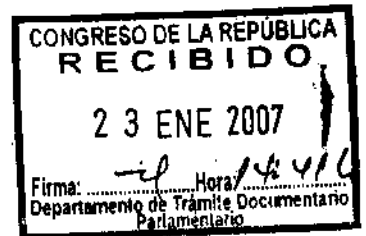




Proyecto de Ley N° 912/2006-CE



PROYECTO DE LEY QUE DESPENALIZA LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

La Célula Parlamentaria Aprista, por iniciativa del Congresista **Javier Valle Riestra González Olaechea**, ejerciendo las facultades de iniciativa legislativa que le confieren la Constitución Política (Art. 107) y el Reglamento del Congreso (Art. 76.2), presenta el siguiente proyecto de ley:

LEY QUE DESPENALIZA LOS DELITOS CONTRA EL HONOR

Artículo 1°.- Objeto de la ley

Es objeto de la presente ley la reforma del párrafo segundo del inciso 4) del artículo 2° de la Constitución Política, así como la derogatoria de los artículos 130° al 128° del Código Penal, con el fin de despenalizar los delitos denominados contra el honor.

Artículo 2°.- Modificatoria del párrafo segundo del inciso 4) del artículo 2° de la Constitución

Modifícase el párrafo segundo del inciso 4 del Art. 2 de la Constitución, quedando su texto de la siguiente forma:

Artículo 2°. *Toda persona tiene derecho:*

(...)

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



Las infracciones cometidas por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se juzgan en el fuero común según ley.

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

Artículo 3°.- Despenalización de los delitos contra el honor

Derógase los artículos 130° al 138°, inclusive, del Código Penal.

Artículo 4°.- Vía Procedimental

Las infracciones contra el honor, consistan estas en injuria, calumnia o difamación, son materia de una demanda en vía de proceso sumarísimo ante el juez especializado en lo civil.

Artículo 5°.- Definiciones

Se consideran infracciones o agravios contra el honor, la injuria, calumnia y difamación:

- a) **Injuria.-** El que ofende o ultraja a una persona con palabras, gestos o vías de hecho.
- b) **Calumnia.-** El que atribuye falsamente a otro un delito.
- c) **Difamación.-** El que, ante varias personas, reunidas o separadas, pero de manera que pueda difundirse la noticia, atribuye a una persona, un hecho, una cualidad o una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación.
- d) **Difamación o injuria encubierta o equívoca.-** El acusado de difamación o injuria encubierta o equívoca que rehusa dar en juicio explicaciones satisfactorias, será considerado como agente de difamación o injuria manifiesta.
- e) **No se comete injuria ni difamación cuando se trata de:**
 - 1. Ofensas proferidas con ánimo de defensa por los litigantes, apoderados o abogados en sus intervenciones orales o escritas ante el Juez.
 - 2. 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.



3. Apreciaciones o informaciones que contengan conceptos desfavorables cuando sean realizadas por un funcionario público en cumplimiento de sus obligaciones.

4. Cuando se proceda a una audiencia de pruebas, no se admitirá como tales las referidas a cualquier imputación atribuibles a la intimidación 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 del Código Penal.

f) Injurias recíprocas.- En el caso de injurias recíprocas proferidas en el calor de un altercado, el Juez podrá, según las circunstancias, declarar exentas de sanción a las partes o a una de ellas.

No es admisible la injuria verbal provocada por ofensas personales.

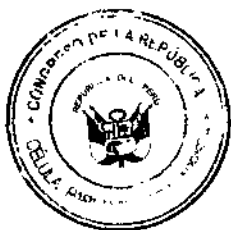
g) Ejercicio privado de la acción civil.- Si la injuria, difamación o calumnia ofende a la memoria de una persona fallecida, presuntamente muerta, o declarada judicialmente ausente o desaparecida, la acción civil podrá ser promovida o continuada por su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos.

Artículo 6º.- Procedimiento de demanda por atentado contra el honor

La demanda se tramita vía proceso sumarísimo, al inicio de la audiencia única obligatoriamente el juez invitará a las partes a conciliar. Si no se llega a un acuerdo conciliatorio prosigue con la audiencia. Si el juez no fallara en la Audiencia Única, la sentencia deberá ser expedida dentro de segundo día hábil posterior a ésta, bajo responsabilidad funcional.

En los supuestos que el juzgador declare fundada la demanda declarará que el demandado ha cometido una infracción lesiva al honor y ordenará que el demandado pague a favor del demandante una reparación civil y la publicación de la sentencia en un diario de circulación nacional a costo del infractor.

El proceso concluye en Segunda Instancia, con lo resuelto por la Sala Civil competente, siendo improcedente el Recurso de Casación.





Congreso de la República

La acción prescribe a los noventa días calendario de cometida la infracción.

DISPOSICION TRANSITORIA

Única.- Procesos en trámite

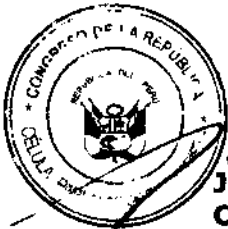
Los procesos contra el honor en trámite a la fecha, de conocimiento de los jueces y Salas Penales, se adecuarán a lo previsto en la presente ley, derivándose a las Mesas de Partes de los Juzgados o Salas Civiles para su distribución.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA

Única.- Procesos Constitucionales

La presente ley no limita el derecho de rectificación ni la reclamación en vía del Proceso Constitucional de Amparo.

Lima, Diciembre de 2006



[Signature]
Javier M. A. Valle Riestra Gonzales Olaechea
Congresista de la República

[Signature]
COORDINADOR
C.P.A.

