación de los mismos. Para la Corte IDH la exigencia de probar la verdad “conlleva una restricción incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”⁵⁹.

El profesor colombiano Germán Suárez indica que, siguiendo con lo resuelto por la Corte IDH, la prueba debe descartar la verificación de los hechos, porque esto presenta una gran limitación al derecho de la libre expresión, y que, por el contrario, se debe proponer otros estándares por el que la prueba de la verdad debe analizarse. El autor continúa planteando que:

*(...) el parámetro desde el cual debe medirse la veracidad del hecho no puede ser la verdad absoluta, que a veces es de imposible demostración, sino la verdad periodística que surge del estricto cumplimiento de los deberes de diligencia, cuidado, oportunidad, contrastación y verificación de los hechos por parte del periodista*⁶⁰.

En esa línea, consideramos que la llamada “prueba de la verdad” no debe restringirse a la prueba de los hechos, sino a la prueba de las acciones para intentar corroborar tales hechos. Este estándar ha sido recogido en el Acuerdo Plenario N° 3-2006⁶¹, sobre delitos contra el honor personal y el derecho constitucional a la libertad de expresión e información. Citando diversa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con este tema, el Acuerdo Plenario precisa que:

*(...) el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones -incluye apreciaciones y juicios de valor- y, tratándose de hecho difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes*⁶².

Continúa el Acuerdo Plenario señalando que:

*(...) se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia número 6712-2005-HC/TC, del 17 de octubre de 2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información]*⁶³.

⁵⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia recaída en el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2 de julio de 2004, fundamentos 132 y 133.

⁶⁰ SUÁREZ, Germán. (2006). *Hacia un nuevo tratamiento de la prueba de la verdad*. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=64900210> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

⁶¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de 2006.

⁶² Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de 2006, fundamento 12.

⁶³ Corte Suprema de Justicia del Perú. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116. Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión y de información, 13 de octubre de

Por todo lo anterior, se debe entender que el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la comprobación razonable de la fiabilidad de la información que se da o de la fuente de donde se obtiene. Solo entendiendo a la *exceptio veritatis* de acuerdo a la pauta que marcó el Acuerdo Plenario y el Tribunal Constitucional, es que encontraremos que esta figura será verdaderamente útil para la defensa del derecho a la libertad de información del infractor.

De esta forma, además, se compatibiliza la redacción del artículo 14 del Proyecto de Ley con la del artículo 3 del Proyecto de Ley que define a la calumnia como la difusión de información falsa, a sabiendas de su falsedad o actuando negligentemente. En sentido opuesto, entonces, el presunto infractor podrá exonerarse de sanción en virtud de la prueba de la verdad cuando demuestre que la información difundida es cierta o que actuó con diligencia para intentar corroborar su veracidad.

4. La tutela del derecho al honor y la reputación

El derecho al honor y la reputación, como todo derecho fundamental, debe ser respetado y garantizado de forma efectiva y proporcional. Así, habida cuenta de la propuesta de despenalización de las afectaciones al honor y a la reputación, aún se pueden hallar hasta tres mecanismos de protección alternativos a la sanción penal, que son usualmente aplicados a nivel internacional: el proceso de rectificación, la responsabilidad civil extracontractual, y la imposición de multas. Con este conjunto de herramientas empleados adecuadamente, consideramos que se logrará una adecuada defensa del derecho al honor y la reputación, y al mismo tiempo, se desincentivará el ejercicio abusivo o negligente de las libertades informativas sin necesidad de recurrir a la sanción penal.

Los capítulos II y III del Proyecto de Ley regulan dos posibles remedios frente a la afectación al derecho al honor y reputación. El capítulo II desarrolla el proceso de rectificación, tanto en una fase pre-judicial como en la etapa judicial, mientras que el capítulo III regula un proceso sancionador en sede judicial, el cual operaría “sin perjuicio de la indemnización solicitada por el agraviado”⁶⁴.

El proceso de rectificación brinda una protección efectiva y rápida al potencial afectado, no sujeta a la probanza del daño como sí resultará exigible en los casos de demandas de indemnización, las cuales también están amparadas por el Proyecto de Ley.

