CARGO

«Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú»
«Año de la consolidación del Mar de Grau»

# INFORME DE ADJUNTÍA N° 03-2016-DP/AAC

## I.- COMPETENCIA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El 22 de setiembre de 2016[1], el Instituto de Defensa Legal (IDL), solicitó la intervención de la Defensoría del Pueblo al considerar que se estaría vulnerando el derecho constitucional a la libertad de expresión e información del ciudadano Fernando Valencia Osorio[2], en razón de la resolución condenatoria emitida por el Séptimo Juzgado Penal de Lima, ante la presunta comisión del delito de difamación agravada, resolución que fue apelada y declarada nula por la Cuarta Sala Penal para Procesos con Reos Libres[3]; y que, en la actualidad, se encuentra en su despacho.

La situación expuesta se vincula directamente con un problema de trascendencia general referida al riesgo de afectación de la libertad de expresión como garantía básica del Estado democrático, especialmente ante una posible determinación de responsabilidad ulterior en el ámbito penal frente al ejercicio de dicha libertad.

De acuerdo con los artículos 162° de la Constitución Política y 1° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, esta institución se configura como un órgano constitucionalmente autónomo, encargado de la defensa de los derechos constitucionales de la persona y la comunidad.

Asimismo, se encuentra habilitada constitucional y legalmente para aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación. En efecto, el tercer párrafo del artículo 17° de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo dispone que:

> Cuando un mismo hecho vulneratorio de derechos humanos está siendo investigado por otra autoridad, funcionario, institución del Estado, el Defensor del Pueblo podrá obtener acceso a las informaciones pertinente. Asimismo, **podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación.** (Énfasis nuestro)

Por ello, el presente informe se ha elaborado con la finalidad de que sea tomado en cuenta por el Poder Judicial al momento de resolver, toda vez que su decisión en el presente caso tendrá un impacto significativo en las condiciones del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en el país.

Cabe señalar, que sin perjuicio de la decisión judicial que se adopte, nuestra institución considera importante que se fomente un amplio debate sobre la necesidad de

---

[1] Mediante el Ingreso N° 021686 del 22 de setiembre de 2016 (anexando un pedido de intervención anterior, de fecha 22 de abril de 2016 con Ingreso N° 008419).
[2] Fernando Valencia fue condenado a 1 año y 8 meses de pena privativa de la libertad suspendida y al pago de S/ 100,000 soles como reparación civil al querellante y a S/1,900 soles de multa en favor del Estado.
[3] Resolución N°861 de fecha 19 de julio de 2016.

despenalizar este delito y encausarlo únicamente en la vía civil. Mientras ello no ocurra, resulta relevante garantizar una adecuada protección de la libertad de expresión, realizando una evaluación restrictiva, pues de no hacerlo, se podría silenciar las opiniones ciudadanas e impedir la formación de una opinión pública libre.

## II.- EL EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL PRINCIPIO DE VERACIDAD

La Constitución Política reconoce, en su artículo 2° inciso 4), el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información. Tal como señala el Tribunal Constitucional, estos derechos tienen diferentes ámbitos de protección:

> Mientras que la libertad de expresión garantiza que las personas puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, **la libertad de información**, en cambio, **garantiza un complejo haz de libertades**, que, conforme enuncia el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, **comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de manera veraz**[4]. (Énfasis nuestro).

Es así que, en el caso de la libertad de información, tanto el emisor como el receptor de esta aparecen como sujetos protegidos por este derecho, pues lo que se protege es el derecho de los ciudadanos a estar informados. La forma de transmitir dicha información requiere cumplir con ciertos requisitos para que nos encontremos ante un ejercicio legítimo del mismo. Por ello, el contenido esencial del derecho a la libertad de información está relacionado con la veracidad de lo que se difunde.

A este respecto, el Tribunal Constitucional estableció que la veracidad de la información no está referida a una verdad inobjetable e incontestable, «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»[5]. De ese modo, la veracidad no es sinónimo de exactitud en la difusión de un hecho noticioso, sino que exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecúen a la verdad en sus aspectos más relevantes, es decir, que presente una adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido[6].