[Signature]
Miguel Guevara

[Signature]
Eliás Rodríguez

[Signature]
FABIOLA SALAZAR

[Signature]
Miguel Guevara Trelles

[Signature]
Julio Herrera

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Debemos despenalizar constitucional y legislativamente las infracciones denominadas contra el honor. Y sustituirse por un procedimiento de naturaleza civil que comience con un acto reconciliatorio; y de no prosperar, ir a una audiencia sumarísima de pruebas. Si se demuestra una lesión moral, la sentencia debe censurar al responsable y disponer la publicación a su costa del fallo. Porque la tendencia doctrinaria moderna es la aceptación a la crítica, en particular a los funcionarios, por más cáustica que sea.

MARCO JURÍDICO O FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los Pactos Internacionales.-

La cláusula XVI transitoria de la Constitución de 1979 **ha ratificado constituyentemente** el Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el Pacto de San José de Costa Rica, ingresando así para siempre e irreversiblemente en el derecho interno del Estado peruano las garantías supranacionales de protección de los Derechos Humanos y del debido proceso.

EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS DE NNUUU.

Artículo 19.

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

(...)

El Pacto de San José, en su Art. 13 sobre la protección a la libertad de pensamiento y expresión, nos dice:





Congreso de la República

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO.

Artículo 13.

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

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

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

(...)



La Constitución del Perú.-

El Artículo constitucional 2º, inc. 24, letra d) --del cual yo, Javier Valle-Riestra, soy autor ancestral, ya que lo propuse y lo defendí en la Asamblea Constituyente de 1979--, preceptúa sobre el **nullum crimine nulla poena sine lege** en su texto actual:



Congreso de la República

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales.

En consecuencia:

(...)

d). Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Este artículo proviene de la legítima Carta de 1979. La lejana *magna lex* de 1933 decía "nadie será condenado". Las de 1979 y de 1993 dicen **nadie será procesado**. Radicalizó la posición principista. No basta que un tipo penal esté mencionado en el catálogo taxativo del Código Penal, lo fundamental es que la conducta calce, horme, con el tipo penal descrito.

Sigamos sus antecedentes. Este precepto fue una evolución progresista y democrática, respecto a la constitución de 1933 que señalaba solamente, en su Art. 57º:



*"nadie será **condenado** por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible.*

Se agregó la palabra **procesado**. Ese es el ancestro y la solera del **nullum crimine nula pena sine lege**. Ése fue el propósito. Evitar juicios farragosos por hechos atípicos. Por eso la figura de los delitos contra el honor debe ser despenalizada para llevarla al campo civil y preliminarmente a un acto conciliatorio.

Sobre la libertad de expresión la Constitución dice:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

4). A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, **sin**



Congreso de la República

previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

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

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

(...)

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.

ABAD YUPANQUI⁽¹⁾ señala que el fundamento de la libertad de expresión presenta, por un lado una dimensión subjetiva como manifestación de la dignidad humana, mientras que por otro, cuenta con una dimensión objetiva o institucional al construir un supuesto básico para la vigencia de un Estado democrático. Y agrega:



"La dimensión de este derecho denota su carácter esencial para la vigencia de un régimen democrático. Como anota Juan José Solozábal⁽²⁾, la libertad de expresión es condición de la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la

¹ Abad Yupanqui, Samuel. **EN: "La Constitución Comentada - Análisis artículo por artículo"**. Obra colectiva. Edit. Gaceta Jurídica. Lima Dic. 2005. Tomo I. Pag. 71 y ss.

² Cfr. Solozábal, Juan José. **"Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información"**. En: "revista de Derecho Constitucional", N° 23, CEC, Madrid, 1988, p.141.



Congreso de la República

participación del ciudadano en el sistema político..."

Y en esa misma línea el **Tribunal Constitucional peruano**, en el caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín (Ex. 0905-2001-AA/TC) en que interpuso acción de amparo contra la empresa Comunicación y Servicios SRL, propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues supuestamente afectaban los derechos de esa entidad financiera y sus directivos. Se afirmaba que los demandados difundían, por la emisora radial, falsas informaciones, inexactas y tendenciosas produciendo pánico financiero. En su fallo el TC ha señalado en su F.J. 13:

"Tales libertades informativas son, al tiempo que derechos subjetivos, garantías institucionales del sistema democrático constitucional. Además, en tanto permiten la plena realización del sistema democrático, **tienen la condición de libertades preferidas y, en particular cuando su ejercicio permite el debate de la cosa pública**".



LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica (2004)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, mediante Sentencia de 2 de Julio de 2004³, ha señalado lo grave que es no respetar el derecho de expresión en una sociedad democrática. En ese afer la Comisión presentó la demanda con base en el Art. 51º de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó el Art. 13º (Libertad de Pensamiento y de Expresión) en relación con las obligaciones establecidas en los Artículos 1.1 y 2 (Obligación de Respetar los Derechos) de dicho tratado, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y

³ Véase más en: www.corteidh.or.cr



Congreso de la República

Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto el Estado emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

Por ser gravitantes para esta reforma en la legislación penal y constitucional transcribo las consideraciones de la Corte de San José en su fundamentación clave de esa sentencia⁴) que falló a favor de los periodistas y condenó al Estado costarricense afirmando que:

“Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen de la del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” [Párrafo 129].

La Corte resumía el caso y sostuvo:



105. El caso en análisis versa sobre el procedimiento y sanción penal impuesta al periodista Mauricio Herrera Ulloa y la sanción civil impuesta a éste último y al señor Fernán Vargas Rohrmoser, representante legal del medio de comunicación social “La Nación”, como consecuencia de haber publicado diversos artículos que reproducían parcialmente información de algunos periódicos europeos referentes a supuestas actividades ilícitas del señor Félix Przedborski. En la época de dichas publicaciones el señor Przedborski era representante de Costa Rica ante la Organización de Energía Atómica en Austria, en calidad de Cónsul *ad honorem*. Cuatro de los artículos publicados en el periódico “La Nación” fueron objeto de dos querrelas interpuestas por el señor Przedborski (*supra* párr. 95. p), lo

⁴ Véase los párrafos 105 y siguientes. Cfr.: www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_107_esp.pdf



Congreso de la República

que dio lugar a la emisión de un fallo condenatorio, en el cual se declaró al señor Herrera Ulloa autor de cuatro delitos de "publicación de ofensas en la modalidad de difamación" con sus respectivas consecuencias penales y civiles. Además, se declaró al periódico "La Nación" como responsable civil solidario.