El circunscribir la tutela del honor y la reputación a la vía civil no debería preocupar, pues este puede ser un desincentivo y correctivo apropiado frente al abuso de la libertad de expresión, tanto por los costos que demanda invertir en estos procesos como por las eventuales indemnizaciones que se tendrían que pagar, conforme lo demuestra el estudio de Hansen y Moore⁶⁵. Además, la sola rectificación funciona como un fuerte desincentivo, en

2006, fundamento 12.

⁶⁴ Proyecto de Ley N° 4184/2018-CR.

Artículo 11: Multas Aplicables

Sin perjuicio de la indemnización solicitada por el agraviado, el Juez podrá imponer las siguientes multas:

11.1. Injuria: de 1 a 5 UIT

11.2. Calumnia: de 3 a 8 UIT

11.3. Difamación: de 5 a 10 UIT

11.4. Difamación o injuria encubierta o equívoca: de 1 a 4 UIT

⁶⁵ HANSEN, Elizabeth y ROY, Moore. (1990). Chilling the messenger: Impact of libel on community newspapers, *Newspapers Research Journal*, volumen 11, número 2, pp. 86-99. doi: <https://doi.org/>

especial, para personas que requieren de su prestigio y credibilidad en la comunicación como herramienta de trabajo⁶⁶.

El proceso de rectificación está consagrado por el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como un remedio a la afectación del derecho al honor y reputación frente a las afirmaciones falsas o inexactas⁶⁷. Es, además, un procedimiento de derecho civil reconocido ampliamente a nivel regional, a pesar de que su desarrollo procesal en algunas jurisdicciones no haya sido enmarcado por normas específicas, como en el caso de Ecuador⁶⁸ y Colombia⁶⁹.

El Proyecto de Ley propone una serie de cambios a la actual Ley N° 26775, que establece el derecho de rectificación. Dichos cambios, como se desprende de su Exposición de Motivos, son inspirados en las recomendaciones de la Corte IDH respecto de la protección del derecho a la libertad de expresión e información garantizando, paralelamente, el derecho al honor y la reputación.

4.1. El Derecho de rectificación y respuesta

El artículo 5 del Proyecto de Ley regula el derecho de rectificación y respuesta en los siguientes términos:

Artículo 5.- Derecho de Rectificación

Toda persona física o jurídica, en mérito de lo consagrado en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, puede solicitar ante el Juez Competente la rectificación o respuesta a una publicación en un medio de comunicación público que considere le haya afectado con informaciones inexactas o agraviantes, sin perjuicio de la responsabilidad civil que de ello pueda derivar.

La propuesta legislativa analizada trae como consecuencia la posibilidad de solicitar el derecho de réplica o respuesta en el mismo modo y oportunidad que la rectificación. Este es un avance importante en comparación a lo dispuesto por la ley vigente de rectificación en el Perú, que solo hace alusión y regula la rectificación.

org/10.1177/073953299001100208

⁶⁶ TEJEDOR, Santiago. (2008). *Ciberperiodismo y universidad: diagnósticos y retos de la enseñanza del periodismo on-line. Análisis: quaderns de comunicació i cultura*, número 36, pp. 25-39; y, Sánchez-Taberner, A. (2006). *Gestión de medios: Periodistas en la cuerda floja. Cuadernos. info*, número 19.

⁶⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

⁶⁸ En Ecuador, el daño generado por la difusión de información falsa o inexacta debe ser resarcido a través de un proceso civil de indemnización por daño moral, según lo dispuesto por el Artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano.

⁶⁹ Para poner en marcha el procedimiento de rectificación, en Colombia se aplican leyes especiales de acuerdo a la naturaleza del medio difusor de la afirmación falsa o inexacta, como la Ley de Prensa o la Ley 1341 sobre Servicios de Telecomunicaciones. No existe un proceso de rectificación estándar ni una ley específica que reglamente su desarrollo.

Respecto al derecho de réplica, el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que el afectado por la difusión de información inexacta o falsa tendrá el derecho a pedir la rectificación o a garantizársele la réplica a la misma.