Así entonces, la veracidad de los hechos que se informan debe entenderse como «veracidad subjetiva», lo que implica que quien informa se encuentre preocupado por tener una razonable diligencia al momento de verificar los hechos que comunica, además de su relevancia y trascendencia pública. En determinadas ocasiones, se desconoce si ciertas afirmaciones son totalmente exactas y, por sí solas, no deberían encontrarse desprotegidas, de lo contrario se produciría una «parálisis de la difusión de la información»[7], pues no se difundirían hechos si es que el requisito fuera tener una certeza absoluta sobre la verdad de lo que se difunde.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que la protección constitucional a este derecho no calzará cuando «el autor es consciente de que no dice o

---

[4] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02976-2012-PA/TC Fundamento Jurídico 6.
[5] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 0905-2004-AA/TC, 06712-2005-HC Fundamento Jurídico 35.
[6] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente N° 02976-2012-AA, Fundamento Jurídico 6.
[7] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Pág. 51-52.

escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta –dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad –dolo eventual-»[8].

En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia[9], ha señalado que el principio de veracidad informativa se vulnera cuando:

i) El dato fáctico fuese contrario a la realidad, siempre que la información se hubiese publicado por negligencia o imprudencia del emisor.

ii) La información es inexacta o cuando se presenta como hechos ciertos y definitivos juicios de valor u opiniones.

iii) La información se sustente en rumores, invenciones o malas intenciones o que induzca a error o confusión al receptor.

Conforme a lo expresado, lo que se protege es el deber de diligencia, a tal punto que, incluso si la información resultase falsa, pero el difusor de la información actúe con veracidad subjetiva o diligencia en la verificación de la información, es decir, creyendo que la información es verdadera; entonces estaremos frente a un supuesto de atipicidad subjetiva, ya que el dolo no habría alcanzado al tipo objetivo[10] y solo corresponderían realizar las precisiones y rectificaciones que ameriten.

A nivel doctrinario, esto se conoce como la doctrina de la «real malicia», la cual postula que cuando se trate de hechos de interés público, no basta que los mismos sean verdaderos en todos sus extremos, sino que además, se exige que el difusor actúe a sabiendas de la falsedad de la información o haya tenido un temerario desinterés o desprecio por confrontar la veracidad de la misma[11].

De esta manera, es posible que una información objetivamente falsa esté amparada por el derecho constitucional a la libertad de información, siempre que haya habido un **mínimo de diligencia** en la comprobación de los hechos y **no se actúe con manifiesto desprecio a la verdad**[12]. O en otros términos, mientras esto último no suceda y se actúe respetando el deber de diligencia, se está ante un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información.

## III.- LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN TIENEN DERECHO A INTERPRETAR LA INFORMACIÓN QUE DIFUNDEN SIN DESNATURALIZARLA

Los medios de comunicación gozan de un margen de interpretación de los hechos noticiosos, pero sin desvirtuar el contenido central de lo que se informa. Ello, porque a

---

[8] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, año 2006. párrafo 12.
[9] Corte Constitucional de Colombia. T-040-13
[10] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Pág. 54.
[11] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Pág. 51.
[12] Por un lado, la doctrina sentada por el Tribunal Federal Americano (Caso New York Time v. Sullivan y la teoría de la real malicia) y de otro, la recogida por el Tribunal Constitucional Alemán (Schmidt v. Spiegel) que se denomina como teoría de la diligencia de comprobación.

pesar de la importancia de contar con un espíritu de neutralidad, no resulta ilegítimo que transmitan determinado punto de vista sobre temas de interés público. Esta postura determina la forma en la que se prioriza cierta información respecto de otra. Y es que, el pluralismo democrático se sustenta justamente en la diversidad de puntos de vista que tengan los medios de comunicación y los periodistas.

Al respecto, es menester recordar que el periodismo proporciona organizadamente información al público acerca de hechos de actualidad, y se manifiesta a través de un periodismo informativo que recolecta, redacta y difunde noticias acerca de los hechos y hace un análisis de éstos. En ese sentido, la noticia o hecho noticioso es el elemento básico del periodismo informativo, y sus proyecciones y contexto el elemento básico del periodismo interpretativo[13].

Respecto al margen interpretativo de los medios de comunicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado:

> No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas (...) como tampoco sería admisible que, sobre la base del derecho a difundir informaciones e ideas, se constituyeran monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista[14].

Además, el Tribunal Constitucional indicó que mientras se garantice la veracidad de lo que se informa, **los medios tienen la oportunidad de contextualizar la información que difunden de manera conveniente**; con esto lo que se busca es amparar la verosimilitud de la información[15].

En síntesis, los medios de comunicación gozan de un margen de interpretación de los hechos noticiosos, pudiendo contextualizar la información que difunden de manera conveniente, pero sin desvirtuar el contenido central de lo que se informa.