La Corte en su análisis se pronunció en el siguiente orden: 1) contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; 2) la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática; 3) el rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, y 4) las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática. Veamos.

1) El contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión

108. La Corte ha señalado anteriormente, con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber:

ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier





Congreso de la República

información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno⁵.

109. Al respecto, la Corte ha indicado que la primera dimensión de **la libertad de expresión "no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios"**⁶. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente⁷.

110. Con respecto a la segunda dimensión del derecho a la libertad de expresión esto es, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia⁸.



⁵ Caso *Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 146; Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*). Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 64; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 30.

⁶ Cfr. Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 85, párr. 147; "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*), *supra* nota 85, párr. 65; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 85, párr. 31.

⁷ Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 85, párr. 147; Caso "*La Última Tentación de Cristo*", *supra* nota 85, párr. 65; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 85, párr. 36.

⁸ Cfr. Caso *Ivcher Bronstein*, *supra* nota 85, párr. 148; Caso "*La Última Tentación de Cristo*" (*Olmedo Bustos y otros*), *supra* nota 85, párr. 66; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, *supra* nota 85, párr. 32.



Congreso de la República

2) La libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática

112. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85, hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁹.

113. En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que

[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo



⁹ Cfr. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 85, párr. 70.



Congreso de la República

que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue¹⁰.

114. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos¹¹ y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹² también se han pronunciado en ese mismo sentido.

115. En este sentido valga resaltar que los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas aprobaron el 11 de septiembre de 2001 la Carta Democrática Interamericana, en la cual, *inter alia*, señalaron que

[s]on componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la

¹⁰ Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 85, párr. 152; *Caso "La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros), supra nota 85, párr. 69; *Eur. Court H.R., Case of Scharf and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, Judgment of 13 February, 2004, para. 29; *Eur. Court H.R., Case of Perna v. Italy*, Judgment of 6 May, 2003, para. 39; *Eur. Court H.R., Case of Dichand and others v. Austria*, Judgment of 26 February, 2002, para. 37; *Eur. Court H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France*, Judgment of 23 September, 1998, para. 55; *Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, para. 49; *Eur. Court H.R. Case of Castells v Spain*, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, para. 42; *Eur. Court H.R. Case of Oberschlick v. Austria*, Judgment of 25 April, 1991, para. 57; *Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland*, Judgment of 24 May, 1988, Series A no. 133, para. 33; *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 41; *Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March, 1985, Series A no. 90, para. 58; *Eur. Court H.R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 29 March, 1979, Series A no. 30, para. 65; y *Eur. Court H.R., Case of Handyside v. United Kingdom*, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, para. 49.

¹¹ Cfr. *African Commission on Human and Peoples' Rights, Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria*, Communication Nos 105/93, 128/94, 130/94 and 152/96, Decision of 31 October, 1998, para 54.

¹² Cfr. O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *Aduayom y otros c. Togo* (422/1990, 423/1990 y 424/1990), dictamen de 12 de julio de 1996, párr. 7.4.



Congreso de la República

transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa¹³.

116. Existe entonces una coincidencia en los diferentes sistemas regionales de protección a los derechos humanos y en el universal, en cuanto al papel esencial que juega la libertad de expresión en la consolidación y dinámica de una sociedad democrática. Sin una efectiva libertad de expresión, materializada en todos sus términos, la democracia se desvanece, el pluralismo y la tolerancia empiezan a quebrantarse, los mecanismos de control y denuncia ciudadana se empiezan a tornar inoperantes y, en definitiva, se empieza a crear el campo fértil para que sistemas autoritarios se arraiguen en la sociedad.



3) El rol de los medios de comunicación y del periodismo en relación con la libertad de pensamiento y de expresión

117. Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones¹⁴. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

¹³ Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General, celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 4.

¹⁴ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 85, párr. 149.



Congreso de la República

118. Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad¹⁵. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social¹⁶. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención¹⁷.

119. En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca¹⁸.

(...)

4) Las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática

125. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido de manera consistente que, con respecto a las limitaciones permisibles sobre la libertad de expresión, **hay que distinguir entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y, por otro lado, cuando es una persona pública**

¹⁵ La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* nota 85, párr. 71.

¹⁶ Caso del periódico "La Nación". Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando décimo.

¹⁷ Cfr. La colegiación obligatoria de periodistas, *supra* nota 85, párrs. 72 y 74.

¹⁸ Cfr. Caso Ivcher Bronstein, *supra* nota 85, párr. 150.



Congreso de la República

como, por ejemplo, un político. Esa Corte ha manifestado que:

Los límites de la crítica aceptable son, por tanto, respecto de un político, más amplios que en el caso de un particular. A diferencia de este último, aquel inevitable y conscientemente se abre a un riguroso escrutinio de todas sus palabras y hechos por parte de periodistas y de la opinión pública y, en consecuencia, debe demostrar un mayor grado de tolerancia. Sin duda, el artículo 10, inciso 2 (art.10-2) permite la protección de la reputación de los demás –es decir, de todas las personas- y esta protección comprende también a los políticos, aún cuando no estén actuando en carácter de particulares, pero en esos casos los requisitos de dicha protección tienen que ser ponderados en relación con los intereses de un debate abierto sobre los asuntos políticos¹⁹.



La libertad de prensa proporciona a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. En términos más generales, la libertad de las controversias políticas pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática²⁰.

126. En otra Sentencia, esa Corte sostuvo que

[...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] Los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al

¹⁹ Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Dichand and others v. Austria*, supra nota 91, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Lingens vs. Austria*, supra nota 91, para. 42.

²⁰ *Case of Lingens vs. Austria*, supra nota 91, para. 42.