El primer país en legislar respecto de ambos derechos fue Francia, a través del artículo 11 de la Ley de 25 de marzo de 1822⁷⁰, y los consagra como armas de defensa contra los ataques de la prensa, el medio para precisar la información divulgada y refutar los errores que esta contenía. En Colombia, el derecho a la rectificación se encuentra recogido en el Artículo 20 de la Constitución Política de Colombia de 1991, aplicable a todo ciudadano; mientras que el derecho a la réplica, positivizado en el Artículo 119, solo rige para representantes del Estado frente a partidos políticos opositores cuando ejerzan su función crítica. No obstante, del desarrollo legislativo en Colombia, parece desprenderse que no existe real distinción entre ambos derechos, ya que las normas que regulan la rectificación⁷¹ hacen alusión a “las rectificaciones o aclaraciones que se dirijan por particulares, funcionarios públicos, corporaciones o entidades (...)”, de donde se desprende que a través de las aclaraciones se puede ejercer el derecho de réplica⁷². Esta misma alternativa es la que el Proyecto de Ley parecería recoger.

En México, a partir de la reforma constitucional del 2007, se reconoce al derecho de réplica como un derecho fundamental. La vigente Ley sobre Delitos de Imprenta (1917)⁷³, en su Artículo 27, detalla que:

Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se les hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportazgos o entrevistas (...) que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo en que se contenga la alusión que se contesta, tratándose de autoridades, o del doble tratándose de particulares (...).

Volviendo al caso peruano, el artículo 5 del Proyecto de Ley no desarrolla adecuadamente el supuesto de hecho ni el sujeto pasivo de una solicitud de rectificación o réplica.

Respecto del primer punto, resultaría necesario precisar que no toda difusión o publicación de información agravante daría lugar a un derecho de rectificación, sino solo aquella información objetiva, es decir, que pueda ser verificable y que pueda ser corregida. Ello pues como advierte Palma Fernández, “constituye el objeto de rectificación los hechos que se consideren contrarios a la verdad, pero no las opiniones, juicios o valoraciones subjetivas, debiendo limitarse la rectificación a los hechos de la información que se desea corregir”⁷⁴. De esta forma, solo en los eventuales casos de calumnia –en tanto suponen la difusión de

⁷⁰ ROZAS, Alejandro. (2011). *¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica? Derecho Comparado de la Información*. Número 18 p. 69. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/download/33214/30178> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

⁷¹ Ley N° 182, Ley que reglamenta el servicio de televisión. (1995). Aprobada por el Congreso de la República de Colombia.

⁷² Ley N° 74, Ley sobre servicios de radiodifusión. (1966). Aprobada por el Congreso de la República de Colombia.

⁷³ ROZAS, Alejandro. (2011). *¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica? Derecho Comparado de la Información*. Número 18 p. 79. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/download/33214/30178> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

⁷⁴ Ley sobre Delitos de Imprenta modificada en el Diario Oficial Federal el 04 de noviembre de 2011.

información falsa— procedería la rectificación.

Consideramos que el mismo criterio debería aplicar para los casos de solicitudes de réplica. Si bien las expresiones subjetivas sí pueden ser objeto de respuesta, ello no necesariamente debería obligar a soportar los costos de publicación de las opiniones discordantes a quien emitió la opinión original objeto de réplica.

Y en lo que respecta al sujeto pasivo de la rectificación o réplica, el Proyecto de Ley únicamente considera las comunicaciones difundidas “en un medio de comunicación público”. Sin embargo, puede darse el caso en que la información agravante haya sido publicada o difundida por una persona sin intervención de un medio de comunicación masivo (por ejemplo, a través de redes sociales). Por ello, el Proyecto de Ley debería incluir también esta posibilidad, en cuyo caso será el emisor de la información quien deberá encargarse de difundir la rectificación o réplica por su cuenta y costo.

4.2. Publicación de la rectificación o respuesta

El artículo 8 del Proyecto de Ley establece cómo se regula el derecho de rectificación o respuesta en los siguientes términos:

Artículo 8.- Publicación de la Respuesta o Rectificación

La rectificación o respuesta será emitida en los mismos términos, extensión y plazo que la publicación considerada agravante, dentro del plazo de 72 horas. La sentencia podrá establecer criterios adicionales.

En caso de allanamiento por parte del responsable, la publicación deberá ser previamente coordinada con el agraviado a fin de asegurar su satisfacción.

La propuesta legislativa resulta adecuada en cuanto establece la obligación de que la rectificación se realice en los mismos términos y extensión que la publicación considerada agravante. Sin embargo, convendría precisar el término ‘plazo’, que entendemos debería incluir también la oportunidad (fecha), duración y frecuencia de la publicación o emisión^{75 76}.