## IV.- LOS FUNCIONARIOS (AS) O PERSONAS DE RELEVANCIA PÚBLICA DEBEN TENER UN MAYOR NIVEL DE TOLERANCIA A LA CRÍTICA Y A LA INFORMACIÓN QUE SE DIFUNDA RESPECTO A ELLOS

Los límites a la crítica y a la información difundida en medios de comunicación, no pueden ser iguales cuando se trata de un funcionario público o una persona de relevancia pública, que cuando se trata de un particular. Ello porque lo que se difunda respecto a temas de interés general constituye una de las manifestaciones más importantes del pluralismo

---

[13] PFEFFER, Emilio. *Criterios para la conciliación entre la libertad de información y el derecho a la vida privada en la jurisprudencia internacional y nacional. Ius et praxis*. Año/vol. 6. 2000. Pág. 445. [En línea] https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20090806_02.pdf

[14] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva N° OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Pár. 33.

[15] Expediente N° 0905-2004-AA/TC, 06712-2005-HC Fundamento Jurídico 35.

democrático y del derecho de las personas a fiscalizar la actuación de los poderes públicos[16].

Este parámetro jurídico ha sido establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República en los siguientes términos:

> (...) cuando las expresiones cuestionadas incidan en **personajes públicos o de relevancia pública**, quienes, en aras del interés general en juego, **deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre** –más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento de los derechos de participación política[17]. (Énfasis nuestro)

En similar sentido, la Corte IDH, en el caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, ha destacado el rol de la opinión pública en una democracia, señalando que «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»[18]. Por esta razón, la referida Corte interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos y afirma que resulta lógico y hasta 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[19]. (Énfasis nuestro)

Asimismo, ha establecido que toda persona que influya en temas de interés público se ve expuesta a un mayor riesgo de tener críticas o soportar investigaciones más rigurosas y amplias relacionadas con su función pública:

> 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 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**[20]. (Énfasis nuestro)

Por tanto, en aquellos casos en los que la difusión de opiniones e informaciones sobre temas de interés general y/o donde el sujeto afectado en su honor es un funcionario/a público/a o una persona de relevancia pública, la naturaleza lesiva de la opinión o información deberá hacerse en términos más tolerantes, sin que ello justifique la

---

[16] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Página 47-48.

[17] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERÚ. Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, año 2006. párr. 10.

[18] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafo 127.

[19] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafo 127-128.

[20] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, Párrafo 129.

utilización de información de manera tendenciosa o que llegue acompañada de injurias y/o insultos.

## V.- LA PENALIZACIÓN DEL DELITO DE DIFAMACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PLURALISMO DEMOCRÁTICO

La atribución de responsabilidad penal en los delitos contra la libertad de expresión e información representa un grave riesgo para el pluralismo democrático y no solamente para las personas directamente afectadas con la sanción. Cabe recordar que en toda sociedad democrática, la libre expresión de ideas y opiniones es trascendental para el debate de posturas y la formación de una opinión pública libre[21].

Sobre el particular, advertimos que en la actualidad, en el derecho comparado, existe una tendencia favorable a la despenalización y/o establecimiento de penas menos severas para tipos penales como el de difamación. Es así que países de la región, como Argentina[22], eliminaron las sanciones penales por calumnias e injurias y las reemplazaron por sanciones monetarias. Asimismo, se precisó que cuando estos tipos penales guarden relación con un asunto de interés público, no configurarán delito. En similar sentido, en México[23], los delitos de difamación y calumnia también han sido derogados y, recientemente, en República Dominicana[24], se ha despenalizado de forma parcial los delitos de difamación e injuria.

En el caso peruano, el proyecto de nuevo Código Penal elimina la sanción de prisión efectiva para los delitos de injuria y calumnia. De ese modo, la difamación quedaría con una pena de hasta tres años y su modalidad agravada (difamación calumniosa), con una pena no mayor a cuatro años, los cuales, inclusive, no necesariamente implicarían prisión efectiva, debido al reducido número de años con el que se le sanciona. Estos cambios, si bien aún no se encuentran aprobados, demuestran una voluntad de despenalizar, progresivamente, ciertos comportamientos relacionados con el honor.

Más aun, en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisa que «la protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público»[25].

Así entonces, la importancia de garantizar el derecho a la libertad de expresión e información se justifica en la necesidad de que las personas «puedan trasmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones»[26], siendo así un «medio

---

[21] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 02976-2012-PA/TC. Caso Arenas Córdova. Fundamento Jurídico N° 10.

[22] Ley 26551. Publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre del 2009.

[23] Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de Abril de 2007.

[24] Mediante Sentencia T-01-2013-0009 del Tribunal Constitucional de República Dominicana, se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 30, 31, 32, 33, 34, 39, 40, 46, 47, 48 de la Ley 6132, Ley sobre expresión y difusión del pensamiento y de los artículos 368, 369, 370, 371 y 372 del Código Penal.