Congreso de la República

Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública²¹.

127. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, razón por la cual debe existir un margen reducido a cualquier restricción del debate político o del debate sobre cuestiones de interés público²².

128. En este contexto **es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático.(...).**

129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más

²¹ Cfr. Eur. Court H.R., *Case of Castells v Spain*, supra nota 91, paras. 42 y 46.

²² Cfr. *Caso Ivcher Bronstein*, supra nota 85, párr. 155; en el mismo sentido, Eur. Court H.R., *Case of Feldek v. Slovakia*, Judgment of 12 July, 2001, para. 83; Eur. Court H.R., *Case of Sürek and Özdemir v. Turkey*, Judgment of 8 July, 1999, para. 60.

*un debate fuerte
proporcionado
al balance*



Congreso de la República

exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público.

El caso Ricardo Canese vs. Paraguay (2004)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso **Ricardo Canese Vs. Paraguay**, mediante Sentencia de 2 de Julio de 2004, ha señalado que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Canese, dado que las restricciones al ejercicio de este derecho impuestas a éste durante aproximadamente ocho años excedieron el marco contenido en dicho artículo.

Resumamos el caso. Según los hechos denunciados por la Comisión Interamericana, en agosto de 1992, durante el debate de la contienda electoral para las elecciones presidenciales del Paraguay de 1993, el señor Ricardo Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que "fue el prestanombre de la familia Stro[e]ssner en CONEMPA" (Consortio de Empresas Constructoras Paraguayas) (en adelante "CONEMPA"), empresa que participó en el desarrollo del complejo hidroeléctrico binacional de Itaipú, cuyo presidente, al momento de las declaraciones, era el señor Wasmosy. Dichas declaraciones fueron publicadas en varios periódicos paraguayos.



A raíz de estas declaraciones y a partir de una querrela presentada por algunos socios de la empresa CONEMPA, quienes no habían sido nombrados en las declaraciones, el señor Canese fue procesado, el 22 de marzo de 1994 fue condenado en primera instancia y, el 4 de noviembre de 1997, fue condenado en segunda instancia por el delito de difamación a una pena de dos meses de penitenciaría y a una multa de 2,909,000 guaraníes ("equivalentes a US\$1.400"). Además, la Comisión señaló que como consecuencia del proceso penal en su contra, el señor Canese fue sometido a una restricción permanente para salir del país, la cual fue levantada solamente en circunstancias excepcionales y de manera inconsistente.



Congreso de la República

En sus fundamentos la Corte precisó sobre la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática:

82. La Corte Interamericana en su Opinión Consultiva OC-5/85 hizo referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer que

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre²³.



83. En iguales términos a los indicados por la Corte Interamericana, la Corte Europea de Derechos Humanos se ha manifestado sobre la importancia que reviste en la sociedad democrática la libertad de expresión, al señalar que

[...] la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de

²³ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, supra nota 15, párr. 112; y *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, supra nota 114, párr. 70.



Congreso de la República

información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. [...] Esto significa que [...] toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia debe ser proporcionada al fin legítimo que se persigue²⁴.

96. Debido a las circunstancias del presente caso, la Corte estima necesario analizar detalladamente si para aplicar la responsabilidad ulterior al señor Canese por sus declaraciones, se cumplió con el requisito de necesidad en una sociedad democrática²⁵. El Tribunal ha señalado que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo (...) ²⁶.



²⁴ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 15, párr. 113; *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 114, párr. 152; *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros)*, *supra* nota 114, párr. 69; *Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria*, no. 39394/98, § 29, ECHR 2003-XI; *Perna v. Italy* [GC], no.48898/98, § 39, ECHR 2003-V; *Dichand and others v. Austria*, no. 29271/95, § 37, ECHR 26 February 2002; *Eur. Court H.R., Case of Lehideux and Isorni v. France*, Judgment of 23 September, 1998, para. 55; *Eur. Court H.R., Case of Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Judgment of 20 September, 1994, Series A no. 295-A, para. 49; *Eur. Court H.R. Case of Castells v. Spain*, Judgment of 23 April, 1992, Serie A. No. 236, para. 42; *Eur. Court H.R. Case of Oberschlick v. Austria*, Judgment of 25 April, 1991, para. 57; *Eur. Court H.R., Case of Müller and Others v. Switzerland*, Judgment of 24 May, 1988, Series A no. 133, para. 33; *Eur. Court H.R., Case of Lingens v. Austria*, Judgment of 8 July, 1986, Series A no. 103, para. 41; *Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany*, Judgment of 25 March, 1985, Series A no. 90, para. 58; *Eur. Court H.R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom*, Judgment of 29 March, 1979, Series A no. 30, para. 65; y *Eur. Court H.R., Case of Handyside v. United Kingdom*, Judgment of 7 December, 1976, Series A No. 24, para. 49.

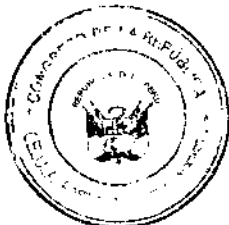
²⁵ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 15, párr. 120.

²⁶ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 15, párrs. 121 y 123; *La colegiación obligatoria de periodistas*, *supra* nota 114, párr. 46; ver también *Eur. Court H. R., Case of The Sunday Times v. United Kingdom*, *supra* nota 120, para. 59; y *Eur. Court H. R., Case of Barthold v. Germany*, *supra* nota 120, para. 59.



Congreso de la República

98. El Tribunal ha establecido que es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático²⁷. **Este mismo criterio se aplica respecto de las opiniones o declaraciones de interés público que se viertan en relación con una persona que se postula como candidato a la Presidencia de la República, la cual se somete voluntariamente al escrutinio público, así como respecto de asuntos de interés público en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, de conocer lo que incide sobre el funcionamiento del Estado, afecta intereses o derechos generales, o le acarrea consecuencias importantes.** Como ha quedado establecido, no hay duda de que las declaraciones que hiciera el señor Canese en relación con la empresa CONEMPA atañen a asuntos de interés público (*supra* párr. 92).