Por otra parte, el plazo de 72 horas para efectuar la rectificación señalada en el Proyecto de Ley es incoherente con el plazo previsto en el artículo 6 del Proyecto de Ley. Finalmente, es más apropiado precisar que las condiciones de la rectificación o respuesta podrán ser distintas siempre que sean acordadas con el agraviado solicitante.

⁷⁵ “Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.” En el Artículo 1916 del Código Civil Federal de México, párrafo cuatro. Ver: Cámara de Diputados de los Estados Unidos Mexicanos. “Código Civil Federal”. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf.htm> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

⁷⁶ La Constitución de Colombia, en su Artículo 20, señala que la rectificación tendrá sentido al cumplirse con dos principios: equidad e inmediatez. En ROSAS MARTINEZ, Alejandro, (2011), p. 75. *¿Derecho de rectificación, derecho de respuesta o derecho de réplica?*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/decoin/article/download/33214/30178> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

4.3. Relación entre la rectificación pre-judicial y la rectificación judicial

El Proyecto de Ley regula dos tipos de procesos o procedimientos para la rectificación en los siguientes artículos:

Artículo 6.- Procedimiento administrativo

La persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y a falta de éste a quien haga sus veces, dentro de los tres días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.

El medio de comunicación deberá responder la solicitud en el plazo máximo de 48 horas, de acceder a la misma realizará la publicación rectificatoria en el plazo máximo de siete días.

Artículo 7.- Procedimiento judicial

En el caso que el medio de comunicación no realice la rectificación solicitada, el afectado o su representante puede solicitar, dentro de los 10 días posteriores, ante el Juez Competente la rectificación o respuesta.

Presentada la solicitud, el Juez dentro de las 48 horas evaluará su admisibilidad, pudiendo desestimarla si se aprecia su improcedencia.

Admitida la solicitud, en el plazo de 48 horas, el Juez citará al agraviado y a las personas señaladas como responsables de la publicación a una audiencia que se celebrará dentro de las 72 horas.

Durante la audiencia el Juez escuchará ambas partes, pudiendo el responsable de la publicación allanarse a la solicitud. En caso contrario, el Juez dictará sentencia, la que será apelable en el plazo de tres días. La audiencia será única e inaplazable. En caso de que el o los responsables no se apersonen a la audiencia, el Juez ordenará la publicación de la rectificación. En caso que el solicitante no se presente, se tendrá como desistido, no pudiendo solicitar la rectificación en un nuevo proceso.

Una persona tiene el derecho de solicitar la rectificación de la información agravante, conforme lo prevé el artículo 5 del Proyecto de Ley. La propuesta normativa, además, distingue dos etapas para ejercer este derecho, a las que llama “procedimiento administrativo” (artículo 6) y “procedimiento judicial” (artículo 7). Sin embargo, estas fases, en realidad, consisten en el pedido de rectificación que se dirige a la persona o medio que divulgó la información agravante, y el que se dirige a un juez para que dicte un mandato de rectificación. Por ello, es mejor utilizar la nomenclatura de proceso pre-judicial y proceso judicial de rectificación.

La redacción del artículo 7 del Proyecto de Ley contempla un orden de prelación o pre-requisito para iniciar la acción judicial de rectificación (“En caso que el medio de comunicación no realice la rectificación solicitada, el afectado o su representante puede solicitar, dentro de los 10 días posteriores, ante el juez competente la rectificación o respuesta”). En otras palabras, antes de iniciar el proceso judicial de rectificación, se debe haber recurrido a la vía pre-judicial. Se trata de una disposición justificada -similar a la regulación española prevista en la Ley Orgánica 2/1984⁷⁷- puesto que carecería de interés solicitar la rectificación a un juez cuando esta se podría haber logrado directamente a la

⁷⁷ Ley Orgánica 2/1984, Ley reguladora del derecho de rectificación. (1984). Aprobada en el Boletín Oficial del Estado español (BOE).

persona o medio que emitió la expresión agravante.

Sin embargo, en caso que el afectado considere que la rectificación no ha sido satisfactoria o no cumpla con los criterios legalmente establecido, el agraviado aún tendrá a su disposición la acción judicial de rectificación.