[25] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Principio Número 10°. En: https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm

[26] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 0905-2001-AA/TC. Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín. Fundamento Jurídico N° 9.

para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas [y que comprende] también el derecho de todas [ellas] a conocer opiniones, relatos y noticias»[27].

Es por ello, que el reconocimiento a la libertad de expresión e información se encuentra estrechamente vinculado al principio de pluralismo democrático pues, «con su ejercicio, se posibilita la formación, el mantenimiento y la garantía de una sociedad democrática, al promover y garantizar la formación libre y racional de la opinión pública»[28].

Incluso, desde una perspectiva más institucional, la libertad de expresión e información lleva implícita una «condición de la transparencia, la existencia efectiva de alternativas, la responsabilidad y la participación racional del ciudadano en el sistema político»[29].

En ese sentido, a pesar que no se niega que el honor constituye un valor importante para una persona, en tanto se relaciona con aquellos presupuestos necesarios que posibilitan la interacción de las personas en la sociedad, la relación de tensión entre el honor y la libertad de información y expresión debe ser analizada conforme a los parámetros constitucionales y a sus reglas de interpretación[30]. Por ello, existe la necesidad de que los conflictos que puedan suscitarse a propósito del ejercicio de estos derechos y el derecho al honor, se analicen dando prioridad y optimizando su contenido constitucional.

La Defensoría del Pueblo, en el marco de su mandato constitucional de protección de los derechos fundamentales, pone en su consideración los siguientes criterios, a fin de que puedan tenerse en cuenta al momento de resolver el proceso penal que se sigue contra el ciudadano Fernando Valencia por el presunto delito de difamación agravada, toda vez que la decisión por la que se opte tendrá un impacto significativo en las condiciones del ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información en el país.

Sin otro particular, hago presente la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

Lima, 30 de setiembre de 2016

DEFENSORIA DEL PUEBLO - REPUBLICA DEL PERU - Adjuntía en Asuntos Constitucionales

**FERNANDO CASTAÑEDA PORTOCARRERO**
Adjunto en Asuntos Constitucionales (e)
Defensoría del Pueblo

---

[27] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, Párrafo 66.

[28] TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia recaída en el expediente N° 02976-2012-PA/TC. Caso Arenas Córdova. Fundamento Jurídico N° 9.

[29] SOLOZÁBAL, Juan José. «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información»- Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid: CEC, N° 23, 1988. Página 41. En: DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Pág. 19.

[30] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Informe Defensorial N° 48: «Situación de la libertad de expresión en el Perú». Lima, 2000. Página 40-41.

CARGO

Firmado digitalmente por: CASTAÑEDA PORTOCARRERO Fernando Rafael (FAU20304117142)
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 30-09-2016 10:07:34

«Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú»
«Año de la consolidación del Mar de Grau»

**Oficio N° 047-2016/DP-AAC**

Lima, 29 de setiembre de 2016

PODER JUDICIAL
Décimo Sexto Juzgado
Especializado en lo Penal de Lima
03 OCT. 2016
MESA DE PARTES
RECIBIDO

Señor
**ELIO CONCHA CALLA**
Juez del Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima
Av. Arenales, cuadra 26 – Esquina c/ Av. Dos de Mayo
San Isidro.-

**Ref.: Expediente N° 05730-2013-0-1801-JR-PE-09**

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted para saludarlo cordialmente y a la vez, hacerle llegar el Informe de Adjuntía N° 03-2016-DP/AAC que contiene el resultado de la investigación defensorial en el proceso judicial que se sigue contra del ciudadano Fernando Valencia, por la presunta comisión del delito de difamación agravada.

Cabe señalar que remito este informe, de conformidad con nuestro mandato constitucional de defensa de los derechos fundamentales, previsto en el artículo 162° de la Constitución Política, y el 1° y 17° de nuestra Ley Orgánica, Ley N° 26520. Este último artículo prevé que el Defensor del Pueblo «podrá aportar a las autoridades competentes los elementos provenientes de su propia investigación».

En ese sentido, en el presente informe, nuestra institución aporta algunas consideraciones dirigidas a garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de las personas, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.4° de la Constitución Política, en el marco de un Estado democrático que garantiza el pluralismo de ideas y opiniones.

Con la seguridad de su gentil atención, me valgo de la oportunidad para expresarle las muestras de mi mayor consideración.

Atentamente,

DEFENSORIA DEL PUEBLO - Adjuntía de Asuntos Constitucionales -

**FERNANDO CASTAÑEDA PORTOCARRERO**
Adjunto en Asuntos Constitucionales (e)
Defensoría del Pueblo