99. En este sentido, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay, al emitir el 11 de diciembre de 2002 (*supra* párr. 69.49) la decisión por la cual anuló las sentencias condenatorias dictadas en 1994 y 1997 y absolvió a la presunta víctima de culpa y pena, se refirió al carácter y relevancia de las declaraciones de ésta, al señalar, *inter alia*, que

[l]as afirmaciones del Ing. Canese, -en el marco político de una campaña electoral

²⁷ Cfr. *Caso Herrera Ulloa*, *supra* nota 15, párr. 128.

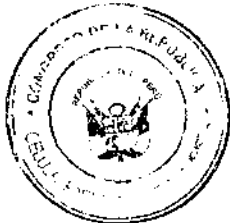


Congreso de la República

a la primera magistratura-, necesariamente importan en una Sociedad Democrática, encaminada a una construcción participativa y pluralista del Poder, una cuestión de interés público. Nada más importante y público que la discusión y posterior elección popular del Primer Magistrado de la República.

100. Las anteriores consideraciones no significan, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático²⁸. Asimismo, la protección de la reputación de particulares que se encuentran inmiscuidos en actividades de interés público también se deberá realizar de conformidad con los principios del pluralismo democrático. (...)

108. Por todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Ricardo Canese, dado que las restricciones al ejercicio de este derecho impuestas a éste durante aproximadamente ocho años excedieron el marco contenido en dicho artículo.



JURISPRUDENCIA COMPARADA

La jurisprudencia comparada repite esos conceptos. Existen fallos que exculpan críticas furibundas al Rey de España (julio, 1990) y sobre todo el caso *Sharon - "Time"* (USA, 1983) por libelo; como también el notable caso *New York Time vs. Sullivan* (USA, 1964).

²⁸ Cfr. Caso Herrera Ulloa, *supra* nota 15, párr. 128.



Congreso de la República

Los Estados Unidos de América.-

El Tribunal Supremo Americano consideró que la información denunciada por Sharon era falsa y difamatoria pero que no tenía una intención auténticamente maliciosa:

"Las declaraciones equivocadas --dijo el Tribunal Supremo- son inevitables en un debate libre y deben ser protegidas si se quiere que la libertad de expresión tenga el espacio vital que necesita para sobrevivir."

La Corte Suprema de USA recordó el caso "New York Times versus Sullivan", de 1964, en que sostuvo como premisa que un funcionario por elección no estaba facultado para pedir indemnización por daños en un juicio por difamación; y que además, se vulneraba el derecho a la libertad de expresión o *Freedom of Speech*.

El caso *New York Times v. Sullivan*, referidos a "Public Officials» y «Actual Malice» es la jurisprudencia más citada en los países de nuestra cultura [376 U.S. 254 / 1964] (29). El afer surgió como un incidente más en los debates y movilizaciones por los derechos civiles y políticos de las gentes de color en los EE.UU. de hace cincuenta años y, especialmente, en los Estados del Sur. Allí, la discriminación legal y de hecho de los hombres y las mujeres negros era, un siglo después de la Guerra Civil, superior a la del Norte y el Oeste.

El demandante, L. B. Sullivan, era en 1960 uno de los tres Comisionados elegidos de la ciudad de Montgomery (Alabama). Sus funciones eran la supervisión de varios departamentos municipales incluyendo los de policía y bomberos. Los demandados fueron cuatro clérigos de color del Estado y la New York Times Company, editora del diario *New York Times*.

²⁹ Se cita prácticamente en todos los libros USA de derecho de responsabilidad civil o de derecho constitucional. Una buena síntesis puede verse en Richard A. EPSTEIN/Charles O'GREGORY/Harry KALVEN Jr., *Cases and Materials on Torts*, Fourth Edition, Boston/Toronto, Little, Brown and Co., 1984, pp. 1176 Y ss.



Congreso de la República

Sullivan alegaba haber sido difamado en un anuncio publicado por el *New York Times* el día 2-3-1960 en una página entera. El anuncio, titulado: «Heed Their Rising Voices» --mas o menos "Atiendan a sus voces que claman"-- daba cuenta de la campaña emprendida por estudiantes negros del Sur en pro del derecho de sufragio y a favor del líder de su raza, Martin Luther King Jr. acusado a la sazón de perjurio ante un Tribunal de Montgomery. Aparecían los nombres de más de cincuenta personas, que apoyaban el movimiento. El anuncio estaba firmado por el «*Committee to Defend Martin Luther King and the Struggle for Freedom in the South*». Describía detalles de movilizaciones estudiantiles de jóvenes de color en favor de sus derechos y las reacciones policiales. Éstas se anotaban como hostigamientos partidistas y auténticas vejaciones. También se abundaba sobre el acoso policial y judicial a Luther King. Sullivan discutía la exactitud de estos hechos. Pero, había inexactitudes menores (referidas al número de arrestos a Luther King, no eran siete sino sólo cuatro). Además, en su calidad de Comisionado encargado de la policía, se consideraba aludido por las imputaciones hechas al ser responsable del funcionamiento del órgano policial.



El demandante, Sullivan, pidió indemnización por USA\$ 500,000; un jurado del circuito de Montgomery la concedió. Y la Corte Suprema de Alabama confirmó ese fallo. Se apoyaban en una ley del Estado que establecía que por el solo hecho de difamación que perjudicara al afectado en su reputación, profesión, negocio u oficio, hace presumir falsedad y malicia, y no requería probar la lesión.