4.4. Relación entre la rectificación y la indemnización

El Proyecto de Ley no regula expresamente la relación entre la pretensión rectificatoria y la pretensión indemnizatoria del posible agraviado. Sin embargo, sí contempla un artículo que prevé una exención en caso el emisor de la expresión difamatoria o injuriosa se haya retractado de forma voluntaria:

Artículo 12.- Exención de Pena por Retracción

El autor de un delito contra el honor quedará exento de pena si se retractare de manera voluntaria:

- 1) Durante el proceso de rectificación.*
- 2) Antes de la contestación de la demanda o al contestar la misma.*
- 3) En la audiencia.*

Además del pedido de rectificación, es factible que un agraviado requiera ser indemnizado por los daños sufridos al honor y la reputación. De hecho, el agraviado podría requerir el pago de una indemnización, aun cuando considerase poco útil o innecesaria una eventual rectificación y nunca la solicitase.

Sin embargo, el Proyecto de Ley establece a la rectificación como una suerte de eximente de responsabilidad. Si bien la regulación no es clara en torno al momento en que debe operar la rectificación (parecería incluir la rectificación pre-judicial como la rectificación judicial hasta antes de que se mita la sentencia judicial) ni tampoco en sus alcances (se hace alusión a la exoneración de pena), consideramos demasiado amplia la aplicación del beneficio de la exención.

Establecer toda rectificación como un eventual eximente de responsabilidad civil podría generar incentivos perversos para que un sujeto o medio de comunicación realice afirmaciones teniendo conocimiento de su falsedad o sin la diligencia correspondiente, y utilizar la rectificación como un medio para excusarse de asumir las consecuencias de sus afirmaciones.

Por ello, y considerando la afectación que ciertas afirmaciones pueden provocar en el honor y la reputación de las personas, es importante que la rectificación no califique como eximente en ningún caso en los que se pueda verificar que el emisor actuó con real malicia o falta de diligencia. Así, se propone eliminar el artículo 12 del Proyecto de Ley y plantear una redacción alternativa al artículo 5 del Proyecto de Ley para contemplar la posibilidad de la exención de responsabilidad, solo en caso de rectificación pre-judicial de buena fe.

4.5. Plazos para la rectificación pre-judicial

El Proyecto de Ley señala los plazos aplicables para que la persona afectada pida una rectificación pre-judicial y para que el emisor rectifique su afirmación:

Artículo 6.- Procedimiento administrativo

La persona afectada o, en su caso, su representante legal, ejercerá el derecho de rectificación mediante solicitud cursada por conducto notarial u otro fehaciente al director del órgano de comunicación y a falta de éste a quien haga sus veces, dentro de los tres días naturales posteriores a la publicación o difusión que se propone rectificar.

El medio de comunicación deberá responder la solicitud en el plazo máximo de 48 horas, de acceder a la misma realizará la publicación rectificatoria en el plazo máximo de siete días.

La Ley N° 26775, que regula la rectificación en el Perú, vigente, establece un plazo de quince días naturales para que la persona afectada pueda solicitar la rectificación, y el sujeto destinatario de esta solicitud tiene hasta siete días para efectuar la rectificación. En España, el proceso de rectificación es regulado por la Ley Orgánica 2/1984⁷⁸ y dispone que el plazo para solicitar la rectificación al emisor de la información falsa o inexacta es de siete (7) días naturales; mientras que el emisor contará con tres (3) días naturales para efectuar la rectificación de ser aceptada⁷⁹.

La propuesta del Proyecto de Ley usa los mismos plazos de la norma española, pero invertidos: otorga tres (3) días naturales al afectado para cursar su carta de solicitud de rectificación, y siete (7) días naturales al emisor de la información para rectificarse.

Respecto a la asignación de plazos, es razonable que quien se considera afectado por la información difundida cuente con un plazo relativamente corto para solicitar la rectificación pues es él quien está en mejor posición y cuenta con la información y pruebas necesarias para sustentar por qué dicha información es falsa o inexacta. Sin embargo, puede que existan circunstancias especiales que dificulten que el afectado conozca prontamente la información difundida. Por tanto, se considera prudente ampliar a cinco (5) días naturales el plazo para solicitar la rectificación y mantener el plazo de siete (7) días naturales para efectuar la rectificación. Dentro de ese plazo para efectuar la rectificación, el emisor podrá rectificar o enviar una comunicación al supuesto agraviado manifestando su negativa. En tal sentido, ya no sería necesario el plazo previo de 48 horas previsto en el segundo párrafo del artículo 6 del Proyecto de Ley.

4.6. Plazo de rectificación judicial

El Proyecto de Ley señala los plazos aplicables para el proceso de rectificación judicial:

Artículo 7.- Procedimiento judicial

En el caso que el medio de comunicación no realice la rectificación solicitada, el

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Ley Orgánica 2/1984, Ley reguladora del derecho de rectificación

Artículo tercero. "Siempre que el derecho se ejercite de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, el director del medio de comunicación social deberá publicar o difundir íntegramente la rectificación, dentro de los tres días siguientes al de su recepción, con relevancia semejante a aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica, sin comentarios ni apostillas. Si la información que se rectifica se difundió en publicación cuya periodicidad no permita la divulgación de la rectificación en el plazo expresado, se publicará ésta en el número siguiente. Si la noticia o información que se rectifica se difundió en espacio radiofónico o de televisión que no permita, por la periodicidad de su emisión, divulgar la rectificación en el plazo de tres días, podrá exigir el rectificante que se difunda en espacio de audiencia y relevancia semejantes, dentro de dicho plazo. La publicación o difusión de la rectificación será siempre gratuita".

afectado o su representante puede solicitar, dentro de los 10 días posteriores, ante el Juez Competente la rectificación o respuesta.

Presentada la solicitud, el Juez dentro de las 48 horas evaluará su admisibilidad, pudiendo desestimarla si se aprecia su improcedencia.

Admitida la solicitud, en el plazo de 48 horas, el Juez citará al agraviado y a las personas señaladas como responsables de la publicación a una audiencia que se celebrará dentro de las 72 horas.

Durante la audiencia el Juez escuchará ambas partes, pudiendo el responsable de la publicación allanarse a la solicitud. En caso contrario, el Juez dictará sentencia, la que será apelable en el plazo de tres días. La audiencia será única e inaplazable. En caso de que el o los responsables no se apersonen a la audiencia, el Juez ordenará la publicación de la rectificación. En caso que el solicitante no se presente, se tendrá como desistido, no pudiendo solicitar la rectificación en un nuevo proceso.

Esta es una innovación del Proyecto de Ley puesto que la Ley 26775 no regulaba el plazo para iniciar la acción de rectificación judicial. El plazo señalado de diez (10) días posteriores a la fecha máxima en que debió realizarse la rectificación pre-judicial aparece como razonable en la medida que la rectificación solo es efectiva en tanto esta se produzca en un momento cercano al momento en que se realizó la emisión de la afirmación calumniosa⁸⁰.

Asimismo, resulta apropiado que, en ese mismo plazo, se interponga la pretensión indemnizatoria para evitar el riesgo de pronunciamientos contradictorios si se iniciaran acciones paralelas o independientes (de rectificación judicial e indemnización).

En cambio, si un agraviado decide interponer únicamente la acción de indemnización y no la rectificación judicial, podrá hacerlo, en cuyo caso el plazo para iniciar la acción será el mismo que el regulado en el artículo 2001, inciso 4, del Código Civil peruano.

4.7. Multas y daños punitivos

En adición a la indemnización que pueda solicitar el agraviado, el artículo 11 del Proyecto de Ley establece la posibilidad de la imposición de multas:

Artículo 11.- Multas aplicables

Sin perjuicio de la indemnización solicitada por el agraviado, el Juez podrá imponer las siguientes multas:

11.1. Injuria: de 1 a 5 UIT

11.2. Calumnia: de 3 a 8 UIT

11.3. Difamación: de 5 a 10 UIT

11.4. Difamación o injuria encubierta o equívoca: de 1 a 4 UIT.

Frente a la eliminación del castigo penal, podría resultar apropiado incorporar otro tipo de consecuencias para desincentivar la difusión de afirmaciones calumniosas o expresiones injuriosas, cuando el monto del daño y consecuente indemnización no logre dicho cometido.

No obstante lo anterior, la imposición de las multas tal como han sido contempladas en el Proyecto de Ley desencadena algunas dudas respecto a qué autoridad exigiría el cobro de

⁸⁰ GHIGLIONE, Sandra. (2003). p.9. Derecho a réplica, rectificación o respuesta (Tesis de pregrado). Disponible en: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC049086.pdf> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

las mismas y a si tal autoridad podría involucrar a entidades del Poder Ejecutivo. De ser así, la imposición de multas se convertiría en un incentivo perverso para la Administración Pública al traducirse en una nueva fuente de recaudación. Con ello, se corre el peligro de incentivar a entidades públicas a interponer acciones que limiten la libertad de expresión de los ciudadanos a cambio de obtener ingresos adicionales.