Pero, el Tribunal Supremo de USA consideró como inconstitucional esa ley y se oponía a las enmiendas I y XIV de la Constitución Americana, por vulnerar el Freedom of Speech, la libertad de expresión. Allí se dijo:

"Las garantías constitucionales (la primera y la catorce enmienda) requieren, nosotros pensamos, una norma federal que prohíba a funcionarios públicos pedir indemnización por daños y perjuicios por una falsedad difamatoria durante su conducta oficial, a menos que pruebe que lo publicado fue hecho con "intención delictiva", esto es con conocimiento



Congreso de la República

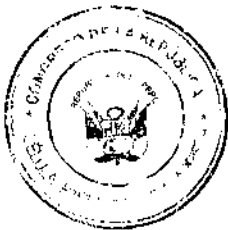
de que era falso o serias dudas de si era falso o no."

Esa doctrina ha prevalecido en las ulteriores sentencias de los tribunales en EEUU. Y se han desarrollado matices como definir un *public official*; es decir que un cargo público al que se accede por elección esta sujeto a la crítica por comportamientos que son parte de la función encomendada. Incluso se ha extendido para aquellos candidatos a cargos políticos en toda categoría de la carrera electoral.

España.-

INJURIAS CONTRA FELIPE GONZÁLEZ, JEFE DE GOBIERNO.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación presentado por la Fiscalía contra una sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián que absolvía a D. Justo De la Cueva del delito de injurias al Gobierno. El querellado, De la Cueva, publicó en 17 de julio de 1983 un artículo en el diario "Egin" con el título "**Felipe González, el torturador y gangrenado y su canallada jurídica**", en el que, entre otras cosas, decía que:



"hoy la Guardia Civil y la Policía franquista bajo su dirección y las órdenes de Felipe González Márquez, sigue torturando a los vascos en las comisarías"

El Supremo consideró que, según la Constitución española, debe primar la libertad de expresión sobre el derecho al honor. Esa sentencia decía:

"Las palabras proferidas, ciertamente reprochables e innecesarias, con las que se criticaba la actuación de las personas a quienes iban dirigidas, no pueden ser sancionadas con una condena penal, pues ello vulneraría las libertades proclamadas por la Constitución, ya que en la ponderación de los derechos fundamentales en juego, el honor y el de la



Congreso de la República

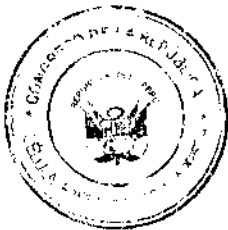
de que era falso o serias dudas de si era falso o no."

Esa doctrina ha prevalecido en las ulteriores sentencias de los tribunales en EEUU. Y se han desarrollado matices como definir un *public official*; es decir que un cargo público al que se accede por elección esta sujeto a la crítica por comportamientos que son parte de la función encomendada. Incluso se ha extendido para aquellos candidatos a cargos políticos en toda categoría de la carrera electoral.

España.-

INJURIAS CONTRA FELIPE GONZÁLEZ, JEFE DE GOBIERNO.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación presentado por la Fiscalía contra una sentencia de la Audiencia Provincial de San Sebastián que absolvía a D. Justo De la Cueva del delito de injurias al Gobierno. El querellado, De la Cueva, publicó en 17 de julio de 1983 un artículo en el diario "Egin" con el título "**Felipe González, el torturador y gangrenado y su canallada jurídica**", en el que, entre otras cosas, decía que:



"hoy la Guardia Civil y la Policía franquista bajo su dirección y las órdenes de Felipe González Márquez, sigue torturando a los vascos en las comisarías"

El Supremo consideró que, según la Constitución española, debe primar la libertad de expresión sobre el derecho al honor. Esa sentencia decía:

"Las palabras proferidas, ciertamente reprochables e innecesarias, con las que se criticaba la actuación de las personas a quienes iban dirigidas, no pueden ser sancionadas con una condena penal, pues ello vulneraría las libertades proclamadas por la Constitución, ya que en la ponderación de los derechos fundamentales en juego, el honor y el de la



Congreso de la República

libertad de expresión, debe primar este último (...)"

LA QUERRELLA DEL PSOE CONTRA ABC.

La Sección Decimosexta de la Audiencia de Madrid confirmó en su integridad el Auto dictado el 7 de marzo de 1990 por la jueza María Luisa Lázaro, que no admitió a trámite la querrela interpuesta por Jose María Benegas, Guillermo Galeote y Ramón Rubial --dirigentes del PSOE, Partido Socialista Español-- contra el autor de un editorial de "ABC" titulado: "**La imprescindible catarsis**". El recurso de apelación de los dirigentes del PSOE fue rechazado por la Audiencia subrayando que **todas las expresiones contenidas en el comentario han de entenderse enmarcadas en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información y el ejercicio legítimo del oficio periodístico.**

EL TC ESPAÑOL AMPARÓ A UN PERIODISTA QUE HABÍA SIDO CONDENADO POR INJURIAS AL REY LLAMÁNDOLO CREACIÓN DE FRANCO, FASCISTA Y QUE ENCABEZÓ UN MITIN FESTEJANDO EL FUSILAMIENTO DE SIETE VASCOS PATRIOTAS EN 1975.



El 15 de febrero de 1990, el Tribunal Constitucional hispano emitió una sentencia en la que amparó al periodista Juan José Fernández contra una sentencia del Tribunal Supremo (Corte Suprema en nuestro caso) que condenó a una pena de seis años de prisión por un delito de injurias a Su Majestad el Rey, a raíz de un artículo en la revista "abertzale", vasca. El texto, publicado en el **Boletín Oficial del Estado**⁽³⁰⁾, de la **SENTENCIA 20/90** dice respecto al origen de la infracción:

"(...) El fallo absuelve, pues, libremente al procesado del delito de que se le acusaba.

d) En los hechos declarados probados por dicha Sentencia, se contiene entrecomillado el

³⁰ Edición conjunta del Tribunal Constitucional y Boletín Oficial del Estado. Tomo XXVI. Primera edición julio de 1991. pag. 190 y ss. Sentencia 20/90 de 15 de febrero de 1990 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1990).