Como alternativa a lo anterior, la posibilidad de incluir el concepto de “daños punitivos” como pago adicional a la indemnización solicitada por el demandante se presenta como una opción apropiada.

Si bien las indemnizaciones cuya única finalidad sea la compensación de la víctima han tomado un rol protagónico en la responsabilidad civil⁸¹, la afectación particularmente injusta o grave⁸², o incluso la insolencia al momento de la comisión del daño⁸³, podría justificar la necesidad de castigar al infractor, y optar por los daños punitivos como una opción para desincentivar ese tipo de comportamientos. La imposición de daños punitivos, por otro lado, no está reñida con la fijación de un límite a la extensión de su magnitud⁸⁴. Así, cobra sentido que se plantee la posibilidad de una indemnización adicional a la compensatoria y que esta encuentre límites legales medidos en UITs.

La institución de los daños punitivos no ha sido ajena a nuestro país pues, existe jurisprudencia en la que esta ha sido admitida. En materia laboral, específicamente en el ámbito de indemnización para despidos fraudulentos e incausados, se adoptó como acuerdo en el V Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral y Previsional (2017) que:

(...) en caso se le reconozca al trabajador un monto indemnizatorio por daños y perjuicios, el juez de oficio ordenará pagar una suma por daños punitivos, la misma cuyo monto máximo será equivalente al monto que hubiera correspondido al trabajador aportar al sistema privado de pensiones, sistema nacional de pensiones o cualquier otro régimen previsional que corresponda⁸⁵.

De este modo, la imposición del pago de un monto mayor por daños punitivos cumpliría la misma finalidad de prevención y desincentivo que perseguirían las multas planteadas por el Proyecto de Ley, sin convertirse en un incentivo perverso de persecución estatal en contra de la libertad de expresión.

4.8. Legitimidad para obrar

El artículo 15 del Proyecto de Ley prevé quiénes pueden accionar judicialmente en tutela del honor o reputación del agraviado:

Artículo 15.- Legitimidad para obrar

⁸¹ GARCÍA LONG, Sergio. (2019). *La función punitiva en el Derecho Privado*. Perú: Instituto Pacífico. p. 28.

⁸² CALABRESI, Guido. (2005). *The complexity of Torts-The Case of Damages*. En Madden M. Stuart, *Exploring Tort Law*, Nueva York: Cambridge University Press. p. 345.

⁸³ KELLY, John. (1967). *The Inner Nature of the Tort Action*. En *Irish Jurist*, n°. 2, vol. 2. pp. 282 y 283.

⁸⁴ VANDRUNEN, David. (2008). *Natural Law, the Lex Talionism and the Power of Sword*. En *Liberty University Law Review*, n°3, vol. 2. p. 949.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de la República. Recaída en V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. Disponible en:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/11ced88042dde0c2ad14ff7c7547a143/Acta.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=11ced88042dde0c2ad14ff7c7547a143> (fecha de última consulta: 10 de junio de 2019).

Se encuentra legitimado para interponer la demanda el agraviado, y en caso de su fallecimiento o su desaparición judicialmente declarada podrá imponerla su cónyuge, ascendentes, descendientes o hermanos.

Sobre este punto, tanto España⁸⁶, como Colombia y México extienden la legitimidad para obrar no solo al agraviado, sino a aquellos familiares en el primer grado de consanguinidad. Es esta misma tendencia la que adopta el Proyecto de Ley al reconocer que los deudos de la persona afectada por la divulgación de información falsa o inexacta también recibirían su impacto, por lo que consideramos adecuada la incorporación del artículo 15 del Proyecto de Ley.

⁸⁶ Ley Orgánica 2/1984, Ley reguladora del derecho de rectificación

Artículo segundo. "El derecho se ejercitará mediante la remisión del escrito de rectificación al director del medio de comunicación dentro de los siete días naturales siguientes al de publicación o difusión de la información que se desea rectificar, de forma tal que permita tener constancias de su fecha y de su recepción.

La rectificación deberá limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar. Su extensión no excederá sustancialmente de la de ésta, salvo que sea absolutamente necesario.