Congreso de la República

párrafo que, en la misma línea crítica de todo el artículo, hace referencia a la Monarquía española y a S. M. el Rey en los términos que es necesario reproducir por ser la base fáctica tanto de la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Nacional, como de la pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo objeto del presente recurso. Dice así: **"Spain is not different?, del uso por los políticos (en especial los dictadores Mussolini, Hitler, Franco, Videla, ...) del fútbol espectáculo y de los grandes acontecimientos deportivos casi no hace falta hablar, de tan sabido. Este Mundial va a servir para hacer aún más propaganda del Rey Español representándolo como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitin fascista en la Plaza de Oriente, justificando los fusilamientos de opositores en 1975, atacando la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político que haya quien esté en la cárcel (Almuriza, Idígora y Gordostidi) por disentir del Rey. A lo mejor no decir "amén" a todo lo que digan y hagan el Borbón y su Corte es antidemocrático. A lo mejor resulta que el "Eusko Gudariak" es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de esta monarquía, el ruido de sable, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es una unidad. . . ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno al Rey demócrata de toda la vida"**.



La sentencia del TC español señaló que el Tribunal Supremo no ponderó suficientemente las garantías que la



Congreso de la República

libertad ideológica y de expresión otorga la constitución. Y en el Fundamento Jurídico 5, tercer párrafo, ha sostenido:

"(...) pero como se ha señalado en el fundamento primero de esta Sentencia, el artículo tenía la finalidad que allí se ha destacado y las palabras despectivas para S.M. el Rey se han utilizado contrariando sin duda a la más alta Magistratura del Estado, con la finalidad prevalente de robustecer la idea crítica que preside todo el artículo, **tales palabras, rechazables moral y socialmente por innecesarias, injustas y contradictorias con una conducta que ha merecido la adhesión mayoritaria del pueblo español y que ha hecho posible la transición política y la consolidación democrática, (...) no pueden ser sancionadas con una condena penal sin vulnerar las libertades invocadas por el recurrente..**



JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES

Transcribimos la jurisprudencia más relevante en que, de manera constante, se ampara el derecho a la libertad de expresión y que **no es delito si la opinión es de crítica a quien ejerce la función pública.**

- 1) Para que se configuren los delitos de difamación agravada e injuria grave es necesario acreditar que el querellado actuó con ánimo doloso de dañar el honor y la reputación del querellante; **el informar sobre hechos que son de dominio público y están debidamente sustentados no configuran los ilícitos investigados.** Se vulnera el principio de legalidad (Art. 2/24/d. de la Constitución Política), concordado con el Art. 2 del Título Preliminar del Código Penal si se tipifica la conducta atribuida a lo querellados,



Congreso de la República

agravio a través de un medio de comunicación masivo, como difamación y calumnia, cuando debió tipificarse tan solo como difamación, pues esta última figura penal, al ser aplicable, excluye el delito de injuria. [Exp. Lima, 1281-97 del 17/09/97]

- 2) Si el querellado actuó con el solo ánimo de informar, los hechos imputados resultan atípicos. [Exp. Lima, 2163-97-B del 30-10-97]
- 3) En el delito de difamación estamos ante un tipo penal de tendencia, es decir, se exige en el sujeto activo una peculiar intención o ánimo, el llamado ***animus difamandi***, sin embargo, como delito de tendencia, desaparece la ilicitud del acto cuando se ejecuta con otra intención distinta a la de difamar; este es el problema de los peculiares ánimos que excluyen el ***ánimus difamandi***, tales como el ***animus narrandi***, el ***informandi***, el ***corrigendi***, encera. [Exp. 944-98 de 14-05-98]
- 4) El Código Político consagra el derecho de información, opinión, expresión del pensamiento, lo vertido por el imputado está dirigida a una función, no configurándose en ningún momento la intención de haber querido lesionar el honor y reputación. [Exp. Lima 3077-93-B]
- 5) **Al ser el querellante un personaje público**, su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas; en consecuencia **se encuentra permanentemente sujeto al riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad se vean afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas**. [Exp. 7567-97 de 16-03-98].
- 6) En lo que se refiere a la determinación de los límites entre la libertad de expresión y los





Congreso de la República

derechos de la personalidad, especialmente el honor, nos encontramos con un conflicto de derechos constitucionales; y, si aceptamos la existencia de dicho conflicto, el siguiente paso consistirá en analizarlos en el ámbito constitucional para encontrar la solución en el marco del ordenamiento penal. [Exp. 1410-98 de 14-12-98]

- 7) Del texto de las declaraciones vertidas por el querellado se advierte que no existen frases que ameritan tipicidad de conducta difamatoria, como se atribuye al procesado en perjuicio de los denunciantes, **toda vez que éstas constituyen apreciaciones críticas que no agravan el honor a la reputación** de los querellantes. [Exp. Arequipa 3748-97 de 22701/98].
- 8) El delito de difamación por medio de la prensa es eminentemente doloso, es decir, que el agente debe de actuar ya sea con **animus injuriandi** o **animus difamandi**; al no concurrir el aspecto subjetivo del tipo, es del caso absolver al querellado. [RN La Libertad, 4149-96 de 11/09/97]
- 9) No infiriéndose que haya habido por parte del querellado el **animus difamandi** sino el **ánimo de ejercer el derecho a la información o la crítica**, no se halla acreditado el delito. [Exp. Lima 4549-98 de 29/12/98]
- 10) La **Libertad de Prensa**, según un tratadista, LINARES QUINTANA, *significa el derecho del público a tener acceso a los hechos y al periodista a expresar su desaprobación cuando las circunstancias lo exijan, a protestar contra las injusticias, y que ninguna institución, incluyendo al Gobierno podría ser más sensible a la opinión pública que la prensa. La apreciación que hace un comentarista, aunque contenga frases fuertes, pero de uso común, no*





Congreso de la República

puede considerarse delictiva, por cuanto ello implicaría la negación del derecho de opinar, que no se compadece con los incisos "c" y "e" del Art. 27 del D.L. 18075, que exigen como requisito indispensable que la publicación perjudique el honor o la reputación de la persona jurídica o de sus componentes. [Ej. 13/Feb/1974. R.de J.P. 1974, pg. 312,/D.L.20680, de 23/07/1974. Estatuto de Prensa.- Art. 40 incisos c y e.]

Recientemente, por sentencia del 33° Juzgado Penal de Lima, su fecha 31/10/2005⁽³¹⁾, se absuelve al querrellado de la imputación por el delito contra el Honor –Difamación- en agravio de un funcionario público, Ministro de Estado. En ese fallo se dice irrefutablemente, lo que sostenemos en el presente proyecto de ley:

"que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay por consiguiente, un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos."



³¹ Exp. 920-04 /Sec. Surichaqui/ Querella interpuesta por D. García Sayán contra D. Francisco Diez Canseco



Congreso de la República

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DE NO CONSIDERAR COMO DELITO LA CRÍTICA Y OPINIÓN POR MEDIO DE IMPRENTA Y LA PRENSA.

En el siglo XIX, el parlamento peruano legisló el mecanismo de vindicación frente a la difamación y el agravio al honor de todo ciudadano por medio de la prensa. Por ejemplo la **Ley de 21 de enero de 1880**, en su artículo 1º decía:

Artículo 1º.- Todo aquel que sea víctima de la difamación, de la invectiva o del ridículo, y en general, todo ciudadano cuya reputación se lastime en cualquier sentido por la prensa, tiene derecho para vindicarse, a ocupar **gratis** en el periódico en que se le ofendió, el doble del espacio en que se insertó el artículo, mediante el cual se puso su honra en tela de juicio.

Y en otro artículo de esa misma norma se señalaba la obligación de pagar la publicación si el agravio era producido por medio de libro, texto o folleto. Es decir que el espíritu de regular las infracciones contra el honor carecían de persecución penal y castigo con prisión. Era, más bien, un recurso accesorio y optativo. Pero no mandatorio.



Igual procedimiento existió para cuando los Diputados cometían abuso de la ley de libertad de imprenta. Mediante Ley del 8 de noviembre de 1823 se estableció el procedimiento para juzgar y sancionar, por hallarse responsable de esa infracción, a un parlamentario, sin exigir el levantamiento de su inmunidad. Es decir se permitía un proceso sin dilaciones y equitativo, y con juicio público en las Cámaras. Se buscaba una sanción moral. La norma primigenia castigaba con multa al infractor y, a falta de pago, castigo de cuatro meses de trabajos de sepultura en un camposanto de la ciudad.

LA DOCTRINA Y LA LEY PENAL

Elementos objetivos del tipo penal de difamación.

Según el Art. 132º del Código Penal, la tipicidad objetiva del delito de difamación es la siguiente:



Congreso de la República

- a) Sujeto activo, puede ser cualquier persona natural; sujeto pasivo, puede ser cualquier persona física o jurídica;
- b) El comportamiento consiste en atribuir a una persona un hecho, cualidad o conducta que pueda perjudicar su honor o reputación;
- c) La difamación es la injuria que tiene una característica especial, cual es, la difusión de la noticia;
- d) Los agravantes son dos: por la calidad, cuando la difamación se refiere a la atribución falsa a una persona por la comisión de un delito; por el medio empleado, se comete mediante libro, prensa u otro medio de comunicación social.

Distinción entre atribución falsa y libertad de expresión

El tipo penal del delito de difamación delimita taxativamente la conducta de difamación con el verbo **atribuir**, esto es, conferir directa o categóricamente a una persona algo falso; lo cual es diferente a opinar, esto es, formular críticas, comentarios, alusiones indirectas o interrogantes a determinadas actitudes de los querellantes en relación con la coyuntura política o social del momento; el derecho a la crítica, sobre todo en materia política, está dentro de las libertades de pensamiento, expresión e información; en este sentido, una vez que la opinión se da conocer a los demás, nadie puede ser víctima de agresión o persecución por tal manifestación⁽³²⁾



Tratamiento dogmático - jurisprudencial de la libertad de expresión

Que, referente a restricciones a la libertad de expresión, el derecho comparado también ha establecido que las mismas se deben aplicar con espíritu de tolerancia cuando se refieren a críticas en materia política, en tal virtud la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

"(...) La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad,

³² Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Informe mil novecientos ochenta y tres. Pág. 109, primer párrafo, Cfr. en Academia de la Magistratura, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Fabián Novak y Sandra Namihas, 2004. Pág. 88



Congreso de la República

una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. (El ejercicio de estas libertades) es válido no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una 'sociedad democrática' [Academia de la Magistratura. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Fabián Novak y Sandra Namihás. 2004. Pág. 187]

II

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa de **ley que despenaliza los delitos denominados contra el honor**, en principio NO GENERA COSTO ALGUNO AL ESTADO porque no exige a ningún órgano estatal a reglamentar o adecuar la presente ley; por el contrario, se pretende reducir sustantivamente la carga procesal, que por la vía penal existe en la judicatura. Permitirá, evitar los gastos que la administración judicial y estatal genera en el sostenimiento de procesos tortuosos, inacabables y farragosos.



Esta norma libera y reduce la mentada carga procesal en la que falazmente se apoya la administración de justicia. Se debe procurar justicia celera y justa.

III

IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La presente reforma modificará el numeral 4) del artículo 2º de la Constitución Política, así como derogará los artículos 130º al 138º del Código Penal, a efecto de despenalizar los delitos contra el honor.

Contiene supuestos nuevos de procesos que se tramitarán en la vía sumarísima, así también se regula un plazo breve para



Congreso de la República

que el juez emita la correspondiente sentencia, bajo responsabilidad.

Finalmente, establecerá que en los procesos civiles en defensa del honor no procede el recurso de casación.

Lima, Diciembre de 2006



Javier M. A. Valle Riestra Gonzales Olaechea
Congresista de la República